

# ¿Un motivo más para la desaparición en nuestro derecho de la institución del recargo de prestaciones?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 149/2019, de 28 de febrero](#)

**Francisco José Villar del Moral**

*Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)*

## 1. Legislación aplicable al caso

El [artículo 164.1 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) sigue reconociendo el recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad y salud, al igual que el [artículo 123 de la LGSS de 1994](#).

Los artículos [4.2 d\)](#) y [19.1](#) del Estatuto de los Trabajadores y [14.1 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#) (LPRL) reconocen el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, cuya contrapartida es la obligación del empresario de adoptar cuantas medidas de seguridad sean pertinentes, atendiendo a la naturaleza particular del trabajo a efectuar.

De otro lado, y de conformidad con el [artículo 14.2 de la LPRL](#) antes citada, en cumplimiento del deber de protección, el empresario debe garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con su trabajo, debiendo adoptar, según el [artículo 17.1](#) de la misma ley, las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos.

**Cómo citar:** Villar del Moral, F. J. (2020). ¿Un motivo más para la desaparición en nuestro derecho de la institución del recargo de prestaciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 149/2019, de 28 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 164-174.

## 2. Antecedentes de hecho y judiciales del caso y términos de la contradicción

El accidente ocurrió cuando el trabajador, realizando las funciones propias de su categoría de instalador y reparador de equipos electrónicos y suficientemente informado para su labor, así como informado de los riesgos de la misma, se encontraba realizando, junto con otros compañeros, la tarea de sustitución de una torre metálica a la que amarró los cables procedentes del entronque existente, momento en el que recibió una tensión de retorno a través de la fase proveniente de aquella, lo que ocurrió porque el jefe del equipo, oficial de primera designado como jefe de descargo y encargado de desconectar las fuentes de tensión de la línea, olvidó realizar esa labor. El accidente causó lesiones al trabajador accidentado y motivó el despido del jefe del equipo, superior inmediato, que se encontraba en el lugar; despido que fue declarado procedente por la sentencia de instancia y la de suplicación, al considerarlo responsable de no haber adoptado las medidas de desconexión para crear una zona de seguridad para el trabajo, obligación propia que incumplió haciendo caso omiso del protocolo de operaciones de alta tensión, lo que fue causa del siniestro. A la empresa, tras el oportuno expediente, le impuso el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) un recargo de las prestaciones del 30 % por falta de medidas de seguridad.

El Juzgado de lo Social número 1 de Tortosa, en autos núm. 520/2015, seguidos a instancias de Sociedad Española de Montajes Industriales, SA, contra el INSS, Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y el trabajador recurrente, en proceso sobre recargo de prestaciones, dictó sentencia el 31 de mayo de 2016, en la que desestimó la demanda presentada por esa mercantil contra el INSS, la TGSS y el trabajador accidentado, absolviendo a los codemandados de los pedimentos contra ellos formulados, confirmando la resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 26 de mayo de 2015 en expediente de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, declarando el recargo del 30 % de las prestaciones consecuencia del accidente sufrido por el trabajador el 26 de octubre de 2014.

La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación por aquella sociedad ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 21 de octubre de 2016, en la que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa revocó la citada resolución, absolviendo a la recurrente de la pretensión deducida en su contra. Ese pronunciamiento lo ha fundado en que el siniestro no es imputable a ella, que dio a sus empleados la formación suficiente, los previno de los riesgos y los informó de cómo evitarlos y adoptó las medidas de prevención necesarias, sin que se le haya imputado déficit alguno de prevención, siendo el siniestro imputable al jefe del equipo que incumplió el protocolo de actuación existente y no ejecutó las labores de desconexión que le correspondían, conducta determinante del siniestro que suponía una grave imprudencia que había justificado su despido y suponía una ruptura del nexo causal que debe existir entre el accidente y el proceder de la empresa, cuyo deber de vigilancia no podía extenderse al constante y exhaustivo control de sus empleados en todo momento.

La cuestión planteada en el presente recurso de casación consiste en resolver si procede la imposición a la empresa empleadora del recargo por falta de medidas de seguridad, que reclamó el actor en su demanda por causa del accidente de trabajo que sufrió el 26 de octubre de 2014. Como sentencia de contradicción se esgrime por la dirección letrada del trabajador la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en fecha 20 de diciembre de 1999 (rec. 4628/1996). La sentencia de contraste decide imponer el recargo porque no comparte el argumento de que no exista nexo causal entre la conducta de la empresa y el accidente acontecido, sino, como mucho, la existencia de una orden incorrecta al mandar el encargado de la empresa Fenosa al trabajador fallecido y a su compañero subir a la torreta. El encargado, jefe de brigada o jefe del trabajo, dirige el trabajo por designación o delegación empresarial, asumiendo así la responsabilidad del trabajo y de las medidas de seguridad en nombre de la empresa; delegación que no exime al empresario de responsabilidad en orden a la prevención del riesgo laboral ni de las consecuencias derivadas de negligencia, imprudencia o tolerancia.

La sala admite la procedencia del recurso, apreciando que existe la identidad sustancial que requiere el [artículo 219 de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#), por cuanto, aunque existen hechos diferenciales, los hechos contemplados en cada caso son sustancialmente iguales.

### 3. Fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Supremo

El motivo del recurso dedicado al examen del derecho aplicado se limita a denunciar la infracción del [artículo 123 de la LGSS de 1994](#), hoy [artículo 164](#) del nuevo texto refundido, por concurrir todos los elementos necesarios para la imposición del recargo: comisión de una infracción, producción de un daño y nexo causal entre uno y otro elemento. El recurso no desarrolla con detalle la concurrencia de estos elementos con la prolijidad requerida, pero su enunciado y las afirmaciones que hace obligan a la sala a efectuar un examen detenido sobre la concurrencia de los mismos.

#### 3.1. Sobre la infracción de normas de seguridad

Sobre la infracción de normas de seguridad cometida, el recurso de casación se remite al acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo, donde se imputa la infracción del [anexo 1, punto 1.16, del Real Decreto 1215/1997](#), sobre los equipos de trabajo. Todo ese real decreto se limita a reglamentar cómo deben ser los equipos de trabajo, pero ninguna de sus normas concretas parece que fuese infringida, pues consta que los trabajadores estaban formados y habilitados para el trabajo a realizar y que el accidente no se debió a la falta de unos equipos de trabajo adecuados, sino a la negligencia del jefe de servicio. Asimismo, la Inspección alude a la infracción del [artículo 2 del Real Decreto 614/2001](#), en relación con el [apartado A.1 del anexo II](#) del mismo.

Pero esta infracción tampoco se produjo, porque el protocolo de actuación contemplaba en primer lugar la desconexión de la tensión, labor encomendada a un trabajador cualificado, cuya preparación no se ha puesto en duda, y que era precisamente el jefe del equipo, quien obró negligentemente y no cumplió su misión.

Consiguientemente, para el Tribunal Supremo (TS), no existe una norma de seguridad concreta o previsible cuya infracción sea imputable a la empresa. Si no se ha producido la infracción de una norma de seguridad, no cabe imponer un recargo de prestaciones, que, precisamente, sanciona las infracciones de normas concretas, aunque sea por falta de previsión, esto es, las que se debieron prever con arreglo a las circunstancias en las que se ejecutaba el trabajo. En este sentido, el [artículo 5.2 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) (LISOS) considera infracciones laborales en esta materia los incumplimientos de normas legales, reglamentarias y disposiciones normativas de los convenios colectivos, luego el recargo requiere la infracción de una norma concreta sobre la materia. Es cierto que los artículos 14 y 15 de la LPRL obligan al empresario a preparar un plan de prevención y a prever las imprudencias no temerarias de sus trabajadores, pero lo que resulta difícil de prever y vigilar es el incumplimiento por el encargado de la principal misión que tiene.

### 3.2. Sobre la existencia de lesión y el nexo causal (la culpabilidad)

Sobre la existencia de una lesión y del necesario nexo causal entre la supuesta infracción y la lesión poco se puede argumentar, pues la lesión es consecuencia del accidente sufrido por el trabajador demandante y, por ello, la cuestión queda reducida a determinar si es necesario que concurra la culpa del empresario infractor y si de su responsabilidad culposa lo libera el hecho culposo de un «tercero», aunque no sea ajeno a la empresa.

Sobre la culpa:

- a) [La cuestión de si la infracción sancionable con el recargo debe ser dolosa o culposa o si bastará con cometerla para su imposición](#)

Los artículos 1 y 5 de la LISOS omiten cualquier referencia al dolo o culpa del sujeto infractor como elemento necesario para la imposición de la sanción. Los tipos descritos en los [artículos 11 y siguientes](#) tampoco exigen la concurrencia de ese elemento subjetivo del injusto, ni tan siquiera distinguen entre infracciones culposas o dolosas. Sin embargo, la doctrina constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 76/1990, de 26 de abril, entre otras) y la jurisprudencia vienen exigiendo la traslación al ámbito de la potestad administrativa sancionadora de los principios constitucionales que limitan la responsabilidad penal; principios entre los que se encuentra el de la culpa, que impide toda clase de responsabilidad objetiva y exige la concurrencia siempre de dolo o culpa, aunque sea levisima, para poder sancionar. La culpa está conectada con la diligencia que es exigible al

deudor en cada supuesto. En esta materia es exigible la máxima diligencia objetiva y técnicamente. Por ello, como se deriva del artículo 5 de la [Directiva 89/391/CEE](#), solo impedirán la existencia de culpa y el nacimiento de responsabilidad aquellos hechos extraños por completo al sujeto responsable, como son las situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y situación de necesidad. Sin embargo, el error o la imprevisión no liberarán de culpa leve, porque el patrono debe conocer su industria y prever los diferentes riesgos.

## b) Doctrina sobre la culpa

El requisito típico de la responsabilidad es que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia (arts. [1.101](#), [1.103](#) y [1.902](#) Código Civil –CC–). Además debe recordarse el [artículo 1.105 del CC](#).

La exigencia de culpa ha sido flexibilizada por la jurisprudencia, que, debatiéndose entre las exigencias de un principio de culpa y del principio de responsabilidad objetiva, ha llegado a configurar una responsabilidad cuasi objetiva, pues, aunque no ha abandonado la exigencia de un actuar culposo del sujeto, ha ido reduciendo la importancia de ese obrar en el nacimiento de esa responsabilidad bien mediante la aplicación de la teoría de riesgo, bien por el procedimiento de exigir la máxima diligencia y cuidado para evitar los daños, bien invirtiendo las normas que regulan la carga de la prueba. La clave de este cambio radica en la forma de abordar el problema de la apreciación y valoración de la culpa, en que debe tenerse en cuenta que, como la carga de la prueba, conforme al [artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil \(LEC\)](#), gravita sobre el empresario, será este quien deba probar que obró con la diligencia debida, que adoptó todas las medidas de seguridad reglamentarias y las demás previsibles en atención a las circunstancias y que el hecho causante del daño no le era imputable.

El [artículo 1.104 del CC](#), aplicable en los supuestos de responsabilidad contractual, considera que existe culpa o negligencia del deudor (de seguridad) cuando el mismo omite aquella diligencia que requiere la naturaleza de su obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Añade, además, que, cuando la obligación no exprese la diligencia exigible, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia; mandato que la jurisprudencia interpreta en el sentido de ser exigible la diligencia que adopta una persona razonable y sensata que actúa en el sector del tráfico mercantil, comercial, industrial o social de la misma clase de actividad que se enjuicia. Por consiguiente, es el empresario quien debe probar que obró con la diligencia que le era exigible y que el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad de sus empleados no le era imputable, pues así se deriva de lo dispuesto en los preceptos citados y en el [artículo 1.183 del CC](#). Lo que es lógico, ya que el daño prueba la realidad del incumplimiento imputable al deudor mientras no acredite lo contrario, esto es, que hizo todo lo posible para cumplir con su obligación.

Estas ideas son las que han motivado la [Sentencia de la Sala Cuarta de 30 de junio de 2010 \(rec. 4123/2008\)](#), dictada en Sala General. En ella, sobre la base de que el empresario es deudor de seguridad, se concluye que estamos ante un supuesto de responsabilidad

contractual, lo que conlleva, conforme a los artículos [217 de la LEC](#) y [1.183 del CC](#), que sea el empresario quien deba probar que actuó con toda la diligencia que le era exigible, quedando exento de responsabilidad, como en esta sentencia se dice:

[...] cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario (argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL), pero en todos estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasi objetivos en que la misma está concebida legalmente.

Doctrina que no objetiva la responsabilidad del empresario por las razones que da la [sentencia comentada](#) y que antes se expusieron. Esta doctrina ha sido recogida por el [artículo 96.2 de la LRJS](#). Conviene aclarar que no existirá culpa del patrono-deudor cuando pruebe que obró con la diligencia exigible, que el acto dañoso no le es imputable por imprevisible o inevitable. Quedará liberado en los supuestos del [artículo 1.105 del CC](#).

### c) Acto culposo de un tercero

En principio no será responsable el empresario del acto de un tercero ajeno a la empresa salvo supuestos excepcionales en que tuviera que haber previsto los riesgos de la actuación de empleados de las empresas con las que contrató algún servicio; cuestión ajena a este procedimiento. El problema plantea de inicio más complejidad cuando se trata de acciones de un tercero empleado por él, esto es, de un compañero del accidentado. Para resolverlo, la sala hace primero una serie de consideraciones:

- Primera. El [artículo 14.2 de la LPRL](#), que obliga al empresario a garantizar la seguridad y salud de sus empleados en el trabajo y a realizar toda la actividad preventiva necesaria, debe ser interpretado a la luz de los artículos 4.2, 12 a) y 16, entre otros, del [Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo \(OIT\)](#), así como del artículo 5 de la [Directiva 89/391/CEE](#) que lo implementa en nuestro derecho. Son normas que obligan a la adopción de las medidas que sean razonables y factibles y que permiten a los Estados excluir y minorar la responsabilidad de los empresarios por hechos y circunstancias que les sean ajenos o sean anormales e imprevisibles o que no se hubieran podido evitar a pesar de la diligencia empleada. En este sentido, la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2007 \(asunto C-127/05\)](#) da por buena la norma contenida en el artículo 2 de la ley del Reino Unido que obliga a garantizar la seguridad de los trabajadores en la medida en que sea razonable y viable.
- Segunda. Lo antes dicho abona la doctrina del TS sobre la inexistencia de responsabilidad objetiva y la exigencia de un principio de culpa que determine la responsabilidad

del empleador, así como que sea él quien venga obligado a probar que obró con la diligencia debida: la exigible conforme a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, de tiempo y lugar y, en definitiva, a un buen empresario de la misma actividad en que se encuentre encuadrado (art. 1.104 CC). También apoya esta solución, como se dijo antes, la necesidad de incentivar al empresario empleador de las normas de prevención, porque, en otro caso, la objetivación de su responsabilidad desmotivaría el gasto en prevenir siniestros.

- Tercera. En cuanto a la culpa de terceros, cuestión con más envidia es cuando el causante es un trabajador de la empresa, sea o no el accidentado. Sobre este particular debe destacarse, en primer lugar, que, conforme al artículo 15.4 de la LPRL, el plan de prevención «deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador»; actuaciones que, por ende, no liberan de responsabilidad a quien debió haberlas previsto y tomado las oportunas medidas preventivas, como remacha el artículo 96.2 de la LRJS. Diferente es el supuesto en el que haya existido imprudencia temeraria del trabajador accidentado o de un compañero. De salida conviene señalar que la imprudencia temeraria del accidentado libera a su patrono de responsabilidad, conforme a los artículos 115.4 y 123.1 de la LGSS de 1994 (hoy arts. 156.4 y 164.1 del vigente texto refundido de esa ley), en relación con el artículo 15.4 de la LPRL.

A igual solución debe llegarse en los supuestos de dolo o imprudencia temeraria de otro empleado, porque esa actuación dolosa o temeraria era difícil de prever y de evitar, como nos muestra el artículo 15.4 de la LPRL cuando no obliga al patrono a prever ese tipo de actuaciones imprevisibles. En efecto, es difícil de prever que un jefe de equipo, formado, capacitado e instruido para la realización de trabajos eléctricos con alta tensión, omita realizar su principal misión, según el protocolo de actuación establecido, desconectar la tensión antes de iniciar los trabajos a realizar; acción omisiva que fue la causa del accidente. Esta acción puede calificarse de temeraria, porque violó una norma que le imponía, primero, advertir la inminencia y gravedad del peligro y, segundo, actuar de acuerdo con el protocolo establecido para evitar el riesgo existente para él y para los compañeros de trabajo a sus órdenes; esto es, infringió los deberes objetivos que tenía y las órdenes expresas recibidas que las más elementales normas de prudencia le obligaban a cumplir, lo que fue la causa del daño producido; actuación calificable de temeraria, grave según el Código Penal vigente (arts. 5, 10, 12, 152, 317 y otros); calificación concreta que no procede hacer aquí, aunque sí dejar constancia de que obró con omisión de las más elementales normas de prudencia que deben observarse cuando existe riesgo para la integridad física de otros y propia, omisión que dio lugar a su despido que fue calificado de procedente.

Consecuentemente, la culpa fue exclusiva del encargado del trabajo, jefe de equipo, y no cabe imponer el recargo a la empresa que tomó las medidas de prevención necesarias y no es culpable de la negligencia grave con la que obró su empleado.

- Cuarta. Sobre la *culpa in vigilando*. La responsabilidad civil por los actos de los empleados, que tiene su origen en el [artículo 1.903 del CC](#) y que supone la obligación de reparar los daños causados culposamente por los auxiliares (empleados) del empresario para realizar su actividad, también llamada «responsabilidad vicaria», supone el establecimiento de esa responsabilidad sin que intervenga la culpa del empleador, quien responde civilmente por los actos de su auxiliar que no respeten «el estándar de conducta exigible», que no actúe con la diligencia exigible y cause un daño. En estos casos de «responsabilidad vicaria» por el acto del empleado, pero sin culpa del empresario a quien se le hace responsable del acto de otro, por no haber controlado debidamente su actividad, resulta que la responsabilidad que se le impone es sin culpa.

Si ello es así, la llamada «*culpa in vigilando*» podrá justificar la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios causados, así como la condena al pago de la misma. Pero una cosa es la responsabilidad civil por el acto de un empleado y otra diferente la responsabilidad penal y la administrativa por la comisión de infracciones penales o administrativas, cuya sanción requiere la culpa del infractor, cual sucede con el recargo de prestaciones que tiene naturaleza sancionadora, lo que obliga a interpretar esa responsabilidad de forma estricta ([STC 81/1995, de 5 de junio](#)), esto es, exigiendo la culpa de la empresa de forma más rigurosa que cuando responde civilmente por actos de sus empleados. En apoyo de esta solución pueden citarse los artículos 4.2, 12 a) y 16, números 1 y 2, del [Convenio 155 de la OIT](#), que nos dicen que deben tomarse medidas «razonables y factibles».

Pues bien, dado que en el presente caso el siniestro acaeció cuando se sustituía una torre de un tendido eléctrico, la pregunta es si era razonable y factible que el empresario (persona jurídica) estuviese allí controlando la operación, al igual que en otros lugares donde se estuvieran realizando actividades peligrosas, o bastaba con haber enviado a realizar esa misión a personal formado y suficientemente cualificado con un jefe de servicio igualmente cualificado y con un protocolo de actuación conocido por todos. La respuesta es que no es razonable y factible esta exigencia, solución apuntada y seguida por la sentencia recurrida, porque sería diabólico exigir al titular de la empresa el don de la ubicuidad para estar presente en todos los lugares en que se desarrollan actividades de peligro. La LPRL no establece expresamente esa obligación, salvo aparentemente en su [artículo 17](#), que no parece que se violara en el presente caso usando los equipos adecuados y personal formado, sin que conste infracción alguna de lo dispuesto en los Reales Decretos [1215/1997, de 18 de julio](#), sobre equipos de trabajo, y [773/1997, de 30 de mayo](#), sobre equipos de protección.

Las precedentes consideraciones –según el TS– obligan a estimar que la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida, porque no existió infracción imputable a la misma, ni medió culpa en su actuación. Consiguientemente, procede su confirmación y la desestimación del recurso.



## 4. Consideraciones finales

Dada la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones a que se refiere el [artículo 123 de la LGSS de 1994](#), la doctrina jurisprudencial viene exigiendo, entre otros requisitos que no vienen al caso, que por parte de la empresa no se haya adoptado alguna de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene exigibles, atendidas las características específicas de cada actividad laboral, así como los criterios de normalidad y razonabilidad recogidos en el artículo 16 del [Convenio 155 de la OIT](#) y los principios de la acción preventiva ([art. 15 LPRL](#)); y, de otra parte, que exista una relación de causalidad entre la omisión imputable a la empresa y el daño producido; nexo causal que únicamente puede romperse cuando la infracción es enteramente imputable al propio interesado o por la conducta relevante de un tercero.

En todo caso, la LPRL, en su [artículo 14.2](#), especifica que, «en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo [...]». En el [apartado 4 del artículo 15](#) señala que «la efectividad de las medidas preventivas deberá prever [incluso] las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador». Finalmente, el [artículo 17.1](#) establece que «el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores».

El supuesto regulado en el [artículo 164 de la LGSS](#), relativo al recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, constituye, pues, una normativa propia y específica, independiente y cerrada, sin que resulte aplicable de modo directo ni analógico ninguna otra sobre responsabilidad empresarial. Por tanto, es distinta a la responsabilidad penal, civil, administrativa, y se rige por distintas normas, teniendo una discutida naturaleza no solo sancionadora, sino también preventiva y como modalidad reparadora del derecho de daños, también prestacional.

En esta dirección, la [STS de 23 de marzo de 2015 \(rec. 2057/2014, Pleno\)](#), seguida por otras muchas, afrontó la ontología del recargo como presupuesto para decidir si el nuevo empresario se subroga en las obligaciones derivadas de incumplimientos realizados por el anterior. Allí se mantiene la naturaleza plural del recargo –resarcitoria y preventiva/punitiva– sin inclusión en ninguna categoría jurídica novedosa, por considerar que ello no solamente podría dar lugar a disfunciones imprevisibles, sino que es innecesario. Eso sí, a los efectos de la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo, ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva. Sin embargo, recordemos que tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de «prestación» en los más variados aspectos ([STS de 15 de septiembre de 2016, rec. 3272/2015](#)).

Pero primar el carácter prestacional puede provocar consecuencias, a mi modo de ver, también injustas, que atentan al principio de culpabilidad y proporcionalidad de la sanción que también implica el recargo, pues, al imponer un porcentaje de recargo de prestaciones único, cuando concurren diversas empresas infractoras a las que se condena de manera solidaria, pero que han incumplido de manera muy distinta las obligaciones preventivas que inciden en el nexo causal, puede provocar consecuencias y situaciones muy llamativas. Ejemplo de ello es la reciente [Sentencia del TSJ de Andalucía/Granada de 27 de junio de 2019 \(rec. 2722/2018\)](#), donde se sancionó paralelamente en vía administrativa a las dos empresas, sin perjuicio de que la recurrente que perdió el recurso pueda instar de la otra empresa obligada solidariamente y en vía de regreso las compensaciones oportunas en vía civil, por la mayor incidencia causal de la conducta de la obligada solidaria, ex [artículo 1.145, 2.º, del CC](#). No obstante, como regla general, ha entendido la jurisprudencia que produce efecto positivo de cosa juzgada una previa sentencia firme que dirimió el mismo accidente de trabajo, entre un proceso de recargo de prestaciones y una acción de reclamación de cantidad para reparar los daños y perjuicios en definitiva surgidos del mismo accidente de trabajo. Como resolvió la [STS de 12 de julio de 2013 \(rec. 2294/2012\)](#), aunque median diferencias entre las dos instituciones (recargo/indemnización civil) que son objeto de decisión en los respectivos procedimientos, existe:

[...] un elemento constitutivo de ambos institutos –recargo e indemnización– [que] tiene que ser objeto de decisión en las dos controversias [...]: la relación de causalidad entre la infracción de las normas de seguridad y las lesiones derivadas del accidente [...]. Las diferencias existen, pero también los elementos de identidad y entre ellos la relación de causalidad se sitúa en un plano en el que no cabe desconocer [...].

Pues bien, es precisamente atendiendo a la triple finalidad antes apuntada vinculada a su discutida naturaleza que las soluciones que el Alto Tribunal ofrece a los casos concretos que se le someten ofrezcan soluciones aparentemente contradictorias, pues, a veces, como en el presente, prima el aspecto sancionador, a fin de excluir la responsabilidad empresarial, mientras, otras veces, para extender la responsabilidad incluso a empresas ajenas o a terceros del inicial empresario infractor, prima y destaca más el carácter prestacional, para garantizar el más amplio resarcimiento a las víctimas o a sus herederos, vaciando de contenido el principio de personalidad y culpabilidad del derecho sancionador clásico.

La prohibición de aseguramiento derivada del carácter punitivo y sancionador de este tipo de siniestro se ha dicho que pone en peligro en muchos casos, dada la peculiar estructura productiva del tejido empresarial español, con un 90 % aproximadamente de autónomos y pymes, la propia supervivencia de la empresa y la continuidad del resto de relaciones laborales. Esta vertiente sancionadora es la que prima en la solución que adopta el TS. Desde esta óptica considero correcta la solución adoptada. No obstante, cuando una institución genera en los operadores jurídicos tan intenso debate y ofrece soluciones no acordes y

aparentemente contradictorias, deja de servir con eficacia al principio de seguridad jurídica que proclama el [artículo 9.3 de la Constitución](#) y de tener esa utilidad preventiva, que puede suplirse y lograrse también con la tipificación y agravamiento de las sanciones en materia preventiva y de seguridad y salud laboral en la [LISOS](#) y reforzando el sistema resarcitorio y compensatorio por los daños y perjuicios irrogados a consecuencia de ese siniestro o contingencia profesional.