

El recargo de prestaciones: puntos críticos*

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO**

RODRIGO MARTÍN JIMÉNEZ***

1. INTRODUCCIÓN

La institución estudiada es una de las más antiguas y singulares de nuestro sistema de protección social, pues por algo su origen se remonta a la Ley de Accidentes de 30 de enero de 1900¹. Aunque

los presupuestos y la configuración normativa del recargo de prestaciones no son coincidentes en su diseño inicial y en la regulación actual (art. 123 LGSS), muchos de sus caracteres básicos, así como su funcionalidad y finalidad se han mantenido con el paso de los años, lo cual muestra la fortaleza de la figura. Sin embargo, los modernos sistemas de aseguramiento público y de protección de los riesgos derivados del trabajo, como también la depurada dogmática del Derecho Administrativo sancionador y de los sistemas de responsabilidad civil (contractual y extracontractual), ponen de manifiesto las dificultades de encaje del recargo de prestaciones en la lógica preventiva moderna, lo que quizá se deba al elevado grado de perfeccionamiento alcanzado en nuestros días por las técnicas de prevención y protección frente a los accidentes, pues los presupuestos y el contexto que vieron nacer al recargo de prestaciones ciertamente distan mucho de los actuales².

* Para la elaboración de este trabajo nos hemos servido de nuestro libro *El recargo de prestaciones*, Aranzadi, Elcano (Pamplona), 2001.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vicepresidente de la AEDTSS.

*** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

¹ Según el apartado 5º del art. 5 de la Ley, «las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento ú obra cuyas máquinas ó artefactos carezcan de los aparatos de precaución». Por su parte, el art. 64 del Real Decreto de 28 de julio del mismo año, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley, advertía que ese aumento de las indemnizaciones procedía «con independencia de toda clase de responsabilidades». El Proyecto de Reforma de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, aprobado por el Pleno del Instituto de Reformas Sociales en su sesión de 28 junio 1907 y redactado conforme a los acuerdos previamente adoptados respetó el contenido básico –incluso sin modificar la redacción– del art. 5.5º de la Ley de 1900 (art. 6.5º en el Proyecto), aunque añadió algo que sería una constante en las regulaciones normativas posteriores, en particular desde la Ley de 1922: «El riesgo de la indemnización especial a que se refiere esta disposición 5ª no puede ser materia de seguro. Si se probare que alguna entidad aseguradora lo asumía (sic), deberá

ser apercibida, y, caso de persistir en pactar dicha condición, se le retirará la autorización oficial que se le hubiere concedido a los efectos de la presente ley» (art. 6.5º, párrafo 2º). Vid. Instituto de Reformas Sociales, Sección primera, *Proyecto de reforma de la Ley de Accidentes del Trabajo de 30 de enero de 1900*, Imprenta de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1908, págs. 3-16.

² Sobre la génesis y la evolución histórica del recargo de prestaciones, vid. A. V. SEMPERE NAVARRO y R.

El recargo de prestaciones, aunque a caballo de las construcciones sobre seguridad laboral y de las de Seguridad Social, se inserta de lleno en el Derecho prevencionista, donde lo fundamental no radica en la imposición de consecuencias desfavorables a quien ha incumplido las normas, sino en la adopción de cuantas cautelas sean precisas para evitar la producción de accidentes³. En este sentido, el recargo de prestaciones cumple una importante función preventiva y disuasoria, pero al tiempo es reparador de los daños causados al trabajador accidentado siempre que el siniestro se deba a la omisión de las medidas de seguridad y salud exigibles al patrono⁴.

La coexistencia del recargo de prestaciones con una realidad en la que el trabajador está protegido frente a los accidentes mediante prestaciones económicas «suficientes» (pudiendo, además, reclamar y obtener una indemnización de daños y perjuicios) y el empresario puede ser sancionado por el incumplimiento de las medidas generales o particulares en materia de seguridad y salud laboral ha generado (aparte de muchos e intensos debates sobre su función y justificación, de una parte, y sobre su naturaleza indemnizatoria o punitiva, de otra) una abundante litigiosidad. Como es lógico, las resoluciones judiciales (muy especialmente las del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, pero también las de los Tribunales Superiores de Justicia) han contribuido a cla-

rificar algunas cuestiones que ya hemos apuntado y otras de alcance no menor, como son las referidas a los presupuestos de su aplicabilidad: accidente de trabajo, infracción normativa, relación de causalidad entre ambos, incapacidad del trabajador, etc.

La pervivencia actual del recargo de prestaciones, en tanto hace recaer sobre el propio empresario una responsabilidad en materia de Seguridad Social, evidencia importantes anomalías en el sistema de distribución de la responsabilidad en materia de Seguridad Social, como consecuencia, quizá, de la confusa conexión –una vez instaurado el Sistema de la Seguridad Social– entre el incumplimiento de un tipo de normas (las de seguridad y salud en el trabajo) y el surgimiento de responsabilidad en un ámbito normativo distinto (el de la Seguridad Social)⁵. Esta vinculación tiene como resultado el nacimiento de una responsabilidad privada⁶ en materia de Seguridad Social incluso ante el cumplimiento escrupuloso de sus obligaciones en este campo; y ello a pesar de que su exigencia se vincula a un sistema de protección que, precisamente, se instaura para superar el de la falta contractual, sustituido por la teoría del riesgo empresarial y de la responsabilidad objetiva –implícita ya en la Ley de Accidentes de 1900– debido a la imposibilidad de determinar en muchos casos el sujeto responsable del siniestro acaecido.

2. FINALIDAD

Dejando a un lado los importantes problemas conceptuales y aplicativos del recargo

MARTÍN JIMÉNEZ, *El recargo de prestaciones*, Aranzadi, Elcano (Pamplona), 2001, págs. 21-27.

³ La imposición de sanciones (de naturaleza pública o privada) no constituye un fin en sí misma, sino un mero instrumento en orden a lograr la evitación del riesgo mediante la puesta en práctica de las medidas preventivas adecuadas.

⁴ De ahí precisamente que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia hayan redoblado sus esfuerzos al abordar la compleja cuestión de su naturaleza jurídica. Pero también, de ahí, la enorme dificultad de subsumirlo en una de las categorías «puras» propias de unas u otras ramas del Derecho.

⁵ Una crítica técnica a la supervivencia del recargo puede verse en A. V. SEMPERE NAVARRO, «La responsabilidad por accidente de trabajo», *V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona 1994.

⁶ Se trata de responsabilidad no transmisible a la Entidad Gestora, como se dirá más adelante, pues el recargo «no constituye una forma o modalidad de prestación de la Seguridad Social», en palabras de STS de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1714).

de prestaciones, parece claro que su finalidad es conseguir el cumplimiento de las normas preventivas mediante la amenaza de que si se produce un accidente con causa en la transgresión u omisión de tales normas los empresarios deberán abonar al trabajador (y previamente capitalizar ante la TGSS) un importe que oscila entre el 30 y el 50% de las prestaciones satisfechas por el sistema público de la Seguridad Social⁷. Por acudir a las palabras del Tribunal Supremo, «la finalidad del recargo en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestralidad laboral, es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales imputables (...) al 'empresario infractor', que de haber adoptado previamente las oportunas medidas pudiera haber evitado el evento dañoso acaecido a los trabajadores incluidos en su círculo organizativo»⁸.

Indudablemente, en nuestros días, el recargo de prestaciones puede entenderse como un aliado o acicate para alcanzar la seguridad en el trabajo⁹ que poderes públi-

⁷ Entre los estudios más antiguos, *vid.* M. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, «La sanción por falta de aparatos de precaución en los accidentes del trabajo y en las enfermedades profesionales», *RIS* nº 2, 1963, pág. 342: «la finalidad a que responde este instrumento de indemnización (...) queda fuera de toda duda. Se trata, en definitiva, de una medida más para obligar al empresario, amenazándole y aun gravando su economía, a cumplir los muy graves deberes que en materia de prevención de accidentes le incumben. Aparte de esta finalidad, no puede desconocerse que el carácter de sanción es básico en este aumento de indemnización».

⁸ STS de 8 de octubre de 2001 (RJ 2001, 1424).

⁹ M. R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 143, entienden que se trata de una de las medidas «que afianzan de un modo singular el cumplimiento de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo y prevención de las enfermedades profesionales». Los Tribunales han acuñado también el término «deuda de seguridad» (y salud) para referirse a la obligación que recae sobre los empresarios por el solo hecho de que (los trabajadores) presten servicios bajo

cos y empresarios vienen obligados a procurar conforme a previsiones internacionales, (Partes 1.3 y 11.3 de la Carta Social Europea de 18 octubre 1961, ratificada el 29 abril 1980; arts. 16.1 y 17 Convenio nº 155 OIT, de 22 julio 1981, ratificado el 26 julio 1985), constitucionales (arts. 15, 40.1 y 43 CE), comunitarias (arts. 5.3, 6.2 y 7.1 Directiva 89/391, de 12 de junio), legales [Ley 31/1995, de 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; RD Leg 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (arts. 11-13); Estatuto de los Trabajadores (arts. 4.1 d) y 19.1)], reglamentarias o convencionales¹⁰.

La doble finalidad de refuerzo y disuasoria implícita en el recargo permite, desde la óptica del trabajador, una reparación más eficaz (en todo caso, más completa) de los daños derivados del incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo; para el accidentado, por tanto, el recargo de prestaciones cumple una función resarcitoria o indemnizatoria¹¹; pero para el empresario, la finalidad disuasoria tiene una proyección adicional pues, normalmente, la omisión de las medidas generales o particulares sobre prevención de riesgos dará lugar a la iniciación de un procedimiento sancionador tendente a depurar su responsabilidad administrativa. En síntesis, el recargo de prestaciones cumple simultáneamente una función represiva y disuasoria o

su ámbito organizativo [STS] Extremadura 29 junio 1998 (AS 2749), entre otras muchas].

¹⁰ Sobre la aplicación del recargo a un supuesto de incumplimiento de obligaciones pactadas en convenio, STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2003 (AS 2003. 4003).

¹¹ En este sentido, P. GÓMEZ CABALLERO, «Concurrencia procedimental y recargo de prestaciones económicas del artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social», en AA. VV., *VIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Coord. J. CABRERA BAZÁN), CARL, Sevilla, 1991, pág. 272.

de refuerzo para el empresario infractor y resarcitoria o reparadora para el trabajador accidentado¹²; olvidar esta doble finalidad y atender solamente a una de ellas es la causa de muchos de los problemas sobre su naturaleza jurídica Y otros importantes aspectos.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Las diversas finalidades que persigue el recargo de prestaciones han motivado un amplio debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la determinación de su naturaleza jurídica¹³. Su fundamento incumplidor lo encuadraría en el área de las sanciones (más ampliamente, en el Derecho punitivo público), mientras que su destino lo asimila a las indemnizaciones. Pero también se ha sostenido su asimilación a las cláusulas penales o, en fin, se han defendido teorías eclécticas. Veamos las diferentes tesis y sus fundamentos.

3.1. Sanción administrativa

La doctrina judicial y científica mayoritaria identifica el recargo como una medida

¹² Con detalle, sobre todos estos aspectos, J.L. MONEREO PÉREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 22 a 29; en la pág. 67 constata que «al art. 93 LGSS se le ha atribuido legalmente, y en la práctica judicial ha asumido, la función prevalente de *represión de los comportamientos desviados*, en cuanto contrarios a la normativa reguladora de la seguridad en el trabajo. Pero la función que institucionalmente propone la norma de recargo ex artículo 93 LGSS es la de *estimular los esfuerzos de prevención* mediante la intimidación que provoca la sanción amenazada en el agente».

¹³ Una completa sistematización de las diversas posturas doctrinales, en M.A. PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, Comares, Granada, 2000, p. 39 y ss. Vid. también A.V. SEMPERE NAVARRO y R. MARTÍN JIMÉNEZ, *El recargo de prestaciones*, cit., págs. 33-57.

sancionadora, de donde deriva la aplicación de las garantías inherentes a ellas¹⁴. El origen de esta tesis se encuentra en la reforma de 1955 que conectó la normativa en materia de accidentes con la de la incipiente Seguridad Social y reconoció el carácter sancionador del recargo¹⁵. A partir de entonces la configuración del recargo como sanción administrativa adquirió carta de naturaleza y se consolidó *ad futurum*, pese al silencio de las sucesivas regulaciones sobre el particular.

Consecuencia del carácter sancionador del recargo es que su interpretación y aplica-

¹⁴ En la doctrina, por todos, A. MONTOYA MELGAR, «Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidente de trabajo», *ADC*, Fascículo III, 1967, en especial pág. 530; L. FERNÁNDEZ MARCOS, «La agravación de responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional», *REDT*, nº 25, 1986, pág. 106; J.L. MONEREO PÉREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit. págs. 75-82; M. GONZÁLEZ LABRADA, *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Cedecs, Barcelona, 1996, págs. 551 y 567; C. MOLINA NAVARRETE, «Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos: la nueva 'modernidad' de una institución jurídica clásica», *REDT* nº 79, 1996, pág. 788 y ss; J. GARCÍA MURCIA, *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 142. En la jurisprudencia, por todas, SSTS de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1714), 16 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9069), 31 de enero de 1994 (RJ 1994, 398), 7 de febrero de 1994 (RJ 1994, 809), 8 de febrero de 1994 (RJ 1994, 815), 9 de febrero de 1994 (RJ 1994, 820), 12 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1030), 20 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4288), 22 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7169), 20 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2591), 11 de julio de 1997 (RJ 1997, 6258). Por lo demás, el componente sancionatorio del recargo se evidencia en el art. 27 RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

¹⁵ Cfr. M. GONZÁLEZ LABRADA, «El recargo de prestaciones y la reforma: ¿un retorno a 1900 o la pérdida de su carácter coactivo?», en J.L. MONEREO PÉREZ (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, 1996, págs. 729 y 730.

ción haya de ser restrictiva¹⁶. Numerosas sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁷ susten-

¹⁶ La idea se contiene en el FJ 2º de la STC 158/1985, de 26 de noviembre, sobre el cual se volverá en diversas ocasiones; la contundencia con que se realiza la afirmación sorprende doblemente: porque las cosas no son tan lineales en realidad y porque la cuestión planteada (y decidida) realmente no requería ese posicionamiento; por todo ello no parece que pueda darse un valor concluyente a tal proclamación. Lo mismo cabe decir respecto de la STS 8 marzo 1993 (RJ 1714), en unificación de doctrina, a la que luego se aludirá, y que se refiere al «carácter sancionador» del recargo a fin de resolver el tema de la responsabilidad subsidiaria del INSS. *Vid.* también SSTS 16 noviembre 1993 (RJ 9069), 31 enero, 12 febrero y 20 mayo 1994 (RJ 398, 1030 y 4288) y 20 marzo 1997 (RJ 2591).

En muchas ocasiones se aducía como respaldo el tenor del art. 55 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, conforme a cuyo último párrafo «este recargo a costa del patrono, se considerará como una sanción para el mismo y queda prohibido bajo pena de nulidad su seguro». También la STC 81/1995, de 5 junio, insiste en que la naturaleza del recargo impone una interpretación «de manera estricta».

¹⁷ Entre otras muchas, *vid.* SSTS de 8 marzo y 16 noviembre 1993 (RJ 1993, 1714 y 9069) y 31 enero, 12 febrero y 20 mayo 1994 (RJ 1994, 398, 1030 y 4288). Inventario acertadísimo de esta postura jurisprudencial y de la correlativa preconizada por la doctrina puede verse en J.L. MONEREO PÉREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., págs. 51-54 y en M.A. PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, cit., págs. 39-41. *Vid.* también C.L. ALFONSO MELLADO, *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 91; el mismo, *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 33; M. PORRET GELABERT, «El recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene laboral», *Revista Jurídica de Cataluña* nº 3, 1995, págs. 71 y 72; L. FERNÁNDEZ MARCOS, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Dykinson, Madrid, 1996, págs. 205 y 206; J.A. MARTÍNEZ LUCAS, «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo», *Revista General de Derecho* nº 619, 1996, pág. 3371 y ss.

tan la tesis sancionadora en los siguientes razonamientos y constataciones:

- El accidente está causado por un incumplimiento normativo.
- La responsabilidad en cuestión no es susceptible de aseguramiento.
- Es preciso que se imponga por el INSS que, aunque carente de *auctoritas*, tiene naturaleza jurídico-pública y está sometido en su actuación a procedimientos administrativos.
- Existe obligación de constituir ante la TGSS el capital coste del recargo
- Su importe se paga al sistema público de la Seguridad Social cuando no haya beneficiarios¹⁸.
- Algunos Tribunales consideran aplicable al recargo los criterios de graduación de las faltas y de las sanciones previstos en la LISOS¹⁹.

Como argumentos contrarios a esta tesis pueden esgrimirse, entre otros, los siguientes:

- El beneficiario del importe del recargo no es el sistema público de protección sino el trabajador accidentado.
- El fundamento de la imposición de sanciones se encuentra en el incumplimiento objetivo de un deber (general o

¹⁸ En tal sentido, por ejemplo, STSJ País Vasco 15 abril 1998 (AS 1998, 2026). Quizá sea ésta la razón por la cual alguna doctrina judicial considera al INSS responsable subsidiario del pago del recargo.

¹⁹ SSTS de 11 de octubre de 1994 y de 19 de enero de 1996; en los Tribunales inferiores, STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003 (AS 2003, 2876): «Habrà de tenerse en cuenta en la ponderación de la gravedad de la falta la peligrosidad de las actividades, número de trabajadores afectados, actitud o conducta general de la empresa en materia de prevención, así como las instrucciones impartidas por el empresario en orden a la observancia de estas medidas reglamentarias».

particular) tipificado normativamente²⁰; es, por tanto, dicho incumplimiento el factor desencadenante de la sanción sin que, a tal efecto, el acaecimiento de un resultado concreto pueda considerarse como esencial o inherente a aquélla²¹; y ello sin perjuicio de que este resultado pueda servir como criterio de agravación de la responsabilidad mediante al aumento de la sanción correspondiente²². En síntesis, la mera puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma justifica y fundamenta la tutela administrativa sancionadora, mientras que no sucede de tal modo en el supuesto estudiado.

- La consideración del recargo como una sanción comporta una vulneración flagrante del principio *non bis in idem*²³.

²⁰ Vid. las matizaciones a la teoría de la imputación objetiva de responsabilidad y la evolución jurisprudencial hacia un sistema culpabilístico en A. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, págs. 346 y 347. Resumidamente señala este autor (pág. 346) que «El punto de partida de esta evolución (ideal, como indica después, en el sentido de que hay jurisprudencia contraria) se encuentra en el rechazo absoluto de la culpabilidad, por ser ésta incompatible con la responsabilidad objetiva que preside originariamente el campo de las infracciones administrativas. En una segunda fase se abandona la dura responsabilidad objetiva y se introduce un elemento subjetivo, que todavía no es el de la culpabilidad sino el de la mera voluntariedad: el autor ha de querer el resultado. Lo que significa que se elimina ya la responsabilidad en los supuestos de fuerza mayor, caso fortuito y «vis compulsiva» y se abren las puertas a la aceptación del error y la ignorancia. Con lo cual se llega a la tercera fase en que hoy nos encontramos y que supone la exigencia de la culpabilidad: no basta querer el resultado, (que era lo que se llamaba voluntariedad psicológica) sino que es necesario querer el resultado ilícito (intencionalidad, culpabilidad)».

²¹ En este sentido, A. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 348 y 350.

²² Art. 39.3 c) RD-Leg 5/2000, de 4 agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

²³ La STSJ de Cataluña de 2 de julio de 1999 (AS 1999, 3137), entre otras muchas, señala que el princi-

• La responsabilidad patronal es cuasiobjetiva, no exigiéndose la concurrencia de culpabilidad para imponer el recargo, a diferencia de lo que sucede en el campo estrictamente sancionador donde la culpabilidad es ineludible²⁴.

• Si el recargo fuese una sanción habría que admitir que el único presupuesto para su aplicación es la comisión de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, definidas en el art. 5.2 de la LISOS como «las acciones u omisiones de los empresarios (...) que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusula normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral sujetas a responsabilidad conforme a la presente Ley» y tipificadas en los arts. 11 a 13 de la Ley. Sin embargo, la construcción del recargo pivota –sin perjuicio de la exigencia de infracción en sentido amplio– sobre el resultado lesivo, auténtico presupuesto de aquél si tenemos en cuenta la flexibilización por parte de la jurisprudencia de la exigencia de infracción normativa

• La LISOS se justificó originariamente en la necesidad de «agrupar e integrar en un texto único, en una ley general las diferentes conductas reprochables contrarias al orden social»²⁵. De igual modo, el vigente Texto Refundido, aprobado por RDLeg 5/2000, de 4 de agosto, se aprobó «en beneficio de la seguridad jurídica, imprescindible en

pio *non bis in idem* no es aplicable al recargo, ya que la responsabilidad empresarial establecida en el art. 123 LGSS se mueve dentro de la relación jurídica de Seguridad Social y no en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración.

²⁴ STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2003 (AS 2004, 207).

²⁵ Exposición de Motivos de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

materia sancionadora»²⁶. Por tanto, si el recargo fuese una sanción –como lo son, por ejemplo, las leves y graves que impone el INSS o el INEM a los solicitantes o beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social²⁷– hubiera sido ineludible su inclusión en la LISOS.

- El procedimiento especial de imposición de sanciones por infracciones en el orden social (RD 928/1998) no es de aplicación cuando se trata de depurar la responsabilidad en cuanto al pago del recargo, pues en este caso rige la OM de 18 de enero de 1996.
- Por último, también se afirma que el INSS no es una Autoridad administrativa, sino un organismo administrativo (o Entidad gestora encargada de administrar las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social²⁸) carente de *auctoritas*, lo que imposibilita o dificulta, en puridad de concepto, la imposición de sanciones²⁹. En este sentido se ha señalado que la atribución de potestad sancionadora a la Administración institucional permite constatar una pérdida o debilitamiento del contenido de la potestad misma³⁰ en tanto sus rasgos estructurales y procedimentales son radicalmente distintos de los propios y genuinos de la potestad atribuida a Autoridades públicas.

²⁶ Exposición de Motivos del RD Legislativo. Un comentario al mismo, en A.V. SEMPERE NAVARRO, J.R. MERCADER UGUINA, C. TOLOSA TRIBIÑO y R. MARTÍN JIMÉNEZ, *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2003.

²⁷ Art. 37.1 RD 928/1998, de 14 mayo.

²⁸ Art. 57.1 a) y 2 LGSS.

²⁹ Es lo que parecen querer decir M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2003, p. 138.

³⁰ A. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, cit., pág. 129.

3.2. Indemnización

El Anteproyecto de LPRL de 20 enero 1992 disponía en su art. 46.1 que «en los supuestos en que, como consecuencia de infracciones a la normativa sobre prevención de riesgos laborales se produjesen daños para la salud de los trabajadores de los que se derivasen prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social, además de las sanciones administrativas que correspondan, procederá el pago de una *indemnización especial*, consistente en un aumento de las referidas prestaciones». Esta previsión, aunque finalmente no se introdujo en el texto definitivo de 1995, suponía una importante alteración de la naturaleza jurídica de la figura³¹, rompiendo así su tradicional configuración como sanción administrativa especial.

Tras la entrada en vigor de la LPRL, la distinción (art. 42.3 LPRL) de dos tipos de responsabilidades –las exigibles a través de los procedimientos administrativos sancionadores y a través del recargo de prestaciones– contribuyó decisivamente a la configuración de éste como una responsabilidad indemnizatoria de carácter civil por daños y perjuicios, en una especie de «vuelta a los orígenes» de la figura.

Los argumentos sobre los que se apoya la tesis indemnizatoria del recargo pueden sintetizarse del modo que sigue:

- El destinatario de los incrementos sobre las prestaciones es un sujeto particular (el beneficiario o sus derechohabientes³²) y no el sistema público de

³¹ Cfr. C. MOLINA NAVARRETE, «Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos: la nueva 'modernidad' de una institución jurídica clásica», *REDT* nº 79, 1996, pág. 795.

³² Así, se ha llegado a afirmar que –respecto del trabajador accidentado– el recargo se convierte en una prestación adicional o sobreañadida de Seguridad

Seguridad Social, con lo que en el fondo la naturaleza del recargo se sitúa en un plano de relación jurídico-privada, a pesar de la intervención de un organismo público que introduce un elemento coactivo de garantía en orden al cumplimiento de obligaciones jurídico-privadas derivadas del contrato de trabajo³³. De este modo se relativiza su carácter afflictivo-sancionador vinculado a los intereses generales de la comunidad y se potencia, desde otro frente, su carácter compensatorio o indemnizatorio de un mal causado a un particular.

- Sus caracteres son los propios de las prestaciones de la Seguridad Social (art. 121.3 LGSS), por lo que se encuadra «en el ámbito de la relación de Seguridad Social y no en el distinto ámbito del Derecho sancionador del Estado en materia social»³⁴.
- Su compatibilidad con las sanciones por los mismos hechos sólo es posible descartando la aplicación del principio *non bis in idem*, por tanto, su naturaleza sancionadora. Por lo demás, como se apuntó líneas más arriba, el hecho de que la LISOS omita el recargo como forma o modalidad de sanción también contribuye a la clarificación del tema.

Social [STS] Galicia 15 septiembre 1999 (AS 2613), con cita de las SSTSJ Murcia 18 abril 1994 y Andalucía/Málaga 16 septiembre 1994]. Recuérdese, no obstante, que la primera regulación del recargo de prestaciones (art. 5.5^º Ley de Accidentes de 1900) únicamente contemplaba como beneficiarios del «aumento de indemnizaciones» «a la viuda, descendientes legítimos menores de diez y seis años y ascendientes».

³³ J. APARICIO TOVAR, «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo», REDT nº 49, 1991, pág. 734, entiende que se trata de «una indemnización especial de Seguridad Social» puesto que «el recargo tiene como misión compensar al trabajador accidentado que no debió serlo nunca (...) y por ello ese aumento de indemnización ordinaria».

³⁴ STS del País Vasco de 19 de enero de 1999 (AS 1999, 14).

- La compatibilidad del recargo con otras responsabilidades derivadas del incumplimiento de la normativa preventiva no es absoluta. Así lo ha declarado alguna jurisprudencia –bien es cierto que minoritaria– que entiende que la responsabilidad contractual del empresario se agota con el recargo de prestaciones sin que, a estos efectos, le sea exigible cualquier otra en virtud de incumplimiento contractual³⁵.
- La imposibilidad de aseguramiento del riesgo derivado de accidente por omisión de las medidas de seguridad y salud no constituye un obstáculo a su naturaleza indemnizatoria, toda vez que existen otras responsabilidades civiles (así, las derivadas del delito) que no pierden su naturaleza privada e indemnizatoria en virtud de aquella restricción³⁶.
- La capitalización del importe del recargo ante la TGSS es la lógica consecuencia de su vinculación a las prestaciones públicas del Sistema, lo cual no desvirtúa la naturaleza indemnizatoria de la figura³⁷, a pesar de que resulte extraña o anómala la intervención de organismos públicos en una relación que produce efectos principalmente entre particulares.

Junto a estos argumentos, los favorables a la tesis sancionadora empañan la claridad de su naturaleza indemnizatoria. A ellos hay que estar si se postula la tesis contraria.

³⁵ SSTSJ Madrid 12 septiembre 1994 (AS 3604), y 23 mayo 1995 (AS 2006), Cataluña 15 noviembre y 22 diciembre 1994 (AS 4376 y 4838), 12 junio 1997 (AS 2447) y 8 y 23 enero y 18 junio 1998 (AS 463, 560 y 6407) y Extremadura 14 octubre 1996 (AS 3035).

³⁶ Vid. M.A. PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, cit., pág. 71.

³⁷ Esta afirmación, pura y simple, en M.A. PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, cit., pág. 73-77.

Pero, además, debe recordarse que, en principio, debe suponerse que el daño patrimonial causado al trabajador es idéntico, con independencia de que se produzca, además, el supuesto del art. 123 LGSS. Algún autor³⁸ relaciona esta previsión legal con «sentimientos generales de justicia» que en este terreno piden también «una diferencia de trato jurídico entre el inocente y el culpable». Parece que así podría relacionarse con la responsabilidad contractual (de daños y perjuicios), en cuanto que el accidente tiene lugar por incumplimiento de las medidas a que el empresario, por la existencia del contrato, viene obligado³⁹.

3.3. Cláusula penal de origen legal

La configuración del recargo de prestaciones como cláusula penal de origen legal parte de dos consideraciones básicas:

- El carácter aflictivo y la finalidad represiva son características comunes de las sanciones administrativas y de las sanciones de Derecho privado; estas últimas, además, presentan la peculiaridad de que permiten tutelar derechos subjetivos de forma coactiva; por tanto, las sanciones iusprivatistas tienen la finalidad de reforzar el cumplimiento

de las obligaciones nacidas de la voluntad de las partes, y su establecimiento e imposición se justifica en la garantía del cumplimiento de dichas obligaciones.

- Desde la óptica del Derecho del Trabajo, las medidas arbitradas por el ordenamiento jurídico para garantizar el cumplimiento de las obligaciones –dejando a un lado los procedimientos tendentes a exigir la responsabilidad patrimonial del deudor/incumplidor– se integran en un conjunto de técnicas de tutela de derechos orientadas (como las sanciones públicas) al cumplimiento y reforzamiento de las funciones disuasoria y preventiva, que se proyecta en el ámbito privado a través de la reparación (adicional a la que nace de la responsabilidad patrimonial) de los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones concretas⁴⁰.

Dentro de las medidas arbitradas por el ordenamiento para garantizar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los contratos, la cláusula penal ocupa un lugar central, habiendo sido definida por la clásica STS (Sala 1ª) de 8 de enero de 1945⁴¹ como una «promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor», y por la más reciente STS (Sala 1ª) de 16 de abril de 1988⁴² como una «obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo

³⁸ CHIMPU, citado por M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 121.

³⁹ P. GÓMEZ CABALLERO, «Concurrencia procedimental y recargo de prestaciones económicas del artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social», cit., entiende que el actual art. 123 LGSS establece «un mínimo de protección al interés particular y contractual del trabajador (...) Ello no obsta a que el recargo de prestaciones se incardine en el campo de la responsabilidad civil del empresario; pero en una parcela concreta, en la parcela de la responsabilidad contractual». Atisbos de esta tesis se encuentran en la STS (Sala 3ª) de 13 de enero de 1989 (RJ 1989, 169) al apuntar que «no tiene carácter sancionador la responsabilidad civil subsidiaria declarada a cargo de la empresa en actuaciones penales, ni tampoco los recargos en prestaciones».

⁴⁰ J. RIVERO LAMAS, «Sanciones por violación o incumplimiento de normas laborales», *XII Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 1988, pág. 20.

⁴¹ Citada por la STS (Sala 1ª) de 12 de enero de 1999 (RJ 1999, 36).

⁴² RJ 1988, 3173, citada por la misma STS (Sala 1ª) de 12 de enero de 1999 (RJ 1999, 36).

del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual». La doble función –punitiva y reparadora– de la cláusula penal coincide con las dos finalidades básicas que persigue el recargo de prestaciones: castigar al empresario por los accidentes acaecidos con infracción de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo y resarcir al trabajador por las lesiones ocasionadas a resultas de tal accidente.

Esta tesis permite superar las concepciones monistas, pues la cláusula penal cumple una doble función, punitiva y reparadora. Pero, además, son argumentos sobre los que se apoya esta tesis los siguientes:

- La posibilidad de que los órganos jurisdiccionales modifiquen equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (art. 1154 CC) es coherente con la naturaleza y finalidad de la cláusula penal. Por otra parte, la determinación del porcentaje exacto corresponde, según jurisprudencia mayoritaria, a los jueces que por primera vez conocen del caso, quienes deben aplicar las reglas del arbitrio judicial con el fin de alcanzar un juicio de equidad⁴³; este arbitrio no es en principio revisable en ulteriores instancias⁴⁴.

⁴³ Sobre esta importante cuestión *vid.* A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000. En la jurisprudencia, por todas, SSTS (Sala 1ª) de 18 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3532), 25 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2474) y 23 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8035).

⁴⁴ Por todas, SSTS (Sala 1ª) de 20 de mayo y 18 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 2733), 18 de mayo y 27 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 3532 y 8701), 27 de febrero, 25 de marzo y 20 de octubre de 1988 (RJ 1988, 1308, 2474 y 7592), 19 de febrero de 1990 (RJ 1990, 700), 10 y 28 de junio de 1991 (RJ 1991, 4436), 29 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1405), 8 de marzo de 1993 y 12 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8976). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en la jurisprudencia social, muy especialmente a partir de la STS

- El hecho de que el recargo no sea susceptible de aseguramiento fortalece la tesis de la cláusula penal en tanto hace recaer directamente sobre el deudor (de seguridad) los efectos derivados del incumplimiento de su obligación contractual, sin posibilidad de transmitir a un tercero la responsabilidad que de él se deriva⁴⁵.

Esta sugerente tesis, que permite salvar las dificultades derivadas de la adscripción del recargo a las tesis sancionatoria o indemnizatoria, presenta, no obstante, algunos obstáculos:

- Es cierto, como ha señalado la doctrina, que el campo típico en el que se origina la cláusula penal es el de la voluntad de las partes⁴⁶; sin embargo, no faltan voces que afirman la posibilidad de que las obligaciones con cláusula penal nazcan *ope legis*⁴⁷. En este último sentido, la obligación de velar por la seguridad y salud en el trabajo debería entenderse implícita en el contrato de trabajo: el empresario es «deudor de seguridad» y, correlativamente, el trabajador es «acreedor de seguridad»; sólo así podría entenderse que la cláusula penal (implícita en el contrato) pudiera calificarse como «de origen legal»⁴⁸. El hecho de estar situados en

de 19 de enero de 1996, se admite la revisión de la determinación del importe por los Tribunales Superiores.

⁴⁵ En este sentido, M. GONZÁLEZ LABRADA, *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, cit., págs. 567 y 570.

⁴⁶ Por todos, L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1979, págs. 573-575; M. ALBALADEJO, *Derecho civil II*, vol. 1º, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, págs. 268-287.

⁴⁷ J.M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el Derecho español*, EUNSA, Pamplona, 1974, pág. 119 y ss.; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, Montecorvo, Madrid, 1992, pág. 205 y ss.

⁴⁸ M. ALBALADEJO, *Derecho civil II*, vol. 1º, cit., p. 269: simplemente «basta que, aun sin haber sido obje-

un plano estrictamente contractual (sin perjuicio de la intervención de un organismo administrativo) justifica la inexistencia de responsabilidad subsidiaria del INSS en los casos de insolvencia empresarial⁴⁹.

- La cláusula penal se construye desde las bases del Derecho Civil; por eso, quien está legitimado para exigir el resarcimiento por el incumplimiento es el acreedor-trabajador; de aquí resultaría que el trabajador –en ejercicio de la autotutela privada– sería el único legitimado para exigir la imposición del recargo; sin embargo, aun en los casos en que el trabajador no inicie las actuaciones conducentes a tal fin, el INSS o la Inspección de trabajo pueden, de oficio, iniciar el procedimiento administrativo correspondiente. La intervención heterónoma de un organismo administrativo dirigida a hacer efectivas las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación choca frontalmente con los principios que inspiran el Derecho Civil; sin embargo podría entenderse adecuada a los fines

perseguidos por el Derecho del Trabajo, bien entendido que la desigualdad de las partes justifica en muchas ocasiones la intervención administrativa en orden al cumplimiento de obligaciones *inter partes*⁵⁰. Sobre ello se dirá algo más adelante.

- Salvo pacto en contrario, la función liquidadora de los daños y perjuicios que asume la cláusula penal (arts. 1152 y 1153 CC) impide que el deudor pueda obtener un resarcimiento adicional mediante la indemnización de daños y perjuicios. Esto significa que con el cumplimiento de la cláusula penal se elimina la responsabilidad nacida de una eventual reclamación de daños y perjuicios: «sólo excepcionalmente opera la *función cumulativa*, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados y, además, la pena pactada como cláusula penal»⁵¹. Esta objeción podría salvarse si se considerase que el interés afectado en uno y otro caso es distinto (pues en la indemnización de daños se protege el puro interés particular, mientras que en el recargo entra en juego el interés general representado en la actuación del INSS), de modo que nada impediría

to de estipulación explícita, aparezca como querida efectivamente una pena».

⁴⁹ En este sentido *vid.* M. GONZÁLEZ LABRADA, *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, cit., p. 569: «Si el interés del recargo fuese idéntico al interés que comporta la realización del ilícito, la previsión de la sanción no podría ejercitar ninguna función disuasoria ni de control sobre la conducta del sujeto que incumple; por un lado, el recargo de prestaciones sería satisfecho por la Entidad Gestora en caso de insolvencia empresarial, pero, como señala la jurisprudencia, no puede invocarse ‘un posible desamparo del trabajador que no alcance a percibir el recargo por falta de medidas de seguridad’ (STS de 8 de marzo de 1993). La razón, en consecuencia, hay que buscarla en que el interés del recargo no está en la situación de necesidad resultante del accidente de trabajo: ello explica que no opere respecto del mismo las garantías adicionales a cargo antes del Fondo de Garantía de Accidentes y ahora de la Tesorería General de la Seguridad Social».

⁵⁰ En este sentido, M. GONZÁLEZ LABRADA, *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, cit., p. 567.

⁵¹ STS (Sala 1ª) de 12 de enero de 1999 (RJ 1999, 36). Como se razona en la STS (Sala 1ª) de 8 de junio de 1998 (RJ 1998, 4284), «El artículo 1152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales una cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios (SS 28-6-1991 [RJ 1991, 4463], 7-3-1992 [RJ 1992, 2007], 12-4-1993 [RJ 1993, 2994] y 12-12-1996 [RJ 1996, 8976])».

afirmar, como así ha hecho algún autor, la compatibilidad entre el recargo y la indemnización de daños⁵².

- El hecho de que la jurisprudencia haya mitigado el rigor que supone hacer efectivo en todos los casos el contenido de las cláusulas mediante la moderación de la pena⁵³ constituye sin duda un importante argumento contrario a esta tesis pues, efectivamente, la inaplicación (aunque sea parcial) de la cláusula penal implicaría la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales acordasen, en ciertos casos, la imposición de un recargo inferior al establecido legalmente.
- En los supuestos de pluralidad de empresarios (ETT, contratas), podría

⁵² M. GONZÁLEZ LABRADA, *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, cit., pág. 577: «El recargo como sanción privada de carácter legal, al no estar vinculado a los daños y perjuicios en sede contractual y sí a la prestación de Seguridad Social, tiene un carácter accesorio de la propia prestación y encuentra en el procedimiento para el reconocimiento de prestaciones el marco adecuado para su declaración e imposición por la propia Entidad Gestora. No es extraño, por tanto, que la responsabilidad privada de carácter laboral derivada de un ilícito administrativo, o de un incumplimiento causal, sea declarada y exigida por la Entidad Gestora. Este aspecto procedimental del recargo de prestaciones encuentra el lógico acomodo a su evolución. Con la institucionalización de la Seguridad Social se hizo efectiva su imposición de oficio, con el correspondiente beneficio para el trabajador que no tenía que iniciar un proceso ante la Jurisdicción Social para solicitar el incremento de sus prestaciones, como ocurría en los regímenes normativos anteriores, a la vez que se solucionaba la contradicción en la doctrina jurisprudencial sobre la fijación de oficio del recargo por el órgano jurisdiccional y la incongruencia procesal en que se incurría si la parte no lo había pedido».

⁵³ Por todas, SSTS (Sala 1ª) de 21 de mayo de 1948 (RJ 1948, 773), 3 de enero de 1964 (RJ 1964, 113), 13 de julio de 1984 (RJ 1984, 3981), 20 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7592), 19 de febrero de 1990 (RJ 1990, 700), 16 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9407), 25 de enero de 1995 (RJ 1995, 166) y 11 y 12 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8997 y 8976).

entenderse que el empresario principal (empresa usuaria, contratista) tiene la obligación –con cláusula penal– *legal* (art. 123 LGSS) de velar por la seguridad y salud de los trabajadores que, *de hecho*, presten sus servicios en ellas. Sin embargo, la ausencia de vínculo contractual entre el trabajador y la empresa usuaria o entre aquél y la empresa principal dificulta la viabilidad de la tesis expuesta.

3.4. Sanción civil o indemnización sancionadora

Las tesis eclécticas nacen de la insuficiencia de las anteriores, que analizan la naturaleza del recargo de prestaciones desde una única perspectiva. Doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que el recargo tiene un importante componente sancionatorio en lo que respecta a la relación jurídica entre el INSS y el empresario y, al mismo tiempo, reúne elementos característicos de la indemnización en el ámbito de la compleja relación jurídica de prestación⁵⁴.

A fin de superar los inconvenientes de ambas posturas unilaterales –que no tienen en cuenta la doble naturaleza pública y privada de los deberes de prevención⁵⁵– en muchas ocasiones se ha optado por proclamar su carácter de *tertium genus*, a caballo entre las sanciones e indemnizaciones en

⁵⁴ La SSTS de 26 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3521) admite esta doble naturaleza, a pesar de que no examina la cuestión relativa a «si el recargo de las prestaciones puede calificarse como una sanción o por el contrario se integra dentro de las medidas establecidas por el legislador para lograr el resarcimiento de los perjuicios».

⁵⁵ Por todos, L. FERNÁNDEZ MARCOS, *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975, pág. 67 y ss. y 123 y ss. Acoge esta tesis, B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, CES, Madrid, 1999.

estado puro. En este sentido puede entenderse la jurisprudencia que –con apoyo en las tesis que, como resultado de la interacción cada vez más patente entre lo público y lo privado, recogen la influencia de las técnicas del Derecho sancionador en el ámbito de la responsabilidad civil⁵⁶– emplea los términos de «sanción civil»⁵⁷, «indemnización sancionatoria»⁵⁸, u otros similares, que la configuran como una responsabilidad en todo diferente a cualquiera de las existentes y exigibles en virtud del resto de preceptos del ordenamiento⁵⁹.

⁵⁶ En profundidad, C. MOLINA NAVARRETE, «Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos: la nueva ‘modernidad’ de una institución jurídica clásica», cit., pág. 809 y ss.

⁵⁷ La STSJ de Castilla y León de 27 de julio de 1993 (AS 1993, 3451), fundándose en la STS de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1714) señala que «no deja lugar a la menor duda respecto a ser la responsabilidad por infracción de medidas de seguridad personal, directa e intransferible, a cargo del empresario infractor, al tratarse de una sanción civil que se añade a la prestación derivada del accidente, sin constituir, en consecuencia, una forma o modalidad de prestación».

⁵⁸ En la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de febrero de 1992 (AS 1992, 1533) se explica cómo «una cosa es la actuación administrativa propiamente sancionadora y otra distinta la responsabilidad patronal, dentro de un ámbito prestacional, derivada *ex lege* (...) el recargo no es simplemente una sanción sino una indemnización sancionadora o punitiva que se añade a la indemnización resarcitoria de la prestación ordinaria de la Seguridad Social, lo que debe diferenciarse claramente de las meras ‘multas’ dimanadas de la actuación inspectora de la Administración que sí queda en suspenso a la espera de la existencia o no de responsabilidad penal (...) pero que no es confundible con esa personalísima responsabilidad prestacional del empresario».

⁵⁹ La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de mayo de 1992 (AS 1992, 2544) señala que «carece de trascendencia para el supuesto enjuiciado el que se haya o no dictado sentencia firme o resolución que pusiera fin al procedimiento penal dado que (...) la responsabilidad que se regula en el mismo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal (...) no pudiéndose así cuestionar su concurrencia con cualquier otra responsabilidad civil derivada de ilícito», con cita de la STSJ de Castilla y León (Vallado-

Esta tesis mixta, aunque coherente con la doble finalidad del recargo, deja completamente irresuelta la cuestión sobre su naturaleza, pues tal acción requiere un esfuerzo descriptivo de carácter positivo que no admita fisuras sin que puedan tomarse como referencia los límites que en el ordenamiento existen tanto a la imposición de la doble sanción como a la acumulación de indemnizacio-

lid) de 2 de junio de 1992 (AS 1992, 3156). La STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 1992 (AS 1992, 1667) abunda en esta idea desde la perspectiva de la diferenciación de bienes jurídicos protegidos: «la diferencia entre la responsabilidad establecida para la empresa en el art. 93 de la LGSS y la penal se fundamenta en el hecho de tener dos valoraciones jurídicas distintas, una en el orden laboral, con las consecuencias en favor del operario accidentado previstas en el citado precepto y otra en el campo penal en el que está implicada toda la sociedad». La STSJ de Madrid de 5 de octubre de 1993 (AS 1993, 4637) entiende que «por virtud de los dispuesto en el art. 41 de la CE, en cuanto prevé un régimen público de Seguridad Social, paralela a la relación jurídica de trabajo corre otra relación jurídica de Seguridad Social, donde están implicados el trabajador, la empresa y la Entidad Gestora, más cuando el riesgo creador de la contingencia protegida es el accidente laboral, y éste sea causado por la conducta omisiva del empresario, incumplidor de las medidas de seguridad pertinentes, nace otra consecuencia jurídica que es el recargo en las prestaciones económicas del art. 93 LGSS que no tiene contenido administrativo ni penal, en el sentido expuesto, y por consiguiente no está afectado por el art. 25 de la Constitución con el alcance indicado, antes bien se impone su exigibilidad en aplicación del art. 9.3 de la norma fundamental, al quedar sometidos los ciudadanos a la misma y al resto del ordenamiento jurídico». Como se anticipó, no es difícil encontrar elementos de carácter mixto en la configuración jurídica del recargo. El atractivo jurídico del recargo es obvio, pues aglutina las dos finalidades complementarias (punición y reparación) que aparecen, complementándose, en los diversos ordenamientos nacionales respondiendo «al doble objeto de conseguir un mayor control social para la conservación del sistema social y a eliminar o atenuar las consecuencias perjudiciales que las infracciones de la normativa producen para los concretos sujetos afectados (M. ALONSO GARCÍA y J. RIVERO LAMAS, «Sanciones por violación o incumplimientos de normas laborales», en AA.VV., *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS, Madrid, 1988, pág. 11).

nes por un mismo hecho en relación con la prohibición de enriquecimiento injusto. El recargo sería una institución que no quebrantaría la prohibición de enriquecimiento injusto, ni la prohibición de *bis in idem* (luego no sería una sanción pura), ni comportaría una duplicidad indemnizatoria; se sabría lo que no es, y se omitiría lo que es. En este sentido, es significativa la postura adoptada cuando se reflexiona acerca de la compatibilidad entre el recargo del art. 123 LGSS y la posible responsabilidad civil del empresario, entroncándola con los daños punitivos anglosajones⁶⁰.

Si se acepta tal vinculación con los daños punitivos anglosajones, existen elementos de juicio para valorar la naturaleza del recargo⁶¹. Dada la definición de los *punitive*

⁶⁰ La STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 1992 (AS 1992, 6399) razona que «Tal compatibilidad ninguna relación guarda con una hipotética infracción del principio *non bis in idem* (...) porque (...) no se está ante la imposición de dos sanciones, sino sólo de una; la acción de resarcimiento (...) es del todo ajena al derecho punitivo (...) mientras que sí participa de tal carácter el recargo que a la prestación (...) se impuso a la empresa (...), recargo que incluso ha sido calificado por la doctrina de indemnización sancionatoria o punitiva (los *punitives damages* adicionales a los *compensatory damages*, en la terminología anglosajona). Esta tesis se apunta por B.M. CREMADES SANZ-PASTOR, «La responsabilidad empresarial derivada del accidente de trabajo», *RPS* nº 88, 1970, pág. 46.

⁶¹ M. IZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual*, vol. I, Reus, Madrid, 1993, pág. 40 y ss., con abundante bibliografía, explica que los *punitive damages* son una vieja institución del *Common law*. Cuando la conducta del demandado ha sido deliberada y «reviste caracteres de auténtico ultraje» (*mere negligence is not enough*), son muchas las sentencias que incorporan a la acción de daños y perjuicios un componente sancionador o ejemplar. La mayoría de las decisiones en que este *smart money* es concedido declaran el propósito de que el causante del daño no vuelva a incurrir en similares conductas, al tiempo que se disuade a terceros de hacer lo propio. Muchas sentencias mencionan, además, la razón adicional de compensar a la víctima de los componentes morales del daño y de los gastos originados por el litigio. Por supuesto, se requiere algo más que la mera

damages en el recargo de las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo es cierto que se apreciarían sus principales rasgos sustantivos, aunque la intencionalidad necesaria para la imputación estaría agravada en nuestro ordenamiento respecto al anglosajón, pues la simple imprudencia patronal es suficiente para dar lugar a la imposición del recargo, y las garantías que ya en el originario sistema de esta institución se muestran insuficientes, son menores aquí, en cuanto la imposición del recargo –si bien, obviamente, susceptible de revisión jurisdiccional– es competencia de un organismo administrativo.

El prof. Monereo ha tenido ocasión de postular la naturaleza dual (aflictiva y reparadora) del recargo en términos no de yuxtaposición sino de combinación: el recargo posee carácter esencialmente sancionador, pero está limitado por un componente indemnizatorio en razón del perjuicio causado por el siniestro laboral. Se trata de una «sanción compleja unitaria» o una «sanción extraordinaria»⁶², situada entre las sanciones públi-

causación de un daño. Ejemplos típicos en los que se conceden los daños punitivos por parte de los jurados norteamericanos son los de lesiones causadas violentamente, seducción, libelo, calumnia, procedimientos judiciales conocidamente indebidos, etc. También se dan casos en que se usa de esta medida como sanción al incumplimiento contractual por contravención de la buena fe, especialmente en contratos de adhesión; se ve en esta medida, y con razón, no ya una manera de devolver a la víctima a la situación anterior al daño, sino de darle una posición todavía mejor. Se entienden que constituyen una forma de introducir el castigo en el campo de la responsabilidad civil, y de hacerlo además por el solo capricho del jurado y sin las garantías de que goza todo acusado en un procedimiento criminal. Piénsese además que el condenado al pago aún puede ser perseguido penalmente, cuando ya ha pagado algo que tiene de por sí un contenido netamente penal y en nada reparador; máxime cuando la propia sentencia suele establecer un desglose entre la indemnización puramente civil por el daño sufrido y la suma debida además en concepto de sanción.

⁶² STSJ del País Vasco de 15 de abril de 1998 (AS 1998, 2026).

cas y las privadas, lo que induce a hablar de su «modernidad», habida cuenta de que «son justamente este tipo de sanciones complejas las que han demostrado mayor eficacia para atender a los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico»⁶³.

3.5. Síntesis conclusiva

A partir de las consideraciones anteriores, parece claro que en el recargo confluyen elementos propios de las indemnizaciones junto a otros caracterizadores de las sanciones, como también aspectos típicos de las cláusulas penales civiles.

- Persigue reparar los daños sufridos por el trabajador, pero se trata de responsabilidad no asegurable.
- A su través se penaliza al empresario infractor, pero la Ley lo recoge entre las medidas integrantes del «Régimen general de las prestaciones» (Sección 2ª) que integran la «Acción protectora» del Sistema (Capítulo III LGSS).
- El beneficiario natural del recargo es el trabajador, pero cuando el mismo ha fallecido y carece de causahabientes el importe puede integrarse en los fondos del Sistema de la Seguridad Social.
- La TGSS intermedia en la percepción del importe del recargo, pues ante ella deben capitalizarse las cantidades.
- El INSS, competente para la imposición del recargo, es un organismo administrativo –una Entidad Gestora– y no una Autoridad pública encargada de reprimir los incumplimientos normativos.

⁶³ J.L. MONEREO PÉREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 78; su desarrollo, en págs. 54-82.

- Se precisa de un previo procedimiento administrativo a su imposición, y la resolución que se dicte es susceptible de impugnación jurisdiccional, pero ni el procedimiento seguido es el propio de las sanciones administrativas ni el orden jurisdiccional ante el que debe acudir es el mismo.
- Su imposición requiere un previo incumplimiento empresarial, pero los criterios acogidos para determinar su existencia parecen separarse de los propios del Derecho sancionador (por ejemplo, la tipicidad) y adentrarse en los de la responsabilidad civil (o laboral).

En definitiva, y por no alargar más la enumeración, cada vez que se cree haber hallado una similitud con los perfiles propios de la sanción administrativa o de la indemnización propia del Derecho de obligaciones, es imprescindible realizar una matización. Esta insoslayable realidad es al tiempo la que permite (a veces de forma un tanto voluntarista) superar parte de las dificultades prácticas a la hora de aplicar las previsiones normativas, pero también la que conduce a soluciones poco satisfactorias⁶⁴.

Como ya se ha apuntado, muchas veces se tiene la impresión de que el intérprete jurídico *construye* una naturaleza a la medida de los resultados perseguidos (por ejemplo, en

⁶⁴ A. MONTOYA MELGAR, «Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidentes de trabajo», cit., pese a entender que el legislador se había decantado en favor de la naturaleza sancionadora, ya advertía que se está ante una sanción «híbrida» (p. 520), en la que coinciden elementos indemnizatorios y afflictivos que permiten hablar de «doble naturaleza del recargo» y llevan a constatar cómo «el anómalo régimen que sigue la naturaleza jurídica del recargo supone (...) no pocos problemas en cuanto a la atribución de la responsabilidad patronal» (p. 530), siendo apreciables «muchas confusiones a que da lugar la imprecisa naturaleza jurídica –sanción o indemnización al tiempo– que el recargo por falta de medidas de seguridad tiene en nuestro Derecho» (p. 535).

orden a la compatibilidad de responsabilidades) y acaba rehuyéndose la cuestión al explicar la ontología⁶⁵ en parte por los efectos deseados y no por lo coherente de sus perfiles estructurales (de donde, quizá, se desprenda la ilegalidad o, más aún, la inconstitucionalidad de algunos efectos o caracteres habituales). Del mismo modo, la mixtura tampoco parece que pueda conducir a una tesis escisionista: si es sanción especial no deja de pertenecer al género de las penas y habrán de aplicarse sus garantías; si posee finalidad resarcitoria, tampoco puede ignorarse esa vertiente. Negar que al recargo le sean aplicables las previsiones (*non bis in idem*, tipicidad, etc.) de las sanciones dada su peculiaridad, ni las de las indemnizaciones (prohibición de enriquecimiento injusto, conducta negligente previa, etc.) seguramente es justo lo contrario de lo que procede, so pena de legitimar cualesquiera efectos al amparo de la singularidad⁶⁶. Nuestra obligación es inquirir acerca de la constitucionalidad, legalidad y razonabilidad de semejante construcción.

4. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS

La configuración del recargo de prestaciones exige la concurrencia de una serie de requisitos sin la concurrencia de alguno de los cuales no es posible su imposición o determinación.

4.1. Omisión de las medidas generales o particulares en materia de seguridad y salud laboral

4.1.1. Culpabilidad empresarial

Con independencia de que la causa de las lesiones sea o no un accidente de trabajo

⁶⁵ Vid. a este respecto las consideraciones de K. JASPERS, *Cifras de la transcendencia*, trad. esp., Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 13 y 14.

⁶⁶ Así se ha podido hablar del «carácter autónomo» del recargo respecto de instituciones ya conocidas. Cfr. STSJ Andalucía 13 marzo 1998 (AS 978).

(art. 115 LGSS)⁶⁷, la omisión de las medidas de seguridad y salud exigibles constituye un incumplimiento o infracción normativa, lo cual exige que la conducta patronal sea culpable⁶⁸: la responsabilidad «no es objetiva ni implica un deber de protección absoluto, sino que se basa en la idea de culpa, y por eso no entra en juego automáticamente ante un accidente laboral (o enfermedad profesional) que lesione la vida o seguridad del trabajador, pues el empresario no está obligado a evitar todo riesgo, sino a reducir las causas que lo producen al mínimo compatible con el trabajo, siguiendo al respecto las previsiones legales, reglamentarias y convencionales, y optando siempre por elegir el mejor medio de protección según las posibilidades técnicas»⁶⁹. Por lo tanto, cuando el empleador es

⁶⁷ En realidad, lo que presupone el precepto es que existan prestaciones económicas atribuidas al beneficiario en función de dicha contingencia; lo que sucede es que la ausencia de período de carencia para que surjan aquéllas (art. 124.4 LGSS) y la automaticidad aquí imperante acaban convirtiendo en decisiva la determinación de si las lesiones invalidantes (provisional o definitivamente) traen su origen, precisamente, de un accidente laboral.

⁶⁸ La exigencia de culpabilidad es, por lo demás, elemento esencial de la atribución de cualquier tipo de responsabilidad, a pesar de la progresiva –aunque nunca definitiva– objetivación de ésta por la jurisprudencia. En este sentido, *vid.*, por todas, SSTS (Sala 1ª) de 29 de marzo y 25 de abril de 1983 (RJ 1983, 1652 y 2123), 9 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1207), 21 de junio y 1 de octubre de 1985 (RJ 1985, 3308 y 4566), 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986 (RJ 1986, 329, 444 y 1788), 9 de febrero y 24 de octubre de 1987 (RJ 1987, 719 y 7471), 5 y 25 de abril y 5 y 30 de mayo de 1988 (RJ 1988, 2652, 3277, 3879 y 4352), 17 de mayo, 9 de junio, 21 de julio, 16 de octubre y 12 y 21 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 3771, 4415, 5772, 6923 y 7897), 26 de marzo, 8, 21 y 26 de noviembre y 13 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 1731, 8534, 9014, 9047 y 10002), 5 de febrero de 1991 (RJ 1991, 991), 24 de enero de 1992 (RJ 1992, 207), 5 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7453), 9 de marzo y 9 de junio de 1995 (RJ 1995, 1848 y 4927), 4 de febrero y 24 de abril de 1997 (RJ 1997, 677 y 3399) y 21 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8817).

⁶⁹ STS del País Vasco de 15 de abril de 1998 (AS 1998, 2026).

cumplidor escrupuloso de su obligación de suministrar seguridad, la responsabilidad en estudio no puede llegar a nacer, al ser la transgresión de la normativa preventiva *conditio sine qua non* de la imposición del recargo⁷⁰. De todas formas, la inaplicación al ámbito laboral de la presunción de inocencia⁷¹ conlleva en esta materia un exceso de celo en el cumplimiento de las obligaciones preventivas, hasta el punto de que los más leves incumplimientos patronales son suficientes para imputar la responsabilidad. Se habla así de deber o «principio clave» de «protección objetiva» (en paralelo a la responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva) consistente en que «el empresario debe adoptar dispositivos y medidas de seguridad tales de tutelar al trabajador también contra los accidentes derivados de impericia, negligencia o imprudencia del mismo»⁷².

La amplitud de la noción de culpabilidad empresarial ha dado lugar a una importante jurisprudencia (enlaza con la mayor o menor amplitud del deber de seguridad, que seguidamente se abordará) que entiende que la traslación del principio *alterum non laedere* –se hable de obligaciones contractuales o extracontractuales– exige en materia de seguridad y salud que el empresario vaya más allá de la facilitación material de los instrumentos precisos para una actividad segura, de modo que es preciso impartir órdenes e instrucciones concretas⁷³, cuidar

la formación⁷⁴, vigilar y controlar la puesta en práctica adecuada de sus propias instrucciones, etc.⁷⁵.

En este sentido no faltan sentencias que declaran existente la infracción empresarial cuando se omiten reconocimientos u otras medidas preventivas, incluidas las de facilitar suficiente formación⁷⁶ o informa-

do (no) hubiera recibido convenientemente instrucciones y órdenes al respecto».

⁷⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* J. JIMÉNEZ GARCÍA y C. ESTÉVEZ GONZÁLEZ, «La labor formativa en el marco del derecho a la seguridad e higiene», en J.L. MONEREO PÉREZ (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996, pág. 641 y ss, en especial, 645 y ss.

⁷⁵ Las sentencias citadas en la nota anterior suelen advertir que el alcance y eventual incumplimiento de la obligación patronal en orden a evitar los siniestros laborales «ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria exigibles a un empresario normal cooperador a los fines de la convivencia industrial».

⁷⁶ *Vid.*, por ejemplo, la STSJ del País Vasco de 31 de marzo de 1992 (AS 1992, 1310) que considera insuficientemente cumplida la obligación empresarial de formación y perfeccionamiento (dos días de estancia en Alemania y quince días de adiestramiento o supervisión a cargo de un técnico alemán, con motivo de la adquisición de una nueva máquina) respecto de sus trabajadores a la vista de que efectivamente hubo un siniestro. Sobre la insuficiencia de la formación proporcionada por la empresa, *vid.*, entre otras, las SSTSJ de Castilla La Mancha de 10 de julio de 1992, País Vasco de 31 de marzo de 1993, La Rioja de 25 de mayo de 1995 y Galicia de 15 de septiembre de 1999. La STSJ de Canarias de 10 de septiembre de 1998 (AS 1998, 4058) condena a la empresa a abonar el recargo porque «tratándose de un aprendiz (...) el trabajo lo tenía que hacer bajo la inspección de su tutor o de otro trabajador, (con) lo que es evidente que no se observaron todas las medidas precisas para la manipulación de la maquinaria, cuando dicha persona no era totalmente conocedora de su trabajo y no poseía aún la formación adecuada para desempeñar la misma». Por lo demás, la alegación de formación suficiente del trabajador es inoperante a los efectos de evitar la imposición del recargo pues «por muy capacitado que el trabajador se encuentre, su sumisión a la disciplina del empleador [artículos 1º, 2.5º, c) y 20 del Estatuto de los Trabajadores] constituye las disposiciones de éste en causa eficiente del acontecimiento dañoso» [STJS de Asturias de 2 de octubre de 1998 (AS 1998, 3579)].

⁷⁰ STSJ del País Vasco de 17 de marzo de 1998 (AS 1998, 1302).

⁷¹ Cfr. STSud de 30 de junio de 2003 (RJ 2003, 7694); también la STSJ del País Vasco de 13 de enero de 2004 (AS 2004, 4), con abundante cita de jurisprudencia.

⁷² STSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de noviembre de 2003 (AS 2003, 4108).

⁷³ Así, por ejemplo, la STSJ de Asturias de 11 de diciembre de 1998 (AS 1998, 4409) confirma la sentencia dictada por el juzgado de lo Social, imponiendo el recargo a la empresa porque «no se ha demostrado fehacientemente en el momento del accidente la existencia y disponibilidad de pinzas magnéticas para situar la pieza en la matriz (y sí) que el trabajador demanda-

ción⁷⁷ al trabajador en cuestión⁷⁸, o meras prescripciones jurídico-técnicas que incidan sobre las condiciones de trabajo⁷⁹. De este

⁷⁷ Vid. STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 1999 para un supuesto de empleo de un trabajador en tareas no acordes con su categoría sin informarle de los riesgos. Vid. también la STSJ de Extremadura de 11 de febrero de 1998 (AS 1998, 919) que declara la procedencia del recargo cuando la empresa demandada no instruyó suficientemente al trabajador del funcionamiento de la máquina de cuya limpieza estaba encargado, incumpliendo aquella «diversas disposiciones sobre seguridad en el trabajo; así la establecida en el art. 19.34 (sic) del Estatuto de los Trabajadores, que impone al empresario facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores; la del art. 7.11 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene, vigente aún en su totalidad cuando ocurrió el accidente, que señala entre las obligaciones del empresario la de facilitar instrucción adecuada al personal antes de que comience a desempeñar cualquier puesto de trabajo acerca de los riesgos y peligros que en él puedan afectarle, y sobre la forma, métodos y procesos que deban observarse para prevenirlos o evitarlos, obligación reiterada después en la vigente Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 noviembre 1995».

⁷⁸ A estos efectos resulta indiferente que los demás trabajadores conozcan o no las medidas preventivas y las concretas directrices del empresario. Cfr. STSJ de Extremadura de 11 de febrero de 1998 (AS 1998, 919).

⁷⁹ En este sentido, el art. 41 LISOS disponía que «las infracciones a las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo, pero que no tuviesen la calificación directa de normativa laboral, reglamentaria o paccionada en materia de seguridad y salud laborales, serán consideradas como transgresión a esta normativa a los efectos de declaración de los derechos de los trabajadores en materia de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y Seguridad Social». Esta previsión ha desaparecido del RD Legislativo 5/2000, de 4 agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. No obstante, ello no implica que la responsabilidad del empresario a efectos del recargo no pueda nacer en los supuestos señalados más arriba, pues el deber de protección se extiende a la garantía de «la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo» (art. 14.2.1º LPRL), a cuyo fin el empresario deberá adoptar «cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores», en especial «en materia de evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajado-

modo, lo que sucede es que la infracción se aprecia en términos prácticamente objetivos⁸⁰, al no requerir la cualificación de elementos subjetivos, atinentes a la gravedad del daño o a la entidad del mismo incumplimiento: constatando que éste ha mediado, la obligada consecuencia no es otra que la imposición del recargo en las prestaciones económicas; aisladamente se ha mitigado ese rigor cuando lo apreciado es sólo una infracción esporádica y poco trascendente⁸¹.

Elemento que atenúa –y que incluso puede llegar a anular– la responsabilidad patronal es la concurrencia de culpas –in vigilando del empresario e imprudencia temeraria del trabajador⁸²– en la producción del acci-

res, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de la presente Ley» (art. 14.2.1º LPRL). En este sentido, el art. 14.3 LPRL encomienda genéricamente al empresario el cumplimiento de las obligaciones establecidas «en la normativa sobre prevención de riesgos laborales».

⁸⁰ En estricta dogmática jurídica, ello no es así, como se encarga de recordar alguna sentencia al advertir que al fijación del recargo «no puede establecerse por principios inspirados en la responsabilidad objetiva» sino que han de ponderarse todas las circunstancias concurrentes en cada caso. En contra de esta posición, cada vez con mayor contundencia, se encuentran pronunciamientos como los de la STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2003 (rec. nº 3096/2003) que reconocen el carácter objetivo o cuasiobjetivo de esta peculiar responsabilidad.

⁸¹ Vid. al respecto la jurisprudencia recogida por J. HERRERO TEJEDOR, «Deuda de Seguridad Social y recargo en las prestaciones», RSS nº 12, 1982, pág. 47 y ss.

⁸² La jurisprudencia ha establecido que debe reputarse como temeraria la imprudencia cuando «el trabajador, consciente y voluntariamente contraría las órdenes recibidas del patrono, o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigidas a toda persona normal» [STS 16 julio 1985 (RJ 4523)]; se exige, además, la asunción libre y consciente por el trabajador de un riesgo cierto [STCT 3 febrero 1988 (RTCT 1611)], de excepcional gravedad y debido a circunstancias ajenas al trabajo [STCT 22 marzo 1988 (RTCT 2451)]; en suma, para que proceda la exclusión de la protección que se otorga a los accidentes de trabajo se

dente⁸³. Pero la multiplicidad de supuestos que la realidad ofrece dificulta ostensiblemente el mantenimiento de un criterio jurisprudencial unitario. En apoyo de la procedencia del recargo aunque medie imprudencia del trabajador se ha afirmado que lo importante es que no se hayan adoptado las medidas de seguridad o salud adecuadas, de ahí que aquella «no pueda subsanar –o ‘compensar’– la infracción en que incurre el empresario por la no adopción de una medida de seguridad o salud que fue el *factor verdaderamente determinante* en la producción del accidente»⁸⁴. En este mismo sentido, se ha dictaminado que «lo esencial para que entre en juego la responsabilidad empresarial (...) no radica en analizar si el trabajador o un tercero ha contribuido a la producción del resultado dañoso con una conducta negligente o dolosa, sino que consiste en determinar si el empresario ha infringido alguna

exige la concurrencia de imprudencia temeraria del trabajador, bien entendido que se trata de un supuesto en el que el trabajador, aceptando voluntaria y deliberadamente un riesgo innecesario, pone en grave peligro su vida o integridad física [STSJ Cataluña 20 mayo 1998 (AS 2081), con cita de las sentencias de la misma Sala de 26 octubre 1993 (AS 4566) y 30 mayo 1997 (AS 1972)]. Este mismo concepto no experimenta variación alguna en la jurisprudencia más reciente, como puede verse en la STSJ de Cantabria de 15 de octubre de 2003 (rec. nº 564/2003).

⁸³ Según la tradición romana clásica, como recordó uno de los primeros comentaristas de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, *damnum quod quis sine culpa sensit, sibi et non alteri debet imputari*, siendo éste un aforismo «expresado con toda exactitud en nuestra partida 7ª, tít. 34, regla 22, al decir que *el daño que home recibe por su culpa, a sí mismo debe culpar por ello*, y recogido en el art. 1902 del Código civil vigente, prescriptivo de que *el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*»; vid. A. OSSORIO Y GALLARDO, «Introducción» a la recopilación legislativa *Accidentes del Trabajo*, 2ª ed., Las Leyes, Biblioteca económica de legislación y jurisprudencia, Madrid, pág. 7.

⁸⁴ J.L. MONEREO PÉREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 35.

concreta norma de seguridad y ésta de haberse cumplido lo hubiera evitado o minorado. Distinto sería si éste hubiera sido el mismo aunque se hubiese adoptado la concreta medida de seguridad vulnerada, porque es sólo entonces cuando deja de darse el imprescindible –a estos efectos– nexo causal entre esa infracción y el daño sufrido por el trabajador accidentado, determinando la responsabilidad empresarial [pues] su existencia habría evitado el accidente, haciendo así que sea indiferente que en la producción de éste haya intervenido también casualmente la imprudencia del trabajador»⁸⁵.

En efecto, la responsabilidad del empresario sólo quiebra en supuestos en que la propia imprudencia o conducta del trabajador sea la que provoque el incumplimiento patronal de las medidas de seguridad⁸⁶,

⁸⁵ STSJ de País Vasco de 18 de octubre de 1993 (AS 1993, 4294); en términos prácticamente idénticos se pronuncia la STSJ de Extremadura de 29 de junio de 1998 (AS 1998, 2749).

⁸⁶ Así, las SSTSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 1991 (AS 1991, 6733), 3 de marzo de 1992 (AS 1992, 1668) y 8 de octubre de 1992 (AS 1992, 5093) acogen este supuesto advirtiendo que «el art. 93 (...) no impone el recargo en todo accidente; la infracción ha de ser grave y ha de ser la causa del hecho del daño o lesión y no imputable a imprudencia del trabajador (...) y en el supuesto de autos el accidente acaeció por un defectuoso apuntalamiento realizado por el propio recurrente. Con ello es visto que no existen esas concretas obligaciones o medidas por lo que no puede haber infracción concreta alguna sancionada (...)». En términos similares, STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 1991 (AS 1991, 2686). Por su parte, la STSJ de Extremadura de 12 de febrero de 2004, con cita de la del mismo Tribunal de 8 de noviembre de 1999 (AS 199, 4721), ha establecido que la posible imprudencia del trabajador no siempre exonera de responsabilidad a la empresa, si bien en el hipotético supuesto de concurrencia de culpas hay que atenderse a la de mayor relevancia, negando la existencia del recargo cuando era de mayor importancia –a los efectos causados– la conducta del accidentado.

Quizá no esté de más reiterar que aunque se descarte la conexión causal entre ausencia de medidas e imposición del recargo empresarial sobre las prestaciones, esta valoración jurídica no prejuzga (en uno u otro

incluyendo (sin menoscabo de cuanto sucede respecto de la propia calificación del accidente como de trabajo) los supuestos de imprudencia profesional⁸⁷, las equivocaciones de

sentido) si se está o no ante un accidente de trabajo. En definitiva, «cuando media una conducta imprudente por parte del trabajador que determina la producción del siniestro, si bien no se elimina la protección del siniestro, no ocurre lo mismo con relación al recargo por falta de medidas en favor del accidentado culpable (...) en su consecuencia como quiera que el recargo de que se habla (...) por tratarse de una medida punitiva debe aplicarse restrictivamente y siempre que la infracción haya sido probada de forma palmaria e incontrovertida (...)», según los términos de la STSJ de Andalucía de 13 mayo de 1992 (AS 1992, 2629). En el mismo sentido, *vid.*, STS de 10 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1377) y SSTSJ de Cataluña de 3 de marzo de 1992 (AS 1992, 1668), 7 de julio de 1992 (AS 1992, 4018) y 24 de mayo de 1993 (AS 1993, 2541), Madrid de 19 de mayo de 1992 (AS 1992, 2721) y Castilla y León de 11 de febrero de 1992 (AS 1992, 689), entre otras.

⁸⁷ Como advierte la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de marzo de 1992 (AS 1992, 1137), «esta imprudencia profesional del trabajador no elimina el concepto de accidente de trabajo (...) pero impide el recargo de prestaciones, pues no es imputable a la empresa, que no está obligada a vigilar constantemente a su personal». En el mismo sentido pueden verse las SSTS y SSTCT citadas en ella, además de las SSTSJ de Cataluña de 24 de mayo de 1993 (AS 1993, 2541) y Canarias (Las Palmas) de 10 de diciembre de 1993.

Para la calificación de la misma se tiene en cuenta también el cargo desempeñado en la empresa, lo que puede llevar a exonerar al empresario de la infracción de seguridad, al recaer precisamente la misma en el trabajador: «el accidentado era capataz de brigada, experto conocedor de los riesgos de su trabajo e incluso por formación especializada en materia de prevención» (STSJ de Cantabria de 27 de noviembre de 1992 (AS 1992, 5595).

Tampoco la imprudencia del trabajador remite como causa exoneratoria porque la misma venga, paradójicamente, provocada por su especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones: «esa es lamentablemente la conclusión a la que ha de llegar la Sala, pues la buena disposición y colaboración con la empresa manifestada por el trabajador en la realización de una tarea que 'no dejó para su jefe ni para el día siguiente le ha llevado por exceso de confianza y por descuido a no cumplir con la primera y fundamental tarea de velar por su propia seguridad y ninguna responsabilidad jurídica podemos imputar por ello a la empresa' (STSJ de

sus servicios médicos⁸⁸ o la actuación imprudente de otros de sus empleados⁸⁹, salvo que éstos actuaren en ejercicio de facultades patronales delegadas en ellos⁹⁰.

En alguna sentencia ejemplar se determinan los supuestos en los que debe excluirse la responsabilidad patronal: «cuando la producción del evento acontece por conducta imprudente del trabajador accidentado o de manera fortuita, de forma imprevista o

Asturias de 17 de junio de 1993, AS 1993, 2820). En el mismo sentido, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 4 de marzo de 1993 (AS 1993, 1326) se refiere expresamente a la imprudencia en éste, que en todo caso podría ser confianza en la ejecución del trabajo, lo que excluye el concepto de aquélla (...). En sentido contrario, STSJ de Madrid de 19 de mayo de 1992 (AS 1992, 2720).

En el plano doctrinal son muy esclarecedoras las reflexiones de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Culpa de la víctima y accidente de trabajo», ADC, Vol. XXIII, Tomo III, 1970, pág. 543 y ss.

⁸⁸ De este modo, «no cabe imputar al empresario el mayor o menor acierto de los diagnósticos efectuados por sus servicios médicos (...) (STSJ de Asturias de 26 de noviembre de 1992, AS 1992, 5403): En este sentido, M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, Instituciones de Seguridad Social, Civitas, Madrid, 2003, pág. 136 recuerdan cómo «se estableció jurisprudencialmente la procedencia del recargo en los casos de incumplimiento de los preceptos sobre reconocimientos médicos "previo y periódico" en las empresas con riesgos de enfermedad profesional, punto hoy claro a la vista de la LSS, artículos 191 y 192».

⁸⁹ Como razona la STSJ de Madrid de 19 de mayo de 1992 (AS 1992, 2719), «el accidente se produjo por una falsa maniobra de uno de los compañeros del lesionado, no pudiendo atribuirse ninguna culpabilidad a la empresa por falta de medidas de seguridad». Criterio diverso parece albergar la STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 1991 (AS 1991, 4901) para la cual «se exige la continua vigilancia en el cumplimiento dentro de las normas (...) de la que la empresa no puede librarse, descargando la responsabilidad del cumplimiento de vigilancia, sobre el incumplimiento de otros».

⁹⁰ SSTSJ de Castilla y León de 11 de marzo de 1992 (AS 1992, 1110) y Cantabria de 29 de marzo de 1993 (AS 1993, 1593) reiteran la responsabilidad empresarial ex art. 123 LGSS cuanto tales trabajadores sean precisamente los encargados de la obra y, por tanto, el origen del accidente sea sus negligentes instrucciones.

imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención (...) debiendo entenderse que el nivel de vigilancia (y de culpabilidad) del empresario ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinarias, exigibles a un empresario normal, cooperador a los fines de la convivencia industrial, que son criterios coincidentes con los recogidos en el art. 16 del Convenio 155 de la OIT»⁹¹. Esto significa, dicho de modo rotundo, que «excede de la obligación empresarial la permanente vigilancia del personal en orden a la lógica observancia de dichos medios (se refiere a los de seguridad) máxime cuando el trabajador es conocedor de su trabajo y de sus riesgos»⁹².

La culpabilidad empresarial se mantiene, por último, en los casos en que la omisión de las medidas de seguridad y salud exigibles no sean debidas a culpa del empresario sino de trabajadores con facultades de organización y dirección de la actividad productiva, sin perjuicio de que luego pueda aquél repetir el pago⁹³.

4.1.2. Tipo de incumplimiento

Cuestión polémica a la hora de configurar el supuesto de hecho que interesa aquí es la

⁹¹ STSJ de Cataluña de 21 de junio de 1999. En términos semejantes, *vid.* SSTSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 1997 (AS 1997, 3931), Canarias de 8 de marzo y 29 de abril de 1994 (AS 1994, 1246 y 1492) y 10 de septiembre de 1998 (AS 1998, 4058) y Andalucía de 13 de marzo de 1998 (AS 1998, 978).

⁹² STSJ de Asturias de 11 de diciembre de 1998 (AS 1998, 4409).

⁹³ En este sentido, J.L. MONEREO PÉREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., p. 82, para quien lo dicho más arriba significa que «la responsabilidad empresarial no es personalísima, sino que tiende a objetivarse en quien ostenta la titularidad del ámbito organizativo en que se inserta el trabajador, al cual se le imputa primordialmente el deber objetivo de cuidado».

que se refiere a si las *prescripciones inobservadas* por la empresa para que entre en juego el recargo sobre las prestaciones han de ser o no unas concretas y determinadas. Lógicamente, la cuestión enlaza con la relativa al alcance que posea el deber de seguridad que pesa sobre el empleador, en concreto, si se trata de una obligación de contenido limitado (tipificado) o abierto (general).

La transgresión de un genérico deber empresarial de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, conforme a las prescripciones de la LPRL, conduciría en la práctica totalidad de las ocasiones a condenar al empresario⁹⁴. En apoyo de la suficiencia de incumplimientos generales, no tipificados en las normas, se ha razonado que «al empresario le corresponde adoptar cuantas medidas sean necesarias para la debida prevención de los riesgos (...) y que tal deber general o deuda de seguridad no siempre reclama la presencia de una medida específica prevista o impuesta»⁹⁵; en otros términos, la aplicación del recargo (desde la modificación del art. 55 del Reglamento de Accidentes

⁹⁴ En este sentido, STSJ de Asturias de 30 de enero de 2004 (AS 2004, 291): «el deber del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado».

⁹⁵ Cfr. SSTSJ de Madrid de 12 de mayo de 1992 (AS 1992, 2701), Baleares de 17 de julio de 1992 (AS 1992, 3924), Extremadura de 27 de mayo de 1992 (AS 1992, 2571), Castilla y León de 7 de julio de 1993 (AS 1993, 3362). La misma idea late en las SSTSJ del País Vasco de 20 de septiembre de 1991 (AS 1991, 4900) y 31 de marzo de 1992 (AS 1992, 1310), de modo que, por ejemplo, una obligación no tipificada de enseñanza da lugar al recargo, al entender que «la obligación del empresario es facilitar al trabajador la formación suficiente cuando tenga que aplicar «una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves», y ello determina que si bien el empresario dispuso de algunas medidas para la enseñanza del trabajador (...) éstas no fueron lo suficientemente adecuadas (...) como finalidad propia de la «prevención de riesgos y peligros». En el plano doctrinal, J. APARICIO TOVAR, «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo», *REDT* nº 49, 1991, págs. 728 y 729, expone con claridad la relación entre la obligación genérica y las particulares o específicas.

tes de Trabajo de 1956 introducida por Decreto 6 diciembre 1962) «no exige la concreción de un determinado apartado o medida omitida, sino que basta la inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad necesarias para el trabajo humano que todo empresario está obligado a cumplir en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores a su servicio»⁹⁶; tampoco exige que la infracción haya sido técnicamente constatada por la Jurisdicción contencioso-administrativa⁹⁷. En suma, es posible entender que las medidas de seguridad que han de ser omitidas por el empresario no tienen por qué estar detalladas en las normas administrativas⁹⁸ pues «la deuda de seguridad no siempre reclama la presencia de una medida específicamente prevista e impuesta»⁹⁹. Lo anterior significa que, a los efectos de la protección de los trabajadores, las medidas empleadas por el empresario carecen en principio de un límite predeterminado pues éstas habrán de ser las «adecuadas», esto es, las *necesarias*, lo que plantea el problema relativo a la determinación o concreción de su contenido, es decir, a la fijación de las medidas que han de entenderse en cada caso como indispensables. Como puede apreciarse, no se trata sólo de que el empresario resulte responsable como consecuencia de incumplimientos de las disposiciones normativas o convencionales en materia de seguridad y salud en el trabajo; la protección de los trabajadores (y, por tanto, el contenido de las obligaciones empresariales) obliga al empresario a garantizar la

máxima seguridad tecnológicamente posible, lo que plantea, como decíamos antes, el problema del contenido de la obligación empresarial¹⁰⁰.

El empresario, en cuanto garante de la seguridad integral del trabajador, debe velar en todo momento por que se eviten los accidentes. La traslación al empresario de un deber tan amplio conduce a la justificación del recargo en todos aquellos casos en que, por culpa o negligencia, el accidente fue debido a una omisión del deber objetivo de cuidado a cargo del empresario. De este modo, por ejemplo, se dice que «por la posición de garante de la seguridad del trabajador a su servicio debió impedir con el cumplimiento del deber de vigilancia» la presencia del elemento causante del accidente¹⁰¹. Más aún, alguna sentencia¹⁰² declara procedente el recargo impuesto como consecuencia de un accidente producido por un error difícilmente detectable en la programación de una máquina¹⁰³. Parece entonces que sólo los accidentes imprevisibles o inevitables, por ejemplo los producidos como consecuen-

¹⁰⁰ Alguna sentencia, como la de TSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2003 (AS 2003, 4035), deniega la imposición del recargo por entender acreditado que una potencial mejora técnica no hubiera evitado el accidente.

¹⁰¹ STSJ de Madrid de 12 de mayo de 1992 (AS 1992, 2701). En el mismo sentido, entre otras, SSTSJ de Cataluña de 14 de enero de 1992 (AS 1992, 279), Cantabria 11 diciembre 1992 (AS 1992, 5954), Andalucía de 17 de junio de 1993 (AS 1993, 3103) y Castilla y León de 7 de julio de 1993 (AS 1993, 3362).

¹⁰² STSJ del País Vasco de 17 de marzo de 1998 (AS 1998, 1302).

¹⁰³ El accidente «sobrevino por un error en la programación de la memoria del cuadro de mandos de la máquina, que si bien no podía detectarse sino desmontándola, no exime al empresario del recargo, pues existe directa y adecuada relación de causalidad entre el siniestro lesivo y ese concreto defecto de la máquina, difícil de detectar, pero en todo caso detectable y corregible, esa mayor dificultad para descubrir el error únicamente ha de servir para graduar el porcentaje del recargo que ha de imponerse que, en este caso, ha sido el menor».

⁹⁶ STSJ de Murcia de 2 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4429).

⁹⁷ STSJ del País Vasco de 13 de enero de 2004 (AS 2004, 4).

⁹⁸ En este sentido, SSTSJ de Cataluña de 22 de enero de 1993 (AS 1993, 433) y La Rioja de 2 de julio de 1998 (AS 1998, 2554).

⁹⁹ STSJ de La Rioja de 2 de julio de 1998 (AS 1998, 2554).

cia de defectos de los aparatos o máquinas debidamente revisados –es decir, sin que la empresa haya vulnerado las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo y sin que se concurra culpa *in vigilando*–, quedan al margen de la imposición del recargo¹⁰⁴. Más razonable parece exigir que el empresario «hubiere vulnerado o incumplido una medida de seguridad general o particular prevista en la norma»¹⁰⁵, esto es, que haya infracción de concretas y preexistentes disposiciones, aunque su contenido sea genérico, pues, a veces, resulta imposible una «mayor concreción (de los ilícitos), puesto que no se refieren a datos específicos sobre mecanismos materiales de seguridad, sino a comportamientos relativos al eficaz empleo de los mismos, cuya infinita versatilidad no puede materialmente ser objeto de mayores precisiones en su descripción»¹⁰⁶.

¹⁰⁴ «No se aprecia infracción alguna en materia de seguridad e higiene, sino un defecto en la máquina que el empresario no pudo prever, al ser únicamente detectable desmontando la máquina; no cabe argüir para justificar la imposición del recargo que, en todo caso, el defecto era detectable y corregible, pues el nivel de vigilancia que a los empleadores impone el artículo 7 de la Ordenanza 9 marzo 1971 para prevenir los riesgos que afecten a la integridad física de los trabajadores, ha de valorarse con criterios de razonabilidad según máximas de diligencia ordinarias exigibles a un empresario normal cooperador a los fines de la convivencia industrial, y en el supuesto enjuiciado la empresa demandante actuó con la diligencia debida, dotando a la máquina de un moderno equipo de control, sin que pueda exigírsela prever y subsanar un defecto que no era visible, máxime si se tiene en cuenta que la máquina era prácticamente nueva y había sido revisada unos meses antes del accidente por un inspector de la empresa fabricante» [STS] País Vasco 17 marzo 1998 (AS 1302)].

¹⁰⁵ En estos términos se expresa la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de mayo de 1992 (AS 1992, 2544). Puede verse también la STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 1991 (AS 1991, 2686) y las en ella citadas; también las SSTSJ de Asturias de 14 de noviembre de 1991 (AS 1991, 6039), Madrid de 16 de enero de 1991 (AS 1991, 785) y las SSTCT de 4 de febrero de 1980 y 14 de marzo de 1983.

¹⁰⁶ STSJ de Asturias de 2 de octubre de 1998 (AS 1998, 3579). En el mismo sentido, STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2003 (AS 2004, 207).

En algún supuesto concreto se ha planteado si la homologación de las máquinas causantes del accidente o la revisión de las mismas pocos días antes eximen o no de responsabilidad al empresario; la jurisprudencia ha concluido que aunque las máquinas se hallaren homologadas por el organismo oficial correspondiente, si resulta probado que no estaban dotadas de todas las medidas de seguridad necesarias para evitar cualquier accidente como consecuencia de su funcionamiento, habrá que imponer el recargo, al concurrir en estos casos culpa o negligencia por parte de la empresa¹⁰⁷; en otros casos, se ha entendido que la revisión técnica de la máquina pocos días antes del accidente permiten atenuar la responsabilidad e incluso eliminarla en supuestos de actuaciones manifiestamente imprudentes de los trabajadores¹⁰⁸. Sea como fuere, en todo caso se requiere una conducta pasiva del empresario mediante la que se omitan ciertas obligaciones heterónomas (leyes y reglamentos) o convencionales (a nivel individual o colectivo)¹⁰⁹, sin que pueda imputársele responsa-

¹⁰⁷ STS 26 septiembre 1998 (RJ 7071), referida a un supuesto de responsabilidad extracontractual.

¹⁰⁸ STSJ de Cataluña de 16 de julio de 2003 (AS 2003, 2880).

¹⁰⁹ Numerosas sentencias se pronuncian en este sentido; entre una pléyade de ellas pueden verse, a título de ejemplo, las SSTS de 12 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2530), 8 de junio de 1987 (RJ 1987, 4142), 22 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6268), y las SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de marzo de 1993 (AS 1993, 1550); Galicia de 9 de noviembre de 1992 (AS 1992, 5324); Madrid de 5 de julio de 1993 (AS 1993, 3664) y 14 de septiembre de 1993 (AS 1993, 4179); Extremadura de 27 de mayo de 1992 (AS 1992, 2571); Andalucía de 13 de marzo de 1998 (AS 1998, 978). Todas ellas reproducen, con ligeras variantes, la siguiente fórmula: «El recargo de prestaciones de la Seguridad Social (...) exige (...) la conexión causal adecuada entre el siniestro productor del resultado lesivo para la vida o integridad de los trabajadores y la conducta pasiva del empleador, consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto de las máquinas, instrumentos o lugares de trabajo, bien consista la omisión en la falta de dispositivos de seguridad o en su inutilización o

bilidad por «meras probabilidades o sospechas» de incumplimiento¹¹⁰.

4.1.3. *Circunstancias concurrentes*

El art. 123 LGSS pone especial énfasis en la adecuación de las medidas de protección de los trabajadores teniendo en cuenta sus características personales, edad, sexo y demás condiciones, lo que constituye un argumento adicional a la interpretación genérica sobre la índole de los incumplimientos, y un reforzamiento del deber empresarial de seguridad¹¹¹. Al margen de que el precepto ha de reinterpretarse en términos constitucionales, a fin de conciliar su tenor con el dogma del trato igual por razón de sexo, viene de nuevo a enlazar con el cum-

deficiente funcionamiento, pudiendo afectar igualmente la omisión a las medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral y que aun no estando específicamente detalladas en las normas de policía administrativa –o impuesta de forma particular para la empresa por los órganos competentes para vigilar la seguridad en el trabajo– sean adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador con criterios ordinarios o de normalidad, para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los empleados, criterio éste que no es otra cosa que el reflejo y operatividad en el ámbito de las relaciones de Seguridad Social del derecho básico en el contenido de la relación laboral (...).

¹¹⁰ STSJ de Extremadura de 12 de febrero de 2004 (rec. nº 13/2004).

¹¹¹ Sobre la cuestión recomendamos la lectura de la STS de 30 de junio de 2003 (RJ 2003, 7694). En concreto, la asignación de funciones ajenas a la categoría profesional sin tener la titulación y formación necesaria para desarrollarlas se considera causa suficiente para imponer el recargo [SSTS] de Cataluña de 3 de febrero de 1993 y, más recientemente –argumentando, además, que el art. 13.4 LISOS (antiguo art. 48.4 LPRL) califica de infracción muy grave la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo– STSJ de Galicia de 15 de septiembre de 1999 (AS 1999, 2613)].

plimiento de otras obligaciones patronales respecto de evitación de riesgos y atención a las limitaciones de sus trabajadores¹¹². Desde la óptica contraria –trabajadores con una especial formación en materia de seguridad y salud laboral– se ha defendido la escasa virtualidad de tal circunstancia para exonerar de responsabilidad al empresario, «pues lo contrario llevaría a la conclusión de todo punto inadmisibles (...) de que, tratándose de accidentes de los trabajadores con cargos de colaboración en materia de seguridad e higiene ninguna responsabilidad cabría en orden al recargo por el incumplimiento de las medidas de seguridad»¹¹³. Además, los trabajadores encargados de asesorar y velar por el cumplimiento de las normas en materia de seguridad y salud laboral ni ejercen funciones delegadas por el empresario ni cumplen encargo alguno de ejecución: «el vigilante es un mero «observador», no un órgano que tenga a su cargo «de modo efectivo, real, directo y originario (...) la misión de atajar, mediante la ejecución por sí, o merced a otras personas a sus órdenes, todas las posibilidades de accidente»»¹¹⁴. De ahí que será posible aplicar el recargo cuando el accidente acaezca a un trabajador con funciones representativas en materia de seguridad y salud laboral¹¹⁵, siempre que no actúe de modo imprudente¹¹⁶.

4.2. Nexo de causalidad

Planteamiento. De igual modo que para la propia calificación de un accidente como

¹¹² Vid. L. FERNÁNDEZ MARCOS, «Seguridad e higiene», cit., pág. 39; J.L. MONEREO PÉREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 32.

¹¹³ STS de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4096).

¹¹⁴ STS (Sala 2ª) de 18 de mayo de 1971 (RJ 1971, 2347), citada por la STS 6 mayo 1998 (RJ 1998, 4096).

¹¹⁵ STSJ de Asturias de 26 de diciembre de 2003 (AS 2004, 581).

¹¹⁶ STSJ de Extremadura de 19 de septiembre de 2003 (JUR 2004, 55918).

de trabajo se exige el nexo causal entre la lesión producida y el desempeño de la actividad profesional, para que proceda el abono del recargo en estudio es menester que se aprecie esa *relación de causa-efecto* entre el incumplimiento empresarial y el accidente; una reiteradísima jurisprudencia insiste en la exigencia de tal conexión causal «entre el siniestro productor de resultados lesivos (...) y la conducta pasiva del empleador»¹¹⁷; el accidente de trabajo ha de estar provocado por el incumplimiento empresarial¹¹⁸.

La acreditación del nexo. Extrayendo una obligada consecuencia de esta preceptiva conexión causal, suele afirmarse que si se desconocen las circunstancias en que se produjo el accidente, la mera acreditación de infracción de las medidas de seguridad no puede dar lugar a la imposición del recargo¹¹⁹ si se ha constatado la existencia de infracción en materia de seguridad y salud,

¹¹⁷ Entre otras innumerables, SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 11 febrero 1992 (AS 689) y Madrid 4 febrero 1992 (AS 948). Sobre esta firme línea jurisprudencial puede verse J.I. GARCÍA NINET «Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedades profesionales por omisión de medidas de seguridad (en torno al art. 93 de la LGSS y la reciente jurisprudencia)», *TS* n^o2, 1991, p. 25.

¹¹⁸ Tanto la norma contenida en el art. 123 LGSS como la jurisprudencia exigen una relación o nexo de unión causal entre la omisión de las medidas de seguridad y el accidente acaecido. Dicho de otro modo, el accidente de trabajo ha de estar provocado por el incumplimiento empresarial.

¹¹⁹ La STSJ Madrid 12 febrero 1992 (AS 993) se enfrenta con un supuesto (obrero arrollado por máquina excavadora) acaecido «sin que consten las circunstancias que mediaron en el desgraciado accidente» y descarta que las irregularidades observadas en la máquina excavadora (ausencia de espejos y claxon) o en la señalización de una zanja (en la cual estaba el accidentado) fuesen su causa directa.

Supuestos de exoneración de responsabilidad por casos fortuitos pueden verse en las siguientes sentencias del TSJ de Cataluña: 15 de julio de 1992, 27 de abril de 1994 (AS 1994, 1492), 21 de junio de 1999 (AS 1999, 2426), 18 de septiembre de 2000 (AS 2000, 4588) y 27 de noviembre de 2003 (AS 2004, 207).

pero no la causa del accidente, es erróneo pretender que entre en juego el art. 123 LGSS¹²⁰. De este modo, el recargo no puede equipararse a una medida meramente sancionadora de incumplimientos; incluso pueden coexistir tales desconocimientos normativos, acaecer accidentes pero sin que proceda su abono por no haber sido el uno consecuencia de los otros¹²¹.

Regla práctica importante para la doctrina judicial es la de que la carga de la prueba (alguna sentencia llega a exigir que sea «concluyente») sobre la causalidad entre infracción y accidente corre de parte del trabajador (o sus derechohabientes) en cuanto que es él quien presenta la demanda¹²². De este modo, resulta cierta una doble premisa: que el siniestro ha de tener su origen en la infracción empresarial de las normas sobre seguridad y salud laborales y que tal circunstancia ha de quedar suficientemente acreditada.

La necesaria causalidad, como la prescripción, puede romperse como consecuencia de hechos imprevisibles, o previsibles e

¹²⁰ STSJ Extremadura 3 septiembre 1993 (AS 4081); en el mismo sentido, las allí citadas o, entre otras muchas, STSJ Castilla y León (Burgos) 5 julio 1991 (AS 4362).

Debe reputarse como caso diferente aquél en el que lo no acreditado sea la atribución de la imprudencia; en la STSJ Cataluña 14 enero 1992 (AS 279) no consta quién retiró la barra de seguridad existente, y recurre la empresa el recargo a que ha sido condenada, alegando violación del art. 24.1 CE; es acertada la doctrina del Tribunal presumiendo *iuris tantum* que el obrero no ha sido el causante de su propia desgracia. No se presume la infracción, que está constatada, sino el sujeto responsable.

¹²¹ Tal es el caso de una enfermedad infecciosa contraída por un trabajador que prestaba servicios en un servicio de reumatología; cfr. STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de septiembre de 2003 (AS 2003, 3377).

¹²² En este sentido, por ejemplo, STSJ Extremadura 3 septiembre 1993 (AS 4081), que se fundamenta en las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba; también STSJ Madrid 12 febrero 1992 (AS 993).

inevitables (caso fortuito, fuerza mayor), o inexplicables, o desconocidos, exonerando de toda responsabilidad al empresario no culpable¹²³. También puede romperse el nexo, como puede deducirse de lo dicho líneas más arriba, a resultas de la imprudencia del trabajador¹²⁴.

La flexibilización de la doctrina clásica. Sin embargo, alguna sentencia del Supremo ha venido a suavizar el modo de valorar la existencia del nexo causal; así, la STS 1 octubre 1998 (RJ 7556) admite para un supuesto de culpa extracontractual «las soluciones cuasi objetivas iniciadas a partir de la Sentencia de esta Sala de 10 julio 1943 (RJ 1943, 856) sobre inversión de la carga probatoria», si bien «la obligación de resarcir no se basa

¹²³ A título de ejemplo, véase la STSJ Andalucía (Granada) 21 enero 1992 (AS 151), conforme a la cual el accidente casual o fortuito no es apto para generar la responsabilidad indemnizatoria pues «no puede imputarse, ni a título de dolo ni a título de culpa, ningún reproche a la empresa demandada, que cumplió las normas de seguridad e higiene (...) y si además de ello el evento dañoso se produjo fuera de la propia actividad empresarial y con desconocimiento de la misma, tal situación originó una situación de imprevisibilidad (...)». Por lo demás, «la exigencia de previsibilidad hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias, desde el momento en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderío (*sic*) ser y sin que a ello obste la teoría de la inversión de la carga de la prueba por causa del riesgo, en cuanto viene proyectada al daño normalmente previsible por el actuar con algún medio peligroso que normalmente también puede producirlo, de manera que en los supuestos en que el daño sea imprevisible habrá que entenderse cesada la obligación de responder, por aplicación del artículo 1105 del Código Civil, entrando en juego el mecanismo del caso fortuito» [STS 1 octubre 1998 (RJ 7556)].

¹²⁴ Entre otras muchas, *vid.* por reciente la STSJ del País Vasco de 13 de enero de 2004 (AS 2004, 4), con cita de abundante jurisprudencia. La STSJ de Asturias de 19 de diciembre de 2003 (AS 2004, 431) exonera de esta responsabilidad en un caso de accidente acaecido mediando exclusivamente culpa de la víctima. *Vid.* también las SSTs de 1 de febrero de 1999 (RJ 1999, 745) 9 de julio de 1999 (RJ 1999, 6768).

(...) de modo exclusivo, en la objetivación de la responsabilidad y en la doctrina del riesgo».

Responsabilidad del trabajador. La responsabilidad del empresario quiebra en supuestos en que la propia imprudencia o conducta del trabajador sea la que provoque el incumplimiento patronal de las medidas de seguridad¹²⁵, incluyendo (sin menoscabo de cuanto sucede respecto de la propia calificación del accidente como de trabajo) los supuestos de imprudencia profesional¹²⁶, las

¹²⁵ Así, las SSTSJ Cataluña 10 diciembre 1991 (AS 6733), 3 marzo 1992 (AS 1668) y 8 octubre 1992 (AS 5093) acogen este supuesto advirtiendo que «el art. 93 (...) no impone el recargo en todo accidente; la infracción ha de ser grave y ha de ser la causa del hecho del daño o lesión y no imputable a imprudencia del trabajador (...) y en el supuesto de autos el accidente acaeció por un defectuoso apuntalamiento realizado por el propio recurrente. Con ello es visto que no existen esas concretas obligaciones o medidas por lo que no puede haber infracción concreta alguna sancionada (...)». En términos similares, STSJ Comunidad Valenciana 17 abril 1991 (AS 2686).

Quizá no esté de más reiterar que aunque se descarte la conexión causal entre ausencia de medidas e imposición del recargo empresarial sobre las prestaciones, esta valoración jurídica no prejuzga (en uno u otro sentido) si se está o no ante un accidente de trabajo. En definitiva, «cuando media una conducta imprudente por parte del trabajador que determina la producción del siniestro, si bien no se elimina la protección del siniestro, no ocurre lo mismo con relación al recargo por falta de medidas en favor del accidentado culpable (...) en su consecuencia como quiera que el recargo de que se habla (...) por tratarse de una medida punitiva debe aplicarse restrictivamente y siempre que la infracción haya sido probada de forma palmaria e incontrovertida (...)» según los términos de la STSJ Andalucía 13 mayo 1992 (AS 2629). En el mismo sentido, *vid.*, STS 10 marzo 1980 (R: 1377) y SSTSJ Cataluña 3 marzo 1992 (AS 1668), 7 julio 1992 (AS 4018) y 24 mayo 1993 (AS 2541), Madrid 19 mayo 1992 (AS 2721) y Castilla y León 11 febrero 1992 (AS 689), entre otras.

¹²⁶ Como advierte la STSJ Comunidad Valenciana 4 marzo 1992 (AS 1137), «esta imprudencia profesional del trabajador no elimina el concepto de accidente de trabajo (...) pero impide el recargo de prestaciones, pues no es imputable a la empresa, que no está obligada a vigilar constantemente a su personal». En el mismo sentido pueden verse las SSTs y SSTCT citadas en ella,

equivocaciones de sus servicios médicos¹²⁷ o la actuación imprudente de otros de sus empleados¹²⁸, salvo que éstos actúen en

además de las SSTSJ Cataluña 24 mayo 1993 (AS 2541) y Canarias (Las Palmas) 10 diciembre 1993 (AL, año 1994, 621).

Para la calificación de la misma se tiene en cuenta también el cargo desempeñado en la empresa, lo que puede llevar a exonerar al empresario de la infracción de seguridad, al recaer precisamente la misma en el trabajador: «el accidentado era capataz de brigada, experto conocedor de los riesgos de su trabajo e incluso por formación especializada en materia de prevención» (STSJ Cantabria 27 noviembre 1992 (AS 5595)).

Tampoco la imprudencia del trabajador remite como causa exoneratoria porque la misma venga, paradójicamente, provocada por su especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones: «esa es lamentablemente la conclusión a la que ha de llegar la Sala, pues la buena disposición y colaboración con la empresa manifestada por el trabajador en la realización de una tarea que «no dejó para su jefe ni para el día siguiente le ha llevado por exceso de confianza y por descuido a no cumplir con la primera y fundamental tarea de velar por su propia seguridad y ninguna responsabilidad jurídica podemos imputar por ello a la empresa» (STSJ Asturias 17 junio 1993, AS 2820). En el mismo sentido, la STSJ Andalucía (Málaga) 4 marzo 1993 (AS 1326) se refiere expresamente a la imprudencia en éste, que en todo caso podría ser confianza en la ejecución del trabajo, lo que excluye el concepto de aquélla (...). En sentido contrario, STSJ Madrid 19 mayo 1992 (AS 2720).

En el plano doctrinal son muy esclarecedoras las reflexiones de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Culpa de la víctima y accidente de trabajo», *ADC*, Vol. XXIII, Tomo III, 1970, p. 543 y ss.

¹²⁷ De este modo, «no cabe imputar al empresario el mayor o menor acierto de los diagnósticos efectuados por sus servicios médicos (...)» (STSJ Asturias 26 noviembre 1992, AS 5403): En este sentido, M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2003, p. 136 recuerdan cómo «se estableció jurisprudencialmente la procedencia del recargo en los casos de incumplimiento de los preceptos sobre reconocimientos médicos «previo y periódico» en las empresas con riesgos de enfermedad profesional, punto hoy claro a la vista de la LSS, artículos 191 y 192».

¹²⁸ Como razona la STSJ Madrid 19 mayo 1992 (AS 2719), «el accidente se produjo por una falsa maniobra de uno de los compañeros del lesionado, no pudiendo atribuirse ninguna culpabilidad a la empresa por falta de medidas de seguridad». Criterio diverso parece

ejercicio de facultades patronales delegadas en ellos¹²⁹.

De acuerdo con la STSJ Cataluña 21 junio 1999, «Se debe excluir la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento acontece por conducta imprudente del trabajador accidentado o de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención, habiendo puesto de manifiesto esta Sala que la «omisión puede afectar a las medidas generales o particulares exigible(s) a un prudente empleador, con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores, criterios estos que no son otra cosa que reflejo y operatividad en el ámbito de la Seguridad Social, del derecho básico en el contenido de la relación laboral recogido en los arts. 4.2 y 19 del ET, y que con carácter general y como positivación del principio de derecho *alterum non laedere* es elevado a rango constitucional por el art. 15 de la CE y que en términos de gran amplitud, tanto por el ámbito de las relaciones contractuales como extracontractuales consagra el C. Civil en sus arts. 1104 y 1902, debiendo entenderse que el nivel de vigilancia del empresario ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinarias, exigibles a un empresario normal, cooperador a los fines de la convivencia industrial, que son criterios coincidentes con los reco-

albergar la STSJ País Vasco 23 septiembre 1991 (AS 4901) para la cual «se exige la continua vigilancia en el cumplimiento dentro de las normas (...) de la que la empresa no puede librarse, descargando la responsabilidad del cumplimiento de vigilancia, sobre el incumplimiento de otros».

¹²⁹ SSTSJ Castilla y León 11 marzo 1992 (AS 1110) y Cantabria 29 marzo 1993 (AS 1593) reiteran la responsabilidad empresarial ex art. 123 LGSS cuanto tales trabajadores sean precisamente los encargados de la obra y, por tanto, el origen del accidente sea sus negligentes instrucciones.

gidos en el art. 16 del Convenio 155 de la OIT»¹³⁰. Esto significa, como con toda rotundidad expresa la STSJ Asturias 11 diciembre 1998 (AS 4409), que «excede de la obligación empresarial la permanente vigilancia del personal en orden a la lógica observancia de dichos medios (se refiere a los de seguridad) máxime cuando el trabajador es conocedor de su trabajo y de sus riesgos».

La STS 30 junio 2003 (RJ 2003, 7694).- A raíz de un desgraciado accidente de construcción, esta importante sentencia ha tenido ocasión de volver una vez más sobre el tema en estudio, sentando criterios aparentemente más flexibles que los precedentes. Conforme a ellos la presunción de inocencia no opera en este ámbito «de incumplimientos contractuales», mientras que para determinar la existencia del nexo de causalidad «han de valorarse todas las presunciones admitidas en Derecho».

Precisamente esta técnica presuntiva¹³¹ es la que despliega la sentencia comentada:

¹³⁰ En el supuesto de autos, quedó acreditado que el trabajador se accidentó mientras, tumbado, procedía a la limpieza manual de una máquina de carda automática, cuando ésta –en funcionamiento– carecía de una pieza que había sido retirada a instancia suya desde hacía varios días y que cumplía la función de sostener el velo de a fibra de un cilindro a otro, a pesar de que junto a la máquina existía un letrero ordenando que tales tareas se realizaran cuando estuviese detenida. La causa del accidente se encuentra, por tanto, en la forma incorrecta en que el trabajador procedió a realizar la tarea pues, efectivamente, la máquina estaba en marcha y el trabajador desatendió las indicaciones empresariales. En suma, el motivo o causa del accidente queda localizado en un actuar imprudente del trabajador que lleva a excluir la imposición del recargo. La doctrina reflejada más arriba también puede verse en las SSTSJ Cataluña 17 noviembre 1997 (AS 3931), Canarias 15 julio 1992, 8 marzo y 29 abril 1994 (AS 1246 y 1492) y 10 septiembre 1998 (AS 4058) y Andalucía 13 marzo 1998 (AS 978).

¹³¹ Los artículos 1249 ss. del CC (aplicables al caso) o el art. 386 LEC (ahora vigente) permiten que el Tribunal a partir de un hecho admitido o probado pueda

los hechos reseñados «constituyen indicios razonables suficientes» para entender que las irregularidades constituyeron «el desencadenante» de la explosión, siendo «presumible, como muy probable» que se diera la relación de causa-efecto que la LGSS requiere, pues el accidente «quizá, no se hubiera producido de haber cumplido» la empresa con sus obligaciones¹³².

5. DETERMINACIÓN DEL IMPORTE

La determinación del importe del recargo plantea algunas cuestiones de interés como son los criterios o elementos a tener en cuenta para su fijación exacta (entre el 30 y el 50% de las prestaciones económicas) y su posible revisión por los Tribunales.

5.1. Criterios a tener en cuenta

El art. 123 LGSS vincula el importe del recargo a la gravedad de la falta cometida por el empresario, de tal forma que ésta es la directriz legal para la fijación de su cuantía porcentual. Dentro de los límites marcados y teniendo en cuenta la gravedad de la falta (no del accidente) «queda a discreción del

presumir, a los efectos del proceso, otro hecho si entre el admitido o probado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Sobre el tema, de manera concisa y diáfana, M. ARETA MARTÍNEZ, «La prueba de presunciones», en *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*, Dirs. B. Ríos Salmerón y A. V. Sempere Navarro, Aranzadi, Pamplona 2001, pág. 319 ss.

¹³² Quizá consciente de lo delicado que es el tema en cuestión, el Supremo acaba advirtiendo que su criterio no contraría la doctrina sobre ruptura del nexo causal cuando media imprudencia temeraria del trabajador pues aquí «las infracciones acusadas y declaradas probadas permiten legítimamente concluir que los incumplimientos imputables al empleador fueron determinantes en la causación del daño». Detalladamente, al respecto, A. V.: SEMPERE NAVARRO, «Las presunciones judiciales y el recargo de prestaciones» *Repertorio de Jurisprudencia* nº 33, 2004.

juzgador» su graduación¹³³. Ahora bien, el criterio mantenido, en su caso, por el Inspector de Trabajo no tiene por qué ser coincidente con el del INSS o el del órgano jurisdiccional laboral¹³⁴.

Junto a este criterio, la jurisprudencia también ha manejado otros que contribuyen a precisar con mayores dosis de acierto el indicado porcentaje: tipo de infracción cometida, consecuencias producidas, intencionalidad, posibilidades de evitar el resultado, imprudencia del trabajador, etc. Por eso, «han de tenerse en cuenta las distintas conductas que hayan influido para la causación del resultado lesivo»¹³⁵, como la posible imprudencia del trabajador, que puede moderar el importe del recargo dentro del margen admitido por la Ley¹³⁶.

El art. 22.1 LPRL en relación con el art.

¹³³ Entre otras muchas, SSTSJ País Vasco 30 julio 1993 (AS 3396), Comunidad Valenciana 18 mayo 1993 (AS 2663) y Cantabria 3 junio 1993 (AS 2888).

¹³⁴ STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2003 (AS 2004, 147).

¹³⁵ STSJ Andalucía 17 junio 1993 (AS 3103) donde se sigue diciendo que «en el caso examinado no sólo ha concurrido la falta de prohibición al trabajador (...) sino también la propia conducta de aquél (...) Con lo cual ha de atenderse a cuál sea la conducta prevalente al no ser posible la compensación de culpas. En el mismo sentido, por ejemplo, SSTSJ Castilla y León 9 mayo 1991 (AS 3013), Cantabria 29 marzo 1993 (AS 1593) y País Vasco 30 julio 1993 (AS 3396).

¹³⁶ Así, por ejemplo, la conducta del trabajador que, con pleno conocimiento del funcionamiento de la máquina de cardas, de los mecanismos y tiempo de parada así como de la forma en que habían de efectuarse la limpieza y la corrección de anomalías de la misma, advierte a su compañero (después accidentado) del peligro que entrañaba la operación de limpieza que se disponía a realizar, y efectivamente realizó con riesgo, movido por el celo y confiado en su pericia profesional, permite atenuar la responsabilidad empresarial de modo que la cuantía del recargo quede fijada en atención al porcentaje mínimo establecido en el art. 123 LGSS. Y ello porque, a pesar de la concurrencia de infracción en materia de seguridad y salud en el trabajo, el accidente podría haberse evitado (STSJ Cataluña 17 noviembre 1997).

14.1 de la misma Ley permite al trabajador interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su salud y seguridad; por esta razón, el hecho de que el trabajador no interrumpa su actividad y abandone de inmediato el centro de trabajo cuando concurren las circunstancias de gravedad e inminencia señaladas anteriormente, puede servir como elemento de moderación del porcentaje impuesto, cuando éste se cifre en su máxima cuantía¹³⁷.

Excepcionalmente (y de modo poco explicable) algunos tribunales hacen uso de los criterios de graduación de las sanciones establecido en la LISOS para determinar la gravedad de la falta y, con ello, el importe del recargo¹³⁸.

5.2. Revisión judicial

Tradicionalmente se ha afirmado que los Juzgados de lo Social son soberanos (dentro de los límites marcados por la Ley) para fijar el porcentaje del recargo, de modo que no cabe admitir recurso modificativo de la cuantía resultante, correspondiendo al Tribunal que conoce del asunto en vía de recurso sólo su revocación o mantenimiento, pero no su variación¹³⁹. No obstante, existen

¹³⁷ STSJ de Cataluña de 29 de julio de 1998, *a contrario sensu*.

¹³⁸ STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003 (AS 2003, 2876).

¹³⁹ Entre otras, STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de mayo de 1993 (AS 1993, 2663), conforme a la cual, «reiterada jurisprudencia viene a establecer que la determinación del porcentaje aplicable, en cuanto al recargo de las prestaciones (...) es de la exclusiva competencia de los Juzgados de lo Social». En términos similares, STSJ del País Vasco de 31 de marzo de 1992 (AS 1992, 1310). Entre las sentencias clásicas del Tribunal Supremo cabe citar las de 10 de marzo de 1969 (RJ 1969, 1832) y 11 de febrero de 1985 (RJ 1985, 632). La reciente STSJ de Asturias de 11 de julio de 2003 (AS 2003, 3397) mantiene idéntico criterio con argumen-

diversos pronunciamientos que entran en la valoración del porcentaje del recargo aplicable cuando el juzgado no había tenido en cuenta *v.g.* la conducta negligente del trabajador¹⁴⁰, o «cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con la «gravedad de la falta», y así sucede cuando se fija la cuantía porcentual para la 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»¹⁴¹.

La doctrina vigente hoy día mantiene que la decisión del juez de instancia sobre la cuantía porcentual del recargo puede reconsiderarse en suplicación¹⁴², de tal manera que la discrecionalidad del juzgador es controlable por el Tribunal Superior en la medida en que se aparte del mandato legal, es decir, cuando el recargo no guarde manifiestamente proporción con la gravedad de la falta cometida¹⁴³. Indirectamente, ello presupone que la gravedad del incumplimiento depende de conceptos normativos establecidos por la legislación sobre seguridad en el

tos más radicales: «En principio, dosificar la sanción, a falta de reglas positivas que la taseen, es tema estrictamente judicial, que, en el foro extraordinario funcionalmente superior no puede ser revisado mas que a base de contravenciones legales o de absurdos irracionales incompatibles con la sana crítica. A diferencia de lo que sucede en las sedes jurisdiccionales de conocimiento ordinario llamadas instancias, en las de naturaleza extraordinaria y corte casacional la jurisdicción de la Sala no le autoriza a sustituir el criterio judicial por el propio, más que en las condiciones indicadas».

¹⁴⁰ Por ejemplo, SSTJ de Cataluña de 8 de abril de 1993 (AS 1993, 1831) y País Vasco de 30 de julio de 1993 (AS 1993, 3396).

¹⁴¹ STSJ de Cataluña de 29 de julio de 1997.

¹⁴² STS de 19 de enero de 1996 (RJ 1996, 112).

¹⁴³ Entre otras, STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de enero de 2004 (rec. nº 2504/2003). Esto sucede, por ejemplo, «cuando se siga 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» [STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2003 (AS 2004, 599)].

trabajo, cuya aplicación a un supuesto concreto constituye un acto de calificación diverso al de la determinación de los hechos acaecidos.

5.3. Supuestos conflictivos

5.3.1. Gran invalidez

La adición de un 50% a la pensión de incapacidad permanente absoluta o total cuando el trabajador queda en situación de gran invalidez como consecuencia del accidente debido a la omisión de las medidas exigibles en materia de seguridad y salud laboral plantea la importante cuestión de si el incremento en las prestaciones (entre el 30 y el 50%) como consecuencia del recargo debe aplicarse al porcentaje total de la pensión (150%) o sólo a una parte de la misma (100% o 55%).

Una primera línea jurisprudencial de signo restrictivo se mostró partidaria de operar el recargo sólo sobre el importe de la pensión de incapacidad total o absoluta¹⁴⁴. Conforme a la misma, el 50% adicional de la pensión destinado a financiar los servicios que requiere la imposibilidad de realizar los actos más esenciales de la vida constituye un incremento adicional innecesario que puede sustituirse por el alojamiento y cuidado del gran inválido en una institución de la Seguridad Social: «no entra dentro de los parámetros de la lógica jurídica que el incremento por falta de medidas de seguridad que afectó a la invalidez del trabajador aumente el patrimonio de una tercera persona o enriquezca a una institución»¹⁴⁵.

¹⁴⁴ De ella dan cuenta M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 137. En sentido favorable a esta posición, M.A. PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, cit., pág. 185 y 186.

¹⁴⁵ SSTJ de Castilla y León de 29 junio 1993 (AS 1993, 2818) y País Vasco de 13 de enero de 1998 (AS 1998, 737).

Sin embargo, razones técnicas y humanitarias han permitido defender que el recargo se aplique sobre el importe total de la pensión por gran invalidez¹⁴⁶. La referencia contenida en el art. 123 LGSS a que «todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo se aumentarán (...)» es interpretada en tal sentido pues la naturaleza de la prestación es única aunque el 50% adicional al 100 % de la base reguladora tenga por finalidad retribuir a la persona que asista al accidentado o enfermo que no puede valerse por sí mismo¹⁴⁷.

Finalmente la jurisprudencia unificada ha sentado el criterio de que el porcentaje de recargo opera sobre el total de la prestación y no sobre el cien por cien de la base reguladora¹⁴⁸. Conforme a ella, con independencia de la naturaleza que se atribuya al incremento del 50 por 100, se trata de una prestación económica prevista para la indicada contingencia, por lo que, puesto en relación con lo dispuesto en el art. 123 LGSS, «no puede haber duda sobre el hecho de que el recargo habrá de recaer sobre el total de dicha prestación económica»¹⁴⁹.

5.3.2. Mejoras voluntarias

Por razones puramente técnicas se ha defendido –a nuestro juicio con acierto– que el recargo no se aplica a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, por más que se integren en la acción protectora de la Seguridad Social¹⁵⁰. Por tanto, el recargo sólo ope-

ra sobre las prestaciones causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, es decir, «sobre las prestaciones que con carácter público, obligatorio e imperativo están estatuidas en el Sistema español de la Seguridad Social»¹⁵¹, pues, desde un ángulo de justicia material, «supondría castigar más severamente al empresario que decide mejorar las prestaciones con respecto a aquel otro que se limita a mantener las básicas»¹⁵².

Ahora bien, es posible que los pactos (colectivos o individuales) o reglas por los que se regulan las mejoras voluntarias dispongan expresamente la aplicación del recargo, en cuyo caso habrá que estar a la voluntad pactada. El hecho de que las mejoras voluntarias se integren en la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social y tengan los mismos caracteres que las prestaciones públicas del Sistema (arts. 90 LSS 1966 y 1.3 OM 28 diciembre 1966) no fuerza a concluir que el recargo también deba aplicarse sobre aquellas pues «las disposiciones que regulan las prestaciones públicas y obligatorias de la Seguridad Social establecidas por la ley no alcanzan, en la mayoría de los casos, a las mejoras voluntarias»¹⁵³.

6. SUJETOS RESPONSABLES

La imputación de responsabilidad al empresario que incumple la normativa en materia de seguridad y salud laboral plan-

¹⁴⁶ En este sentido, SSTSJ de Cantabria de 3 de junio de 1993 (AS 1993, 2888) y Galicia de 28 de julio de 1994 (AS 1994, 2868).

¹⁴⁷ STSJ de Cantabria de 3 de junio de 1993 (AS 1993, 2888).

¹⁴⁸ STS 27 septiembre 2000 (RJ 2000, 8348).

¹⁴⁹ Con detalle sobre el tema, A. V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, *Jurisprudencia Social Unificada 2000*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 318 ss.

¹⁵⁰ Cfr. J.L. MONEREO PÉREZ, *El recargo de prestaciones económicas por incumplimiento de medidas de seguridad en higiene en el trabajo*, cit., págs. 43 y 44.

¹⁵¹ STSud de 20 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2591). En términos semejantes, STSud de 11 de julio de 1997.

¹⁵² STSJ de Navarra de 26 de marzo de 1996 (AS 1996, 1177). En idéntico sentido, STSJ de Galicia de 21 de marzo de 1996 (AS 1996, 601).

¹⁵³ STSud de 20 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2591). Vid. también STSud de 11 de julio de 1997. así sucede, por ejemplo, con los preceptos que establecen la responsabilidad subsidiaria del INSS o con las normas sobre revalorización e incrementos de prestaciones que prescriben anualmente.

tea no pocos problemas en los casos en que el empresario del trabajador (que es quien normalmente se hace cargo del pago del recargo) resulta insolvente o cuando concurren en un mismo ámbito organizativo una pluralidad de empresarios.

6.1. En supuestos de insolvencia empresarial

El sujeto responsable de abonar el recargo es única y exclusivamente el empresario; no hay responsabilidad subsidiaria del INSS, aunque curiosamente, el INSS se nutre del recargo cuando no hay trabajador o beneficiario a quien resarcir¹⁵⁴. Para llegar a tal conclusión, los tribunales acuden a la naturaleza sancionadora del recargo «que hace intransferible la correspondiente responsabilidad por actuación culpable»¹⁵⁵. Al no ser posible el aseguramiento, ni la imputación de responsabilidad administrativa al INSS en cuanto al pago, tampoco debe éste antici-

par las prestaciones, pues «el sentido sancionador de este recargo implica que éste haya de considerarse tan personal como las penas en sentido estricto»¹⁵⁶. Esta doctrina puede considerarse a día de hoy consolidada, pero conviene recordar que la doctrina judicial de hace algo más de una década estableció la responsabilidad subsidiaria del INSS a partir de la tesis indemnizatoria que asimila el recargo a las prestaciones públicas del Sistema¹⁵⁷.

¹⁵⁴ STSJ del País Vasco de 15 de abril de 1998 (AS 1998, 2026).

¹⁵⁵ SSTs de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993 1714), 16 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9069), 31 de enero de 1994 (RJ 1994, 398), 12 de febrero, 23 de marzo y 22 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 1030, 2627 y 7170). En el mismo sentido, por ejemplo, SSTSJ de Cantabria de 27 de noviembre de 1992 (AS 1992, 5596), Cataluña de 13 de julio de 1993 (AS 1993, 3562), Castilla y León de 27 de julio de 1993 (AS 1993, 3451), donde expresamente se advierte que tal doctrina es adoptada «rectificando así el criterio hasta la fecha sostenido por esta Sala (seguimiento del observado por el extinguido TCT y por el propio Tribunal Supremo, éste entre otras, en su S. 20 abril 1988 (RJ 3003), y ello como consecuencia del nuevo parecer mostrado por la Sala Cuarta del propio TS, en su S 8 marzo 1993 (...)). También SSTSJ de Cataluña de 8 de julio de 1994 (AS 1994, 3032) y 7 de febrero de 1995 (AS 1995, 692); Madrid de 8 de marzo y 24 de junio de 1994 (AS 1994, 1148 y 2742), Galicia de 10 de junio de 1996 (AS 1996, 1771) y Castilla y León (Valladolid) de 13 de enero de 1998 (AS 1998, 837). La STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2004 (rec. nº 3096) recoge un importante número de resoluciones judiciales en este mismo sentido.

¹⁵⁶ STSJ de Cantabria de 27 de noviembre de 1992 (AS 1992, 5596). Vid. también SSTSJ de Cataluña de 13 de julio de 1993 (AS 1993, 3562) y Castilla y León de 27 de julio de 1993 (AS 1993, 3451).

¹⁵⁷ «En el supuesto de insolvencia de la empresa responsable, el recargo legalmente previsto también debe cubrirlo subsidiariamente dicho organismo hoy integrado en el INSS (...) siendo garante de todas las prestaciones (...) y no deja de formar parte de la prestación correspondiente el recargo impuesto» (STJ de Madrid de 10 de septiembre de 1993, AS 1993, 4170). En el mismo sentido, por ejemplo, STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de septiembre de 1993 (AS 1993, 3942). El fundamento de esta extensión de responsabilidad se argumenta del modo siguiente: «si bien el art. 93.2 de la LGSS proclama la intransmisibilidad de la responsabilidad empresarial procedente del incumplimiento de medidas de seguridad generador de accidente laboral, no hay que desconocer la función del Fondo de Garantía de AT asignada por el art. 124 RAT de 22-6-1956, y por ello en el supuesto de insolvencia de la empresa responsable el recargo legalmente previsto también debe cubrirlo subsidiariamente dicho organismo, hoy integrado en el INSS (...) siendo garante de todas las prestaciones en favor del accidentado o sus derechohabientes, y no deja de formar parte de la prestación el correspondiente recargo impuesto (...) sin olvidar que entre los ingresos de que se nutre el referido Fondo de Garantía de AT hay que contar con los capitales que en su caso corresponden por los recargos por omisión de medidas de seguridad cuando el fallecido no deja causahabientes con derecho a pensión –STS 19 junio 1970 (RJ 3581)». Este posicionamiento está indisolublemente unido a la consideración del recargo como auténtica prestación de la Seguridad Social, de modo que «aunque tiene carácter punitivo (...) se trata de un incremento de prestación y, por ello, prestación en esencia, cuya valoración es de la exclusiva competencia del orden jurisdiccional social y no puede interferirse, a virtud de la circunstancia de que exista una resolución administrativa que también en

6.2. En supuestos de pluralidad de empresarios

Los fenómenos interempresariales rompen la tradicional exigencia de responsabilidad al empresario del trabajador accidentado, toda vez que los mecanismos de distribución de obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo –muy especialmente en los casos de concurrencia de una pluralidad de empresarios en un mismo espacio organizado– permiten individualizar la responsabilidad y detectar de un modo relativamente seguro el empresario culpable de la omisión de las medidas de seguridad y salud exigibles. Con ello se pone de relieve que las empresas que, en última instancia, obtienen el beneficio de la actividad productiva de los trabajadores no pueden quedar impunes ante ausencia de vínculo contractual laboral cuando han incumplido sus obligaciones en materia preventiva.

Teniendo en cuenta la dificultad que en ocasiones reviste la determinación del empresario responsable del incumplimiento de las obligaciones preventivas, la Ley diseña un sistema de protección adicional –reforzado, podría decirse– fundado en la responsabilidad solidaria de todas las empresas implicadas.

6.2.1. *Empresas de trabajo temporal y empresas usuarias*

De acuerdo con el art. 28 LPRL, los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguri-

esencia valora la conducta de la empresa en su actividad como tal, sin tener en cuenta la incidencia del accidente o por lo menos sin que las causas de éste sean el principal y esencial punto de vista para la valoración de las circunstancias que motivan el incremento de referencia» (STSJ de Madrid de 21 de enero de 1992, AS 1992, 463).

dad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios. La ETT debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que, con carácter previo al inicio de su actividad reciban información acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos, en particular en lo relativo a la cualificación o aptitud profesional, controles médicos específicos, así como sobre las medidas de protección y prevención frente a aquellos riesgos; la ETT es, por tanto, «responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud» (art. 28 LPRL)¹⁵⁸.

La distribución de obligaciones en materia preventiva desemboca, en lógica coherencia con el esquema descrito¹⁵⁹, en un sistema también dual de responsabilidad donde el pago de recargo de prestaciones recae en la empresa responsable del incumplimiento causante del accidente. Así, la ETT es responsable del abono del recargo cuando el accidente se debe a falta de formación e información al trabajador o cuando el trabajador no está capacitado para desarrollar el trabajo adecuadamente¹⁶⁰; así lo ha reconocido la jurisprudencia para los supuestos de «(in)adecuación del trabajador al puesto, ya que es su obligación seleccionarlo, formarlo y comprobar que su estado de salud es compatible con el trabajo y no sufre deterioro algu-

¹⁵⁸ Por su parte, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal, y ésta a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas (art. 28 LPRL). Asimismo, es la empresa donde el trabajador efectivamente presta sus servicios la responsable del cumplimiento de las obligaciones preventivas en el lugar de trabajo.

¹⁵⁹ Un completo y reciente examen del mismo en AA, VV., *Comentarios a las normas sobre Empresas de Trabajo Temporal*, Dir. A. V. Sempere Navarro y C. San Martín Mazzucconi, Civitas, Madrid, 2004, esp. pág. 703 ss.

¹⁶⁰ Cfr. STSJ de Navarra de 23 de octubre de 2003 (AS 2003, 3503).

no por causa del mismo»¹⁶¹. Por el contrario, será la empresa usuaria responsable cuando el accidente «tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad» (art. 16.1 y 2 de la Ley 14/1994). Dado que el trabajador de la ETT presta efectivamente sus servicios en la empresa usuaria, la responsabilidad del pago del recargo normalmente recaerá en esta última pues es ésta y no aquélla la que debe velar por el cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laborales en sus lugares de trabajo. ya que «es la empresa usuaria la perceptora de los frutos y rendimientos de la prestación laboral y a la que, en definitiva, corresponde (la) «dirección y control» (art. 15 de aquella Ley) de su actividad y por tanto, también la obligación de ofrecer (a) sus empleados los medios que resulten adecuados (en orden) a (la) protección de su integridad física»¹⁶². Con razonamientos más sólidos se ha declarado la responsabilidad exclusiva de la empresa usuaria pues es ella la que debe velar por el efectivo cumplimiento de la normativa en esta materia¹⁶³, en tanto auténti-

ca conocedora de los riesgos concurrentes en el trabajo¹⁶⁴.

Con todo, sería posible admitir la concurrencia de responsabilidades en aquellos casos en que la causa del accidente fuese debida a la culpa o negligencia de ambas empresas¹⁶⁵. En estos supuestos, creemos, lo conveniente sería –dado lo dificultoso de la determinación del grado de responsabilidad de cada una de las empresas– que el INSS

¹⁶⁴ En este sentido, C. GALA DURÁN, *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Colex, Madrid, 1998, pág. 173.

¹⁶⁵ Aunque referida a un supuesto de responsabilidad civil, la STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 1998 (AS 1998, 4210) razona que debe examinarse «la respectiva «diligencia» de ambas empresas (...); requisito que, junto con el de «causalidad adecuada» entre la conducta y el daño causado, define una responsabilidad (contractual o extracontractual) en la que, de forma inexcusable, «(...) se exige ... la concurrencia de una conducta empresarial, de un ilícito o incumplimiento laboral, relacionado directamente, por tanto, con el haz de derechos y ligazones que derivan del contrato de trabajo que une (a) las partes ... (así como) la producción de un daño y ... un enlace causal entre éste y el actuar empresarial contraventor de una obligación» (Sentencias de la Sala de 3 de octubre 1995, 18 junio 1996 y 12 noviembre 1997); siendo así que, como establece el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 3 octubre 1995 (RJ 1995, 7097), para que aquel tipo de culpa concurra «(...) es preciso que se acredite la realidad del daño producido y la relación de causalidad que une al incumplimiento de una obligación con el daño que se alega»; relación que jurisprudencialmente se construye bajo el principio de la «causa adecuada», lo que exige valorar si el antecedente se presenta como causa necesaria del efecto lesivo producido; necesidad que, como jurisprudencialmente se indica, no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o en la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los arts. 1902 y 1903 CC ...»; y siendo así que «este ámbito de la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que están ya previstas e instauradas, con más seguridad y equidad ...» [STS de 30 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6853)], en relación con la del mismo Tribunal de 25 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1554] y las de esta Sala de 22 diciembre de 1994 [AS 1994, 4838].

¹⁶¹ M. LÓPEZ BALAGUER, *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 81.

¹⁶² STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 1998 (AS 1998, 4210).

¹⁶³ Como indica la STSJ de Cataluña de 19 octubre de 1998 (AS 1998, 4210) –aunque para un supuesto de responsabilidad civil contractual– «aun cuando a la ETT incumba la legal obligación de informar a sus trabajadores sobre los riesgos a que pueden estar expuestos y, en su caso, sobre la protección y prevención frente a los mismos, corresponde, sin embargo, a la usuaria la material adopción de las medidas de seguridad dirigidas a la evitación del daño; y, en este sentido, al considerar la recurrente que dicha parte ha cumplido con las «únicas obligaciones» que, en materia de seguridad, la norma le impone respecto de sus trabajadores («información» de los riesgos, «vigilancia» periódica de su estado de salud) ninguna responsabilidad le alcanza a título de culpa de la que derivar su solidaria condena en el abono de la indemnización por los perjuicios sufridos por el trabajador accidentado».

declararse la responsabilidad solidaria de ambas¹⁶⁶.

6.2.2. *Contratas y subcontratas*

Tesis contractualista. Tradicionalmente se ha negado la posibilidad de trasladar la responsabilidad a la empresa principal –sin perjuicio del derecho de repetición contra el culpable¹⁶⁷– argumentando que la ausencia de vínculo contractual impide derivar la responsabilidad por el recargo de prestaciones¹⁶⁸; según esta tesis, recae en el empresario de la víctima del accidente la obligación de vigilar el cumplimiento de las normas de seguridad, cualquiera que sea el lugar donde el empleado preste sus servicios¹⁶⁹, por lo que las vinculaciones que existen entre las diversas empresas participantes en el mismo proceso productivo no alcanzan relevancia a los efectos del art. 123 LGSS, en coherencia con la idea (no siempre cierta según criterios de justicia distributiva¹⁷⁰) de que

cada empresa responde por la seguridad de sus respectivos trabajadores y debe asumir la prevención de sus riesgos. Por otra parte, una interpretación literal de las normas que regulan la derivación de responsabilidad por deudas de Seguridad Social conduce a extender la responsabilidad únicamente en los supuestos de incumplimientos de obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización, que, por su propia naturaleza difieren de las del pago del recargo¹⁷¹.

Tesis flexibilizadora. Hoy en día puede entenderse superada la tesis contractualista. Doctrina judicial más moderna ha modificado el criterio y decretado la condena solidaria a ambos empresarios, siempre que se contraten obras o servicios de la misma actividad¹⁷², que el accidente se produzca en el centro de trabajo de la empresa principal¹⁷³ y, en fin, siempre que las normas de preven-

¹⁶⁶ M. LÓPEZ BALAGUER (*Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, cit., pág. 82) propone, en cambio, que sea el INSS quien «en atención a los hechos que demuestren la mayor, menor o idéntica relación entre el incumplimiento de una y otra empresa y el accidente, imponga la mayor, menor o idéntica cantidad en concepto de recargo a una y otra empresa por su incumplimiento».

¹⁶⁷ M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 136 y ss, con abundante jurisprudencia.

¹⁶⁸ STSJ de Aragón de 1 de julio de 1992 (AS 1992, 3892). En el mismo sentido, SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 10 de abril de 1992 (AS 1992, 2210) y (Sevilla) 14 de octubre de 1992 (AS 1992, 6573) y las allí citadas, que explican que el recargo de prestaciones económicas «sólo está legalmente previsto en exigencia de responsabilidad a la empleadora a cuyo servicio se halla el operario accidentado» (STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 1991, AS 1991, 2074).

¹⁶⁹ STSJ de Andalucía de 13 de marzo de 1998 (AS 1998, 978).

¹⁷⁰ En este sentido, L. MARTÍNEZ GARRIDO, «Tutela judicial de la salud laboral: responsabilidad y recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. El principio *non bis in idem* y la problemática de su aplicación», cit., pág. 119.

¹⁷¹ A. MONTOYA MELGAR, «Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y responsabilidad del empresario directo y el empresario principal», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XIII, 1995 Civitas, Madrid, 1996, pág. 168.

¹⁷² SSTSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2003 (AS 2003, 3975) y Castilla y León (Valladolid) de 29 de diciembre de 2003 (AS 2004, 377). Obviamente, en caso de que existan diferentes contratas para la realización de obras o servicios distintos –v.g. limpieza de depósitos de una estación de servicio y mantenimiento de la instalación eléctrica– la responsabilidad por el accidente producido como consecuencia de la realización de una de las actividades contratadas o subcontratadas no puede transmitirse a quien no es empresario infractor del trabajador accidentado. *Vid.* para este peculiar supuesto la STSJ Comunidad Valenciana 20 julio 1999 (AS 4700) que exonera de responsabilidad a efectos del pago del recargo a dos empresas –contratista y subcontratista– que realizaron para una estación de servicio trabajos de limpieza de depósitos por el accidente sufrido por un trabajador de otra empresa (contratista de la principal) como consecuencia de la realización de tareas de montaje eléctrico.

¹⁷³ Se identifica el centro de trabajo con el lugar de trabajo; así, en el caso de que las obras y servicios se lleven a cabo en despoblado o en el campo. *Vid.* STS de 22 de noviembre de 2002.

ción, vigilancia y control hayan sido asumidas contractualmente por la empresa principal¹⁷⁴. Y ello aunque sea ésta una Administración pública¹⁷⁵.

La constatación de que la empresa principal responde también del cumplimiento de las medidas de seguridad y salud laborales (y, por tanto, de las consecuencias derivadas de la infracción) se encuentra en la base de la postura contraria a la precedente¹⁷⁶, así

¹⁷⁴ STSJ Cataluña 17 junio 1998 (AS 2794). En el supuesto de hecho de esta sentencia no concurren las circunstancias expuestas más arriba, «ya que si bien la actividad de ambas empresas se contrae a recubrimientos metálicos de cubiertas y fachadas y montaje de éstos respectivamente, en el contrato de obra suscrito entre ambos (...) la empresa contratista asumió la responsabilidad de la adopción y cumplimiento de todas las normas de seguridad exigidas por la legislación vigente o futura o las que dicte la principal (folio 389) respecto al personal a su servicio, sin que ésta última asuma una responsabilidad compartida».

¹⁷⁵ De acuerdo con lo establecido en la STSJ Andalucía 26 junio 1998 (AS 3556), «Debe prevalecer pues igualmente en la interpretación del término empresario que utiliza el precepto que se estima infringido, al subyacer en definitiva la misma razón de ser, el sentido amplio en que por la doctrina de unificación ya referida se viene a sostener respecto del recargo por infracción de medidas de seguridad en los términos antes expuestos e igualmente en SS 15 julio y 14 diciembre 1996 (RJ 1996, 5990 y 9464) y 3 marzo 1997 (RJ 1997, 2194) que aunque referidas a concesiones administrativas, permiten concluir con que es de aplicación a las mismas y no exclusivamente al ámbito privado lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores a efectos de hacer responsables solidarios a los Ayuntamientos de los salarios de tramitación cuando las empresas concesionarios son condenados por despido improcedente con ocasión de los despidos por ellas llevados a cabo contra trabajadores que realizan el servicio concedido por aquéllos. Pues en definitiva el dueño de la obra es el destinatario último de la utilidad de la misma con independencia del número de empresarios que coadyuven a su ejecución».

¹⁷⁶ Razonamientos a su favor pueden verse en J. GARCÍA MURCIA, «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS* nº 130, 1981, p. 49, y en J. CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», *RL* nº 2, 1992, p. 45. La STS 2 enero 1991 (RJ 102) entiende que «la prestación labo-

como una interpretación amplia de lo que signifique el art. 42.2 ET al hablar de *obligaciones referidas a la Seguridad Social*, que incluiría el recargo sobre las prestaciones¹⁷⁷, de acuerdo con la previsión del viejo art. 153 OGSHT¹⁷⁸.

Doctrina unificada. En esta línea, diversos pronunciamientos del propio Tribunal Supremo¹⁷⁹ entienden que, por aplicación del art. 42.2 ET, «se ha de concluir que la responsabilidad de pagar el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social (...) recae conjunta y solidariamente sobre la empresa principal (...) y sobre el contratista», de modo que «procede, por tanto, afirmar y declarar la responsabilidad conjunta y solidaria de estas dos empresas»¹⁸⁰, conclusión con

ral cuyo resarcimiento se reclama, no tiene su origen en el actuar culposo de los codemandados sino en el incumplimiento por el actor de las obligaciones que, por su condición de empresario, le vienen impuestas en orden a la seguridad en el trabajo de los operarios ligados a él por una relación contractual de naturaleza laboral».

¹⁷⁷ Sobre el particular, con detalle, J.L. MONEREO PÉREZ, «El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones 'referidas' a la Seguridad Social», *RL* 1992-II, p. 282.

¹⁷⁸ Conforme a su párrafo 2º, «La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone esta Ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal».

¹⁷⁹ Sobre el tema, M.L. MOLERO MARAÑÓN, *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 207-222.

¹⁸⁰ STSud 18 abril 1992 (RJ 4849). En el mismo sentido SSTS 21 julio 1993 y 11 febrero 1998 y SSTSJ Aragón 21 julio 1993 (AS 3280), Castilla y León 12 noviembre 1992 (AS 5353), 31 marzo 1992 (AS 1121) y 22 abril 1993 (AS 1717), para un caso de responsabilidad solidaria del empresario directo, contratista y empresario principal, Andalucía 26 noviembre 1992 (AS 5451); más recientemente, SSTSJ País Vasco 22 julio 1997, Cataluña 29 julio 1997 y 17 junio 1998 (AS 2794) y Andalucía 26 junio 1998 (AS 3556), que declaran la responsabilidad solidaria del empresario principal y del contratista cuando el accidente se produjo en el centro de trabajo de aquél. No obstante, aun cuan-

amplio respaldo en las normas sobre salud laboral¹⁸¹. En este sentido, alguna sentencia ha declarado la responsabilidad solidaria cuando se han incumplido los deberes de colaboración e información previstos en el art. 21.1 y 2 LPRL¹⁸² o los de coordinación de actividades (art. 24 LPRL)¹⁸³ al entender que, además del deber de vigilancia, la LPRL impone a todo empresario unos deberes de información y cooperación «que de alguna manera le convierten en deudor de seguridad de los trabajadores propios o no que prestan servicios en su centro de trabajo»¹⁸⁴. La imputación de responsabilidad

do se negara la solidaridad en virtud del art. 42 ET, el art. 40 LISOS sirvió de base, en alguna ocasión, para condenar a la empresa contratista además de a la subcontratista (STSJ Castilla y León 9 mayo 1991, AS 3011 y 31 marzo 1992, AS 1121).

¹⁸¹ «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», según STSJ Andalucía 26 junio 1998 (AS 3556).

¹⁸² STSud 16 diciembre 1997 (RJ 9320).

¹⁸³ SSTSJ de Madrid de 7 de julio de 2003 (AS 2003, 3844), La Rioja de 9 de septiembre de 2003 (rec. nº291/2003), País Vasco de 21 de octubre de 2003 (AS 2003, 3677) y Cataluña de 27 de noviembre de 2003 (rec. nº748/2001).

¹⁸⁴ M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, Madrid, 1999, p. 327. Esta autora apunta, en consonancia con un concepto global de seguridad preventiva, la previsibilidad del mantenimiento de esta línea jurisprudencial, citando a tal efecto la STSJ Navarra 27 enero 1997 (AS 750): (...) esta concepción global preventiva va más allá de lo hasta ahora legislado, apareciendo «deudores de

solidaria a la empresa principal y a la contratista supone en el fondo, como ha señalado la doctrina¹⁸⁵, la configuración de una responsabilidad objetiva semejante a la prevista en el ámbito administrativo.

Tesis principalista. Ahondando en la idea de que es responsable del pago del recargo el empresario que genere el riesgo causante del accidente, algún pronunciamiento imputa con carácter exclusivo la culpa *in vigilando* a la empresa principal, argumentando que en los concretos supuestos en los que el trabajo se desarrolla en lugares o dependencias de la empresa principal, bajo su inspección y control, repercutiendo directamente en ella los frutos o consecuencias de dicho trabajo, el empresario infractor a que se refiere el art. 123.3 LGSS puede ser el empresario principal que cause daños al empleado de la contrata, siempre que su actuación sea la causa determinante del accidente laboral y, al mismo tiempo, el empresario subcontratista ponga los medios y elementos contratados sin infracción alguna, mientras el trabajo del accidentado se desarrolle siguiendo las órdenes e instrucciones y bajo el círculo rector y organizativo del trabajo de la empresa principal, pues no es razonable pretender que la empresa subcontratista vigile la actividad de la principal en su propio centro de trabajo y el grado de cumplimiento de las normas sobre la materia¹⁸⁶.

seguridad» anteriormente desconocidos (...) y que deben estar coordinados en orden a la prevención, según el art. 24 LPRL. Y ello es importante por cuanto que, en la interpretación teleológica del Tribunal Constitucional, se viene considerando al empresario infractor como responsable del recargo de prestaciones económicas, en cuanto el incumplimiento de sus obligaciones como deudor de seguridad ha provocado el accidente (...), *vid. loc. cit.*

¹⁸⁵ M. ALONSO OLEA, *La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, Civitas, Madrid, 1990, p. 55.

¹⁸⁶ STSJ Aragón 21 junio 1999 (AS 1999, 1757). No cabe duda que la determinación del empresario responsable del pago del recargo en los supuestos de con-

Ahora bien, el cumplimiento escrupuloso por la empresa principal de la sus obligaciones preventivas la exonera de la responsabilidad del recargo; tal sucede, por ejemplo, cuando la empresa comitente informa a la contratista de los riesgos laborales y medidas preventivas de las actividades a desarrollar en sus instalaciones, le entrega un estudio de seguridad a la contratista con el objeto de que ésta elaborase un plan de seguridad y, en fin, controla mediante visitas periódicas el cumplimiento de las obligaciones en materia preventiva¹⁸⁷.

7. PROHIBICIÓN DE ASEGURAMIENTO Y COMPATIBILIDAD DE RESPONSABILIDADES

El art. 123 LGSS contiene dos previsiones tajantes y claras: la responsabilidad del pago del recargo «no podrá ser objeto de seguro» (art. 123.2), siendo «independiente y compatible» esta responsabilidad «con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción» (art. 123.3).

tratas y subcontratas tiene mucho que ver con la opción que se haya elegido en cuanto a la naturaleza jurídica del recargo. Si éste se asimila a las sanciones administrativas, es decir, si se entiende incluido en el ámbito del *ius puniendi* del Estado, la consecuencia lógica derivada de la interpretación restrictiva de ésta será que sólo el empresario del trabajador accidentado es responsable del pago del recargo. Por el contrario, si se entiende que esta institución tiene encaje adecuado en las indemnizaciones, responsables de éstas serán las empresas que hayan generado el riesgo causante de las lesiones del trabajador. Por último, si el recargo se configura como una cláusula penal de origen legal, la obligación del pago del recargo recaerá, al igual que en el caso anterior, en el empresario causante del riesgo del accidente, debiendo entenderse que dicha obligación se transmite automáticamente (total o parcialmente) en los casos en que un trabajador preste sus servicios en una empresa distinta de aquélla con la que está vinculado contractualmente.

¹⁸⁷ STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de enero de 2004 (rec. nº 2533/2003).

Ambas previsiones, no obstante lo claro de su enunciado, presentan dificultades de encaje en el actual sistema de protección social a cargo del sistema público de la Seguridad Social y de los mecanismos de coacción públicos y de resarcimiento privado. De ahí que procedamos seguidamente a exponer sus aspectos más problemáticos.

7.1. Prohibición de aseguramiento

La prohibición expresa del aseguramiento de la responsabilidad derivada del recargo¹⁸⁸ se fundamenta en la necesidad de mantener la función preventiva tradicionalmente asignada a la institución, evitando su sustitución por una función meramente reparadora de los daños causados¹⁸⁹. En efecto, per-

¹⁸⁸ Sobre el tema, a favor de la prohibición, puede verse M.E. CASAS BAAMONDE, «Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador», en AA.VV, *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley, Madrid, 1997, pág. 139; A. FUERTES LEGANÉS, «La problemática del aseguramiento del recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad e higiene», *RCEF* nº 2, 1997, pág. 57, C.L. ALFONSO MELLADO, *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Tirant lo Blanch Valencia, 1998, pág. 45. M. GONZÁLEZ LABRADA, *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, cit., pág. 567; el mismo, «El recargo de prestaciones y la reforma: ¿un retorno a 1900 o la pérdida de su carácter coactivo?», cit., págs. 743 y 744; J. GARCÍA MURCIA, *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 146. En la jurisprudencia, por todas, SSTSJ de Madrid, de 26 de marzo de 1996 (AS 1996, 1241), Cataluña de 9 de mayo de 1996 (AS 1996, 1639), Castilla y León (Valladolid) de 13 de enero de 1998 (AS 1998, 837), País Vasco de 15 de abril de 1998 (AS 1998, 2026) y Asturias de 29 de mayo de 1998 (AS 1998, 1600).

¹⁸⁹ En este sentido, M. GONZÁLEZ LABRADA, «El recargo de prestaciones y la reforma: ¿un retorno a 1900 o la pérdida de su carácter coactivo?», cit., pág. 728: La evolución histórica de la prohibición de aseguramiento del recargo pone de manifiesto que su fundamento se encuentra en la finalidad de «evitar que se sustituya la obligación de prevención por el seguro voluntario; así pues, al ser el empresario responsable directo y único

mitir el aseguramiento del recargo con independencia de la naturaleza de los incumplimientos que dan lugar a su imposición desembocaría en una pérdida de la cultura preventiva general, en tanto la vigilancia del cumplimiento de las medidas de seguridad y salud quedarían descentralizados en empresas especializadas, desplazándose consiguientemente la función preventiva –y, por tanto, la responsabilidad– a otras entidades. No obstante, si se establece una distinción atendiendo a las circunstancias concurrentes en el accidente –v.g., imprevisibilidad o inevitabilidad del accidente, imprudencia del trabajador– podría pensarse en la posibilidad de aseguramiento de los accidentes debidos a causa no imputable al empresario. Sin embargo, como se ha expuesto en epígrafes anteriores, el recargo de prestaciones exige para su imposición un previo incumplimiento por el empresario de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo; por tanto, si esta responsabilidad (y, consiguientemente, el riesgo concreto) del empresario no puede nacer en caso de cumplimiento de la normativa en esta materia, parece lógico defender la imposibilidad de aseguramiento del recargo pues es evidente que sin riesgo desaparece el objeto del aseguramiento. Así, la finalidad perseguida por la normativa preventiva –reducir los siniestros laborales mediante el cumplimiento de lo preceptuado¹⁹⁰– no quedaría menoscabada, a dife-

rencia de lo que sucedería si se admitiera la posibilidad de su aseguramiento porque la responsabilidad se trasladaría del sujeto que *ope legis* está llamado a soportarla, a otro ajeno y extraño a la normativa preventiva.

Con todo, desde un plano *de lege ferenda* podría defenderse la posibilidad de su aseguramiento, argumentando que su inclusión en el ámbito de la responsabilidad civil del empresario no exige esta garantía adicional pues existen mecanismos adicionales –v.g. sanciones administrativas, participación de los trabajadores en materia de seguridad y salud– que permiten garantizar suficientemente al cumplimiento por el empresario de las medidas preventivas¹⁹¹. Abundando en este razonamiento, desde una perspectiva práctica se incrementarían notablemente las garantías del cobro de la cantidad correspondiente por el beneficiario de las prestaciones en caso de insolvencia empresarial¹⁹². Más matizadamente, algún autor ha señalado la posibilidad de limitar tal aseguramiento a los supuestos en los que el incumplimiento de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo sea exclusiva y directamente imputable a las entidades externas responsables con las que el empresario haya contratado el desarrollo de las oportunas funciones¹⁹³. En cuanto a esta última posibilidad, el art. 14.4 LPRL no exonera al empresario de responsabilidad en los supuestos en que concierte la actividad pre-

de las consecuencias derivadas de una conducta propia no conforme con la normativa técnica preventiva, se impone la prevención sobre la reparación, quedando sólo la posibilidad de asegurar la responsabilidad en aquellos supuestos en que el accidente es debido a un riesgo inevitable por medios técnicos o a la propia imprudencia profesional».

¹⁹⁰ En este sentido, S. GONZÁLEZ ORTEGA, «La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución», *RPS* n.º 121, 1979, pág. 201: «la mejora global del estado de salud y bienestar, el incremento de los niveles de salubridad, higiene y seguridad en los centros y puestos de trabajo tiene como consecuencia inmediata la reducción de las posibilidades de surgimiento de agresiones a la vida, la integridad o la salud del trabajador».

¹⁹¹ En este sentido, J.M. BLANCO MARTÍN, «La responsabilidad civil y penal del empresario derivada del accidente de trabajo: a propósito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en L.J. DUEÑAS HERRERO, *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 644.

¹⁹² Vid. A. FUERTES LEGANÉS, «La problemática del aseguramiento del recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad e higiene», cit., pág. 64.

¹⁹³ M. LUQUE PARRA, «El aseguramiento del recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales», *REDT* n.º 96, 1999, págs. 558-560.

ventiva con servicios de prevención externos, sin perjuicio de la eventual exigencia de responsabilidad a estos; por consiguiente, el aseguramiento del recargo en estos supuestos en poco o nada incidiría en orden a la elusión del pago del recargo cuando, de acuerdo con las reglas generales ya vistas, fuese responsable. Por último, a favor del seguro podría traerse a colación la posibilidad de «concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo» (art. 15.5 LPRL)¹⁹⁴.

7.2. Compatibilidad de responsabilidades

Tradicionalmente se ha mantenido, con apoyo en la previsión del art. 123.3 LGSS, que la responsabilidad del pago del recargo es compatible con cualesquiera otras derivadas de la infracción cometida. De este modo, al importe del recargo pueden sumarse el de las sanciones (penales o administrativas) y el de la indemnización de daños y perjuicios, además de la responsabilidad directa del pago de las prestaciones en caso de haberse constatado irregularidades en la cotización o en el encuadramiento del trabajador.

Desde una perspectiva dogmática y puramente teórica es posible que un mismo hecho constitutivo de infracción dé lugar a consecuencias diversas en diferentes planos, afectando también a sujetos distintos¹⁹⁵. Pero debe comprenderse que, desde esta misma óptica, la defensa de la naturaleza sancionadora del recargo conduce a la transgresión

del principio *non bis in idem*. De hecho, el empresario no está a salvo de la *doble sanción* que puede producirse al concurrir la represión administrativa (conforme a la LPRL y a la LISOS) o penal (conforme al Código Penal) y el recargo de prestaciones. En paralelo con lo anterior, la exigencia de responsabilidad penal puede seguir su curso, sin que se paralice la imposición del recargo y (claro está) viceversa cuando se crea que no se está en presencia de una verdadera sanción administrativa.

El problema surge porque los órganos jurisdiccionales, al determinar el *quantum* indemnizatorio de los daños y perjuicios causados al trabajador accidentado, suelen actuar ignorando la eventual existencia del recargo de prestaciones, del mismo modo que cuando se trata de fijar el porcentaje de éste tampoco tienen en cuenta las eventuales indemnizaciones y sanciones en curso o abonadas pro el empresario¹⁹⁶. Partiendo de la compatibilidad entre prestaciones de Seguridad Social y responsabilidad indemnizatoria del empleador, se engloba en aquel concepto tanto a las prestaciones ordinarias cuanto al recargo extraordinario que las acompaña. La propia redacción del art. 123.3 LGSS parece contribuir a esa situación, al omitir cualquier referencia específica al recargo de prestaciones, lo que con frecuencia acaba provocando no sólo que se solapen una y otra indemnización sino que también se dupliquen, al no tomarse en cuenta recíprocamente, sobre la base de que la depuración de responsabilidades civil y laboral son completamente separadas y compatibles¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Así, por ejemplo, S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR han entendido que el art. 15.5 LPRL ha derogado en la práctica el art. 123.2 LGSS; *vid. Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 118. En el mismo sentido, J.I. MOLTÓ GARCÍA, *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 48.

¹⁹⁵ STS de 22 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4296).

¹⁹⁶ Cfr. STSJ del País Vasco de 8 de julio de 2003 (AS 2003, 2834), con abundante cita de sentencias.

¹⁹⁷ M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA no dudan en calificar a esta jurisprudencia como «tremebunda», *vid. Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 84. Ejemplo de esta jurisprudencia es la STSJ Cataluña 19 octubre 1998 (AS 4210), con la singularidad añadida de que condena a una empresa usuaria (y no a la ETT) al pago de una indemnización de daños y perjuicios en

En parte, ese es el criterio que quiso postergar la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en unificación al sostener que para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social, en especial cuando se deba determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del accidentado¹⁹⁸. De la exigencia de proporcionalidad entre el daño y la reparación se infiere, *a sensu contrario*, que la reparación no debe exceder del daño o perjuicio sufrido, de modo que los damnificados no resulten enriquecidos injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena.

Ante la pluralidad de vías procesales para obtener la reparación de tal tipo de daños, son criterios esenciales a respetar: 1º) que existe un solo daño a compensar o indemnizar, sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse; 2º) que, en contra de la literalidad del art. 123.3, tales acciones son compatibles pero no independientes (en el sentido de autónomas) para fijar por separado el importe de la indemnización; 3º) el *quantum* indemnizatorio ha de ser único, debiendo tenerse en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria aunque las mismas tengan lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos¹⁹⁹.

concepto de responsabilidad civil contractual nacida del accidente producido a causa de la infracción de las medidas de seguridad y salud en el trabajo.

¹⁹⁸ STS de 17 de febrero de 1999.

¹⁹⁹ STS (Sala general) de 10 de diciembre de 1998, en la que se abordan los límites del derecho a la restitución y la posibilidad de ejercicio de distintos tipos de acciones para alcanzar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo.

La compatibilidad de responsabilidades nos plantea la duda sobre la constitucionalidad de semejante previsión. Desde luego, en la práctica administrativa y jurisdiccional se trabaja con el sobreentendido de que, efectivamente, la superposición de responsabilidades es posible puesto que la culpa sobre la cual opera el art. 123 LGSS es diversa de la apreciada en los órdenes administrativo-laboral, penal o civil, sin que pueda aquí pensarse en la existencia de una verdadera dualidad sancionadora semejante a la que se da cuando concurren represión penal y administrativa.

La STC 158/1985, de 26 de noviembre, tuvo necesidad de aplicar el principio sobre prohibición de doble sanción y realizó un breve balance del mismo que conviene reiterar ahora:

- «El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones (administrativa y penal) en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.) que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y, a su vez, la potestad sancionadora de la Administración».
- El referido principio «si bien no se encuentra expresamente recogido en los arts. 14 a 30 de la Constitución (...) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad (...). Por otro lado, es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia» (STC 2/1981, de 30 de enero).
- El principio proscribía «la duplicidad de sanciones administrativas y penales,

respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y, en cada uno de ellos, ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado» (SSTC 77/1983, de 3 de octubre y 62/1984, de 21 de mayo).

Así las cosas, la STC 158/1985, de 26 de noviembre, tuvo ocasión de explicar cómo el principio *non bis in idem* incide en esta materia, de modo que, aun permitiendo la existencia de responsabilidades (y consecuencias) diversas en el plano de las prestaciones (aunque e recargo posea una innegable vertiente represiva) y en el de las sanciones estrictamente públicas (administrativas o penales), exige la supresión de las eventuales contradicciones sobre la apreciación (no su valoración) de los hechos que les sirven de base o soporte²⁰⁰.

²⁰⁰ El problema concreto que origina la solicitud (y posterior concesión) del amparo constitucional se produce porque a raíz de un accidente de trabajo muy grave se inician actuaciones por la Inspección de Trabajo que desembocan en la imposición de una sanción administrativa, la cual, sin embargo, acaba siendo revocada al entender el tribunal competente (la Audiencia Territorial) porque no se habían probado las infracciones apreciadas por la Inspección de Trabajo; sin embargo, la Dirección Provincial del INSS acordó imponer el recargo de prestaciones y el recurso ante el orden jurisdiccional social acabó confirmando lo acertado de tal medida y entendiendo probadas las infracciones acusadas por el Acta de la Inspección.

Tanto la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) casan mal con la existencia de respuestas judiciales contradictorias, sin perjuicio de que los respectivos órdenes jurisdiccionales actúen de modo independiente, debiendo descartarse en términos de constitucionalidad que unos mismos hechos hayan existido o no en función del órgano jurisdiccional que conozca de ellos²⁰¹.

Esa declaración, ciertamente, aclara las cosas desde una perspectiva de estricto Derecho positivo, pero no evita cierta insatisfacción porque, como se anticipaba, más que resolverse un problema se está disolviendo.

²⁰¹ En palabras de la propia STC 158/1985, de 26 de noviembre, «no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios» siendo «evidente que a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales, en virtud de las cuales resulta que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y que no lo fue». Por eso señala el mismo Tribunal Constitucional en esta sentencia que es preciso establecer mecanismos y arbitrar medios que eviten estas contradicciones sobre el mismo hecho, aunque haya sido enjuiciado desde perspectivas distintas.

RESUMEN El recargo de prestaciones es una institución que se sitúa a caballo entre las disciplinas jurídicas de la seguridad y salud laboral y la Seguridad Social. El punto de partida es un incumplimiento normativo en materia de seguridad laboral, pero sus efectos se proyectan en el campo de la Seguridad Social, mediante un incremento de las prestaciones. La doble naturaleza sancionadora e indemnizatoria del recargo provoca importantes problemas teóricos y prácticos, si se tiene en cuenta el papel que cumplen las sanciones administrativas, la indemnización de daños y perjuicios y, en fin, las propias prestaciones del Sistema público. En este estudio se analizan tanto los presupuestos para su aplicabilidad (infracción empresarial, accidente de trabajo, nexo de causalidad) como otros aspectos más concretos (determinación de su porcentaje y posibilidades de revisión judicial; prohibición de aseguramiento; compatibilidad con las sanciones administrativas y con la indemnización de daños y perjuicios; fenómenos interempresariales), que ponen de manifiesto las dudas e incertidumbres sobre la pervivencia de una institución con más de un siglo de vida.