

Breve Estudio de la normativa relacionada con el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

Propuestas de mejora.

FINANCIADO POR:



ÍNDICE

I. PRESENTACIÓN	3
II. INTRODUCCIÓN.....	5
III. NOCIÓN, CONCEPCIÓN Y NATURALEZA DEL RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	9
III.I NATURALEZA RESARCITORIA O INDEMNIZATORIA.....	11
III.II NATURALEZA SANCIONADORA O PUNITIVA	13
III.III NATURALEZA MIXTA.....	15
IV. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	19
V. NORMATIVA COMPARADA.....	25
VI. SITUACIÓN ACTUAL.....	32
VII. JURISPRUDENCIA.....	36
VIII. OPINIÓN DOCTRINAL	43
VIII.I SUPRESIÓN DEL RECARGO.....	45
VIII.II ASEGURAMIENTO DEL RECARGO	47
VII.II.I ARGUMENTOS CONTRARIOS AL CARÁCTER SANCIONADOR DEL RECARGO	52
VII.II. II ARGUMENTOS FAVORABLES AL CARÁCTER SANCIONADOR DEL RECARGO	56
IX. FOCUS GROUP	58
X. CONCLUSIONES. PROPUESTAS DE MEJORA	61
XI. BIBLIOGRAFIA.	66

I. PRESENTACIÓN

El presente manual ha sido desarrollado en el marco del Proyecto nº AS2018-045 “Cláusulas Sociales en materia de PRL. Continuación”, con la financiación de la Fundación Estatal para la Prevención de Riesgos Laborales F.S.P. (Convocatoria de asignación de recursos del ejercicio 2018).

El contenido de dicho manual es responsabilidad exclusiva de la entidad ejecutante y no refleja necesariamente la opinión de la Fundación Estatal para la Prevención de Riesgos Laborales.

Equipo de Trabajo CNC:

María José Leguina (Coordinador/Técnico)

José Pablo Martínez Marques (Técnico)

Carlos Borrego García (Técnico)

Begoña Leyva Gómez (Técnico)

Pilar San José García (Administrativo)

II. INTRODUCCIÓN

Como es sabido un grave problema al que se enfrentan las empresas españolas es la imposición de un recargo de prestaciones una vez que acaecen a sus trabajadores accidentes de trabajo o enfermedad profesional por faltas de medidas de seguridad. El importe medio de este recargo en España supone unos 150.000 euros, pudiendo llegar a un máximo de 400.000 euros. Si se tiene en cuenta que este recargo debe abonarse el mismo en un único ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social, la imposición del mismo hace que en multitud de casos, las empresas no puedan continuar con el ejercicio de su actividad social, debiendo declararse en suspensión de pagos, con el consecuente cese en la actividad de la empresa y la pérdida, en muchos supuestos, de la posibilidad de que el trabajador perciba la cantidad correspondiente, dado que en caso de que el empresario se declare insolvente no existe una responsabilidad subsidiaria de la Administración.

De acuerdo con el INFORME ANUAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DEL AÑO 2018 *“del total de accidentes investigados, 9.376 (9.140 accidentes con baja durante la jornada de trabajo y 236 “in itinere”), se han detectado 3.639 infracciones en Prevención de Riesgos Laborales, ascendiendo el importe de las sanciones propuestas a 17.829.173 euros, si bien se debe precisar que no necesariamente se trata de infracciones respecto de las que se pueda establecer una vinculación directa con el accidente, aunque sí se trata, desde luego, de infracciones en materia de seguridad y salud laboral. Se han formulado 3.546 propuestas de recargo en prestaciones económicas de la Seguridad Social, por considerar que los mismos se produjeron por falta de medidas de seguridad, y en este caso tal cifra sí que puede tomarse en consideración para extraer conclusiones respecto del número de accidentes en los que hay una relación directa entre su producción y la infracción de los empresarios. Por otra parte, el importe de las obligaciones reconocidas por el Instituto Nacional de Seguridad Social en 2018 en concepto de recargos de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene se elevó a 83,74 millones de euros”.*

**ACTIVIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE
RIESGOS NACIONALES
TOTAL NACIONAL - AÑO 2018**

TIPO DE ACTIVIDAD	AÑO 2018
VISITAS (1)	70.787
ACTUACIONES	311.234
INFRACCIONES RECOGIDAS EN LAS ACTAS (2)	20.290
IMPORTE SANCIONES PROPUESTAS (Euros)	51.279.286,58 €
TRABAJADORES AFECTADOS POR LAS INFRACCIONES	132.033
REQUERIMIENTOS	114.779
PARALIZACIONES	120
PROPUESTAS DE RECARGO	3.740
ACCIDENTES DE TRABAJO INVESTIGADOS POR LA INSPECCIÓN	9.376
Nº INFRACCIONES CONSTATADAS EN ACCIDENTES INVESTIGADOS	3.639

(1) = Derivadas de Órdenes de Servicio cuyo asunto principal corresponde a la materia de Prevención de Riesgos Laborales

(2) = Incluye requerimientos a la Administración

FUENTE: Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Asimismo, de acuerdo con el mencionado informe “durante el año 2018 se investigaron un total de 742 enfermedades profesionales. A resultas de ello, se apreció la comisión de 81 infracciones, ascendiendo el importe total de las sanciones propuestas como consecuencia de las mismas a 557.675 euros y se formularon 154 requerimientos. Se han formulado también 90 propuestas de recargo en prestaciones económicas de la Seguridad Social”.

TOTAL NACIONAL - AÑO 2018

MATERIA	PARALIZACIONES	PROPUESTAS DE RECARGO	CONSULTAS	INFORMES SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL	EMPLEO SUMERGIDO AFLORADO (*)
1 - RELACIONES LABORALES	-	-	691	33	-
2 - PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES	120	3.740	1.443	1.211	-
3 - EMPLEO Y COLOCACIÓN	-	-	107	5	-
4- EXTRANJERÍA	-	-	33	14	3.541
5 - SEGURIDAD SOCIAL	-	-	1.325	142	114.197
6 - VARIOS	-	-	22	5	-
TOTAL	120	3.740	3.621	1.377	117.738

(*) = Incluye altas en Seguridad Social, los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo y los incrementos superiores al 50% de tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial.

FUENTE: Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Ante esta situación una corriente doctrinal defiende su supresión, pero dado la dificultad de abordar esta cuestión, entre las posibles soluciones para afrontar la grave situación económica en la que quedan las empresas cuando se les aplica dicho recargo es su aseguramiento las más conveniente, de modo que las empresas puedan continuar con su actividad, pese a la aplicación del recargo y el trabajador podrá percibir la cantidad correspondiente al mismo.

En relación con esta posibilidad de aseguramiento desde el año 2017 diversas compañías aseguradoras han comenzado a comercializar pólizas cuyo objeto es el aseguramiento del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Sin embargo, pese a que desde la Dirección General de Seguros esta posibilidad se ve técnicamente viable, no existe una normativa vigente que otorgue seguridad jurídica a los empresarios que las contraten.

El importe medio del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en España supone unos 150.000 euros, pudiendo llegar a un máximo de 400.000 euros.

El objetivo del presente estudio es analizar y concluir sobre la conformidad a derecho de estas pólizas de aseguramiento y su viabilidad como solución a un problema que no solo se da en el sector de la

construcción, sino que afecta a todos los empresarios, independientemente de su actividad.

Para ello, el estudio de la posibilidad del aseguramiento de este recargo requiere el análisis de su normativa aplicable, con una breve referencia a su evolución histórica, a la situación vigente, al derecho comparado, a la doctrina de los autores y a la jurisprudencia aplicable.

Con carácter previo se debe abordar cual es la naturaleza jurídica, esto es, la noción y la concepción del recargo que se liga a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, como consecuencia de una infracción al deber de seguridad del empresario.

III. NOCIÓN, CONCEPCIÓN Y NATURALEZA DEL RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Cuando entramos a estudiar la naturaleza de la figura del recargo, y nos centramos en su origen histórico y su evolución desde su creación, nos encontramos con que actualmente existe una marcada dualidad de opiniones y pareceres, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Mientras que en su origen parece concebirse como una indemnización con un contenido estrictamente resarcitorio. Sin embargo, cuando se crea el sistema de Seguridad Social, el recargo se integra con un marcado acento sancionador lo que provoca que otros obviando este carácter indemnizatorio lo definan como una sanción. Finalmente, algunos autores y bastante jurisprudencia, opta por dotarlo de una naturaleza mixta. Actualmente desde la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015 parece imponerse entre la doctrina la idea sobre su concepción indemnizatoria y no sancionadora.

Cabe destacar, de acuerdo con Erik José Monreal Bringsvaerd, que si bien el Tribunal Constitucional en sus inicios se pronunció en su sentencia 158/1985 con un determinación del carácter puramente sancionador del recargo¹, no obstante años después, en su sentencia nº 143 del año 2000, se pronuncia en contra de vincular la infracción administrativa del empresario con el derecho subjetivo al recargo del trabajador, incidiendo, de forma implícita años más tarde, en doctrina observada *mutatis mutandi* por su sentencia 69/2003, en la naturaleza indemnizatoria del recargo.

De lo anterior se puede concluir que, como ya se ha adelantado, el recargo de prestaciones de Seguridad Social, aparece con una triple concepción, en la doctrina y en la jurisprudencia:

1. Resarcitoria o indemnizatoria
2. Sancionadora o punitiva
3. Como una síntesis de las anteriores, en una definición mixta.

Por último, hay quién entiende que podría además tener un carácter de prestación social, pero en este estudio se va a prescindir de su análisis, al entender que dicha afirmación cae por su propio peso dado, que entre otras cosas, el recargo no se cuenta a efectos de tope máximo de la pensión que se perciba; ni es objeto de revalorización como el resto de las prestaciones de la seguridad Social; y tampoco es asumida, ni anticipada, ni subsidiariamente, por la Entidad Gestora correspondiente en caso de que se produzca una insolvencia empresarial.

¹ Aunque lo hizo *obiter dicta* y sin ser, en consecuencia, susceptible de generar doctrina en torno a la naturaleza jurídica del recargo.

III.I NATURALEZA RESARCITORIA O INDEMNIZATORIA

En primer lugar, se le ha considerado integrado en las prestaciones económicas de la Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales, tanto porque se rige en una parte considerable por su régimen jurídico, como por sujetarse al procedimiento recaudatorio de los recursos económicos de la Seguridad Social.

Así, en supuestos en los que se planteaba una cuestión relativa al plazo de prescripción para reclamar la imposición del recargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1997, dictada en el recurso número 468/1997, fijó en cinco años ese, como el de las otras prestaciones de la Seguridad Social, sustentando que el recargo es una prestación de la Seguridad Social.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1998, decretada en el recurso número 4078/1997, en un procedimiento que tenía por objeto determinar la fecha inicial para el cómputo del plazo de prescripción dictamina que “para fijar ese momento inicial ha de partirse del dato de que el recargo tiene carácter de una prestación de la Seguridad Social”. De igual manera se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2006, recurso con número 2031/2005.

Diferentes pronunciamientos del Tribunal Supremo, como sus sentencias de 6 de marzo de 2007, recurso número 1395/2005, o de 20 de marzo de 2007, recurso número 609/2006, niegan que sea posible pergeñar el recargo de prestaciones “como una verdadera prestación de la Seguridad Social”. En este sentido dichas sentencias del Alto Tribunal, u otras como la de 22 de septiembre de 1994, recurso número 801/1994, o la de 22 de abril de 2004, recurso número 4555/2002, entienden que el recargo se conforma como “un incremento a cargo del empresario, que no se incluye en la acción protectora de la Seguridad Social, aunque tome como módulo de cálculo el importe de la prestación”.

II.II NATURALEZA SANCIONADORA O PUNITIVA

Una segunda concepción del recargo de prestaciones es aquella que lo define por su naturaleza sancionadora. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, que se pronunció en el recurso número 2393/1999. Esta y otras sentencias han indicado que el recargo ha de entenderse como una sanción que se añade a una prestación de Seguridad Social, cuya imputación sólo es aplicable a la sociedad infractora, que instituye una responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con poco acaecimiento de la conducta del trabajador, que la cuantía del recargo se lleva a cabo en función de la gravedad de la falta y no en atención al daño causado, y que si concurren varias empresas al causar el hecho dañoso, la imputación de responsabilidad se efectúa en función de quien resulte empresa infractora.

Esta definición sancionadora o punitiva del recargo se abandona por el Tribunal Supremo en sus resoluciones judiciales posteriores.

Así, las sentencias del Tribunal Supremo de fecha de 13 de febrero de 2008, recurso número 163/2007; de fecha de 20 de diciembre de 2007, recurso número 3978/2006; y la de fecha de 13 de octubre de 2007, recurso número 2812/2006, pergeñan el recargo de prestaciones como una *“indemnización con función disuasoria o punitiva, institución que se diferencia por una parte de la indemnización típica con función resarcitoria, y que se distingue también por otra parte de la multa o sanción administrativa de contenido pecuniario”*.

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008, recurso número 4374/2006, ha establecido que el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad no conlleva, a salvo de su fin preventivo, *“la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o sus beneficiarios”*.

Las sentencias del Tribunal Supremo de data de 27 de diciembre de 2007, recurso número 4945/2006; de 14 de diciembre de 2007, recurso número 72/2007; y de 27 de junio de 2007, recurso número 3300/2006, consideran que *“a pesar de lo controvertido de su naturaleza jurídica, no es ni una sanción ni un gravamen, sino una indemnización, aun cuando tenga un particular régimen jurídico a otros efectos”*.

La naturaleza jurídica sancionadora o punitiva del recargo, además, contraviene algunos elementales principios o conceptos jurídicos. Por ejemplo, y de un lado, si se concibiera el recargo como una sanción, tendría que ser posible suspender el procedimiento administrativo para su imposición si existiera un proceso penal sobre el mismo asunto, lo cual no acontece.

De otra parte, si bien las sanciones administrativas pecuniarias se ingresan en el Tesoro Público, el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad pasa a formar parte del patrimonio del trabajador o de sus beneficiarios.

III.III NATURALEZA MIXTA

En tercer término, la jurisprudencia considera que el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad ostenta una naturaleza jurídica mixta o *“sui generis”*.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 24 de febrero de 1992, recurso número 1163/1991 y, en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2002, recurso número 2239/2001; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 28 de mayo de 1997, recurso número 2236/1996; y las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 30 de enero de 1998, recurso número 5080/1996, de 20 de febrero de 1998, recurso número 120/1998 y de 20 de diciembre de 1999, recurso número 4628/1996, así lo establecen. Prescriben que *“el recargo no es simplemente una sanción, sino una indemnización sancionatoria 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 y sancionadora de la Administración, que sí quedan en suspenso, a la espera de la existencia o no de responsabilidad penal, como ya se ha indicado, pero que no es confundible con esta personalísima responsabilidad prestacional del empresario”*

Por parte del Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 13 de febrero de 2008, recurso número 163/2007, y de 20 de diciembre de 2007, recurso núm. 3978/2006, se declara que el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad *“tiene una naturaleza sui generis que no permite su reducción a una sanción administrativa propiamente dicha. Es más bien (...) una indemnización con función disuasoria o punitiva, institución que se diferencia por una parte de la indemnización típica con función resarcitoria, y que se distingue, por otra parte, de la multa o sanción administrativa de contenido pecuniario”*.

El recargo de prestaciones de Seguridad Social aparece con una triple concepción en la doctrina y en la jurisprudencia: Resarcitoria o indemnizatoria; Sancionadora o punitiva; Como una síntesis de las anteriores, en una definición mixta.

La concepción jurisprudencial, que se comparte desde este trabajo, considera que el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad construye su naturaleza jurídica indemnizatoria sobre el fundamento y el basamento de su finalidad reparadora, que tiende a compensar a quienes no debieron sufrir un accidente o una enfermedad profesional, de haberse aplicado correctamente los medios previstos, y al destinatario del recargo, que es el propio trabajador accidentado o sus causahabientes, y sobre la base de lo previsto en la Ley 31/1995.

En este sentido, como posteriormente reflejaremos, se ha recuperado la idea sobre su concepción indemnizatoria y no sancionadora, en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como hemos anticipado, recientemente, se decanta por la naturaleza jurídica indemnizatoria o resarcitoria del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Entre otras, concluye en ese sentido su Sentencia de 20 de septiembre de 2016, emanada en el número de recurso: 3346/2015

Esta Sentencia, en su fundamento jurídico número tercero, comienza haciendo un recordatorio acerca de “la compleja naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad contemplado en el artículo 123 LGSS, hoy 164 del Texto Refundido”, tal y como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Esa jurisprudencia, añade, que ha evolucionado constantemente y que en las sentencias más recientes viene a reconocer que cuando se trata de los efectos contemplados en las normas de Seguridad Social y estén en juego los derechos de los beneficiarios del recargo, “éste habrá de aproximar su régimen jurídico, hasta donde sea jurídicamente posible, al que resulta propio de las prestaciones de Seguridad Social”.

A continuación cita una serie de sentencias del Tribunal Supremo donde se menciona ese carácter propio de “las prestaciones de Seguridad Social” del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad: la sentencia de 23 marzo 2015 (recurso 2057/2014; Pleno), las sentencias de 14 abril, 5 mayo, 13 octubre, 2 noviembre, 10 y 15 diciembre de 2015 (recursos 962/2014, 1075/2014, 2166/2014, 3426/2014, 1012/2014 y 1258/2014, respectivamente), la sentencia 25 febrero 2016 (recurso 846/2014) o la sentencia de 18 mayo 2016 (recurso 1042/2014).

En esas resoluciones judiciales del Tribunal Supremo, partiendo de la compleja naturaleza del recargo, *“se mantiene que a los efectos de la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva, con lo que se venía a reconsiderar nuestros precedentes para entender que la consecuencia deducible de las previsiones del art. 123.2 LGSS ha de ceder frente a las que se derivan del art. 127.2 LGSS (“En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”)*”.

El Tribunal Supremo ha venido a establecer que tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de “prestación” en los más variados aspectos y ello por los siguientes argumentos:

- a) Su regulación por la LGSS se hace en Sección -2.ª- titulada “Régimen General de las Prestaciones”, ubicada en Capítulo -III- denominado “Acción Protectora” y dentro del Título -II- “Régimen General de la Seguridad Social”;
- b) La competencia para imponer el incremento de la prestación reconocida le corresponde al INSS, al que precisamente el art. 57.1.ª LGSS atribuye “la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social”;

- c) El procedimiento para imponerlo es -como para cualquier prestación- el previsto en el RD 1300/1995 y en la OM 18/01/1996 (Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de 17 de julio de 2013, recurso 1023/12);
- d) Conforme al art. 121.3 LGSS [como su precedente art. 90.3 LGSS/74] los caracteres de las prestaciones atribuidos por el art. 40 [art. 22 en el TR/1974] son de aplicación al recargo de prestaciones.
- e) Ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS y es susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como si de garantizar una prestación cualquiera se tratase [en tal sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2007 – recurso 639/06 -; de 14 de abril de 2007 -recurso 756/06 -; y de 26 de septiembre 07 -recurso2573/06 -];
- f) El plazo de prescripción que les resulta aplicable es el mismo que el legalmente establecido para las prestaciones, el de cinco años previsto en el art. 43.1 LGSS (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 9 febrero de 2006 -recurso 4100/04 -; de 17 de julio de 2013 -recurso 1023/12-; 19 de julio de 2013 -recurso 2730/12-; y de 12 de noviembre de 2013 -recurso 3117/12-).

A todo ese argumentario, el Tribunal Supremo añade que *“a la misma conclusión lleva la terminología empleada por el propio art. 123 LGSS, al referirse a que en los supuestos de infracción de medidas de seguridad las prestaciones económicas... se aumentarán”* en un determinado porcentaje; y aunque con tal expresión no se atribuye al recargo cualidad de genuina prestación [siempre a cargo de la Entidad gestora o Mutua colaboradora], no es menos cierto que cuando menos parece asimilarlo a ella en términos que apoyan que a afectos de transmisión se le diese el mismo tratamiento -de prestación- que expresamente se le atribuye para los restantes aspectos de su gestión.

IV.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El origen de la Seguridad Social y la aparición primigenia del recargo de prestaciones la encontramos en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, en su artículo 5, disposición 5, precepto con el que empieza recto y derecho su recorrido de cien años, hasta el artículo 164 del Texto refundido de la Ley de Seguridad Social de 2015, el recargo de las prestaciones por la falta de mecanismos de seguridad en el trabajo. Se trata de un precepto de antigüedad típica de nuestro Derecho de accidentes que añade al caso, a favor del accidentado, un ingrediente punitivo o sancionador al indemnizatorio.

En la redacción de 1900 ya se establece que las indemnizaciones determinadas por la ley se aumentarán si se carecen de determinadas medidas de seguridad, en el siguiente sentido:

“Si el accidente produjese la muerte del obrero, el patrono queda obligado a sufragar los gastos del sepelio, no excediendo éstos de 100 pesetas, y además a indemnizar a la viuda, descendientes legítimos y menores de diez y seis años y ascendientes, en la forma y cuantía que establecen las disposiciones siguientes:

(...)

5.Las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución a que se refieren los artículos 6. °, 7. °, 8. Y 9.”

El Real Decreto de 28 de julio de 1900, que aprueba el Reglamento para la aplicación de la ley de 30 de enero de 1900, acerca de los accidentes del trabajo, publicado el lunes 30 de julio de 1900 en la Gaceta de Madrid, desarrolla el artículo 5 de la Ley con este contenido:

“Art. 64. La falta de medidas preventivas en el grado e importancia que determina este reglamento, y el incumplimiento de las disposiciones de la ley de 30 de enero de 1900, será motivo suficiente para que se aumente en una mitad las indemnizaciones que corresponden a los obreros, con independencia de toda clase de responsabilidades”

A los efectos de interés de nuestro estudio, el artículo 12 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, introdujo la posibilidad de aseguramiento. Por su interés, se transcribe dicho precepto:

“12. Los patronos podrán sustituir las obligaciones definidas en los artículos 4, 5 y 10, o cualquiera de ellas por el seguro hecho a su costa en cabeza del obrero de que se trate, de los riesgos a que se refiere cada uno de esos artículos respectivamente o todos ellos, en una Sociedad de seguros debidamente constituida, que sea de las aceptadas para este efecto por el Ministerio de la Gobernación, pero siempre a condición de que la suma que el obrero reciba no sea inferior a la que correspondiera con arreglo a esta ley”.

Expresamente autorizó en su artículo 12 esa posibilidad de aseguramiento, y a cuyo amparo se desarrollaron, los seguros de accidentes de trabajo concertados con sociedades de seguros, debidamente “aceptadas” al efecto.

La fijación o tasa de las responsabilidades económicas hizo posible el aseguramiento que la Ley preveía, puesto que permitió fijar en las pólizas no sólo el riesgo protegido (esto es, el accidente de trabajo legalmente precisado), sino también la cuantía de la responsabilidad (esto, las prestaciones fijadas por la Ley que el asegurador asumía) y, mediante los cálculos actuariales propios de una operación de aseguramiento, el precio del seguro (esto es, los premios o primas a pagar por el empresario asegurado).

El artículo 6.5 de la Ley Reformada, Relativa a los Accidentes del Trabajo de 10 de enero de 1922, contiene un párrafo donde determina que el riesgo de la indemnización especial a que se refiere el apartado quinto no puede ser materia de seguro, bajo sanción a la compañía aseguradora de retirada de la autorización oficial que se le hubiere concedido a los efectos de la ley. En concreto, establece literalmente lo siguiente:

“El riesgo de la indemnización especial a la que se refiere esta disposición 5ª no puede ser materia de seguro. Si se probare que alguna entidad aseguradora lo asumía, deberá ser apercibida, y, caso de persistir en pactar dicha condición, se le retirará la autorización oficial que se le hubiera concedido a los efectos de la presente Ley”

En este precepto se transforma la posibilidad legal que en la Ley de 1900 se prescribía. En la ley de 1900 se consentía al propietario de los establecimientos industriales tanto conceder pensiones vitalicias en lugar de indemnizaciones, como la sustitución de estas por un seguro hecho a su costa en cabeza del obrero de que se trate.

Es decir, desde 1900 hasta 1922 era legalmente posible asegurar la pensión básica y el incremento de esta por falta de medidas de seguridad. Y parece que, desde la Ley de 1922, sin embargo, se prohíbe tal aseguramiento.

Desde 1900 hasta 1922, era legalmente posible asegurar la pensión básica y el incremento de esta por falta de medidas de seguridad. Y parece que, desde la Ley de 1922, sin embargo, se prohíbe tal aseguramiento.

No obstante, esa prohibición aparece contrarrestada por la regla general que en el artículo 25 de la Ley de 1922, que posibilita al empresario remplazar todas las obligaciones derivadas del accidente -incluida la indemnización especial del artículo 6. 5ª (que aún no se llama recargo)- por un contrato de seguro a favor del trabajador con entidad debidamente constituida que sea autorizada por el Ministerio de Trabajo, de modo que continúa como en el antecedente legislativo de 1900.

Ni el Código de Trabajo de 1926, que aprueba el Real Decreto-Ley de 23 de agosto, ni la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931, introducen grandes cambios en la figura. La primera insiste en la consideración de culpa o negligencia civil, mientras que la segunda refuerza el proteccionismo al trabajador, pero sin llegar a contener una regulación específica en cuanto a la seguridad e higiene como bien jurídico a proteger en el marco de los nuevos principios constitucionales.

Similar disposición a la de la Ley de 1900, se ha contenido en la normativa posterior, como el artículo 55 del Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación de Accidentes del Trabajo y Reglamento para su aplicación, redactado, nuevamente, por el Decreto 3250/62, de 6 diciembre, que vino a recoger el

artículo 93 del Decreto 2065/74, de 30 mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ya en el artículo 55 del Texto Refundido de la Legislación de Accidentes del Trabajo y Reglamento para su aplicación, en su redacción original de 1956 y en la redacción dada por el Decreto 3250/1962, 6 diciembre, por el que se modifican los artículos 55 y 196 del Reglamento para la aplicación del texto refundido de la legislación de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, se establecía la prohibición, bajo pena de nulidad, del aseguramiento del recargo de prestaciones. Dispuso dicho precepto:

“Artículo 55

Toda indemnización de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se aumentará en una mitad si el accidente ocurre en máquinas, artefactos, instalaciones o centros o lugares de trabajo que carezcan de los aparatos de precaución reglamentarios, o en los que no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad necesarias para el trabajo humano.

Se estimará especialmente incluido en el supuesto del párrafo anterior el hecho de que la víctima de neumoconiosis no haya sido reconocida a la entrada de un trabajo de ambiente pulvígeno que esté incluido en los números 24 a 28, ambos inclusive, del cuadro anejo al Decreto de 13 de abril de 1961.

Igual calificación merecerá la situación creada por el patrono que haya incumplido las disposiciones en vigor respecto al trabajo de mujeres y niños.

Este recargo, a costa del patrono, se considerará como una sanción para el mismo y queda prohibido bajo pena de nulidad su seguro”.

Si bien el artículo 147 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, al regular el “*Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional*”, en su apartado segundo establece que “la responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre la empresa infractora y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno

derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla”, la norma delegante, la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, no contiene una prohibición de que se pueda asegurar por un tercero, compañía de seguros, el recargo de prestaciones.

En el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 93, se recoge igualmente dicha prohibición en los siguientes términos:

“Artículo 93. Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos, o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

4. Serán competentes para declarar, en vía administrativa, la responsabilidad fijada en este artículo, las Comisiones Técnicas Calificadoras a que se refiere el artículo 144 de esta Ley”.

El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante TRLGSS de 1994), en su artículo 123 recogía el “*Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional*”, con el siguiente texto que se reproduce a continuación:

“1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”.

Así pues, la primera vez que el recargo se regula en nuestro ordenamiento jurídico, en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1990, aparece como una indemnización de responsabilidad civil, en concepto de un importe a pagar. Hasta el Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, se regula con el carácter de una sanción, pero a partir de dicha norma jurídica no se contiene en los preceptos que lo determinan referencia alguna a sanción.

La primera vez que el recargo se regula en nuestro ordenamiento jurídico, en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1990, aparece como una indemnización de responsabilidad civil, en concepto de un importe a pagar.

La prohibición de asegurar el recargo como un aumento de las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, es circunstancial en la historia de la institución, y viene aparejada a su rasgo sancionador. Fue el legislador de mitad del siglo XX el que consideró que la represión de conductas conforma un canon de comportamiento favorable a la prevención del accidente en la empresa. Por ello, teniendo en cuenta dos finalidades, esto es, la búsqueda de una mejora de condiciones y una mayor eficacia para el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en los centros de trabajo, se decidió hacer responsable a la persona física directamente de la infracción, a la vez que decidió que la misma no pudiera cubrirse por terceros.

Fue el legislador de mitad del siglo XX el que consideró que la represión de conductas conforma un canon de comportamiento favorable a la prevención del accidente en la empresa. Por ello, teniendo en cuenta dos finalidades, esto es, la búsqueda de una mejora de condiciones y una mayor eficacia para el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en los centros de trabajo, se decidió hacer responsable a la persona física directamente de la infracción, a la vez que decidió que la misma no pudiera cubrirse por terceros.

V. NORMATIVA COMPARADA

El recargo de prestaciones por faltas de medidas de seguridad no existe en el derecho comparado, a excepción de **Portugal**, donde se recoge un aumento de la sanción que se imponga a la empresa en concepto de accidente de trabajo. En Portugal, se le reconoce carácter sancionador y no es posible su aseguramiento.

Junto a la responsabilidad penal y administrativa, las disposiciones generales portuguesas que rigen la seguridad en el ámbito laboral se encuentran en el Código del Trabajo aprobado por ley 7/2009, de 12 de febrero. Esta norma legal atribuye al empresario la carga de prevenir los riesgos laborales. En todo caso, le corresponde a la jurisdicción social la competencia en materia de responsabilidad administrativa por las infracciones y sanciones impuestas.

En Portugal, la normativa es muy dispersa y como en España el sistema adolece de excesiva complejidad con intervención simultánea de órdenes jurisdiccionales ante un mismo accidente de trabajo y considerable limitación y reducción de los daños resarcibles.

El recargo de prestaciones por faltas de medidas de seguridad no existe en el derecho comparado, a excepción de Portugal, donde se recoge un aumento de la sanción que se imponga a la empresa en concepto de accidente de trabajo. En Portugal, se le reconoce carácter sancionador y no es posible su aseguramiento.

En otros Estados, a diferencia de en España, no existe la figura del recargo de prestaciones de la Seguridad Social.

El recargo de prestaciones de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional es una institución desconocida en el Derecho Alemán.

En **Alemania**, lo que se regula es la opción de que el trabajador pueda exigir una indemnización a la empresa que causa el accidente por una acción dolosa y dicha indemnización debe deducirse de las cuantías que al respecto satisfagan las Mutuas de Trabajo.

La Ley General de Seguridad Social alemana accede al aseguramiento de los accidentes mediante las Mutuas de Accidentes de Trabajo, las cuales ostentan una gran relevancia en materia de prevención y en las mejoras de las condiciones de trabajo consideradas como peligrosas.

Al trabajador también se le protege de manera especialmente significativa a través del ámbito civil y no hay un específico delito contra la seguridad de los trabajadores. En Alemania prevalecen los tipos de resultado contra la integridad corporal en caso de producirse la muerte o lesiones.

Respecto del procedimiento administrativo sancionador, en el sistema alemán se aplican multas coercitivas y obligaciones de hacer que incluye la obligatoriedad de cumplimentar la medida con abono de su coste. Ello en todo caso por medio de la Mutua, mediante la cual se garantiza la prestación o indemnización al trabajador accidentado al margen de las causas o culpas concurrentes en el evento. Solo responde el empresario si el accidente tiene origen en una actuación dolosa o media accidente in itinere.

El marco de protección público es tan eficaz que se excluyen las acciones de reclamación frente a las responsabilidades contractuales y delictivas del empresario, que solo responde cuando el accidente se haya producido de forma intencional y culpable o con negligencia grave.

En la normativa jurídica del **Reino Unido** la legislación sobre seguridad y salud laborales tiene su enfoque más en la prevención que en la reparación de las consecuencias dañosas. Pese a ello, es posible la responsabilidad del empresario en el ámbito civil siempre que concurra culpa o negligencia, y garantizarla por seguros obligatorios para los supuestos de accidente o enfermedad profesional, siendo relevante para determinar el importe de la prima el índice de siniestralidad que la empresa presente.

Es una amplia tradición establecer compensaciones que cubran los riesgos del trabajo limitando objetivamente la cuantía que ha de abonar el empresario, al tiempo que se elimina por completo la responsabilidad del trabajador, en los **Estados Unidos de América**.

Este modelo viene establecido en una ley federal, con independencia de que su desarrollo se efectúe por cada uno de los Estados.

La casuística es variada y se está a la resolución particularizada del caso concreto, propia del Derecho anglosajón en que la responsabilidad civil cumple una función preventiva a través de la figura de los *punitive damages*. Es esta confluencia de sanción y resarcimiento a la vez lo que aproxima la figura de nuestro estudio al instituto jurídico de referencia.

Porque sin duda en el origen histórico del recargo se encuentra esa idea que hasta el momento se conserva de combinar el incremento del daño con la inmunidad del empresario para sofocar un conflicto abierto, transido por medio de un pacto entre ambos.

Un semblante de la divergencia de sistemas se aprecia en el origen del recargo conectado a la sanción administrativa, al margen de la relación particular de empresario y trabajador.

Otro aspecto divergente viene establecido por el contraste entre la indemnización que resarce y el aumento que se incorpora vinculado no al daño efectivo sino a la gravedad de la falta, queriéndose ver en este parámetro un reproche punitivo al infractor. Este factor es importante porque la disuasión que pretenden los punitive damages se consigue a través de la sobre-indemnización, que frecuentemente superan en mucho el valor del daño y que han sido objeto de ponderación por el Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos mediante la imposición de límites en función de criterios razonables como la proporcionalidad o los antecedentes.

Es ese alcance ejemplarizante lo que une el recargo de este particular instrumento; la perspectiva no se sitúa en el plano de la víctima sino del infractor y no se trata de compensar el valor del daño estricto sino de exagerar la reparación para disuadir de la comisión del acto ilícito.

Es cierto que en la figura anglosajona no existe intervención pública, salvo para su determinación mediante el procedimiento con jurado. Se exige dolo y culpa, esto es, intención de producir el daño, lo que le separa del recargo donde hemos visto que la responsabilidad está teñida de objetividad. Y también sucede que el recargo propiamente no tiene un objetivo tan abiertamente sancionador o disuasorio al proyectarse como un incremento de la prestación de Seguridad Social.

La prueba definitiva de que ambas figuras no son equiparables viene dada por el hecho de que el recargo no comporta sobre-indemnización alguna, sino solo un mero alargamiento de la prestación al margen de la sanción que corresponda por la concreta infracción que se cometa. Además, ni el procedimiento de imposición de una y otra figura (público/privado) ni sus cuantías, tasado en el recargo y libre en los *punitive damages*, favorecen las semejanzas entre los instrumentos español y norteamericano sometidos a comparación.

Por otra parte, en **Francia**, se regula una reparación debida a consecuencia de falta inexcusable, pudiendo la empresa asegurar con un tercero el riesgo de su falta inexcusable o la de sus empleados.

En el estado francés, la figura de daños punitivos se fundamenta en el sistema de cotizaciones que varía en base al mayor o menor cumplimiento de la normativa de prevención por parte del empresario. Este sistema se recoge en España en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo artículo 146 consiente que se instauren primas adicionales a la cotización en relación a la peligrosidad de la industria o clase de trabajo y a la eficacia de los medios de prevención empleados. En desarrollo del artículo 146, el Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo, regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral. La Orden ESS/256/2018, de 12 de marzo, desarrolla el Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral.

El sistema francés, al régimen variable de cotizaciones en función del grado de cumplimiento en materia de seguridad, acompaña, en casos de excepcional incumplimiento de la misma, una cotización accesoria que genera una compensación complementaria para el trabajador o beneficiario afectado por el accidente de trabajo.

En el método francés cabe y es viable su aseguramiento puesto que la diligencia del empresario en prevenir los riesgos tiene el efecto de reducir las primas en el contexto de un sistema progresivo que favorece la inversión en seguridad y prevención.

Se aplica en Francia el principio de reparación tasada que impide el ejercicio de acciones complementarias al margen de las prestaciones de Seguridad Social. Pero también se contemplan excepciones a esta regla: está prevista una indemnización si el accidente se produce por falta inexcusable del empresario, por cuanto éste tiene una obligación de seguridad de resultado y debe tener conciencia del peligro al que el trabajador se expone. Este supuesto determina un recargo en la renta concedida a la víctima o sus causahabientes que está sujeto a determinados topes. A este aumento de renta cabe adicionar una indemnización por una serie de perjuicios que se sustancian a través de un orden jurisdiccional específico de Seguridad Social ante el que se dirimen todas las cuestiones relativas a la falta inexcusable¹¹⁶.

Todas las reparaciones por esta causa se abonan por las Cajas Primarias del Seguro de Enfermedad que se encargan de solicitar su reembolso al empresario infractor mediante una cotización complementaria que están sujetas a un doble límite temporal (no se puede percibir durante más de 20 años) y económico (no puede exceder del 50 % de la cotización normal, que cabe sustituir por un pago único a tanto alzado).

En este esquema, se permite el aseguramiento tanto por la falta inexcusable del empresario como de sus encargados.

El antecedente del sistema de la reparación tasada en el derecho francés tiene su origen en la ley francesa de Accidentes del Trabajo de 9 de abril de 1898 que agrupa diversos componentes en una sola indemnización y se concreta en las prestaciones de Seguridad Social.

El importe queda vinculado al tipo de cotización que varía en razón al número de accidentes y enfermedades profesionales acaecidos en la empresa, con aplicación de un mecanismo corrector de solidaridad sectorial que genera tres tipos de tarificación según sector y tamaño de la misma. Quedan establecidos con periodicidad anual y en consideración a las variantes de las que se da publicidad mediante un cuadro estadístico que elaboran los organismos administrativos, permitiendo detectar los niveles de seguridad para ajustar las cotizaciones e incentivar así la prevención mediante descuentos, anticipos, subvenciones y otras medidas suplementarias en casos de riesgo excepcional o que supongan infracción reglamentaria manifiesta y constatada por la Inspección de Trabajo.

El actual Código de Seguridad Social mantiene el principio de inmunidad instaurado por ley de 1898 que impuso como única vía resarcitoria la establecida en el ámbito laboral. Conforme a esa normativa legal, no es posible accionar en procedimiento separado distinto del social, a salvo de los terceros responsables que no fueran el empresario o los encargados.

No obstante, esta concepción va diluyéndose de modo que la jurisprudencia comienza a ampliar la responsabilidad a supuestos de accidentes in itinere cuando sobreviene uno de circulación y en el mismo está implicado el empleador, su encargado o una tercera persona vinculada al primero, permitiendo ahí pedir además de las prestaciones sociales una indemnización complementaria. El concepto de falta inexcusable conecta con el principio del deber de seguridad general, prácticamente ilimitado. Hace referencia a una gravedad manifiesta y comporta una indemnización suplementaria, en el doble papel preventivo y represivo al tiempo. Pero la mejora de la prestación surge no capitalizando importe alguno sino detrayéndola de una cotización suplementaria a la que resulta obligado el empresario infractor. Es importante advertir que en el sistema de responsabilidad francés, contrariamente a lo que sucede con nuestro recargo de prestaciones, la Tesorería de la Seguridad Social sí es garante del empresario de las consecuencias derivadas de las contingencias profesionales. Tampoco en el país vecino está garantizada la reparación integral del daño, pues ambas vías son alternativas y solo podrá acudir al procedimiento civil en supuestos muy concretos y cuando el resarcimiento no se haya obtenido por el cauce social.

Igualmente, no hay en el **ordenamiento legal italiano** un sistema semejante al que existe en España respecto del recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad.

En la prevención de riesgos el principio que se aplica es el de razonabilidad.

Conforme a la Corte Suprema de Casación (*Corte Suprema di Cassazione*), este principio establece un modelo según el cual en la organización del trabajo no cabe excederse de ciertos límites razonables dictados por la naturaleza y por la calidad del trabajo a realizar. Para los tribunales, la valoración de los incumplimientos empresariales de la normativa de prevención de riesgos laborales se sitúa en la diligencia cualificada.

Al igual que en España, en el sistema italiano se diferencian las responsabilidades contractual y extracontractual.

Son habituales, para la valoración del daño, criterios basados en unas tablas confeccionadas por la Seguridad Social y que tienen en cuenta los grados de incapacidad y los antecedentes judiciales en la materia.

El Seguro, que es obligatorio para todos los empresarios con trabajadores propios o subcontratados en las actividades que la ley italiana define como peligrosas, asegura la protección de los trabajadores de los accidentes y enfermedades laborales a los que se encuentran expuestos. Esta tutela, que se lleva a cabo mediante el llamado principio automático de las prestaciones, también se suministra si el empleador no ha pagado regularmente el seguro, eximiéndole en este caso de toda responsabilidad derivada de los daños sufridos por sus trabajadores excepto cuando se hubieran realizado delitos de violación de las normas de prevención.

El régimen jurídico italiano no contempla con carácter autónomo la responsabilidad civil del empresario, siendo el artículo 2087 del Código Civil el precepto que obliga a éste a la adopción de las medidas necesarias para impedir los accidentes y riesgos laborales. Empero, cabe solicitar la misma en el caso de producirse vinculada a hechos constitutivos de delito contra la seguridad en el trabajo, incluso en los casos en que deba responder indirectamente por actos imputables a sus trabajadores en base a la culpa in vigilando, mostrando aquí una solución semejante a la del artículo 1902 del Código Civil español.

VI. SITUACIÓN ACTUAL

El artículo uno. c) de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española, autorizó al Gobierno para aprobar un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y todas las disposiciones legales relacionadas que se enumeran en ese apartado, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado.

En la actualidad, como resultado de dicha delegación, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS 2015), y en dicha norma legal se establece el régimen jurídico del Recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, en su artículo 164. El contenido de la regulación vigente es el siguiente:

<<1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción>>.

No obstante, con posterioridad a la aprobación del TRLGSS 1994, y estando aún en vigor, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), en su artículo 15.5, contradiciendo lo previsto en los diferentes textos de la LGSS, contiene una declaración general del carácter asegurador de los riesgos derivados del accidente de trabajo.

En este sentido, el artículo 15.5 antes citado dispone lo siguiente;

“Artículo 15. Principios de la acción preventiva.

*5. Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin **garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo**, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios*

cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal”.

Por otro lado, también resulta contradictorio entre ambas normativas, TRLGSS y LPRL, el que el artículo 42.3 de la LPRL otorgue al recargo de prestaciones un carácter indemnizatorio, y no el carácter sancionador del que le dota el TRLGSS.

Al respecto, determina el artículo 42.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, que:

“Artículo 42. Responsabilidades y su compatibilidad.

*3. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con **las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social** que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema.”.*

A esta contradicción entre ambas normativas donde la LGSS parece prohibir el aseguramiento del recargo y dotar al recargo de naturaleza jurídica sancionadora, y, sin embargo, la LPRL parece permitirlo y otorgar al recargo naturaleza indemnizatoria, se suma la jurisprudencia. Mientras que una parte de la misma en su interpretación normativa se decanta por la naturaleza sancionadora del recargo como medida de carácter punitivo (entre muchas, la sentencia del TS de 8 de marzo de 1993; y la sentencia del TC 158/1985, de 26 de noviembre); otra por su carácter indemnizatorio (entre otras, Sentencias del TS de 2 de febrero de 1998; 10 de diciembre de 1998 y 17 de febrero de 1999); y una tercera que opta por un carácter híbrido en el que confluirían la sancionadora y la indemnizatoria (Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha de 24 de febrero 1992). Por último hay quién entiende que podría además tener un carácter de prestación social pero esto cae por su propio peso dado que, entre otras cosas, el recargo no se tiene en cuenta a efectos de tope máximo de la pensión que se perciba; ni es objeto de revalorización; y tampoco es asumida subsidiariamente, ni anticipada, por la Entidad Gestora correspondiente en caso de insolvencia de empresarial.

No obstante, con posterioridad a la aprobación del TRLGSS 1994, y estando aún en vigor, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, en su artículo 15.5, contradiciendo lo previsto en los diferentes textos de la LGSS, contiene una declaración general del carácter asegurador de los riesgos derivados del accidente de trabajo.

Lo dispuesto en el artículo 164 del TRLGSS 2015 no deja de ser un atributo de naturaleza intencional que, redactado en tiempo verbal de futuro (no podrá ser objeto de seguro) contrasta con la forma impersonal del apartado 1 cuando se define su concepto (se aumentarán según la gravedad de la falta) y con la de tiempo presente que se advierte en el último apartado cuando declara que la responsabilidad que se regula es independiente y compatible con las de todo orden.

Es un rasgo intencional de futuro porque la prohibición que contiene es sobrevenida en el tiempo como se comprobó al describir su evolución normativa.

En el origen de su regulación legal por Ley de 1900 no se contemplaba su extensión al régimen de pensiones vitalicias. Solo se autorizaba el aumento de las indemnizaciones por fallecimiento, no de las pensiones. Incluso cabe el aseguramiento de todos o algunos de los riesgos en sustitución de su abono, opción legal que excluye toda posibilidad de incrementarlas al establecerse mediante porcentajes sobre el salario anual de la víctima.

La Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922 viene a introducir una serie de modificaciones tras más de cuatro lustros de vigencia en su aplicación y contiene una prohibición expresa de aseguramiento pero que cabe neutralizar si se hace a través de entidad autorizada y debidamente registrada.

La prohibición radical viene desde el Reglamento de Accidentes de 1955 que por primera vez introduce el término recargo y lo entiende como una verdadera sanción que culpabiliza al empresario físico y en consecuencia prohíbe el desplazamiento de responsabilidad mediante cualquier tipo de seguro.

Sin embargo, un nuevo escenario se vislumbra con el artículo 15.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que permite en la actualidad el aseguramiento de operaciones de seguro que tengan como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo por entidades mercantiles en consideración a la responsabilidad objetiva del empresario sin incluir la que para éste puede derivarse de culpa.

Con posterioridad a la aprobación del TRLGSS 1994, y estando aún en vigor, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, en su artículo 15.5, contradiciendo lo previsto en los diferentes textos de la LGSS, contiene una declaración general del carácter asegurador de los riesgos derivados del accidente de trabajo.

En conclusión, en la normativa vigente de aplicación, el TRLGSS parece prohibir el aseguramiento del recargo de prestaciones y dota al recargo de naturaleza jurídica sancionadora, y, en cambio, en contradicción jurídico normativa, la LPRL parece permitir la posibilidad de asegurar con compañías aseguradoras el recargo de prestaciones y otorga a este recargo naturaleza indemnizatoria.

VII. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia sobre el recargo de prestaciones aparece dividida sobre la contradicción entre ambas normativas.

Mientras que una parte de la misma en su interpretación normativa se decanta por la naturaleza sancionadora del recargo como medida de carácter punitivo (entre muchas, la sentencia del TS de 8 de marzo de 1993; y la sentencia del TC 158/1985, de 26 de noviembre); otra por su carácter indemnizatorio (entre otras, Sentencias del TS de 2 de febrero de 1998; 10 de diciembre de 1998 y 17 de febrero de 1999); y una tercera que opta por un carácter híbrido en el que confluirían la sancionadora y la indemnizatoria (Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha de 24 de febrero 1992).

Por último, hay quién entiende que podría además tener un carácter de prestación social pero esto entendemos que no es factible, peso dado que, entre otras cosas, el recargo no se tiene en cuenta a efectos de tope máximo de la pensión que se perciba; ni es objeto de revalorización; y tampoco es asumida subsidiariamente, ni anticipada, por la Entidad Gestora correspondiente en caso de insolvencia de empresarial.

El Fundamento de derecho tercero de la Sentencia del TSJ de Galicia Sala de lo Social, sec. 1ª, de 28 marzo 2018, rec. 4026/2017 relata la falta de uniformidad de la jurisprudencia al respecto. Así, expresa que:

“La jurisprudencia no ha sido uniforme acerca de la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad, pues mantuvo su carácter de prestación de la Seguridad Social, a propósito del plazo de prescripción para reclamarlo (TS s. 12-12-97) o sobre la reclamación adicional por daños y perjuicios (TS s. 10-12-98), también su naturaleza sancionadora -con finalidad preventiva-, para negar su aplicación a las mejoras voluntarias de las prestaciones (TS s. 2-10-2000), para excluir su importe del cálculo de la indemnización de daños y perjuicios o para impedir el aseguramiento -público o privado- de tal responsabilidad (TS ss. 21-2-2002, 22-4-2004), e igualmente su naturaleza compleja con algunos matices propios de la sanción, aunque acaba teniendo una consideración sui generis que le aparta de la sanción propiamente dicha al ser beneficiarios de su cuantía el trabajador o sus causahabientes (TS s. 25-10-2005)”.

No obstante, en dicho Fundamento de derecho tercero, la Sentencia del TSJ de Galicia Sala de lo Social, sec. 1ª, de 28 marzo 2018, rec. 4026/2017, advierte que el Tribunal Supremo ha venido manteniendo (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 marzo 2007) el carácter no sancionador, y si indemnizatorio, de dicho recargo de prestaciones.

El Alto Tribunal mantiene que, si bien el recargo parece responder en principio al concepto genérico de sanción administrativa, en todo caso concurren una serie de notas que le alejan de esa naturaleza estrictamente sancionadora.

El Alto Tribunal mantiene que, si bien el recargo parece responder en principio al concepto genérico de sanción administrativa, en todo caso concurren una serie de notas que le alejan de esa naturaleza estrictamente sancionadora.

Al efecto, en su sentencia de 27 de marzo de 2007, el Tribunal Supremo establece una serie de criterios argumentales a favor del carácter indemnizatorio del recargo de prestaciones. Los pasamos a enumerar:

- a) En tanto que el fundamento de la sanción se encuentra en el mero incumplimiento de un deber tipificado, el recargo de prestaciones exige no solamente la infracción del deber genérico de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo, sino también la producción causal de un resultado lesivo, que es precisamente el eje sobre el recargo se construye.
- b) El recargo de prestaciones no figura en el texto refundido de la LISOS (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social).
- c) En materia sancionadora, si bien la LISOS atribuye a las Entidades Gestoras la imposición de sanciones a los trabajadores en cuestiones de Seguridad Social, tratándose de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, la misma siempre corresponde al Director Provincial de Trabajo, al Director General o al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.
- d) Parece ausente el obligado principio de tipicidad, al no identificarse con una mínima precisión las conductas reprobables y las sanciones correspondientes.
- e) Ostenta el trabajador denunciante o compareciente obvio interés que le atribuye siempre cualidad de parte.
- f) El importe de la sanción no se ingresa en el Tesoro Público, sino que se incorpora al patrimonio del beneficiario, de forma que si éste no existe no hay recargo, lo que es impensable en una sanción.
- g) El procedimiento regulado en la OM 18-1-96 no es propiamente sancionador, por carecer de las garantías que debe reunir todo procedimiento de aquella naturaleza punitiva y ser muy semejante al previsto para el reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social.

h) A ello le añadimos un apartado, un nuevo argumento: que su compatibilidad con las sanciones por los mismos hechos sólo es posible descartando la aplicación del principio *non bis in idem* y, por tanto, su naturaleza sancionadora.

No obstante, sigue afirmando (Sentencia del TS de 20 octubre 2014) la interpretación restrictiva en la materia.

En el último párrafo del fundamento segundo de la Sentencia de la sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, de fecha de 23 de marzo de 2015, dictada en el recurso 2057/2014, se establece que prima la faceta indemnizatoria del recargo:

*“Pero de todas formas, el criterio mayoritario de la Sala ha entendido más adecuado mantener la naturaleza plural del recargo -resarcitoria y preventivo/punitiva- sin inclusión en ninguna categoría jurídica novedosa, por considerar que ello no solamente podría dar lugar a disfunciones imprevisibles, sino que es innecesario a los efectos aquí tratados, en tanto que la Sala se decanta -ya desde la primera deliberación del presente asunto- por rectificar su anterior doctrina y entender que a los efectos de que tratamos -la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo- **ha de primar la faceta indemnizatoria** sobre la sancionadora o preventiva; o lo que es igual, de forma opuesta a nuestros precedentes, entiende ahora la Sala -tras meditada reconsideración del tema- que la consecuencia inducible de las previsiones del art. 123.2 han de ceder frente a las derivables del art. 127.2 LGSS . Criterio que, como veremos, es del todo coincidente con doctrina comunitaria que significa la sentencia del TJUE arriba indicada y que más adelante referiremos en detalle”.*

Sobre la naturaleza no sancionadora del recargo de prestaciones redunda el voto particular del Magistrado José Manuel López García de la Serrana, al que se adhirió el Magistrado José Luis Gilolmo López, en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015.

Concluyen dichos Magistrados que el recargo de prestaciones no tiene una naturaleza sancionadora, pese a lo mucho que sobre ello se ha escrito.

En dicho voto particular, se reconoce que nos encontramos ante una institución que no se corresponde con el concepto punitivo propio de las sanciones por infracciones administrativas. Y lo fundamenta con estas motivaciones argumentales:

“- Destino sanción económica.

El importe de la sanción no se ingresa a la Hacienda Pública, sino que revierte a favor del perjudicado. Además, para garantizar su pago se capitaliza su importe y ese capital no se da al beneficiario, sino que se le abona en forma de renta vitalicia.

- *Normativa reguladora.*

La regulación del recargo se encuentra en la L.G.S.S., dentro de la sección que regula el régimen general de las prestaciones. El recargo como sanción no es regulado por el R.D.L. 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y sanciones del orden social, ni recogido como tal sanción en materia de riesgos laborales en el art. 40-2 de esta disposición, cuyo artículo 42-5 alude al recargo pero sin reconocerle carácter sancionador. En este sentido conviene destacar que el

recargo no se impone cuando se viola una norma de seguridad, sino cuando por causa de ello se produce un daño, que justifica el reconocimiento de una prestación del sistema.

- *Procedimiento sancionador.*

La competencia para apreciar la existencia de infracciones en el orden social y para imponer las sanciones es de la autoridad gubernativa, según la importancia de la sanción puede serlo el Consejo de Ministros (art. 48 del R.D.L. citado) y el procedimiento sancionador es diferente porque se sigue el regulado en los artículos 51 y siguientes del citado R.D.L.. Por el contrario, el recargo se reconoce o impone en procedimiento distinto, tramitado ante el Director Provincial del INSS que es quien resuelve sobre el reconocimiento del derecho con sujeción al procedimiento administrativo regulado en la Orden de 18 de enero de 1996. Incluso los artículos 74 y 75 del Reglamento de Recaudación (R.D. 1415/2004 de 11 de junio) diferencian la recaudación de las sanciones y del cobro del recargo.

- *Prescripción.*

El tratamiento de la prescripción es diferente porque las infracciones administrativas muy graves en la materia prescriben a los cinco años contados a partir de la comisión de la infracción (artículo 4-3 del R.D.L.), mientras que al derecho al recargo se le aplica el artículo 43 de la L.G.S.S. y el “dies a quo” para la prescripción se computa cuando nace el derecho al recargo o se reconoce la prestación a recargar, esto es cuando se puede ejercitar la acción. Esta diferencia es relevante porque supone que el recargo se puede imponer pasados más de cinco años de la comisión de la infracción sin haberse iniciado procedimiento alguno o formulado reclamación alguna. Ello no es posible en el procedimiento sancionador por faltas administrativas o penales, en el que la prescripción, incluso de las faltas penales, se aprecia de oficio (Artículo 7-5 del R.D. 928/1998, de 14 de mayo).

- *Tipificación de las infracciones.*

Las infracciones y sanciones administrativas están tipificadas en el R.D.L. 5/2000, las sanciones sólo se pueden imponer por las faltas tipificadas y se imponen siempre, cualquiera que haya sido el resultado dañoso del hecho que se sanciona. Sin embargo, la imposición del recargo requiere, no sólo la comisión de la infracción, sino la producción de un daño corporal y que este daño sea la causa del reconocimiento de la prestación del sistema que se recarga. Ello significa que si no existe lesión, ni el reconocimiento de una prestación por causa de ella no se impone el recargo, la sanción, lo que es impensable con relación a las infracciones administrativas propiamente dichas.

- *Principio “non bis in idem”.*

Los hechos sancionados penal o administrativamente no pueden volver a ser sancionados (art. 3 R.D.L. 5/2000). Sin embargo, esa sanción penal o administrativa no impide el reconocimiento del recargo porque la responsabilidad en orden al mismo “es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción” de normas de seguridad (art. 123-3 L.G.S.S.). La independencia y compatibilidad de responsabilidades a que alude esta última disposición revela que la norma considera se trata de responsabilidades diferentes de las penales y las administrativas, razón por la que autoriza la imposición del recargo cuando ya se han impuesto sanciones penales o administrativas, incluso cuando no se han impuesto y se sabe que no se impondrán por estar prescritas.

- *La presunción constitucional de inocencia.*

Esta presunción, típica del derecho sancionador por imposición del artículo 24-2 de la Constitución, juega para sancionar penal y administrativamente los hechos, pero no a la hora de imponer el recargo. Según reiterada jurisprudencia, como el empresario es deudor de seguridad, es quien debe probar, ex art. 1104 del C.C. que obró con la diligencia debida. Consecuentemente, aunque, conforme al art. 42-5 del R.D.L. 5/2000, no pueda obviarse la declaración de hechos probados efectuada por la jurisdicción penal o por la contencioso administrativa, cabrá una distinta calificación de los hechos y de la responsabilidad existente, incluso se podrán apreciar otro tipo de infracciones, máxime teniendo en cuenta que, como después se verá, la imposición del recargo no requiere la especial tipificación como falta de la medida de seguridad omitida.

- *Responsabilidad cuasi-objetiva y no por falta tipificada.*

No es necesario para imponer el recargo que la concreta omisión de normas de seguridad se encuentre tipificada como infracción administrativa.

En el derecho sancionador juega el principio de tipicidad de la infracción que se sanciona. Nadie puede ser sancionado por hechos que no sean constitutivos de delito o falta. Sin embargo, la imposición del recargo no requiere especial tipificación de la falta cometida. El artículo 123 de la L.G.S.S. permite su imposición “cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad...” expresión omnicomprendensiva que unida al deber legal del patrono de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y a la necesidad de prevenir incluso las negligencias no temerarias de sus empleados (arts. 14 y 154 L.P.R.L.) ha llevado a entender que para imponer el recargo no hace falta la infracción de normas concretas de seguridad, sino que basta con infringir normas generales de prevención, incluso con la falta de adopción de las medidas fácilmente previsibles, según numerosas sentencias de esta Sala. Esta doctrina de la que se discrepa pone en evidencia que no estamos ante una sanción”.

Se comparte la conclusión del Magistrado que emite el voto particular sobre la ausencia de carácter sancionador del recargo de prestaciones, en los siguientes términos:

“Las anteriores consideraciones permiten concluir que el recargo no es una sanción y no forma parte del derecho sancionador porque su aplicación no viene regulada por los principales principios que regulan el derecho sancionador. En efecto, no es necesario que la falta se encuentre tipificada en la norma (R.D.L. 5/2000 (EDL 2000/83483)) que establece las infracciones en la materia, al bastar con que no se hayan observado medidas de seguridad previsibles se cuasi-objetiva la responsabilidad. No juega la presunción de inocencia y la carga de la prueba recae sobre el empresario que debe probar que el suceso ocurrió sin mediar culpa o negligencia por su parte. La infracción sólo se sanciona con el recargo si se reconoce una prestación, si se ha causado una lesión. No juega el principio “Non bis in idem”. El tratamiento de la prescripción es diferente, tanto en la fijación del “dies a quo”, como en la posibilidad de apreciarla de oficio o no. Si ello es así, no es de aplicar, como sostiene la mayoría, la sentencia de T.J.U.E. de 5 de marzo de 2015, dictada para supuestos de sanciones, pero no aplicable a instituciones que no tienen esa naturaleza”.

VIII. OPINIÓN DOCTRINAL

En la doctrina hay autores que van más allá de su aseguramiento y entran a cuestionar su existencia proponiendo su supresión. Y en el caso de que esta figura perviva se observa que se reproduce la situación jurisprudencial y vuelve a apreciarse esta contradicción de pareceres. Mientras que parte de la opinión doctrinal se decanta por entender, como el TRLGSS, que se prohíbe el aseguramiento del recargo de prestaciones y se ha dado a este recargo la naturaleza jurídica sancionadora, sin embargo, otra parte de la opinión doctrinal, se decanta por la prevalencia de la LPRL, y que por tanto se permite el aseguramiento por las compañías aseguradoras del recargo de prestaciones, calificando este recargo por su naturaleza indemnizatoria.

VIII.I. SUPRESIÓN DEL RECARGO

En el libro “Responsabilidades en materia de Seguridad y Salud Laboral- Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada” (Salvador del Rey Guanter y Manuel Luque Parra) dentro de su novena propuesta acerca de la incorporación del trabajador como sujeto responsable administrativo, en materia de recargo de prestaciones establecen que “la regulación vigente en materia de recargo termina por desequilibrar todo el sistema de responsabilidades en materia de seguridad y salud, poniendo de manifiesta que esta figura no se encuentra en los ordenamientos analizados en su dictamen (Italia, Francia, Alemania, Reino unido, Estados Unidos) a excepción de Portugal, y abogando de esta manera velada por su supresión”.

Por otra parte en el “Informe sobre la situación de la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción en España” (Federico Duran López; Gregorio Tudela Cambroner; y Yolanda Valdeolivas García) apuestan decididamente por *“la supresión del recargo de prestaciones en caso de falta de medidas de seguridad, estableciendo, como alternativa, un procedimiento ágil ante la jurisdicción social para la reclamación de la integra reparación del daño sufrido por el trabajador accidentado en caso de culpa del empresario si el daño excede de lo compensado vía prestaciones de la Seguridad social;”* y se añade *“responsabilidad que debería ser asegurable, como todas las de carácter civil, e incluso aseguramiento obligatorio”*.

VIII.II ASEGURAMIENTO DEL RECARGO

Ya en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2004, hay una referencia a la posibilidad de asegurar el recargo de prestaciones sobre la base del artículo 15.5 de la LPRL. El Tribunal Supremo establece que aunque se admitiera que el artículo 15.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales permite en la actualidad el aseguramiento del recargo, “este aseguramiento tendría que realizarse por entidades aseguradoras mercantiles, pues el seguro de la responsabilidad empresarial que se establece a través de la Seguridad Social, por las entidades gestoras y mutuas de accidentes de trabajo, únicamente cubre la responsabilidad objetiva del empresario sin incluir la que para éste puede derivarse de culpa”. Es decir, está abriendo una primera espita a favor del aseguramiento por compañías aseguradoras mercantiles del recargo de prestaciones.

La polémica, de *lege data*, se ha reabierto en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015, donde en uno de sus votos particulares, además de asentar el carácter indemnizatorio y no sancionador del recargo de prestaciones, como hemos comprobado en el punto IV anterior, se ha decantado por fijar el aseguramiento del recargo de prestaciones como posibilidad, conforme a las argumentaciones que vamos a describir.

Así pues, una parte de la doctrina mantiene que, pese a prescribirse una prohibición expresa de su aseguramiento en el TRLGSS, éste sería posible basándose en diferentes argumentos, entre los que se encuentran, los manifestados en el voto particular del Magistrado José Manuel López García de la Serrana en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015, quién en primer lugar aclara que el recargo tiene una naturaleza indemnizatoria dado que “no es una prestación que cubra el sistema de pago que persigue la reparación del daño causado” fundamentándolo en que así se dispone en el citado artículo 42.3 de la LPRL; y en segundo lugar, respecto de la prohibición de su aseguramiento, manifiesta que coincide con quién entiende que el artículo 15.5 de la LPRL deroga tácitamente la prohibición de su aseguramiento, más si se tiene en cuenta que en ningún momento dicha Ley excluye esta posibilidad. Y por último matiza, que al determinar que la naturaleza jurídica del recargo es de carácter indemnizatorio será posible su aseguramiento. Ante esta situación, advierte el citado magistrado, que en caso de que se pueda proceder a su aseguramiento “una parte de la doctrina dirá que con ello se priva al recargo de su carácter de medida preventiva y disuasoria, pero lo cierto es que la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del recargo cubre dos objetivos: garantizar el cobro de las cantidades en que consiste el recargo e incentivar la adopción de medidas de seguridad con el fin de pagar menores primas de seguro y de encontrar compañías dispuestas a asegurar el riesgo, lo que no será fácil a la empresa que tenga un elevado porcentaje de siniestros. Además, las funciones preventivas pueden y deben obtenerse de forma más eficaz estableciendo sanciones penales y administrativas y no indemnizaciones reparadoras de los daños causados que no se reconocen, aunque haya una infracción, si no se causan lesiones motivadoras del reconocimiento de prestaciones del sistema de Seguridad Social.”.

Reproducimos, por su interés, los fundamentos jurídicos cuarto y sexto de este voto particular:

“Cuarta. El recargo como indemnización.

El hecho de que el importe del recargo no se ingrese al Tesoro Público, como todas las multas, sino que complementa la prestación de la Seguridad Social que cobra el perjudicado, permite pensar que estamos ante una indemnización que no es una prestación que cubra el sistema, pero sí un pago que persigue la reparación del daño causado. La especial regulación de esta indemnización no impide considerarla como tal, dado que no se encuentra incluida entre las prestaciones del sistema (art. 38 L.G.S.S .), lo que impide toda responsabilidad en orden a su pago del INSS, ni como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes, pero no desvirtúa, sino que acentúa su carácter reparador del daño. En la deliberación el ponente propuso que se la considerase “indemnización punitiva”, por suponer un incremento de la indemnización que se impone, además de para reparar el daño, para incentivar que el mismo no se produzca, incentivo que se logra con la indemnización punitiva. Más adecuado es calificarla como cláusula penal indemnizatoria establecida por la Ley que, simultáneamente, hace su regulación, pues lo cierto es que estamos ante una indemnización (La indemnización punitiva no puede establecerse cuando ya existen sanciones administrativas sancionando el mismo hecho: es una indemnización y por eso tiene que deducirse del valor total del daño a la hora de fijar la indemnización civil adicional. Realmente, podría entenderse que repara, principalmente los daños morales, pues la pérdida de la capacidad de ganancia se indemniza con la prestación fijada en función del salario cobrado.

El carácter indemnizatorio del recargo es reconocido por el artículo 42-3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales , donde se dispone: “Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema”. Conviene resaltar que ni el R.D.L. 5/2000, sobre infracciones y sanciones, no considera el recargo como sanción, ni en el precepto citado de la Ley 31/1995, se le da esta consideración, sino, más bien, la de la indemnización, fijada en la forma prevista por la normativa del sistema de Seguridad Social. Y es que si no es una sanción recogida en la normativa de infracciones y sanciones, si no se aplica el principio “non bis in idem” porque responde a otro tipo de responsabilidad, diferente de la penal y de la administrativa e independiente de esta, sólo cabe que sea una indemnización, al no tener la consideración de prestación del sistema. La forma en la que se fija es acorde con su carácter indemnizatorio, pues responde al principio de que cuanto más grave sea el incumplimiento contractual mayor es el daño causado y mayor debe ser la indemnización reparadora del daño físico y de otros daños, como el moral, que repara el recargo. La forma especial de pago persigue asegurar la efectividad del mismo y el reparto del montante indemnizatorio a lo largo de la vida del perjudicado”.

“Sexta. Sobre la prohibición de asegurar el recargo.

Un sector doctrinal mantiene que a partir de la vigencia de la Ley 31/1995 ha quedado derogada, tácitamente, la prohibición de aseguramiento del recargo que nos ocupa. Esta doctrina parece correcta habida cuenta que el artículo 15-5 de la citada Ley autoriza a “concertar operaciones de seguro que tengan por fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo”, siendo de destacar que ni en ese precepto, ni en el 42 se excluye la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del recargo, sino todo lo contrario, pues en el Anteproyecto de Ley esa prohibición se incluyó en el art. 42-6, precepto que se aprobó con la supresión de su nº 6, esto es la prohibición de asegurar el recargo. Esa decisión seguramente se debió a que en el número 3 del citado artículo el recargo se considera indemnización, pues declara la compatibilidad de las sanciones administrativas “con las indemnizaciones (por los daños y perjuicios causados y) de recargo de prestaciones...” (el paréntesis no consta en el texto legal). Y es que en definitiva nada impide el aseguramiento del recargo, máxime cuando la responsabilidad en orden a su pago se objetiva y la normativa de seguros permite asegurar las responsabilidades civiles derivadas de actos negligentes (artículos 1 , 19 y 76 y siguientes de la Ley 50/1980, de 8 de octubre , y demás concordantes de las normas que regulan el seguro obligatorio para el uso de vehículos de motor (R.D.L. 8/2004) y de responsabilidad civil del cazador (R.D. 63/1994), sin que se pueda olvidar lo antes dicho sobre que el recargo tiene naturaleza indemnizatoria y no sancionadora. Se dirá que con ello se priva al recargo de su carácter de medida preventiva y disuasoria, pero lo cierto es que la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del recargo cubre dos objetivos: garantizar el cobro de las cantidades en que consiste el recargo e incentivar la adopción de medidas de seguridad con el fin de pagar menores primas de seguro y de encontrar compañías dispuestas a asegurar el riesgo, lo que no será fácil a la empresa que tenga un elevado porcentaje de siniestros. Además, las funciones preventivas pueden y deben obtenerse de forma más eficaz estableciendo sanciones penales y administrativas y no indemnizaciones reparadoras de los daños causados que no se reconocen, aunque haya una infracción, si no se causan lesiones motivadoras del reconocimiento de prestaciones del sistema de Seguridad Social”.

Se comparten los siguientes fundamentos a favor del aseguramiento del recargo de prestaciones, expresados por el Magistrado López García de la Serrana:

- 1.- A partir de la vigencia de la Ley 31/1995 ha quedado derogada, tácitamente, la prohibición de aseguramiento del recargo que nos ocupa.
- 2.- El artículo 15.5 LPRL autoriza a “concertar operaciones de seguro que tengan por fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo”, y ni en ese precepto, ni en el 42 de la LPRL, se excluye la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del recargo, sino todo lo contrario

3.- En el Anteproyecto de la LPRL esa prohibición se incluyó en el art. 42.6, precepto que se aprobó con la supresión de su nº 6, esto es la prohibición de asegurar el recargo, porque en el artículo 42.3 LPRL el recargo se considera indemnización.

4.- Nada impide el aseguramiento del recargo, máxime cuando la responsabilidad en orden a su pago se objetiva y la normativa de seguros permite asegurar las responsabilidades civiles derivadas de actos.

5.- La posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del recargo cubre dos objetivos: garantizar el cobro de las cantidades en que consiste el recargo e incentivar la adopción de medidas de seguridad con el fin de pagar menores primas de seguro y de encontrar compañías dispuestas a asegurar el riesgo, lo que no será fácil a la empresa que tenga un elevado porcentaje de siniestros. No se priva, por lo tanto, al recargo, de su carácter de medida preventiva y disuasoria, puesto que las funciones preventivas pueden y deben obtenerse de forma más eficaz estableciendo sanciones penales y administrativas y no indemnizaciones reparadoras de los daños causados que no se reconocen, aunque haya una infracción, si no se causan lesiones motivadoras del reconocimiento de prestaciones del sistema de Seguridad Social.

En su corolario, el Magistrado López García de la Serrana establece que como *“se ha razonado anteriormente el recargo no es una prestación de la Seguridad Social considerada como tal por la Ley y tampoco es una sanción regulada por los principios que inspiran el derecho sancionador penal y administrativo”* y que *“como se ha apuntado en el cuerpo de este voto particular, caso de entrarse a conocer de la naturaleza del recargo, lo que no era necesario, debió considerarse el mismo, dada su función reparadora y preventiva como una manifestación de lo que en el derecho civil se llama cláusula penal y reparadora de los perjuicios causados por un incumplimiento contractual que es establecida por la Ley en definitiva una indemnización, cual propuso el ponente, pero con independencia de su denominación debió considerarse que el recargo tiene carácter indemnizatorio y que, dada esa naturaleza, cabía su aseguramiento, por cuanto la prohibición de ese seguro había sido derogada tácitamente por los artículos 15-5 y 42-3 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, aparte que puede considerarse “ultra vires” por venir establecida por la Ley de Bases de la Seguridad Social, ni por leyes posteriores, sino por Textos Refundidos posteriores que se excedieron al realizar la Refundición encomendada”*.

A este voto particular se adhirió el Magistrado José Luis Gilolmo López.

VIII.II.I ARGUMENTOS CONTRARIOS AL CARÁCTER SANCIONADOR DEL RECARGO

Como argumentos contrarios a la tesis del carácter sancionador del recargo sobre la base de que su interpretación y aplicación haya de ser restrictiva, la opinión doctrinal y la jurisprudencia esgrimen, 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 particular) tipificado normativamente; 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 aquélla; y ello sin perjuicio de que este resultado pueda servir como criterio de agravación de la responsabilidad mediante al aumento de la sanción correspondiente. 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 (La STSJ de Cataluña de 2 de julio de 1999 (Asunto 1999, 3137), entre otras muchas, señala que el principio 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).
- 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 ineludible (STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2003, ASUNTO 2004, 207).
- 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 Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante LISOS) como «las acciones u omisiones de los empresarios (...) que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas 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”. De igual modo, el vigente Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, se aprobó “en beneficio de la seguridad jurídica, imprescindible en materia sancionadora”. 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 Social– 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 Social) carente de *autoritas*, lo que imposibilita o dificulta, en puridad de concepto, la imposición de sanciones. 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 misma en tanto sus rasgos estructurales y procedimentales son radicalmente distintos de los propios y genuinos de la potestad atribuida a Autoridades públicas.

Otros argumentos favorables a la tesis del carácter indemnizatorio del recargo que destacamos:

- El destinatario de los incrementos sobre las prestaciones es un sujeto particular (el beneficiario o sus derechohabientes) y no el sistema público de 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 trabajo. De este modo se relativiza su carácter aflictivo-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.

En este sentido J. APARICIO TOVAR, en “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”.

- 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” según dispone la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 enero 1999.
- Su compatibilidad con las sanciones por los mismos hechos sólo es posible descartando la aplicación del principio *non bis in idem* y, 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.

VIII.II ARGUMENTOS FAVORABLES AL CARÁCTER SANCIONADOR DEL RECARGO

Sin embargo, en sentido contrario, por ejemplo, el Magistrado de lo Social D. José Antonio Capilla Bolaños, al plantearse la cuestión de si el apartado quinto del artículo 15.5 de la Ley 31/1995, al disponer que se podrá concertar por la empresa operaciones de seguro que tengan por fin garantizar la previsión de riesgos derivados del trabajo respecto de sus trabajadores, ha modificado la prohibición de aseguramiento del recargo de prestaciones previsto en el artículo 123. 2 de la TRLGSS de 1994 y, actualmente, en el artículo 164.2 del TRLGSS de 2015, concluye que la respuesta a tal cuestión ha de ser negativa, porque *“la Adicional Primera de la Ley 31/1995, dispone que el régimen jurídico de las contingencias de accidente laboral y enfermedad profesional seguirá siendo el previsto en la normativa de Seguridad Social, que continuará siendo de aplicación en los términos y con los efectos previstos en dicho ámbito normativo, mandato del que se infiere la subsistencia de la prohibición de asegurar el riesgo del recargo. Y es lógico que subsista, por cuanto el carácter sancionador del recargo justifica el que la sanción la pague el infractor y no pueda ser objeto de aseguramiento, supuesto en el que la sanción perderá el fin preventivo que persigue, pues sería más barato pagar la prima del seguro, que prevenir todos los riesgos y observar escrupulosamente todos los reglamentos en la materia”*.

En este sentido numerosas resoluciones judiciales entienden que el recargo por prestaciones, si bien no es una sanción propiamente dicha, si tiene carácter sancionador, destacando que, en consecuencia, ese carácter punitivo conlleva que no pueda ser desplazada tal responsabilidad del pago del recargo a terceros, y que no sea posible su aseguramiento. Vamos a describir y enunciar algunas de estas.

Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 28 de abril de 2016, nº 2437/2016, recurso 1851/2015, en la que se establece:

“Tal y como hemos mantenido reiteradamente, la figura del recargo de prestaciones, contemplada en el art. 123 de LGSS, requiere para su aplicación de la concurrencia de los siguientes criterios:

1º.- Que, si bien no es una sanción propiamente dicha, si tiene un cierto carácter sancionador, por lo que ha de ser de objeto de interpretación estricta.

2º.-Que dada su naturaleza punitiva es de aplicación personalísima, de tal modo que solo puede imputarse, de forma exclusiva, a la empresa incumplidora en sus deberes de materia y de seguridad e higiene en el trabajo, sin que pueda ser desplazada tal responsabilidad del pago del recargo a terceros, no siendo posible su aseguramiento ni derivación de responsabilidad al INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de trabajo (STS de 8 de marzo de 1993, 12 de febrero de 1994, 20 de mayo de 1994 o 22 de abril de 2004 entre otras)”.

IX. FOCUS GROUP

El 27 de noviembre de 2019, dentro de los trabajos de este breve estudio, tuvo lugar un *focus group*. La finalidad de esta reunión era poner en común con los representantes empresariales las conclusiones provisionales a las que se había llegado tras el análisis de la normativa nacional, europea e internacional, para obtener un contraste por parte de estos representantes acerca de dichas conclusiones, al objeto de buscar posibles propuestas y alternativas ante la figura del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

A esta reunión acudieron una representación de la Confederación de la Construcción Leonesa (CCLC); de la Asociación de PYMES de Cuenca (APYMEC); de SEOPAN; de la Asociación de Constructores de Baleares; y de la Confederación Empresarios Constructores de Aragón (CEAC), así como miembros de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC).

Se abordaron las cuestiones descritas a lo largo de este informe y asimismo se debatió en torno a una nueva cuestión consistente en que para el aseguramiento del recargo, se podrían recurrir a métodos de ingeniería jurídica, como el aseguramiento del riesgo en un país que lo permita – por ejemplo, Francia – y, o bien llevar el pleito a Francia, ya que existen Directivas comunitarias que lo permiten en ciertos casos; o bien, solicitar la aplicación de la legislación francesa en un pleito español. Esto dio paso a un enriquecedor debate sobre estas cuestiones.

Tras un debate el grupo llegó a las siguientes **conclusiones**:

- Del análisis efectuado se concluyó que la figura del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad resulta **anacrónica y carente de sentido en la cultura preventiva actual**, dado que no cumple con la principal finalidad que es que el trabajador se resarza del daño causado, pues en la mayoría de los casos el elevado importe del mismo hace que el empresario sea insolvente y, al no existir responsabilidad subsidiaria de la administración, el trabajador no percibe cantidad alguna por tal concepto.
- La figura del recargo **no existe en la mayor parte de los ordenamientos normativos del entorno europeo, y en otros como Estados Unidos de América**, sin que ello suponga una menor protección para el trabajador frente a la existencia de un accidente de trabajo donde se detecten falta de medidas de seguridad.
- Los países europeos estudiados (Reino Unido, Alemania, Francia e Italia) están regulados por una **normativa común: la Directiva Marco sobre seguridad y salud en el trabajo**, denominada Directiva 89/31, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, sin que en ellos haya creado de la figura del recargo de prestaciones por falta de medida de seguridad, ni otra asimilable, y pese a su inexistencia no se observa que sus índices de siniestralidad sean superiores a los de España, sino que en casi todos los supuestos son inferiores.

- Por otro lado, si la función del recargo es persuadir al empresario de un posible incumplimiento de la normativa de seguridad y salud, **no parece cumplir dicha función**, dado que ante su aplicación es sabido que en muchas ocasiones el trabajador, o sus causahabientes, no lo perciben debido a la insolvencia del empresario que debe hacer frente al mismo sin posibilidad de asegurar dicha cantidad.
- Dicha insolvencia viene provocada en la mayoría de los casos por el tamaño de la empresa. En España en torno a **un 98% de las empresas son fundamentalmente micropymes, con menos de diez trabajadores**, y si a esto se le añade la cuantía media de ese recargo -150.00 euros- hace que muchas de ellas se vean abocadas a esa situación de insolvencia, con la consecuencia de que, como ya se ha mencionado el trabajador no lo perciba.
- De otra parte, es importante destacar **el desconocimiento que los empresarios tienen de esta figura** y de lo que su aplicación puede suponer para su negocio. En la práctica el empresario recibe en primer lugar un acta de infracción donde se le impone una sanción por el accidente de trabajo, y una vez que el empresario ha aceptado la comisión de la infracción y se compromete al pago de la sanción económica que lleva aparejada, suponiendo este acto un reconocimiento firme de los hechos recibe una segunda acta con la imposición del recargo, lo que le deja muy poco margen de actuación en caso de no disponer de la cantidad que debe abonar.
- Tampoco contribuye a su buen funcionamiento el que dicha cantidad deba de ingresarse en único pago en la **Tesorería General de la Seguridad Social**, y que, pese a que las circunstancias que lo originaron se modifiquen, por ejemplo,

cuando la salud del trabajador mejore variando su calificación de incapacidad y ello le permita trabajar de nuevo, la TGSS amparándose en su naturaleza sancionadora, nunca devolverá esa cantidad al empresario.
- Además, en el supuesto anterior, **esa cantidad tampoco se destinará a cubrir la posible insolvencia de otros empresarios**, incumpléndose por parte de la administración la naturaleza finalista del recargo. Esa cantidad que con lo dicho al comienzo de este informe asciende en 2018 a 84,72 millones de euros, y deberían quedar, en todo caso, vinculados al pago de ese recargo por su carácter finalista sin que pueda la Administración *a posteriori* destinarlos a otros fines, como ocurre en la actualidad.
- Por **último**, en caso de mantener esta figura del recargo **deberá ser posible su aseguramiento con el fin de que el trabajador se viera resarcido en todo caso**, de igual forma se debería de tener presente su carácter finalista de tal manera que el dinero recaudado por este concepto pudiera ir a cubrir a trabajadores que pese a tener declarado el derecho a su percibo no pudieran cobrarlo por insolvencia de la empresa.

X. CONCLUSIONES. PROPUESTAS DE MEJORA

Analizados los diferentes puntos desarrollados, nuestra conclusión aboga por el carácter indemnizatorio del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y, en consecuencia, una primera propuesta de mejora pasaría por la posibilidad de asegurar el mismo por una compañía aseguradora. Esta propuesta se fundamenta en razones de conveniencia económica y social:

- Para asegurar el abono del recargo cuando la empresa sea insolvente o incurra en concurso de acreedores. De este modo se asegura el percibo por el trabajador del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad por el incumplimiento empresarial.
- Por la defensa de los puestos de trabajo, de los trabajadores de una empresa a la que se le impone dicho recargo, dada la grave situación en la que puede encontrarse el empresario o la empresa para continuar su actividad social, al no poder asegurar los posibles daños a la salud de los trabajadores
- Los dos puntos anteriores, a la vista que la ingente mayoría de microempresas no están en condiciones de afrontar las consecuencias indemnizatorias de un accidente laboral grave. Las consecuencias serán las que hemos descrito previamente. Más en el caso que, además de tener que afrontar la indemnización por recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, tengan que asumir la correspondiente sanción por infracción en materia de prevención de riesgos laborales.

Por lo tanto, es patente el riesgo que para innumerables pequeñas empresas resulta de la imposibilidad de asegurar el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, en cuanto que, por un lado, podrán incurrir en una situación concursal, que les aboque a la quiebra, y a su liquidación y disolución empresarial, y, por otro lado, es evidente el riesgo de que el daño producido no sea resarcido, por la imposibilidad de su abono si se llega al extremo anterior y, asimismo, es flagrante el peligro de que desaparezcan algunos o todos los puestos de trabajo de la empresa afectada.

- Porque el aseguramiento del recargo no conlleva perjuicio alguno a ningún agente social, sino que, a la inversa, ayuda al trabajador a su percepción, y al empresario no le lleva a una situación cercana a su desaparición.
- Que no se permita asegurar el recargo de prestaciones y la litigiosidad que de ello se deriva, es evidente que perjudica a los trabajadores y a la empresa, y desestimula la prevención en materia de riesgos laborales.

Asimismo, la viabilidad técnica de esta propuesta de mejora que permita el aseguramiento del recargo proviene de la siguiente fundamentación jurídica:

1.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015 (Voto particular del Magistrado José Manuel López García de la Serrana, al que se adhirió el Magistrado José Luis Gilolmo López).

2.- La evolución normativa y la aplicación de la teoría administrativista de la prohibición ultra vires del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Si bien el artículo 147 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, al regular el “*Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional*”, en su apartado segundo establece que “la responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre la empresa infractora y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla”, la norma delegante, la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, no contiene una prohibición de que se pueda asegurar por un tercero, compañía de seguros, el recargo de prestaciones, de modo que un decreto no puede impedir derechos reconocidos en las leyes.

3.- Se ha producido una derogación tácita del apartado segundo del artículo 123.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y, en consecuencia, del artículo 164 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, artículos 15.5 y 42.3.

4.- Como el artículo 42.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, asemeja el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad a la responsabilidad civil indemnizatoria, al especificar que “las responsabilidades administrativas serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad social que puedan ser fijadas” y, de otro lado, el artículo 15.5 de la Ley la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, establece la posibilidad de “concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo”, sin detallar si esa opción se refiere a cualquier modo de responsabilidad, o solo a algunas, consideramos que desde la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales el recargo se debe equiparar a las indemnizaciones civiles y se debe insertar entre las responsabilidades que pueden ser objeto de aseguramiento, pues ostenta un aspecto de compensación de los daños y perjuicios producidos.

Es más, permitiendo que se asegure se garantiza que el beneficiario pueda recibir en todo caso ese complemento, que, en otro modo, como ocurre dada en ocasiones debido a nuestro inconsistente tejido productivo de pequeña empresa, se puede perder por insolvencia del deudor. A ello se une el

déficit patrimonial que puede conllevar el recargo para la pequeña empresa, lo que puede ocasionar la pérdida de puestos de trabajo.

5.- Así pues, el artículo 15.5 de la LPRL abrió la posibilidad de que se aseguren los riesgos derivados del trabajo sin concretar cuáles ni con qué extensión. En todo caso el aseguramiento ha de realizarse, a la vista de este precepto, por entidades aseguradoras privadas, pues al no tratarse de una prestación protegida por el sistema no cabe la responsabilidad de las entidades gestoras y mutuas de accidente de trabajo.

6.- Teniendo en cuenta el carácter beligerante de la figura del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, si bien resulta ser un estímulo que retrae el incumplimiento preventivo, también es cierto que su eminente coste, de aplicación directa al empresario, sobrelleva un desequilibrio económico con consecuencias muy graves como son la insolvencia o la quiebra directa de la empresa cuando se trata de empresas de pequeño o de minúsculo tamaño, sin que el trabajador que ha sufrido el daño logre cobrar su cuantía.

Tenido en cuenta este punto de vista, se puede estar de acuerdo con aquel sector doctrinal que defiende que se permita un seguro de responsabilidad civil que cubra de manera justa los daños y perjuicios causados al trabajador, y que garantice su cobro, en cualquier caso.

Ello, entendemos que no produciría un perjuicio al papel que corresponde a la Seguridad Social, en cuanto reparadora del daño ocasionado, de la promoción de medidas que fomenten la prevención, sino que sería un perfecto complemento.

Sin embargo, desde un punto de vista jurídico se entiende que se debería ir más allá del mero aseguramiento y suprimir dicha figura dado que no pueden olvidarse los siguientes argumentos:

- Cuando el proyecto de la Ley de prevención de Riesgos Laborales se remitió al Senado, el apartado sexto del artículo 46 estaba redactado en sentido contrario al que finalmente se le dio y contenía una prohibición total del aseguramiento del recargo por un tercero. Sin embargo, mediante enmienda formulada en el Senado fue eliminada la prohibición. Esto es, en el espíritu del legislador existía la voluntad de permitir su aseguramiento.
- La prohibición de aseguramiento en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad social de 2015, se basa en que si se comete un ilícito no es posible asegurarlo, esto es, en su carácter punitivo o sancionador. Pero si en vez de tratarse de una infracción dolosa concurre tan solo una vulneración de normativa administrativa o simplemente de carácter objetivo, no resulta justificado el rigor que muestra la norma legal al prohibir cualquier aseguramiento privado.

Por lo expuesto, tanto la supresión del recargo por falta de medidas de seguridad, como su aseguramiento es factible en una consideración de *lege ferenda*.

Su fundamento se sitúa en que su inserción en el perímetro de la responsabilidad civil del empresario no exige esta garantía adicional pues existen mecanismos adicionales, como son las sanciones administrativas o la participación de los trabajadores en materia de seguridad y salud, mediante los cuales es posible garantizar suficientemente al cumplimiento por el empresario de las medidas preventivas.

Además, desde un punto de vista práctico, en caso de que el recargo estuviese asegurado aumentarían de forma considerable las garantías del cobro de la cantidad correspondiente por el beneficiario de las prestaciones en caso de insolvencia empresarial, con el consecuente beneficio, no solo a nivel individual del trabajador, sino de la sociedad en general.

Asimismo, se entiende que no debe considerarse el aseguramiento del recargo limitado a determinados supuestos. Lo anterior ha sido considerado por algún autor señalando 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 funciones.

También debe contemplarse el supuesto de que la responsabilidad de la que se trata tuviera como origen un accidente acaecido en el extranjero, dado que en este ámbito la solución al problema puede complicarse aún más. En la Revista Actualidad Laboral Martínez Girón publicó un trabajo en el que admitió la posibilidad de que un empresario español pudiera asegurar esta responsabilidad por accidente de trabajo ocurrido en Francia, donde no existe una norma prohibitiva tan tajante como la española, advirtiendo que a ello no se oponen ni la Directiva 88/358 ni el Reglamento del Consejo 44/2001, de 22 de diciembre de 2001. Esa solución pudiera ser aceptada siempre que se dieran las siguientes circunstancias: que el seguro se concertara en Francia; que el accidente de trabajo ocurriera en territorio francés y que la reclamación se formulara ante los Tribunales franceses. A esas reflexiones podría añadirse que en esta materia no regiría el principio de norma mínima de la Directiva y del Reglamento indicados, porque la ausencia del seguro no favorece especialmente a los trabajadores.

En último término, en línea con el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015, propugnamos una reforma del TRLGSS que elimine la prohibición de asegurar el recargo de prestaciones.

El análisis realizado en este estudio aboga por la supresión de la figura del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, y subsidiariamente, si lo anterior no fuera posible, optar por su aseguramiento.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- MANUEL ALONSO OLEA: “EL ORIGEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY DE ACCIDENTES DE TRABAJO DE 30 DE ENERO DE 1990”.
- JOSÉ ANTONIO CAPILLA BOLAÑOS: “RECARGO DE PRESTACIONES EN MATERIA DE ACCIDENTE LABORAL Y ESTUDIO DE LA INDEMNIZACIÓN. CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN”.
- JAUME ABAT DINARÈS: “EL RECARGO DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU ASEGURAMIENTO”.
- RODRIGO MARTÍN JIMÉNEZ, ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO: “EL RECARGO DE PRESTACIONES: PUNTOS CRÍTICOS”.
- JOAQUÍN APARICIO TOVAR: “LAS OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO DE GARANTIZAR LA SALUD Y LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO”.
- ERIK JOSÉ MONREAL BRINGSVAERD: “SOBRE LA NATURALEZA INDEMNIZATORIA DEL RECARGO DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y CUESTIONES CONEXAS”. REVISTA ACTUALIDAD LABORAL NÚMERO 3.
- JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ: “LA RESPONSABILIDAD ESPECIAL DEL RECARGO DE PRESTACIONES. CONFIGURACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO”, GRANADA: COMARES -2006.
- JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ: “EL RECARGO DE PRESTACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE. 1992.
- RAQUEL POQUET CATALÁ: “DOCTRINA CONSOLIDADA SOBRE EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LA INCIDENCIA DE LA ACTUACIÓN TEMERARIA (A PROPÓSITO DE LA STSJ EXTREMADURA, DE 15 DE MAYO DE 2018, REC. 200/2018)”, REVISTA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES, VOLUMEN 8, 2/2018, JULIO-DICIEMBRE 2018.
- GONZALO MOLINER TAMBORERO: “LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL”. REVISTA DEL TS, NÚM. 125, 2001.

- MIGUEL ANGEL PURCALLA BONILLA: "EL RECARGO POR INCUMPLIMIENTO DE NORMAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL". EDITORIAL: COMARES - GRANADA 2000.
- MIGUEL CARDENAL CARRO, FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO: "EL RECARGO DE PRESTACIONES. CRITERIOS DETERMINANTES DE LA FIJACIÓN DEL PORCENTAJE APLICABLE". EDITORIAL: BOMARZO -ALBACETE 2005
- MANUEL GONZÁLEZ LABRADA: "SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL EMPRESARIO". EDITORIAL: CEDECS -BARCELONA 1996.
- JULIA MUÑOZ MOLINA: "EL RECARGO DE PRESTACIONES EN CASO DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES".
- FEDERICO GARCÍA DURAN LOPEZ; GREGORIO TUDELA CAMBRONERO; YOLANDA VALDEOLIVAS GARCÍA: "INFORME SOBRE LA SITUACION DE LA PREVENCION DE RIESGOS LABORALES EN EL SECTOR DE LA OCNSTRUCCIONEN ESPAÑA"- EDITORIAL EDIFOSER, S.L.-MADRID 2008.
- SALVADOR DEL REY, MANUEL LUQUE PARRA: "RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL". EDITORIAL: LA LEY- MADRID 2008.
- RUBÉN LOPEZ FERNÁNDEZ: "EL RECARGO DE PRESTACIONES ECONOMICAS DE SEGURIDAD SOCIAL: HISTORIA, PRESENTE Y FURTURO". EDITORIAL: EDICIONES LABORUM-MURCIA 2018.
- ANTONIO-VICENTE SEMPERE NAVARRO: "¿SEGURO OBLIGATORIO DE RC POR ACCIDENTE LABORAL?". ACTUALIDAD JURÍDICA ARANZADI, NÚM. 925, 2016.
- MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, "DERECHO PÚBLICO Y SALUD LABORAL: EL RÉGIMEN JURÍDICO SANCIONADOR. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. EL NUEVO DERECHO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES". LA LEY-ACTUALIDAD, MADRID, 1997.
- CARLOS LUIS ALFONSO MELLADO. "RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD DE SUS TRABAJADORES". TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 1998.

- MANUEL LUQUE PARRA. “EL ASEGURAMIENTO DEL RECARGO DE PRESTACIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES” REDT, NÚMERO 96, 1999.
- BEATRIZ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO Y JESÚS LAHERA FORTEZA. “PROPUESTA DE REFORMA DEL SISTEMA DE COMPENSACIONES ECONÓMICAS EN LOS ACCIDENTES DE TRABAJO”. RELACIONES LABORALES, NÚM. 7, TOMO 1, 2010.
- JOSÉ MARÍA BLANCO MARTÍN. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DEL EMPRESARIO DERIVADA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO: A PROPÓSITO DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES”. I CONGRESO DE CASTILLA Y LEÓN SOBRE RELACIONES LABORALES, LEX NOVA, VALLADOLID, 1999,
