

LA RESPONSABILIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

JESÚS CRUZ VILLALÓN*
CARMEN JOVER RAMÍREZ**

ÍNDICE

1. El abanico general de intervención por parte de la Seguridad Social
2. Prestaciones de Seguridad Social
3. Responsabilidades Empresariales
4. El recargo de prestaciones; 4.1. Requisitos objetivos; 4.2. Cuantía; 4.3. Sujeto responsable del pago; 4.4. Compatibilidad del recargo con otras reacciones legales frente al incumplimiento del empresario; 4.5. Procedimiento de imputación

1. EL ABANICO GENERAL DE INTERVENCIÓN POR PARTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Seguridad Social y Prevención de Riesgos Laborales, aun pareciéndolo, no son dos campos independientes y separados el uno del otro, sino que entre ellos existen una serie de conexiones, inmediatas unas y subrepticias otras. Así, podríamos preguntarnos en este punto qué hace, puede o debe hacer la normativa de Seguridad Social con relación a la prevención de riesgos laborales.

En primer lugar, producido un accidente de trabajo o enfermedad profesional, la Seguridad Social materializa su función reparadora, dando cumplimiento al art. 41 de la Constitución Española, es decir, hace frente a las situaciones de necesidad dimanantes del accidente de trabajo o enfermedad profesional producidos.

En segundo lugar, esta función reparadora de la Seguridad Social, típica de la misma, aun siendo importante no es la única. La normativa de Seguridad Social puede ser utilizada como instrumento disuasorio, vía punitiva o vía incentivo positivo. Así, producida una lesión como consecuencia de un incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales, tal incumplimiento puede tener su reflejo en la normativa de Seguridad Social, mediante el establecimiento de un coste económico para el sujeto infractor específico por tal

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz.
** Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz.

motivo. Pero además la normativa de Seguridad Social será también idónea para actuar como incentivo al cumplimiento legal de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de tal modo que ahora la Seguridad Social podrá ser utilizada como mecanismo de bonificación al empresario, que siendo sujeto obligado al cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, resulte ser fiel cumplidor de su contenido. Ejemplo de esto último es la posibilidad ofrecida por la Ley (art. 108.3 del RD legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en adelante LGSS) al empresario de ver reducida hasta en un 10% las primas con sujeción a las cuales efectúa su cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siempre que se distinga por el empleo de medios eficaces en materia de prevención.

En tercer lugar, la normativa de Seguridad Social puede reconducirse como mecanismo de promoción de la inserción profesional de los discapacitados profesionales. No es suficiente con el cumplimiento, por parte de la normativa de Seguridad Social, de la función reparadora del daño causado sino que la misma debe ir más allá; debe ser empleada como medio para el establecimiento de políticas de rehabilitación y de reciclaje profesional, así como a su vez, establecer incentivos económicos que fomenten la contratación laboral de discapacitados por parte del empresario. A dicha finalidad responde, por ejemplo, el art. 44 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre¹, en virtud de la cual las empresas que contraten temporalmente a jornada completa a trabajadores minusválidos o discapacitados, tendrán derecho a una reducción del 75 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes. Similar finalidad persigue el RD 1451/1983 de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y medidas de fomento de empleo de los trabajadores minusválidos, en cuyo art. 7² se establece que las empresas que contraten por tiempo indefinido y a jornada completa a trabajadores minusválidos tendrán derecho a bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta en un 70 % por cada trabajador minusválido menor de cuarenta y cinco años y en un 90 % si fuera mayor dicha edad. Idénticas bonificaciones procederán en el supuesto en que se produjera la conversión de contratos a tiempo parcial de los que tales sujetos fueran titulares, en contratos a tiempo completo.

Como puede colegirse de lo expuesto, amplio y complejo es el abanico de intervención de la normativa de Seguridad Social con relación a la prevención de riesgos laborales. No obstante, nuestro estudio se detendrá en el segundo aspecto mencionado, al estar el primero más relacionado con respuestas a un estado de necesidad de un ciudadano con independencia en gran medida de la causa desencadenante de la minusvalía profesional, al mismo tiempo que el tercer aspecto conecta sobre todo con todo el conjunto de medidas de la políticas activas de empleo.

¹ Prorrogado para 1999 por la disp. adic. 10ª de la Ley 50/1998 de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

² Según nueva redacción dada por el RD 4/1999 de 8 de enero (BOE 26 enero).

2. PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Históricamente, la normativa de Seguridad Social ha venido íntimamente unida a la lesión producida como consecuencia del ejercicio de una actividad laboral, accidente o enfermedad. Sin embargo, el paso del tiempo puso de manifiesto que la protección de estas situaciones de necesidad era importante e ineludible, cualquiera que fuera el origen de las mismas, común o profesional, ya que la pérdida de ingresos o rentas salariales se producía tanto en uno como en otro caso. Por lo que, tanto unas como otras, debían ser atendidas por un Sistema Público de Seguridad Social. Así, se quiebra la estrecha relación que vinculaba en sus inicios históricos la situación de necesidad con la causa que la produjo, es decir, sea ésta minusvalía común o profesional. Lo esencial, es la protección de la situación de necesidad independientemente de cual sea el origen de la misma, ya que tal situación de necesidad se producirá en todo caso, tanto en el supuesto de accidente laboral o enfermedad profesional como en el de accidente o enfermedad no laboral.

Producida dicha situación de necesidad, la función reparadora de la Seguridad Social se materializa en la concesión al trabajador afectado de dos prestaciones genéricas: asistencia sanitaria y prestaciones económicas sustitutivas de rentas salariales, en caso de incapacidad. Incapacidad que o bien podrá tener un carácter provisional, caso de la Incapacidad Temporal (art. 128 LGSS) o bien podrá suponer la existencia de secuelas definitivas, Incapacidad Permanente (art. 134 LGSS). Prestaciones económicas que también procederán en el supuesto de fallecimiento del trabajador, teniendo en este caso como beneficiarios a los familiares del mismo (pensión de viudedad, de orfandad o en favor de familiares).

No obstante, la identidad señalada en cuanto a la protección de la situación de necesidad, independientemente de cuál sea el origen de la misma, deja de ser tal en el momento de regular los requisitos de acceso a tales prestaciones económicas, mostrándose así un aspecto residual de la distinción originaria a la que nos hemos referido. La exigibilidad de un período previo cotizado, período de carencia para generar derecho a las prestaciones económicas, deja de ser requisito necesario en el supuesto de contingencias derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 124.4 LGSS), exigiéndose en el supuesto de contingencias derivadas de riesgos comunes.

Diferenciación ésta que también ha ido desapareciendo en lo que refiere a la gestión de tales prestaciones. Así, en el supuesto de contingencias de origen profesional, la gestión de la asistencia sanitaria y prestaciones económicas pertinentes en caso de incapacidad, venía correspondiendo a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, si se hubiera optado por ello. Sin embargo, en el supuesto de contingencias de origen común, tal atribución correspondía en el pasado y en exclusiva al INSS, como Entidad Gestora de la Seguridad Social. Hoy esta clara distinción ha desaparecido prácticamente, desde el momento en que se ha permitido la asunción por parte de las Mutuas de la gestión de la prestación económica por Incapacidad Temporal derivada de

contingencias comunes (art. 68 LGSS, según nueva redacción dada por la Ley 66/1997 de 30 de Diciembre).

3. RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES

Si bien es cierto que la Seguridad Social, bien directamente bien a través de sus entidades colaboradoras, es el sujeto obligado a satisfacer la prestación de asistencia sanitaria o las prestaciones económicas pertinentes en situaciones de necesidad, no por ello queda el empresario, en todo caso, exonerado de posible responsabilidad. Varios son los supuestos en los que la norma prevé la exigibilidad de responsabilidad al empresario. Además se trata de las primeras previsiones legales en las que se conecta una imputación de responsabilidad al empresario en esta materia con posibles incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales, con lo que la norma pretende cumplir una finalidad al tiempo sancionadora y profiláctica en la consecución del objetivo de garantizar la seguridad y salud en el trabajo.

En primer lugar, responsabilidad en cuanto al pago de prestaciones del empresario que hubiera incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, alta o cotización, tanto en el supuesto de ausencia absoluta de cotización como en el caso de infracotización (art. 126.2 LGSS). En estos supuestos la exigibilidad de responsabilidad será en todo caso ponderada atendiendo a los principios de proporcionalidad y voluntariedad³. En virtud del primero se exige la existencia de una mínima adecuación entre la gravedad del incumplimiento y la imputación de responsabilidad al empresario como consecuencia de ese incumplimiento, y en virtud del segundo, principio de voluntariedad, se requiere por parte del empresario una voluntad de incumplimiento "nítida y persistente y que no provenga de un error jurídico excusable".

En estos casos, la conexión con la materia preventiva viene dada por la posición sociológica del empresario incumplidor, encuadrado en la llamada "economía sumergida". En efecto, la ausencia de cumplimiento de este tipo de requisitos de Seguridad Social tiende a venir relacionada con actividades empresariales en las que se dificulta el control público del grado de cumplimiento de la legislación laboral, siendo de común constatación que este tipo de empresas son las más propensas a descuidar por completo la medidas más

³ STS de 29-5-1997, Ar. 4472: "...Uno de los principios del derecho de la responsabilidad por daños que la jurisprudencia tiene en cuenta para la atribución al empresario de la responsabilidad directa de prestaciones es el de proporcionalidad, que exige una mínima adecuación entre la gravedad del incumplimiento y el trascendental resultado de imputar la íntegra responsabilidad en orden a las prestaciones a la empresa. Otro de los principios del derecho de la responsabilidad por daños es el de la ponderación de la voluntad del agente... De acuerdo con este principio...se ha exigido que la voluntad de incumplimiento empresarial sea nítida y persistente, y no provenga de un error jurídico excusable."

importantes en materia de seguridad. Su incumplimiento de la normativa de Seguridad Social puede encontrarse, pues, en estrecha conexión con el cumplimiento de la normativa preventiva.

En segundo lugar, responsabilidad del empresario en cuanto al pago de prestaciones derivadas de accidente de trabajo, ocurrido como consecuencia del incumplimiento, por parte del mismo, de la orden de paralización de actividades dada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social; paralización que se produce precisamente cuando la Inspección advierte infracciones de gravedad tal que comporten riesgos previsible de accidentes de trabajo.

La exigibilidad de dicha responsabilidad requiere del estudio conjunto de dos preceptos, uno de Seguridad Social y otro de prevención de riesgos laborales. Nos estamos refiriendo al art. 195 LGSS y al art. 44 de la LPRL, respectivamente.

El art. 44 de la LPRL posibilita al Inspector de Trabajo y Seguridad Social a paralizar cualesquiera trabajos o tareas en los que compruebe la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, debido a la no observancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

El incumplimiento por parte del empresario de la orden de paralización y la materialización de un accidente de trabajo como consecuencia de ello, pone en marcha el mecanismo de exigibilidad de responsabilidad establecido en el art. 195 de la LGSS. De este modo, producido dicho accidente, la exigencia al empresario de la satisfacción de las prestaciones derivadas viene permitida al considerar la norma la existencia de falta de cobertura del trabajador afectado respecto de las contingencias profesionales. Ante ello, la entidad gestora o colaboradora podrá exigir al empresario incumplidor la compensación de tales prestaciones.

Pero el análisis de este supuesto puede ir más allá, pues entendemos que es posible efectuar una extensión del supuesto a otros análogos, con identidad en cuanto a la causa, situación fáctica y objetivos, aunque diferencial en cuanto al ente público que adopta la decisión. Nos referimos en concreto al caso en que la paralización fuera llevada a cabo por el Gobierno o por los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas con base en la facultad que le viene otorgada por el art. 53 de la LPRL. Dicho art. permite a tales sujetos acordar la suspensión de actividades laborales por un tiempo determinado, o incluso, en caso extremo, el cierre del centro de trabajo, en el caso de concurrencia de circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones de seguridad y salud laboral. El supuesto de hecho es el mismo: ante un incumplimiento en materia de prevención de riesgos se procede a la suspensión de actividades, por lo que la consecuencia prevista para un incumplimiento de tal orden por parte del empresario debe ser igual en uno u otro caso, indistintamente de quien sea el órgano del que dimanó la orden.

En tercer lugar, responsabilidad directa del empresario respecto de todas las prestaciones que pudieran derivarse de enfermedad profesional, en el supuesto que hubiera incumplido la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos pertinentes (art. 197.2 LGSS).

No obstante, la exigibilidad de esta responsabilidad no deja de plantear problemas desde el momento en que la normativa sobre prevención de riesgos laborales proclama la voluntariedad de tales reconocimientos médicos, salvo excepciones legalmente tasadas (art. 22.1 LPRL). Eso sí, como es bien sabido, la relación de excepciones resulta tan amplia que en la práctica puede ser más numerosas las situaciones de posible coerción empresarial a la efectiva realización de los reconocimientos médicos: cuando la realización de los mismos sea imprescindible para la evaluación de los efectos de las condiciones de trabajo sobre la seguridad y salud de los trabajadores; cuando sean necesarios para verificar que el estado de salud de los trabajadores puede constituir un peligro para sí mismo, para los otros trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (art. 22.1 LPRL). Enmarcado en este último supuesto, el art. 196.1 y 2 de la LGSS, viene a establecer la obligación del empresario de realizar reconocimientos médicos, previos y periódicos, a aquellos trabajadores que vayan a ocupar u ocupen puestos de trabajo que entrañen riesgo de enfermedad profesional; reconocimientos a los que obligatoriamente los trabajadores deberán someterse.

En todo caso, en la medida en que el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador prime frente a esta obligación del empresario, estableciéndose el libre sometimiento de aquél a tales reconocimientos, salvo las excepciones señaladas, la controversia se plantea en el momento de poder exigir responsabilidad al empresario cuando, salvo supuestos concretos, no le está permitido someter al trabajador a tales reconocimientos. La respuesta no carece de complejidad, pero en términos aproximativos sí que resulta viable fijar un criterio orientativo. Este criterio orientativo no es otro que tener en cuenta que al empresario siempre se le obliga a poner los medios necesarios para la realización del reconocimiento médico. Ante la obligatoriedad del reconocimiento para el empresario y su incumplimiento, no existe duda respecto de la exigibilidad de la responsabilidad analizada. Responsabilidad que también es exigible en el supuesto en que siendo obligatoria la realización de tal reconocimiento, el trabajador no se somete a la misma, materializándose el accidente o enfermedad, pues en estos casos el empresario debió, cuando menos, adoptar todas las medidas precisas para el cumplimiento de su obligación, llegando incluso a recurrir al poder disciplinario que como tal le compete. En definitiva, para los supuestos en los que realmente el reconocimiento sea voluntario de parte del trabajador, deberá comprobarse si se ofreció o no por parte del empresario la realización del mismo; y en el caso de negativa del trabajador, deberá conocerse cómo se efectuó la negativa del mismo a la realización de tal reconocimiento médico.

En cuarto lugar, responsabilidad del empresario respecto del abono de los gastos sanitarios que tienen su origen en supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de dicho empresario (art. 127.3 LGSS). Sin perjuicio de la prestación de la asistencia sanitaria por el Instituto Nacional de

la Salud (u órgano de la Comunidad autónoma competente) o por la Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, tanto uno como otras tendrán derecho a reclamar del empresario, el coste de las prestaciones sanitarias que se hubieren satisfecho, siempre que el origen de tales prestaciones hubiese estado en un supuesto de hecho en el que concurriera responsabilidad criminal o civil del empresario.

La totalidad de los supuestos señalados van a suponer una exigencia de responsabilidad al empresario en el pago de determinadas prestaciones. Sin embargo, lo que parece ser el establecimiento de un mecanismo de garantía para el cumplimiento de la norma, puede convertirse en un instrumento perjudicial para los intereses de los trabajadores afectados. El empresario responsable en los supuestos señalados puede desaparecer o resultar insolvente, por lo que el trabajador puede ver frustrado su interés a ver satisfecha la prestación correspondiente. A fin de evitar dicha consecuencia, el legislador establece el principio de automaticidad de prestaciones (art. 126.3 LGSS). En virtud de dicho principio, las entidades gestoras competentes o en su caso las Mutuas procederán al pago de tales prestaciones, sin perjuicio de poder dirigirse contra el empresario responsable, al quedar aquellos subrogados en los derechos que el trabajador ostentaba frente a éste⁴.

La responsabilidad del empresario no se agota en los supuestos señalados. Hemos de aludir a la obligación que tiene el empresario de cotizar a la Seguridad Social por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Cotización ésta que se efectuará a través de primas (art. 108.1 LGSS), pudiéndose establecer primas adicionales para aquellas empresas que ofrezcan riesgos superiores de enfermedades profesionales (art. 108.2 LGSS). Una vez fijada la cuantía de tales primas, la misma no tiene porque permanecer inalterada, la propia norma (art. 108.3 LGSS) posibilita la mutación de dicha prima en atención al cumplimiento por parte del empresario de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Así, dichas primas podrán reducirse para empresas que se vengán caracterizando por el empleo de medios eficaces de prevención y aumentarse en el caso de empresas que incumplan sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.

4. EL RECARGO DE PRESTACIONES

El recargo de prestaciones económicas como consecuencia de un incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales, viene a ser la mani-

⁴ Sobre este particular, STS de 8-3-1995, Ar. 1751: "...ante el incumplimiento por el empresario de las obligaciones que legalmente le estén impuestas, determinante de que le sea imputada responsabilidad en orden al pago de prestaciones derivadas de accidentes de trabajo, la Mutua Patronal... no queda exonerada de responsabilidad... se halla obligada al anticipo... sin perjuicio de su derecho a repetir contra el empresario...". En sentido similar, STS de 18-1-1995, Ar. 1993.

festación más clara de la interconexión entre Seguridad Social y Prevención de Riesgos laborales, en lo que a la responsabilidad del empresario se refiere.

Tal recargo o forma asimilada es una figura de larga tradición histórica en nuestra legislación. Así, la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de Enero de 1900, en su art. 5, ya estableció que las indemnizaciones determinadas por esta Ley se aumentarían en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produjera en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carecieran de los aparatos de precaución establecidos legalmente. Precepto que, con contenido similar, ha sido recogido en sucesivas disposiciones normativas; así entre otros, en el art. 65 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1922, por el que se aprobó el Reglamento Provisional de la Ley de Accidentes de Trabajo del mismo año; el art. 27 del Texto Refundido aprobado por Decreto de 26 de junio de 1956; el art. 55 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de la misma fecha y el art. 93 del Decreto 2065/1974 de 30 de mayo por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

En la actualidad su regulación se contiene básicamente en el art. 123 LGSS. De conformidad con el mismo, "todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un 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 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". Su análisis requiere un desglose mínimamente pormenorizado de los aspectos más destacados de tal regulación: requisitos objetivos, cuantía, sujeto responsable del pago, compatibilidad, procedimiento de imputación.

4.1. Requisitos objetivos

El primer requisito exigido es la existencia de un daño, daño que debe haber sido causado como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. No obstante, debe tenerse en cuenta que no tendrán la consideración de accidente de trabajo, aquellos accidentes que sean debidos a fuerza mayor extraña a dicho trabajo o cuando sean debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador (art. 115.4 a y b LGSS).

En segundo lugar, se exige la existencia de infracción en la normativa de seguridad y salud en el trabajo, es decir debe existir un incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales. La exigibilidad de la concurrencia de este requisito conlleva que su ausencia determine la imposibilidad de que se imponga el recargo de prestaciones. Así, el problema se plantea a la hora de precisar la concurrencia o no de dicho incumplimiento, debido fundamentalmente a la amplitud e imprecisión de los términos empleados por

la norma a fin de identificar el mismo (el incumplimiento puede afectar a los dispositivos de precaución reglamentarios, a las medidas generales o particulares de seguridad e higiene, o a las elementales de salubridad etc.). Al respecto, alguna resolución judicial ha defendido el criterio de que los dispositivos de precaución exigibles en cada momento serán única y exclusivamente los reglamentariamente establecidos, de modo que si la evolución de la técnica puede ciertamente permitir el establecimiento de nuevos mecanismos de seguridad, los mismos no afectarían en este caso a la obligación empresarial; por ende, no se reputaría responsable por su incumplimiento, si no estuviese establecida legal o reglamentariamente la obligatoriedad de su existencia, ni constituyesen medidas impuestas por elementales razones de seguridad⁵. Sin embargo, a nuestro juicio, esta conclusión debe ser criticada, particularmente si se tiene presente que el deber general de prevención al que está obligado el empresario viene inspirado en un principio básico fundamental como es el de la necesaria consideración de la evolución de la técnica (art. 15.1.e LPRL). La aplicabilidad de dicho principio debe llevar al empresario a adoptar en cada momento las máximas medidas de seguridad existentes, viniesen o no reglamentariamente establecidas, particularmente cuando la regulación técnica puede encontrarse en muchos casos desfasada respecto de la evolución técnica. Con ello, el incumplimiento de tal adaptabilidad podrá ser reconducido al incumplimiento del deber general de prevención, que supondrá una vulneración de una medida de seguridad en el trabajo.

El tercer requisito exigido por la norma supone la necesaria concurrencia de relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño originado, es decir, incumplimiento y daño deben estar vinculados por una relación causa-efecto. Relación de causalidad que no se disipará por la posible falta de diligencia del trabajador afectado, que a su vez posee ciertas obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales a consecuencia de la posición ocupada (vigilante de seguridad), ya que el mismo carece de poderes decisorios y sus obligaciones de colaboración e información en ningún caso eximirán de responsabilidad al empresario que no adoptó las adecuadas medidas de protección colectiva e individual, incumpliendo así el deber general de prevención que al mismo compete⁶.

⁵ STSJ de Castilla y León de 7-7-1998, Ar. 6194: "... el recargo por infracción del art. 123 de la LGSS sólo resulta procedente en los supuestos en que el accidente se produzca por elementos que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentariamente exigidos, 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... exigencias que no cabe equiparar por la ausencia de medidas que, aún garantizando más la seguridad de los trabajadores, no devienen reglamentariamente exigibles ni responden a elementales razones de seguridad."

⁶ STS de 6-5-1998, Ar. 4096: "... la condición de vigilante de seguridad e higiene del trabajador fallecido no tiene virtualidad para exonerar a la empresa de responsabilidad

Junto a los anteriores requisitos, hemos de indicar la necesidad de concurrencia de un elemento de voluntariedad empresarial, a título de dolo, culpa o al menos negligencia. El Tribunal Supremo en alguna ocasión, yendo aún más lejos, ha considerado que no procede la aplicabilidad del recargo en aquellos supuestos en que exista una "conurrencia de culpas"⁷. A su juicio una actuación negligente por parte del trabajador afectado, aun cuando existe un incumplimiento probado del empresario en el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, supone la imposibilidad de imponerle el recargo de prestaciones. Sin embargo, esta causa de exoneración es más que discutible desde el momento en que el precepto exige única y exclusivamente, junto al daño y a la relación causa-efecto, el incumplimiento del empresario, sin establecer posibilidad alguna de exoneración cuando concurren todos los requisitos. De ahí que si dándose los demás requisitos queda fehacientemente probado el incumplimiento del empresario, carece de razón de ser que la existencia de negligencia por parte del trabajador afectado pueda impedir el recargo de las prestaciones. De lo contrario, ello supondría dejar vacío de contenido el precepto legal en determinados supuestos, en contra de lo que constituye su finalidad.

Por otra parte, señalar que, evidentemente, el recargo procederá siempre que exista derecho a prestación económica, es decir, que se reúnan todos los requisitos necesarios para el reconocimiento y concesión de la prestación económica de que se trate. El art. 123 de la LGSS no realiza una enumeración exhaustiva de tales prestaciones, utilizando tan sólo la genérica expresión "prestaciones económicas", de modo que en dicha expresión se comprenden tanto las prestaciones económicas en que el trabajador afectado sea sujeto causante y beneficiario —prestación económica por Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente y Jubilación—, como aquellas otras en las que sólo sea sujeto causante, siendo otros los sujetos beneficiarios —prestaciones por muerte y supervivencia—⁸. Así pues, premisa imprescindible será que reúna los

en cuanto al establecimiento de las medidas de seguridad a que está obligada, cuya observancia se le impone directamente, sin condicionamiento a que le sean exigidas por los órganos de participación de los trabajadores en la seguridad e higiene, pues lo contrario llevaría a la conclusión de todo punto inadmisibles de que, tratándose de los accidentes de los trabajadores con cargos de colaboración en materia de seguridad e higiene ninguna responsabilidad cabría en orden al recargo por el incumplimiento de medidas de seguridad".

⁷ STS de 30-4-1998, Ar. 6166: "...para que proceda la imposición del recargo es preciso que exista una adecuada relación causal entre el siniestro productor del resultado lesivo... y la conducta del empleador, en este supuesto en la existencia de ese nexo causal ha contribuido además de la conducta del empleador, la actuación negligente del propio trabajador, por lo que, efectuando una interpretación restrictiva del contenido punitivo del art. 123 LGSS que se denuncia como indebidamente interpretado, y ello debido a la inexistencia de una concurrencia de culpas, procede desestimar el recurso..."

⁸ STS de 20-3-1997, Ar. 2591: "...Las prestaciones de carácter público e imperativo que la Ley reconoce como derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional son

requisitos propios de cada una de tales prestaciones en cada caso para que pueda imponerse el recargo.

4.2. Cuantía

La cuantía del recargo viene fijada en el propio art. 123 de la LGSS mediante una horquilla de porcentaje de incremento, que va del 30 al 50 por ciento.

La norma no contiene unos criterios precisos para concretar dentro de los márgenes señalados el porcentaje concreto de recargo sino que proporciona sólo una directriz general: la gravedad del incumplimiento empresarial. La amplitud de tal criterio va a suponer dejar un vasto marco de actuación para su fijación a la entidad gestora en primera instancia y a la autoridad judicial sucesivamente, caso de impugnación. En concreto, nuestros Tribunales atribuyen cierta libertad de apreciación a los Juzgados de Instancia, si bien van a permitir también su revisión en suplicación cuando no exista la debida proporcionalidad entre el recargo impuesto y la directriz general referida como criterio determinante de tal recargo⁹.

Si la determinación del porcentaje es clara, al así establecerlo la norma, no ocurre lo mismo con la prestación económica base sobre la que será de aplicabilidad dicho porcentaje. A tal fin, ha sido la jurisprudencia quien ha concretado algunas pautas, señalando por ejemplo que tales prestaciones serán única y exclusivamente las que de tal índole sean establecidas por la Ley, es decir, prestaciones establecidas por el Sistema Español de la Seguridad Social con carácter público, obligatorio e imperativo. Lo que se traduce, en sentido contrario, en que en ningún caso el recargo será extensible a las mejoras voluntarias que sobre tales prestaciones pudieran estar establecidas o reconocidas en la negociación colectiva¹⁰. Igualmente ha declarado que en el supuesto de que

varias y diversas, pues entre ellas se incluyen tanto las correspondientes a la Incapacidad Temporal como las de invalidez permanente... así como también las de muerte y supervivencia en cualesquiera de sus modalidades; y es obvio que lo que quiere decir el art. 93.1 (hoy 123) es que a todas ellas alcanza el recargo..."

⁹ STS de 19-1-1996, Ar. 112: "... la decisión del juez de instancia sobre la cuantía del recargo porcentual, en cuanto predeterminada por un criterio legal, puede ser reconsiderada en suplicación para comprobar si excede o no del margen de apreciación que le es consustancial..."

¹⁰ STS de 20-3-1997, Ar. 2591: "... dicho recargo sólo se aplica y actúa... sobre las prestaciones que con carácter público, obligatorio e imperativo están estatuidas en el Sistema Español de la Seguridad Social; sin que normalmente dicho recargo sea extensible a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social". En sentido similar, STS de 11-7-1997, Ar. 6258: "...Y se concluye que la doctrina acertada es la restrictiva en la aplicación de un precepto, que como el... hoy art. 123 de la LGSS, tiene evidente naturaleza sancionadora... por lo que debe ser interpretado con arreglo al principio *odiosa restringenda*, y, situado el precepto en la regulación de las prestaciones propias del Sistema Público sólo a las del propio Sistema obligatorio puede aplicarse y no a las mejoras..."

la prestación económica reconocida sea una pensión por gran invalidez, el recargo se aplicará también sobre el 50 % con el que en estos casos se incrementa la pensión por Incapacidad Permanente Absoluta¹¹; aunque no procederá la aplicación del recargo sobre este 50% cuando el interesado hubiera optado por sustituir el mismo por el internamiento y cuidado en una institución asistencial pública del Sistema de la Seguridad Social, porque realmente dicho incremento de la pensión en un 50% no existe en este caso¹².

4.3. Sujeto responsable del pago

Sujeto responsable del pago es principalmente el empleador del trabajador afectado. Si como hemos señalado, requisito ineludible para que proceda el recargo de prestaciones es la existencia de un incumplimiento de la normativa relativa a la prevención de riesgos laborales por parte del empresario, no cabe duda que quien comúnmente puede incurrir en dicho incumplimiento será el empleador directo del trabajador y, por ende, él será el responsable del pago del recargo de prestaciones que proceda. Esto supone la existencia de una relación de causalidad: aquél sujeto al que le es imputable la responsabilidad por incumplimiento de la normativa preventiva, es a quien también corresponde la responsabilidad del pago del recargo de prestaciones.

Como una de las manifestaciones más palpable de la conexión con la prevención y no sólo reparación, con un objetivo eminentemente profiláctico, tradicionalmente se establece que el pago del recargo de prestaciones recae directamente sobre dicho empresario infractor, no pudiendo ser objeto de seguro alguno y siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla (art. 123.2 LGSS). Más aún, la normativa llega incluso a obligar al empresario a depositar inmediatamente el capital-coste de tal recargo ante la entidad gestora de la Seguridad Social competente; se trata, sobre todo, de evitar que futuras situaciones de insolvencia o desaparición de la empresa puedan tener una repercusión negativa sobre la efectiva percepción de la prestación de Seguridad Social, particularmente cuando el recargo viene a conectarse con una pensión vitalicia del beneficiario del régimen público. Por contraste, se intentan evitar que tenga que forzarse a la entrada en juego del principio de automaticidad de las prestaciones que obligue indirectamente a la entidad gestora de la Seguridad Social a asumir

¹¹ STSJ de Galicia de 28-7-1994, AS 2868: "...el referido incremento, aunque no tenga la naturaleza de pensión propiamente dicha, entra claramente en el término más amplio de prestaciones...".

¹² STSJ de Galicia de 30-1-1999, Lex Nova, J 284: "... La doctrina sentada por esta sala ...y que extiende el recargo establecido por falta de medidas de seguridad al 150 % de la prestación de gran invalidez sería aplicable al supuesto de autos, sino fuera porque en este caso la esposa del ejecutante renunció expresamente al 50 % a cambio de sustituir dicho incremento por el alojamiento y cuidado de su esposo que le dispensan en la clínica en la que ha sido ingresado".

la cuantía correspondiente al recargo, en clave bien diversa a lo que ocurre con la cuantía de la prestación estricta de Seguridad Social; de no efectuarse ese depósito del capital-coste no jugaría el principio de automaticidad, pues expresamente se establece reglamentariamente que en ningún caso es posible el anticipo del recargo por la entidad gestora (art. 16.3 de la OM de 18-1-1996). De este modo, no juega en ningún caso la posibilidad de transferencia de responsabilidad a la entidad gestora, ni siquiera en los supuestos de insolvencia empresarial¹³. En suma, un elemento adicional que converge en ese objetivo de preocuparse por reforzar la finalidad de imponer una carga económica sobre el empresario infractor como elemento profiláctico, con menor atención pues al beneficio del trabajador o de sus causahabientes.

Sin embargo, el contenido de este precepto ha planteado algunas dudas doctrinales tras la promulgación de la LPRL, al establecer su art. 15.5 la posibilidad de concertar operaciones de seguro, por parte de la empresa respecto de sus trabajadores, con la finalidad de garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo. La controversia se suscita desde el momento en que, para algún sector doctrinal, el recargo de prestaciones tendría cabida en este último precepto y, por tanto, sería susceptible de seguro; considerándose al efecto que el precepto de la LGSS vendría a quedar derogado por la LPRL como ley posterior. Sin embargo, a nuestro juicio, este argumento debe ser rechazado desde el momento en que la propia LPRL en su disp. adic. 1ª solventa el problema al mantener la vigencia de lo establecido por las normas de Seguridad Social respecto del "régimen jurídico" de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por lo demás, el mantenimiento de la prohibición de aseguramiento a nuestro juicio es una regla saludable, si se conecta una vez la institución con la función profiláctica tantas veces señalada. Por ello, debería profundizarse en la posible existencia de pólizas de seguro privado que garantizan el "riesgo" a la imposición del recargo y se satisfacen voluntariamente por las compañías de seguro bajo fórmulas de "pacto de caballeros"; en la lógica de forzar el modelo como coacción al cumplimiento de la normativa de prevención por parte de las empresas, no es suficiente con confiar en el "fair play" de las compañías de seguro privada, por lo que sería conveniente tipificar específicamente como infracción administrativa las conductas de las compañías de seguro que actúen contra la prohibición de aseguramiento.

Por otra parte, de conformidad con lo hasta ahora expuesto, parece clara la imputación de responsabilidad en el pago del recargo al empleador del asala-

¹³ STS de 8-3-1993, Ar. 1714: "...No se trata, por tanto de una forma o modalidad de prestación de la Seguridad Social que justifique su asunción por la Entidad gestora correspondiente... (su) imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora...". En sentido similar, STS de 16-11-1993, Ar. 9069: "... no pueden extenderse al mismo (al recargo) las disposiciones que, para el supuesto de descubierto de las cotizaciones y de insolvencia de las empresas contiene el art. 96 LSS...".

riado, en aquellos casos en que sólo un empresario aparece en el panorama de la ejecución de la prestación de servicios por parte del trabajador, que coincide precisamente con quien formalmente actúa como parte empleadora en el contrato de trabajo. Sin embargo, la situación se complica en el caso de concurrencia de empresarios, surgiendo una serie de supuestos singulares de responsabilidad que se hace necesario matizar. Nos estamos refiriendo al caso particular de las contratas y subcontratas y a la relación entre empresa de trabajo temporal (ETT) y empresa usuaria.

En el primer supuesto, contratas y subcontratas, la LPRL (art. 24.3) reconoce la obligación de la empresa principal de vigilar el cumplimiento, por parte de los contratistas o subcontratistas, de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, siempre que contrate con estos por razón de su actividad principal y siempre que las actividades se desarrollen en su propio centro de trabajo; de modo que dicho empresario principal responderá solidariamente con el contratista o subcontratista de las obligaciones que les sean impuestas a estos, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal (art. 42.2 LPRL).

La cuestión a dilucidar es la posibilidad de extender esta responsabilidad solidaria al recargo de prestaciones, es decir, determinar si una figura como el recargo tiene cabida en las "obligaciones" aludidas en el art. 42.2 LPRL.

La jurisprudencia se pronuncia a favor de la admisibilidad de tal responsabilidad conjunta y solidaria del empresario contratista y del principal. A nuestro juicio, coincidiendo con la jurisprudencia en la posibilidad de extender la responsabilidad por el recargo a empresarios infractores que no son efectivamente empleadores del trabajador accidentado, sin embargo resulta más discutible que la solución venga por la vía de imposición siempre de responsabilidades solidarias; confusión que proviene a nuestro juicio por dar más relevancia al art. 42 LPRL cuando el central en esta materia sigue siendo el art. 123 LGSS, que a nuestro juicio debe prevalecer sobre esta regla general del art. 42.2 LPRL.

De conformidad con el art. 123, el recargo de prestaciones se imputa al "empresario infractor", lo que supone de nuevo la aparición de la relación de causalidad entre el incumplimiento que produce el accidente de trabajo o enfermedad profesional y el sujeto al que le resulta imputable ese incumplimiento. Así pues, responsable del pago del recargo de prestaciones podrá ser indistintamente el empresario principal, el contratista o ambos, dependiendo de aquél a quien le sea imputable el incumplimiento de la normativa relativa a prevención de riesgos laborales.

En determinadas ocasiones podrán ser las instalaciones, locales y demás lugares de trabajo del empresario principal en los que prestan servicios los trabajadores del contratista, los que no reuniendo las adecuadas medidas de seguridad hayan sido determinantes para el accidente de trabajo ocurrido, lo que sin lugar a dudas convierte a tal empresario principal en empresario infractor y por tanto responsable único del pago del pertinente recargo de prestaciones. En otras ocasiones, el empresario principal podrá ser absoluto cumplidor de la normativa preventiva y sin embargo ocurrir el accidente en su

centro de trabajo como consecuencia de un incumplimiento en materia preventiva por parte sólo del contratista para con sus trabajadores, lo que se traduce en la imputabilidad de responsabilidad del pago del recargo de prestaciones única y exclusivamente al empresario infractor, en este caso el contratista. Puede también ocurrir que el incumplimiento determinante del daño ocasionado resulte ser imputable tanto al empresario principal como al contratista, cuyo caso tanto uno como otro serían sujeto infractor y por tanto sujeto responsable del pago del recargo de prestaciones, siendo éste el único supuesto de admisibilidad de responsabilidad solidaria entre empresario principal y contratista ya que en ambos concurre la condición de empresario infractor. No obstante, la responsabilidad de uno y otro frente al pago del recargo no tiene que ser idéntica sino que la misma podrá ser graduada en función de la responsabilidad frente al incumplimiento, de modo que la Seguridad Social podrá proceder a un reparto equilibrado del *quantum* del recargo a la hora de proceder a su capitalización por parte de los empresarios responsables, principal y contratista. Esto además permitiría que si, debido a la solidaridad, uno de los dos empresarios hubiera hecho frente de modo exclusivo al pago del recargo, éste pueda repetir contra el otro por el importe que a éste último correspondiera.

Por último hemos de reseñar que, a nuestro juicio, en estos supuestos analizados es indistinto que la contrata o subcontrata se hubiera efectuado o no por razón de la propia actividad, ya que como hemos resaltado lo esencial es la demitición del sujeto infractor, lo que es independiente de la causa que determina la celebración de la contrata o subcontrata, lo que corrobora la ausencia de distinción en el tenor literal del art. 123 LGSS. Una vez más, lo que debe preocupar al legislador es quién con el desarrollo de su actividad empresarial, con infracción de la legalidad vigente, puede poner en peligro la seguridad y salud de los trabajadores, con independencia de que se trate de un modelo de descentralización productiva de la propia actividad o no. En esta línea se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo¹⁴.

Asimismo, debemos indicar que en el supuesto en que procediera la responsabilidad respecto al pago del recargo de prestaciones, no procedería en estos supuestos la causa de exoneración prevista en el art. 42.1 del ET (petición

¹⁴ STS 5 mayo 1999, Lex Nova 3/1999, pg. 26: "Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control"; "aunque esta doctrina se estableció en la sentencia de 18 de abril de 1992 en un caso de contrata para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad, lo importante no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad".

de la certificación negativa de descubierto) para las obligaciones en materia de Seguridad Social, porque dicho precepto está referido a obligaciones atribuibles directamente a la empresa contratista, cuando aquí estamos en la hipótesis de responsabilidades directas del empresario principal por su condición de infractor de la normativa de prevención de riesgos laborales.

El otro supuesto referido de concurrencia de empresarios es la relación triangular surgida entre trabajador, ETT y empresa usuaria. En este caso, la situación se solventa directamente por la Ley, al considerar que la empresa usuaria es responsable del recargo de prestaciones de Seguridad Social en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición (art. 16.2 Ley 14/1994, de 1 de Junio). Sin embargo la solución arbitrada por la norma puede resultar, como regla general, la más coherente con la realidad del fenómeno interpositorio de las ETT, no nos parece la más adecuada para otras hipótesis no siempre descartables; elemento de duda que surge una vez más si partimos de la lógica de la institución, conforme al cual insistimos el pago del recargo ha de corresponder al sujeto infractor. Volvemos a estar en situación similar a la indicada para el supuesto de contratas. La empresa usuaria debería ser sujeto responsable del pago del recargo de prestaciones única y exclusivamente en el supuesto en que ella hubiera infringido las obligaciones que en materia de prevención de riesgos laborales le competen: condiciones de ejecución del trabajo y obligaciones de información previstas en los arts. 2 y 4 LPRL (art. 28.5 LPRL). En aquellos casos en que sea la ETT quien haya incumplido sus obligaciones en materia preventiva —formación y vigilancia de la salud de sus trabajadores— y se puede establecer la debida relación de causalidad entre el accidente laboral y tales incumplimientos, sólo ella debería ser sujeto responsable del recargo de prestaciones. Lo anterior no es óbice para que también en algunos supuestos exista incumplimiento de sus obligaciones por parte de ambos sujetos, lo que debería determinar la responsabilidad de ambos, de ETT y empresa usuaria. La atribución de la responsabilidad frente al recargo única y exclusivamente a la empresa usuaria, tal y como hace la Ley 14/1994, supone que en determinados incumplimientos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales —nos referimos a los incumplimientos por parte de la ETT— no se le pueda hacer responsable a nadie del recargo de prestaciones.

4.4. Compatibilidad del recargo con otras reacciones legales frente al incumplimiento del empresario

Uno de los principales problemas que plantea el estudio de una figura como el recargo de prestaciones es el de su compatibilidad con otras obligaciones, cargas o sanciones, que pueden imponerse al mismo, como consecuencia del incumplimiento empresarial del que dimana dicho recargo. El estudio de tal compatibilidad no deja de ser complejo desde el momento en que su análisis debe ir íntimamente unido a la delimitación de la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones. Naturaleza jurídica que a su vez es difícil de concretar al

poderse de principio pensar en tres hipótesis de trabajo para calificar jurídicamente al recargo: sanción pública, indemnización o compensación de daños y perjuicios y prestación de Seguridad Social; y, a su vez, que puede tratarse de opciones que las unas se repelen a las otras o bien de situaciones en las que coexisten conjunciones de naturaleza por participar de varias o de todas ellas.

Consecuencia de ello es que varios sean también los niveles en los que puede plantearse el problema de compatibilidad del recargo de prestaciones con la sanción penal, dos con la sanción administrativa, tres con la indemnización civil contractual o extracontractual de daños y perjuicios, cuatro con las prestaciones de Seguridad Social. En todo caso, los dudas básicas relacionadas con la compatibilidad conectan con dos principios generales del ordenamiento jurídico: de un lado, con el principio *non bis in idem*, caso de que atribuya al recargo naturaleza sancionatoria; de otro lado, con el principio prohibitivo del enriquecimiento injusto, caso de que se atribuya al recargo naturaleza compensatoria de daños y perjuicios. El principio *non bis in idem* dictaría cuando no impediría directamente la acumulación con las sanciones penales y administrativas; paralelamente, el principio de prohibición de enriquecimiento injusto obligaría a un cómputo de conjunto y compensación en la cuantificación de recargo e indemnización de responsabilidad contractual extracontractual.

La doctrina y la jurisprudencia participan de las tres opciones ofrecidas: recargo como sanción, recargo como indemnización y recargo como prestación de Seguridad Social. Por ejemplo, la jurisprudencia¹⁵ se ha inclinado por el carácter abstracto por su naturaleza sancionadora, aunque en muchas ocasiones con carácter práctico no la toma en consideración pues no aplica las consecuencias que deberían derivarse de tal calificación. No queda, pues, una postura clarificadora a la que mayoritariamente se adhiera tanto una como otra. Argumentos para inclinarse por una u otra postura existen tanto a favor como en contra.

En primer lugar, la naturaleza jurídica del recargo como sanción encuentra su punto de apoyo básico en la finalidad que al mismo se le atribuye, como es la de penalizar al empresario incumplidor, de ahí que entronque con la sanción penal y administrativa. Así, en concreto sólo en el caso de que exista un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales por parte del empresario, procederá la imposición del recargo de prestaciones. La inexistencia de incumplimiento por parte del empresario supondrá la imposibilidad de imponer tal recargo de prestaciones, aun cuando se haya producido un accidente de trabajo y el asalariado haya experimentado un perjuicio evidente cuantificable económicamente. Naturaleza sancionadora reforzada también por el hecho de que la cuantía del recargo viene ponderada en su intensidad por el

¹⁵ STS de 16-11-1993, Ar. 9069: "... nos encontramos ante un precepto claramente punitivo o sancionador...". En el mismo sentido, STS de 8-3-1993, Ar. 1714: "... el recargo por falta de medidas de seguridad tiene un carácter sancionador...".

porcentaje, de un 30 a un 50 %, cuya concreción se hará en función de la gravedad de la falta cometida por el empresario y, por tanto, con independencia del mayor o menor daño sufrido por el trabajador. Asimismo, la identificación del sujeto obligado al pago con el empresario infractor redundará en elemento sancionador. Finalmente, la prohibición de aseguramiento, unida a la capitalización inmediata, insiste también en el objetivo de imponer en todo caso un daño económico insoslayable al incumplidor.

En segundo lugar, su naturaleza indemnizatoria viene avalada por el hecho de que existe una plena coincidencia subjetiva con el destinatario de la responsabilidad civil contractual del art. 1.101 CC o extracontractual del art. 1902 CC, es decir, quien produjo el daño. Igualmente, elemento fundamental es que también se cumple el otro dato subjetivo, el destinatario del recargo es asimismo el sujeto que podría reclamar la indemnización del 1101 y 1902 CC, es decir, el trabajador que sufre el daño derivado del accidente o sus causahabientes. En definitiva, las cantidades van derivadas al sujeto privado que experimenta el daño y no al Tesoro Público como suele ocurrir en las típicas sanciones pecuniarias públicas. La principal, disparidad, por contra, se sitúa en la cuantificación del recargo, bien distanciada de lo indemnizatorio, pues no depende de la intensidad del daño, sino como vimos de la entidad de la infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales.

En tercer lugar, su consideración como prestación de Seguridad Social puede apoyarse, ante todo en que se le considera como parte de la pensión o prestación económica de Seguridad Social, constituyendo un mero incremento que se integra dentro de la misma. Por ello, todo el régimen jurídico adicional a lo que son sus peculiaridades se efectúa con aplicación de la normativa común de Seguridad Social. Por ejemplo, como veremos más adelante, el reconocimiento del recargo corresponde básicamente a la entidad gestora de la Seguridad Social y no a la autoridad laboral en su función sancionadora ni a la autoridad judicial en su función de reconocimiento de responsabilidades indemnizatorias. Además, la entidad que lo abona es directamente la propia Seguridad Social, si bien por contra se materializa en forma de depósito por el empresario del capital coste y sin que proceda en ningún caso el anticipo por la entidad gestora aunque la empresa devenga insolvente o desaparezca. Por otra parte, que el reconocimiento del recargo va indefectiblemente unido al reconocimiento de una prestación económica de Seguridad Social de modo que la inexistencia de esta última provocará, sin lugar a dudas, la improcedencia de recargo alguno en los términos precisados por el art. 123 LGSS; del mismo modo que el porcentaje de incremento tiene como base referencial la propia de la pensión o prestación a la que va indefectiblemente unida, de modo que la cuantía absoluta del recargo ni depende del daño ni del incumplimiento sino de una regla de contributividad, que juega exclusivamente en el ámbito de la Seguridad Social.

A nuestro juicio todas y cada una de las posiciones son sólidas en la defensa positiva de las diferentes naturalezas jurídicas y son más débiles cuando rechazan las otras calificaciones jurídicas. Dicho de otro modo, la regu-

lación actual es el resultado de una acumulación aluvional de regulaciones, a la que convergen elementos normativos provenientes unos de lo sancionatorio y otros de lo indemnizatorio y otros de la protección social. A nuestro juicio, es imposible enmarcar el recargo de prestaciones en una sola de las figuras señaladas, pues parece participar de todas y cada una de ellas. Es decir, el recargo de prestaciones es sanción desde el momento en que necesita como requisito ineludible de un incumplimiento del empresario, pero también es indemnización al tener como finalidad reparar un daño causado al trabajador afectado y finalmente, es prestación de Seguridad Social al no ser sino un aumento sobre una prestación de tal índole. En definitiva, se trata de un modo de "monstruo" legal de tres cabezas en el que se suman todas las naturalezas jurídicas pudiendo afirmarse que el recargo es al propio tiempo sanción, indemnización y prestación social. Pero que en igual medida se trata de un "monstruo" legal porque cada una de sus tres cabezas responde a una lógica diversa, cuya aplicación en la práctica da un resultado que no deja de provocar significativas contradicciones, con objetivos que se repelen los unos a los otros.

Pero, lo más relevante es que el problema de la naturaleza jurídica del recargo no constituye un problema academicista, que se agota en el puro debate doctrinal, sino que lo que aquí nos interesan son sus efectos prácticos; lo esencial son las consecuencias emergentes de dicha naturaleza en lo que a la compatibilidad con otras respuestas del ordenamiento legal ante el incumplimiento empresarial pueden producirse. La principal preocupación que hoy surge en torno a esta figura, insistimos, si admitimos su carácter indemnizatorio, es la de su compatibilidad con la indemnización que por daños y perjuicios puede imponerse al empresario, vía arts. 1101 ó 1902 del Código Civil, en virtud de una responsabilidad contractual o extracontractual. Junto a ello, repetimos su carácter sancionador plantea el problema de la aplicabilidad del principio *non bis in idem*, al ser posible la imposición de una sanción penal o administrativa derivada del mismo incumplimiento empresarial que origina la procedencia del recargo de prestaciones. Trataremos a continuación de delimitar las posibles soluciones arbitradas a tales controversias.

La respuesta puede resultar muy simple en una primera lectura superficial del ordenamiento vigente. En efecto, éste declara inicialmente la plena compatibilidad en todos los terrenos. En concreto el art. 42.3 LPRL establece taxativamente que "las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones de 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"; ergo, compatibilidad a su juicio plena entre recargo y sanción administrativa. De otra parte, el art. 123.3 LGSS fija también explícitamente que "la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción"; ergo, compatibilidad a su juicio plena entre recargo y sanción penal, entre recargo e indemnización civil, entre recargo y otras responsabilidades de Seguridad Social.

Sin embargo, las cosas no están tan claras, pues tales afirmaciones han de coherarse con el resto del ordenamiento jurídico, que obliga a una interpretación de conjunto y sobre todo finalista de los principios generales. En plata, todo depende de la constitucionalidad de tales reglas legales de compatibilidad, pues hay serias dudas de que las mismas no entren en colisión con ciertas garantías constitucionales; asimismo, depende de reglas generales del ordenamiento civil en relación con el quantum indemnizatorio más allá de la compatibilidad.

En primer lugar, la compatibilidad entre recargo de prestaciones e indemnización civil debe plantearse conociendo si una y otra son independientes y, por tanto, compatibles, dejando así el recargo indemne la indemnización, o si, por el contrario, entre las mismas existen una serie de comunicaciones que hacen que la indemnización pueda resultar afectada por el recargo impuesto. A efectos de resolver la cuestión, se han pronunciado tanto los tribunales del orden jurisdiccional social como los del orden jurisdiccional civil, si bien, en sentido opuesto unos y otros.

La sala de lo civil del Tribunal Supremo admite la absoluta independencia entre una y otra figura, recargo e indemnización, admitiendo la plena compatibilidad de la responsabilidad civil con la laboral, y declarando su competencia para fijar la cuantificación del daño y de la pertinente indemnización¹⁶.

En sentido opuesto, la sala de lo social del Tribunal Supremo sustenta la necesaria comunicación entre recargo e indemnización civil, de modo que la cuantía del recargo debe, en todo caso, incidir sobre el *quantum* indemnizatorio de la responsabilidad civil, ya que el daño a reparar es único y su cuantía también¹⁷. El argumento, de gran solidez, alegado por la sala de lo social del Tribunal Supremo¹⁸ encuentra su fundamento en la teoría del enriquecimiento

¹⁶ STS (Sala 1ª) de 30-11-1998, Ar. 8785: "... es doctrina de esta sala... la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante del acto culposo, tanto en el espacio de los daños materiales como en el de los morales... de manera que la conclusión a la que llega la sentencia de la Audiencia respecto a que los daños materiales han quedado reparados por las prestaciones del INSS...quebranta aquella posición jurisprudencial...".

¹⁷ STS (Sala 4ª) de 10-12-1998, Ar. 10501: "... existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar...y debe existir, en principio un límite a la reparación del daño...Si tenemos en cuenta estos principios, no puede hablarse que estemos en presencia de dos vías de reclamación compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización...".

¹⁸ STS (Sala 4ª) de 17-2-1999, Lex Nova, j 416; también en Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, julio 1999: "la reparación no debe exceder del daño o perjuicio sufrido, o dicho de otro modo, que los dañados o perjudicados no deben enriquecerse injustamente, percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena ... En base a lo razonado, la conclusión es que para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un acci-

injusto. A este respecto señala el Tribunal la necesidad de exigir la debida proporcionalidad entre el daño causado y la reparación, de modo que esta reparación no debe exceder del perjuicio causado. Lo contrario supondría que el afectado obtuviera acumulativamente una compensación económica superior a la debida, se enriqueciera injustamente, al percibir indemnizaciones superiores al límite racional de una plena compensación. Así, producido un accidente de trabajo, la determinación de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios requerirá que previamente se detraiga o computen las prestaciones de Seguridad Social percibidas como consecuencia de dicho accidente; sólo así podrá evitarse el posible enriquecimiento injusto por parte del trabajador afectado, quien verá que su lesión, siendo idéntica a la de otro sujeto, sólo supera su valor frente al de éste último, por la concurrencia de un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

No obstante la plena corrección a nuestro juicio del criterio sustentado por la sala de lo social, ello también obliga a percibir cuales son los resultados prácticos de la aplicación de tal criterio, insistimos acertado en la interpretación de la legalidad. En concreto, la admisibilidad de dicha teoría supone, al pivotar sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de prestaciones, relegar la función profiláctica atribuida en un principio al recargo de prestaciones. Es decir, si la indemnización fijada como consecuencia de responsabilidad civil viene mediatizada por el recargo ya satisfecho, es porque se considera que éste último ya ha reparado parte de los daños causados al trabajador afectado, lo que se traduce en anular su finalidad disuasoria de los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales. Es el daño ocasionado lo que determina el mayor o menor coste económico global de lo ocurrido para el empresario, en tanto que resulta indiferente a la hora de cuantificar éste insistimos en términos globales de la mayor o menor infracción por el empleador de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Un ejemplo de como la acumulación de objetivos se repele, en esta ocasión con depreciación del efecto disuasorio de los incumplimientos.

El otro problema suscitado se origina como consecuencia de la aplicación del principio *non bis in idem*, dimanante del principio de legalidad recogido en el art. 25 de la Constitución Española. Dicho principio tiene su reflejo en la LPRL, al señalar que "no podrán sancionarse los hechos que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie, identidad de sujeto, hecho y fundamento" (art. 42.4). Ello lógicamente plantea frontalmente el problema de la compatibilidad del recargo de prestaciones con sanciones de orden penal o administrativo, a pesar de las afirmaciones tanto de la LPRL como de la LGSS en favor de la plena compatibilidad; por encima de lo que digan tales preceptos se encuentra el mandato constitucional contem-

dente de trabajo deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social, en especial cuando se deba determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del accidentado".

plado en el art. 25 CE; que la Ley admita la plena compatibilidad del recargo con las sanciones penales y administrativas no deja de ser controvertido, desde el momento en que la admisibilidad del carácter sancionador del recargo puede llevarnos a pensar —y así nos posicionamos nosotros— que la concurrencia de éste con una sanción penal o administrativa vulnera el principio *non bis in idem*. Principio que no puede considerarse salvado solamente porque un precepto legal habilite a lo contrario, cuando realmente se está sancionando dos veces por distintas vías unos mismos hechos —el accidente de trabajo producido en el marco de una relación laboral—, a un mismo sujeto —el empresario infractor— y en base a un mismo fundamento —el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales—.

Pero igualmente, si se declara la incompatibilidad entre el recargo y las sanciones tanto administrativas como penales, se verifica de nuevo una depauperación de otros objetivos, en particular el más interesante para nosotros el de carácter profiláctico en materia de prevención; ciertamente, el efecto disuasorio se obtiene exclusivamente por la vía de la sanción, pero no logra redoblarse a través del recargo de prestaciones, que indudablemente ha pretendido estar presente a lo largo de toda la historia de la institución: incorporar un plus de coerción indirecta al cumplimiento de la normativa de prevención, más allá de lo que logren indemnización civil y sanción pública.

Todo lo anterior nos conduce a pensar que el recargo de prestaciones es una figura cuya regulación está llamando a ser reformada. No se trata de dar interpretaciones y buscar adaptaciones de un precepto arcaico, sino que se está necesitando una nueva orientación.

El cambio legislativo, en nuestra opinión, debería orientarse en la línea de reforzar o dar primacía a la función profiláctica del recargo de prestaciones. Finalidad que se conseguiría identificando al empresario incumplidor, no como sujeto responsable de un recargo sobre la prestación económica pertinente, sino como sujeto responsable de la prestación en sí. La actualización de la contingencia de Seguridad Social, así como la presencia de los hechos desencadenantes de la pensión o prestación económica de Seguridad Social, deriva de una acción u omisión del empresario, en todo caso, de un incumplimiento de la legislación sobre prevención de riesgos laborales. Dicho de otro modo, se trataría de fijar una responsabilidad del empresario en el abono de parte de la pensión o prestación de Seguridad Social —no incrementándola— en base al daño ocasionado a la Seguridad Social por su conducta incumplidora. Lo absurdo es la situación actual, en la que los poderes públicos deben hacer frente a pensiones resultado de conductas incumplidoras de los empresarios en materia de seguridad. Se trataría en nuestra propuesta de una imposición de obligación indemnizatoria a los poderes públicos por los daños y perjuicios ocasionados con su actitud incumplidora; de este modo que se trataría de un modo de aplicación del art. 1902 Código Civil, como responsabilidad extracontractual del empresario frente a la Seguridad Social. Así podría arbitrase un mecanismo que, continuando enmarcado en el sistema de la Seguridad Social, como una prestación del sistema, hiciera responsable de tal prestación al

empresario, obligándole a constituir su capital-coste ante la entidad pertinente eso sí, incorporando el principio de automaticidad de las prestaciones, es decir su pago sería adelantado por parte de la entidad gestora a fin de dar cumplimiento al art. 41 de la C.E pero permitiendo repetir contra el empresario. Su cuantía podría seguir siendo entre el 30 y el 50 % y, sobre todo, cobraría toda su lógica que la misma se ponderara en función del incumplimiento de la legislación sobre seguridad en el trabajo.

Con dicha solución se conseguiría la fundamental finalidad inicialmente perseguida por el recargo, aunque viene a entrar en crisis a partir de la aplicación del criterio jurisprudencial de la prohibición del enriquecimiento injusto de la previsible incorporación del principio *non bis in idem*; es decir, con ello se lograría incentivar efectivamente, por la vía disuasoria, el cumplimiento por parte de los empresarios de la normativa relativa a la prevención de riesgos laborales. Es de suponer que el empresario velará con mayor celo y diligencia para garantizar el cumplimiento de la legislación de prevención, ante el riesgo conocido de la asunción del coste parcial de la prestación a la que tendría que hacer frente en el caso de que un incumplimiento de la normativa sobre seguridad en el trabajo ocasionara un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Finalmente, tal fórmula, permitiría superar con relativa facilidad los problemas dogmáticos de compatibilidad. De un lado, al insertarse en el estricto ámbito indemnizatorio por los daños y perjuicios ocasionados a la Seguridad Social por el empresario infractor se sitúa en el terreno de la responsabilidad extracontractual y deslindado por completo de todo tipo de sanciones, tanto administrativas como penales, sin que pudiera alegarse en modo alguno afectación del principio *non bis in idem*. De otro lado, aunque se trataría de una figura indemnizatoria, se cambia el sujeto a quien se le compensa el daño; al no existir recargo, sino mera atribución de parte del pago de la prestación social ya reconocida, no existe compensación adicional indebida en favor del trabajador causahabiente, sino compensación del daño diferenciado ocasionado a los poderes públicos. Por último, la prestación de Seguridad Social desde la perspectiva del trabajador volvería a regularse y sobre todo cuantificarse conforme a los principios que son típicos del sistema público, en el sentido de referenciarlos exclusivamente a las situaciones de necesidad y a criterios de contributividad, dejando al margen la mayor o menor culpabilidad del empleador en el desencadenamiento del hecho causante.

4.5. Procedimiento de imputación

El reconocimiento formal del recargo y su posterior satisfacción requiere la secuencia de una serie de trámites procedimentales. Ante todo, la alegación de su procedencia y, por tanto, la solicitud de su pertinencia, puede ser instada por tres diversos sujetos. En primer lugar, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, en la medida en que éste es la primera instancia pública que se persona en el centro de trabajo cuando se produce un accidente de trabajo, aunando a la incoacción del posible expediente sancionador de la LisoS lo paralelo en

materia de recargo (art. 7.8 Ley 42/1997 de 14 de Noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social). A tal fin, el Inspector deberá extender, junto al acta de infracción, un informe-propuesta en el que deberá hacer constar los hechos y circunstancias concurrentes, las disposiciones infringidas, así como también identificar, primero, cuál de las causas enumeradas en el art. 123 LGSS ha sido la determinante de la propuesta, y, segundo, el porcentaje que como recargo se propone (art. 27 del RD 928/1998, de 14 de Mayo). Igualmente, la solicitud puede ser efectuada a instancia del propio interesado o de su representante legal, en la medida en que es el directamente perjudicado por el accidente de trabajo o enfermedad profesional, el directamente beneficiario del recargo y, por ende, el titular del derecho subjetivo al recargo (art. 4.a del RD 1300/1995 de 21 de Julio). En tercer lugar, puede ser resuelta de oficio por propia iniciativa de la entidad gestora de la Seguridad Social, en la medida en que por tratarse de un recargo va indisolublemente unida en lo procedimental al reconocimiento de la pensión o prestación de Seguridad Social (art. 4.b del RD 1300/1995 de 21 de Julio). Si bien es cierto que la iniciación de las actuaciones señaladas es posible a instancia de tales sujetos sólo en los supuestos de recargo de prestaciones económicas por incapacidad permanente según los preceptos citados, hemos de entender que dicha posibilidad ha de ser extendida también a aquéllos supuestos en que el recargo solicitado lo sea respecto de prestaciones económicas distintas de la derivada de incapacidad permanente. La ausencia de previsión normativa respecto de tales supuestos se encuentra, a nuestro juicio, en el hecho de que la OM de 18-1-1996¹⁹ olvidó incluir un precepto tan claro, a los efectos que aquí nos interesan, como era el art. 7 de la Orden precedente de 1982; en este último se identifican claramente los sujetos legitimados para iniciar actuaciones en los supuestos de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad. En dicho precepto se preveía la posibilidad de que se iniciara el procedimiento para solicitar el recargo de cualquier prestación económica, tanto de oficio como por el trabajador presunto beneficiario como también por personas distintas del trabajador presuntas beneficiarias de las prestaciones económicas que podrían ser objeto de recargo. Frente a este precepto, ya derogado, el art. 16 de la OM de 18-1-1996 se limita a determinar la actuación del INSS en la materia, pero sin indicar los sujetos que pueden instar su actuación en lo que al recargo de prestaciones se refiere. Por ello creemos que tal omisión debe ser subsanada, admitiendo que tales sujetos pueden instar las actuaciones pertinentes para la procedencia del recargo y respecto de cualquier prestación económica; una interpretación finalista y lógica de la institución debe conducirnos a tal resultado.

Por otra parte, es obvio que el derecho al recargo de prestaciones económicas sólo puede ser reconocido siempre que el mismo no haya prescrito. El

¹⁹ Dictada para la aplicación y desarrollo del RD 1300/1995 de 21 de julio, sobre incapacidades laborales de la Seguridad Social, que derogó la OM de 23-11-1982, que regulaba el procedimiento aplicable a la actuación de los Institutos Nacionales de la Seguridad Social y Servicios Sociales para la evaluación y declaración de la invalidez.

plazo de prescripción aplicable en este supuesto no es otro que el reconocido para las prestaciones de Seguridad Social: cinco años a contar desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación en cuestión, sin perjuicio de las excepciones que pudiera prever la propia Ley (art. 43.1 LGSS).

Una vez iniciado el procedimiento, su resolución corresponde al Director Provincial del INSS. La resolución deberá motivarse indicando cuales son las circunstancias que han concurrido, indicándose la disposición infringida, la causa del art. 123 del LGSS que determina el incumplimiento empresarial, así como el porcentaje de incremento que se estima procedente (art. 16 OM 18-1-1996).

La resolución dictada por el Director Provincial del INSS es recurrible ante el orden social de la jurisdicción, ya que es dicho orden el que tiene atribuida competencia en materia de Seguridad Social (art. 9.5 LOPJ y art. 2.b LPL). Siendo controversia básica de esta competencia el conflicto sobre las prestaciones del sistema público de Seguridad Social, lo que existe en caso de reclamación por parte del empresario ante la citada resolución de la Dirección Provincial del INSS es una controversia sobre el recargo de una prestación de la Seguridad Social y por tanto, constituye "una cuestión litigiosa típica de Seguridad Social, en el sentido precisado por el art. 2. b) LPL"²⁰.

Sin embargo, la cuestión no deja de ser polémica desde el momento en que es posible la intervención de otras jurisdicciones en materias fronterizas.

En primer lugar, hemos de señalar que reconocido el derecho al recargo de prestaciones, el empresario debe depositar el capital coste del mismo ante la TGSS, entidad encargada de satisfacer el mismo al beneficiario. Así, se trata de materias diferenciadas, de un lado el reconocimiento del derecho a tal recargo y de otro el cobro del mismo por la TGSS reclamándolo al empresario. La impugnación que del reconocimiento del recargo pudiera hacer el empresario o el beneficiario será conocida, como hemos indicado, por el orden jurisdiccional

²⁰ STS de 27-2-1997, Ar. 1600: "... lo que aquí existe es una controversia sobre el recargo de una prestación de la Seguridad Social, que constituye una cuestión litigiosa típica de Seguridad Social en el sentido precisado por el art. 2.b) LPL... El hecho de que se haya dictado una resolución administrativa pronunciándose sobre el recargo y que esa resolución esté siendo objeto de ejecución en vía administrativa no altera esa conclusión...". En el mismo sentido, Auto del TS, sala de conflicto, de 3-11-1998, Ar. 7978: "...ha de distinguirse entre el proceso que declara la existencia de tal falta de medida de seguridad, cuando el empresario presunto infractor muestre su disconformidad con la imposición de semejante sanción, de aquellos otros supuestos en que verificada la declaración en la vía administrativa, no impugnada por el empresario, es en dicha vía administrativa donde se decide requerirle para el abono del capital coste de la renta... En el primer caso la competencia corresponde al orden social... Por el contrario, en el caso de cobro por la TGSS de los capitales coste de renta... decididos exclusivamente en vía administrativa, han de entenderse como otros de gestión recaudatoria de los incluidos en el art. 3.b) de la LPL...".

social; el cobro por la TGSS, pertenece al ámbito de la gestión recaudatoria que, en vía ejecutiva, puede efectuar directamente la propia TGSS; vía ejecutiva directa de la Administración de la Seguridad Social que, como es obvio, puede ser discutida e impugnada en vía judicial, si bien esta intervención judicial corresponde conocerla al orden contencioso administrativo (art. 3.1.b LPL)²¹.

En segundo lugar, actualmente se sigue suscitando un problema de actuación en paralelo de varios órdenes jurisdiccionales en el supuesto de que el empresario impugne la sanción que le haya sido impuesta, por presunta comisión de infracción en materia de prevención de riesgos laborales, coetáneamente con la impugnación también de la resolución por la que se le reconoce al sujeto accidentado, enfermo o sus causahabientes el recargo de prestaciones. En el primer caso, en el momento presente, es competente para conocer del asunto el orden contencioso-administrativo, al tratarse de la revisión de una sanción administrativa, es decir, de un acto de la Administración Pública sujeto a Derecho Administrativo en materia laboral (art. 3.1 LPL); en el segundo caso, recordamos, lo es el orden social de la jurisdicción. De este modo podría darse el caso que un orden jurisdiccional desestimase la existencia de infracción por parte del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, en tanto que el otro orden jurisdiccional estimara la presencia de infracción; es decir, uno levantara la sanción administrativa y el otro mantuviera el recargo, o bien a la inversa.

Un supuesto de hecho de estas características fue abordado hace ya tiempo por el propio Tribunal Constitucional. En la correspondiente sentencia, de forma muy resumida, buscó el debido punto de equilibrio, pues de un lado no pudo dejar de reconocer la independencia de conocimiento de los jueces y Tribunales de cada orden jurisdiccional, pero al propio tiempo admitió la incongruencia de que el justiciable reciba respuestas diferenciadas o cuando menos que ambas instancias deben partir de la concurrencia o no de unos mismos hechos, al margen de que los mismos puedan recibir distinta valoración o calificación jurídica en atención a la normativa que se aplica²².

Nuestro Tribunal Constitucional advirtió la necesidad de arbitrar medios para evitar contradicciones, pero sobre la presunción de que no era a él sino al

²¹ Auto del TS, sala de conflictos, de 3-11-1998, Ar. 7978, transcrito en parte en la nota precedente.

²² STC 158/1985, de 26 de Noviembre: "... si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro Ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la C.E... (Ello implica la necesidad de arbitrar medios para evitar contradicciones entre las decisiones judiciales referidas a los mismos hechos y para remediarlos si se han producido. Ello supone que si existe una resolución firme dictada en un orden jurisdiccional, otros órganos judiciales que conozcan del mismo asunto deberán también asumir como ciertos los hechos declarados tales por la primera resolución, o justificar la distinta apreciación que hace de los mismos...".

legislador a quien le correspondía actuar para hacer frente a este indudable problema. Como consecuencia de ello la LPRL ha intentado dar una solución a las posibilidades de contradicción en este campo, si bien lo ha hecho con una fórmula poco satisfactoria y nada ortodoxa. En concreto, conforme a su art. 42.5 "la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de la Seguridad Social". A nuestro juicio, la solución ofrecida por el legislador no es la más acertada padeciendo una serie de defectos que se hace necesario resaltar. En primer lugar, parcialidad, ya que la vinculación del orden social es únicamente respecto de la declaración de hechos probados contenida en la sentencia del orden contencioso-administrativo, y no respecto a si hubo o no incumplimiento por parte del empresario en materia preventiva. En segundo lugar, incongruencia, pues debería ser el orden social quien condicionara en este punto al contencioso y no viceversa como se postula en la LPRL, pues se trata de una materia que siendo típicamente social, de aplicación de legislación laboral y no administrativa, pues refiere directamente a un presunto incumplimiento de la normativa relativa a la prevención de riesgos laborales; por contra cuando interviene en esta materia el orden contencioso administrativo viene a actuar en clave prejudicial, para resolver acerca de un acto administrativo sancionatorio.

Esta materia puede dar un nuevo giro en el inmediato futuro si se cumplen determinadas previsiones parlamentarias. En concreto nos referimos a nueva redacción dada al art. 3 de la Ley de Procedimiento Laboral²³. Dicha modificación supone una previsión de atribución futura a los órganos jurisdiccionales del orden social del conocimiento de las pretensiones que versen sobre resoluciones administrativas relativas a la imposición de sanciones por todo tipo de infracciones de orden social. Eso sí, la entrada en vigor de dicha atribución se posterga en el tiempo, pues lo condiciona a que el Gobierno, cumpla con el mandato que le efectúa simultáneamente, para que presente el correspondiente proyecto de Ley de incorporación de modalidades y especialidades procesales correspondientes. El plazo de 9 meses concedido al Gobierno se ha agotado en el momento de redactar este trabajo sin que el ejecutivo haya presentado el pertinente proyecto de Ley, por lo que el cambio de atribución de conocimiento jurisprudencial parece que se va a dilatar en el tiempo, si realmente llega a producirse en el breve plazo.

En todo caso, pueden efectuarse algunas consideraciones de anticipo en la hipótesis de trabajo de que se verifique dicho cambio de conocimiento. En

²³ Redacción primero conforme al tenor de la disp. adic. 5ª de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, inmediatamente modificada por la disp. adic. 24.2 de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

concreto a nuestro juicio la solución ofrecida por sí sola no solventa el problema de fondo, pues el simple hecho de que todo se remita al mismo orden jurisdiccional no solventa la posible contradicción, si ambas pretensiones discurren por caminos separados; puede que se dé la circunstancia de que, aun dentro del mismo orden jurisdiccional, dos sean los órganos judiciales llamados a conocer: uno de la existencia o no de infracción y otro de la procedencia o no del recargo, pudiéndose llegar igualmente a soluciones discrepantes. Ante todo sería imprescindible derogar el art. 42.5 LPRL, ya que al atribuir competencia en la materia exclusivamente al orden social carece de sentido la referencia, en lo que al recargo de prestaciones se refiere, al orden contencioso-administrativo. Pero, además, lo más práctico y relevante, sería muy oportuno facilitar la acumulabilidad de acciones y de autos, haciendo que un mismo órgano judicial sea llamado a conocer de ambos asuntos y que sólo una sea la resolución judicial dictada.

Finalmente, en determinados supuestos puede apreciarse que la conducta del empresario incumplidor en materia de prevención de riesgos laborales puede ser constitutiva de delito. En tales casos el art. 16.2 de la Orden de 16-1-1996 dispone que cuando se conozca la existencia de algún procedimiento judicial en la vía penal por los mismos hechos que motivan el recargo, se suspenderá el expediente en este sólo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento; asimismo el art. 3 de la Ley 8/1988 de la LISOS, que proclama la suspensión del procedimiento sancionador hasta tanto se dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento penal. Por contra, algunas resoluciones judiciales se manifiestan en sentido contrario al considerar que el procedimiento instado para el reconocimiento del recargo debe ser insertado en el ámbito de la Seguridad Social y no en el ámbito del derecho sancionador y además porque si bien es incompatible sanción penal y sanción administrativa no existe tal incompatibilidad entre sanción penal y recargo²⁴. Con independencia de cual sea la solución al anterior dilema, más nos interesa resaltar que en todo caso la sanción penal puede venir acompañada de una indemnización como consecuencia de la responsabilidad civil dimanante de la penal. Y he aquí de nuevo el problema que planteábamos acerca de la necesaria conexión entre la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios y el recargo de prestaciones, atendiendo al posible resultado de enriqueci-

miento injusto por parte del beneficiario del recargo. En definitiva, la suscripción del expediente en lo que al recargo de prestaciones se refiere permitirá: resuelta la vía penal y concretadas en su caso las indemnizaciones correspondientes, puedan ser estas tenidas en cuenta a la hora de determinar el recargo de prestaciones; de otro lado, de funcionar la hipótesis de la no suscripción cuando menos debe atenderse a una obligada consideración de la cuantía fijada en la primera sede por parte de la segunda.

²⁴ STSJ de País Vasco de 19-1-1999, Ar. 14: "... no es aplicable el precepto que se dice infringido en estos expedientes (art. 3 LISOS), por encuadrarse tal recargo en el ámbito de la relación de Seguridad Social y no en el distinto ámbito del Derecho sancionador del Estado en materia social... El art. 3 LISOS regula la concurrencia con el orden jurisdiccional penal, poniendo de manifiesto una inequívoca incompatibilidad entre la sanción penal y la sanción administrativa, pero no entre la sanción penal y el recargo por falta de medidas de seguridad que aun representando una clara sanción a cargo exclusivo de la empresa, no es administrativa sino prevista y regulada por la normativa de Seguridad Social...". En el mismo sentido, STSJ de Madrid de 19-12-1995, Ar. 4830 y STSJ de Ca—sò- La Mancha de 18-1995.