

M.<sup>a</sup> ISABEL PARADA TORRALBA

*Licenciada en Derecho  
Universidad Complutense de Madrid*

**Extracto:**

**EL** presente artículo recoge un completo análisis de una compleja figura jurídica, cual es el recargo en prestaciones de la Seguridad Social derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional, a imponer cuando concurren faltas de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

Como es sabido, dicha figura es una de las diversas consecuencias que se derivan de un accidente o enfermedad laboral en que concurra la citada falta de medidas, debiendo adicionarse la posible responsabilidad penal, civil y administrativa.

Se procura examinar, fundamentalmente, los problemas de duplicidad sancionadora y tipicidad, así como los complejos requisitos de infracción, nexos causal y culpabilidad; de ineludible exigencia para la procedencia del mencionado recargo en prestaciones.

Su finalidad, por tanto, es ofrecer un profundo análisis teórico-práctico de un instituto jurídico íntimamente vinculado a una materia tan actual, problemática y humana como es la prevención de los riesgos laborales.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
    - 1. Seguridad e higiene en el trabajo. Análisis básico.
    - 2. Entorno normativo de seguridad e higiene. Carácter mínimo.
  - II. Concepto del recargo.
  - III. Naturaleza jurídica.
    - 1. El recargo: indemnización o sanción.
    - 2. El recargo-sanción. Interpretación restrictiva.
    - 3. El problema de la tipicidad.
    - 4. La difícil convivencia con el principio *non bis in ídem*.
  - IV. La existencia del recargo: requisitos.
    - 1. Infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales.
    - 2. Nexo causal.
    - 3. Culpabilidad.
  - V. Cuantía del recargo.
  - VI. Responsabilidad en supuestos de contratas y subcontratas en orden a la imposición del recargo.
- Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Seguridad e higiene en el trabajo. Análisis básico.

Si bien es cierto que el objeto del presente trabajo es el estudio del recargo en las prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y de toda su problemática, no puede obviarse que el tema se encuentra conectado con otro, más amplio y en el cual se inscribe: el de la seguridad e higiene en el trabajo -hoy prevención de riesgos laborales -entendido como derecho básico de todo trabajador. Es éste el motivo que lleva a hacer una breve pero obligada referencia a dicho derecho.

Cuando se habla de seguridad e higiene en el trabajo se está haciendo referencia a los medios que se articulan para organizar la actividad productiva de tal manera que se eviten daños a la integridad de los trabajadores, se proteja su salud, y se consigan las mejores condiciones de bienestar en los puestos de trabajo.

La Constitución Española reconoce de forma genérica en su artículo 43.1 el derecho a la protección de la salud, y, ya específicamente, y reconociéndose la mayor peligrosidad para la salud de los ambientes de trabajo, el artículo 40.2 encarga a los poderes públicos que velen por la seguridad e higiene en el trabajo.

Lógicamente, el Estatuto de los Trabajadores -en adelante ET- recoge el derecho que ostenta cada trabajador en la prestación de sus servicios a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en su artículo 19.1.

Aparece igualmente en el panorama normativo la Ley 30 /1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales -en adelante LPRL- que, al tiempo que constituye desarrollo del mandato constitucional, es transposición de la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores.

Paralelamente a este derecho de todo trabajador aparece el deber empresarial de su protección, con una doble y clásica proyección:

- Obligación privada [arts. 4.2 e) y 19.1 ET] de cuyo incumplimiento derivan responsabilidades indemnizatorias,
- Deber jurídico-público frente al Estado de cumplir la normativa en la materia (básicamente la LPRL y demás normas legales y convencionales), de cuya infracción derivan responsabilidades administrativas e incluso penales.

Conveniente resulta en este punto mencionar (aun de forma anticipada) que, en caso de producirse un accidente o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad, el empresario, además del resto de sanciones que procedan, está obligado a pagar un recargo de cuantía variable en las prestaciones que reciba el trabajador; es de dicho recargo del cual se ocupa este trabajo.

Este deber empresarial también se extiende a proporcionar instrucción y medios de protección a los trabajadores sobre seguridad (art. 19.4 ET) y, además, debe ejercer una vigilancia permanente para que las medidas de seguridad efectivamente se apliquen.

## 2. Entorno normativo de seguridad e higiene. Carácter mínimo.

La normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo tiene un contenido material sustantivo compuesto por normas técnicas relativas tanto al medio físico donde el trabajo se presta (temperatura, ruidos, ventilación, etc.), como a las máquinas o instrumentos utilizados o a los medios de protección personal (cascos, gafas, etc.).

La normativa aplicable en este campo es extensísima, por la sencilla razón de que a cada sector le son de aplicación unas concretas medidas de seguridad en función de la actividad desempeñada. Es por ello que la normativa general que se detalla a continuación no agota las prescripciones en la materia, existiendo numerosas normas sectoriales, incluso Convenios de la OIT, como el número 13 (relativo al empleo de la cerusa en la pintura), el 115 (referido a la protección de los trabajadores contra las radiaciones ionizantes), o el 136 (que aborda el tema de la protección frente a los riesgos de intoxicación por el benceno). Completando el panorama normativo, y debido al mismo motivo, frecuentemente los Convenios Colectivos contienen prescripciones de esta naturaleza.

Esta proliferación normativa constituye indudablemente óbice tanto para su completo conocimiento -tarea sumamente ardua cuando no simplemente imposible- cuanto para su detallada exposición. No obstante, y por lo que al objeto del presente trabajo concierne, debe destacarse de manera muy señalada que todas estas normas configuran un techo mínimo que no agota el deber de

prevención del empresario, quien se halla obligado a garantizar la más alta seguridad posible. En todo caso, son normas de obligado cumplimiento, como ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo <sup>1</sup>, por ello no excluyen todos los medios posibles de seguridad en beneficio de los trabajadores <sup>2</sup>.

Tras estas necesarias aclaraciones previas, la normativa general aplicable a esta materia (junto a los ya mencionados Convenios de la OIT y, en su caso, también los Convenios Colectivos de aplicación a cada rama de actividad) es la siguiente:

- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU; artículo 7.
- Acta Única Europea; artículos 117, 118 y 118 A.
- Directiva Marco de 12 de junio de 1989, y varias Directivas de Desarrollo.
- Constitución Española; artículos 15, 40.2, y 43.1.
- Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971 (derogada parcialmente por la LPRL).
- Estatuto de los Trabajadores; artículos 4.2 d), 19, etc.
- Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Decreto 432/1971, de 11 de marzo.
- Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- Real Decreto 1879/1996, de 2 de agosto, por el que se regula la composición de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado.
- Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, Reglamento de los Servicios de Prevención.

<sup>1</sup> STS de 6 de noviembre de 1976.

<sup>2</sup> Según se reconoció en STS de 20 de mayo de 1970, STS de 21 de febrero de 1979.

- Real Decreto 780/1998, de 30 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997.
- Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

No obstante, y al objeto de concretar el vasto panorama legislativo que antecede, la normativa vigente en lo que estrictamente se refiere al recargo en prestaciones es la siguiente:

- Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE de 29 de junio).
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Al ser el recargo de prestaciones una materia propia de Seguridad Social, no aparece regulado en la LPRL, pues elude ésta entrar en cuestiones ajenas, como expresamente se reconoce en su disposición adicional 1.<sup>a</sup>, al remitir a la normativa propia de aquel ámbito tanto la definición como el régimen jurídico de los conceptos de accidente y enfermedad<sup>3</sup>.
- Las normas expuestas determinan la responsabilidad del empresario infractor o incumplidor de la normativa sobre seguridad e higiene. Sin embargo, en multitud de ocasiones el especial carácter de esta figura, unido a la exigua configuración legal que de la misma se hace por limitarse el legislador a esbozar su concepto sin concretar trascendentales cuestiones atinentes a los supuestos en que procede su imposición, ha promovido una gran cantidad de recursos jurisdiccionales, dando lugar a una nutrida construcción jurisprudencial que abarca tanto Jurisprudencia ordinaria (Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia), como constitucional (Tribunal Constitucional vía recurso de amparo), y que se puede considerar como la principal fuente de derecho en esta materia del ordenamiento laboral.

Resulta obvio que, debido a los presupuestos que necesariamente han de concurrir para que opere el recargo, las normas mencionadas deben combinarse con toda la normativa relacionada con la seguridad y salud en el trabajo, en orden a la determinación en cada caso concreto de si procede la imposición del recargo. Conviene resaltar a este respecto que la Jurisprudencia ha venido aplicando y combinando multitud de normas, vigentes y derogadas, lo que no hace sino aumentar el ya de por sí elevado confusiónismo, contribuyendo a la tan denostada y peligrosa inseguridad jurídica.

---

<sup>3</sup> A este principio de especialidad debe, seguramente, atribuirse el silencio que guarda la Ley cuando, al regular la facultad de concertar operaciones de seguro sobre riesgos derivados del trabajo (art. 15.5), no hace mención alguna a la prohibición de asegurar el pago del recargo. Se entiende, pues, que ello no afecta a la vigencia de la norma, que, en el ámbito que le es propio, recoge dicha prohibición: el artículo 123.2 del TRLGSS, que impone directamente sobre el empresario infractor la responsabilidad del recargo y prohíbe su aseguramiento, declarando la nulidad de cualquier pacto o contrato que se realice para compensar o transmitir la misma. Confirma este criterio el hecho de que el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado con posterioridad a la LPRL, mediante Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (BOE de 25 de enero de 1996), reitera, en el artículo 83.1, la prohibición de aseguramiento del recargo.

## II. CONCEPTO DEL RECARGO

Ya en las primeras leyes de accidentes de trabajo <sup>4</sup> se determinaba un aumento de las indemnizaciones cuando el accidente se había producido en un establecimiento cuyas máquinas o artefactos carecieran de los aparatos de precaución <sup>5</sup>.

Constituyen antecedentes legislativos próximos del actual recargo en prestaciones el artículo 55 del Reglamento de Accidentes de Trabajo aprobado mediante Decreto de 22 de junio de 1956, modificado posteriormente por Decreto de 6 de diciembre de 1962, en el que se decía que el referido recargo era «a costa del patrono», así como el artículo 147.2 del Texto Articulado Primero de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, que contenía una disposición prácticamente igual pero limitada a la invalidez permanente, y, finalmente, el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) de 30 de mayo de 1974).

<sup>4</sup> Ley de 30 de enero de 1900, de Accidentes de Trabajo (Gac. de 31 de enero), artículo 5. 5.ª: «Las indemnizaciones determinadas por esta ley, se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución (...)». Por su parte, la Real Orden de 25 de febrero de 1903 (Gac. de 1 de marzo) aclaraba el sentido del artículo 5 de la Ley de Accidentes de Trabajo. Real Decreto de 28 de julio de 1900, Reglamento para la aplicación de la Ley de Accidentes de Trabajo (Gac. de 30 y 31 de julio), Cap. V: «Previsión de los Accidentes de Trabajo», artículo 64: «La falta de medidas preventivas en el grado e importancia que determine este Reglamento, y el incumplimiento de las disposiciones de la Ley de 30 de enero de 1900, será motivo suficiente para que se aumente en una mitad las indemnizaciones que corresponden a los obreros, con independencia de toda clase de responsabilidades». En idénticos términos se expresa el Real Decreto de 26 de marzo de 1902, Reglamento de Aplicación de la Ley de Accidentes de Trabajo al ramo de Guerra, artículo 50 y artículo 51. Por su parte, la Circular del Gobierno a los Gobernadores Civiles, de 2 de junio de 1902 (Gac. de 3 de junio) encargaba a estas autoridades la vigilancia de la seguridad de los obreros en los andamiajes, señalando además la necesidad de que se comunique al Ministerio con toda urgencia la manera en cómo, en las Ordenanzas Municipales, «(...) se atiende a la seguridad de los obreros, o la responsabilidad que alcanza a los empresarios en obras en caso de que ocurran accidentes a obreros cuya seguridad no esté garantizada». Asimismo, el Real Decreto de 2 de julio de 1902 (Aplicación de la Ley de Accidentes de Trabajo al ramo de Marina) reitera tal incremento de las indemnizaciones (art. 35). La siguiente Ley de Accidentes de Trabajo, de 10 de enero de 1922 (Gac. de 11 de enero), recoge semejante prescripción en su artículo 6.5.ª, Cap. Y: «De los Accidentes de Trabajo, de la responsabilidad en materia de accidentes, y de las indemnizaciones»: «Las indemnizaciones determinadas por esta Ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas y artefactos carezcan de los aparatos de precaución (...)»; constituye, no obstante, novedad legislativa al tiempo que importante precedente el párrafo segundo del citado precepto: «El riesgo de la indemnización especial a que se refiere esta disposición 5.ª no puede ser materia de seguro. Si se probare que alguna entidad aseguradora lo asumía, deberá ser apercibida, y, en caso de persistir en pactar dicha condición, se le retirará la autorización oficial que se le hubiese concedido a los efectos de la presente Ley». Finalmente, el Real Decreto de 29 de diciembre de 1922, Reglamento Provisional de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922 (Gac. de 31 de diciembre), en su artículo 65, Cap. V: «De la previsión de accidentes», preceptúa: «La falta de medidas preventivas en el grado e importancia que determine el Reglamento y demás disposiciones complementarias que puedan dictarse, así como el incumplimiento de los preceptos de la Ley de 10 de enero de 1922, y de las que contiene el Real Decreto del Ministerio de la Gobernación, fecha 25 de enero de 1908, que clasifica las industrias y trabajos prohibidos, total o parcialmente, a los niños menores de 10 y 6 años y las mujeres menores de edad; motivará que se aumenten en una mitad las indemnizaciones que correspondan a los obreros, con independencia de toda clase de responsabilidades».

<sup>5</sup> Véase B. PENDÁS, *Responsabilidad en materia de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1986; que, junto a una amplia selección jurisprudencial sobre el tema, contiene una breve, completa y puntual historia legislativa del recargo.

Hoy día, es el artículo 123 del TRLGSS <sup>6</sup>, actualmente vigente, el que ofrece un concepto legal del recargo, al preceptuar bajo la rúbrica: «Recargo en las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional» que, con absoluta independencia del resto de sanciones que procedan del incumplimiento y subsiguiente responsabilidad empresarial en la materia (precisión de suma importancia), todas <sup>7</sup> las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o una enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un treinta por cien a un cincuenta por cien, cuando la lesión se produzca debido a la omisión por el empresario de las medidas reglamentarias de seguridad, higiene, salubridad, o adecuación al trabajo. Como falta de tales medidas se entienden todas aquellas máquinas, artefactos, instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones; o bien cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo; y también, por supuesto, el obviar las elementales medidas de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de las características del mismo y de la edad, sexo, y demás condiciones del trabajador.

La misma sanción se impone en caso de accidente de trabajo sufrido por niños y mujeres durante la ejecución de trabajos prohibidos para ellos, de conformidad con el Decreto 3250/1962, de 6 de noviembre, cuya vigencia en lo atinente a este extremo ha subrayado la jurisprudencia <sup>8</sup>. No obstante, debe advertirse que, pese a mantenerse exacta situación normativa en cuanto a los menores, tras la entrada en vigor del ET, han desaparecido virtualmente todos los trabajos prohibidos a las mujeres, debido a lo cual la imposición del recargo en virtud de dicha transgresión procederá en contadas ocasiones <sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE de 29 de junio).

<sup>7</sup> La Ley de Financiación y Perfeccionamiento, artículo 15, extendía, en efecto, a todas las prestaciones económicas el recargo, modificación que se incorporó posteriormente a LGSS, artículo 93.1. En la Ley de Seguridad Social de 1966, el recargo claramente no comprendía el subsidio de incapacidad laboral transitoria, y, por lo que se refiere a la prestación por muerte, el tema era dudoso. Reseñar a este respecto la STCT de 22 de noviembre de 1984, a tenor de la cual el recargo no puede aplicarse a las mejoras voluntarias de prestaciones.

<sup>8</sup> SSTs 6-XI-1969 y 8-II-1972; SSTCT 14-V-1974, 3-II-1976, 8 y 23-V-1979, 14-V y 3-VII-1985; el recargo procede si se han violado las normas prohibitivas o limitativas del trabajo subterráneo de menores (STCT 6-V-1977). Con toda seguridad el recargo debe imponerse aunque el empresario creyera que el trabajador no era un menor, puesto que es obligación suya cerciorarse de la edad (STS 25-IX-1976). Comparar sendas SSTCT, ambas de 8-V-1978, la primera negando la procedencia del recargo y la segunda afirmándolo, al ocurrir el accidente en trabajo permitido y prohibido, respectivamente.

<sup>9</sup> *V. gr.*, trabajos prohibidos a mujeres embarazadas, lactantes o *V. gr.*, «en edad de procrear», donde se usen benceno o materiales radiactivos (STCT 26-V-1981).



El apartado segundo del propio artículo 123 del TRLGSS dispone que el recargo pesa exclusivamente sobre el empresario infractor<sup>10</sup>, siendo nulo el aseguramiento de la responsabilidad correlativa, tema que se examinará más adelante. La declaración de esta responsabilidad empresarial compete al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)<sup>11</sup>.

### III. NATURALEZA JURÍDICA

Al abordar el tema de la naturaleza jurídica de este recargo se suscita la duda acerca de si debe considerarse el mismo como una indemnización por los daños y perjuicios causados al trabajador accidentado o enfermo, o si, por el contrario, se trata de una sanción al empresario por haber incumplido los deberes que el ordenamiento laboral le impone en materia de seguridad e higiene en el trabajo; debiendo completarse dicho análisis con la ponderación de la posibilidad de estar infringiendo el principio *non bis in ídem* en el supuesto de colegirse que nos hallamos ante una sanción.

La cuestión no es baladí, ya que de la naturaleza del recargo, sancionatoria o no, depende la solución de otros problemas importantes, como el de si debe imputarse la responsabilidad por el mismo a los empresarios principales en el caso de contratas y subcontratas de obras o servicios -tema íntimamente relacionado con la determinación en tales supuestos del «empresario infractor» al que la Ley hace mención-, o el de si va a poder ser objeto de aseguramiento por parte de la empresa, o, en fin, si el recargo puede ser objeto de anticipo por parte de la entidad gestora.

#### 1. El recargo: indemnización o sanción.

Su naturaleza jurídica ha sido amplia y largamente discutida por la doctrina, pero también en sede judicial. Sobre la base de los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia en la materia, procede el análisis de la naturaleza jurídica del recargo en las prestaciones económicas al trabajador accidentado, toda vez que se plantea la ya mencionada disyuntiva de si el mismo tiene un carácter indemnizatorio o si, por el contrario, se trata de una sanción.

<sup>10</sup> La determinación de quién sea «empresario infractor» se complica en los supuestos de obras o servicios contratados o subcontratados. En tales casos, la imputación de responsabilidades deberá realizarse a la luz de los artículos 42 del ET, 24 y 42 de la LPRL -junto a lo preceptuado por el art. 40 de la LISOS (Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social)-; sin dejar de tener presente la doctrina jurisprudencial recaída al respecto; temas todos ellos que, pese a examinarse con mayor amplitud más adelante, conviene esbozar en este momento.

<sup>11</sup> Al respecto establece el artículo 83.2 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995, de 22 de diciembre) que: «El porcentaje de tales recargos será determinado en la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en que se declare la procedencia de los mismos, fijándolos desde un treinta a un cincuenta por ciento, según la gravedad de la falta, y su liquidación se realizará por la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos establecidos en el artículo 78 de este Reglamento, para su pago conforme a lo previsto en el artículo 96 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del sistema de la Seguridad Social, aun cuando dicha resolución no sea definitiva en vía administrativa o esté sujeta a impugnación ante la vía jurisdiccional competente, sin perjuicio de las devoluciones que, en su caso, procedan, si su pago resultara indebido».

El propio Tribunal Supremo ha adoptado soluciones dispares, cuando no contradictorias, admitiendo, por ejemplo, en menos de un año, tanto la naturaleza sancionatoria como la puramente indemnizatoria o resarcitoria de orden civil<sup>12</sup>. No obstante, el Tribunal Constitucional ha terciado en la polémica al decir que el susodicho recargo «constituye una responsabilidad a cargo del empresario, extraordinaria y puramente sancionadora»<sup>13</sup>. Según el Tribunal Constitucional, ha de partirse de la premisa de que «la jurisprudencia tradicional ha venido destacando el carácter sancionador y no indemnizatorio del recargo en las prestaciones establecido en el artículo 123 del TRLGSS»<sup>14</sup>.

Reciente Jurisprudencia<sup>15</sup> ratifica esta consideración, de suerte que la STS de 8 de marzo de 1993 se expresa en los siguientes términos:

«El recargo por falta de medidas de seguridad e higiene tiene un carácter sancionador que hace intransferible la consiguiente responsabilidad por actuación culpable. No se trata, por tanto, de una forma o modalidad de prestación de la Seguridad Social que justifica su asunción por la entidad gestora correspondiente. Es, por el contrario, una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida, y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia e seguridad e higiene en el trabajo.»

Abonando la tesis jurisprudencial se encuentra el artículo 123.2 del TRLGSS, cuyo tenor literal dice lo siguiente:

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

<sup>12</sup> SSTs de 20 de abril de 1988, y de 13 de enero de 1989.

<sup>13</sup> STC 158/1985, F.J.º 2; y AATC 596/1989 y 335/1991. Curiosamente, a pesar de optar por no adentrarse en el fondo del problema en la STC 81/1995, reconoce que las declaraciones del mismo Tribunal relacionadas han abordado el tema de forma incidental.

<sup>14</sup> Así lo admite la ya citada STC 158/1985, de 26 de noviembre, y textualmente lo ratifica la STSJ de Galicia, de 20 de febrero de 1998, en su F.J.º 3.º.

<sup>15</sup> Entre otras: STS de 22 de septiembre de 1994, la cual, en consonancia con la STS de 23 de marzo de 1994, subraya, además, la imposibilidad legal de aseguramiento de esta responsabilidad por cualquier tipo de seguro, sea público o privado, de manera que el pacto o contrato firmado para cubrir, compensar o transmitir la responsabilidad por el recargo resulta nulo. La STSJ de Castilla y León/Burgos, de 5 de junio de 1991 se expresa en los siguientes términos: «el recargo de las prestaciones en caso de accidente de trabajo a que se contrae el artículo 93.1 de la LGSS, tiene un evidente carácter punitivo y sancionador, en cuanto que se establece coercitivamente cuando la lesión se produzca por instalaciones o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las normas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta las características y circunstancias del trabajador».

El precepto reposa sobre el principio de que si las carencias o defectos de seguridad en efecto existen <sup>16</sup>, la responsabilidad por las mismas corresponde al empresario a cuyo servicio estuviera el accidentado al tiempo del accidente de trabajo. De esta suerte, frente al accidentado no puede el empresario, según doctrina consolidada y segura <sup>17</sup>, desplazar su responsabilidad hacia terceros, admitiéndose no obstante que accione contra éstos <sup>18</sup> o contra el contratista o subcontratista responsable del accidente <sup>19</sup> -eso sí, previa demostración de que empleó toda la diligencia debida y a él personalmente exigible en orden a evitar el daño-, mediante acciones de repetición en vía civil. Es pues, la naturaleza punitiva del precepto la que coarta a la empresa la posibilidad de derivar esta responsabilidad hacia ningún responsable subsidiario <sup>20</sup>.

De este modo, la responsabilidad indicada recaerá directamente sobre el empresario infractor sin que sea posible jurídicamente cualquier acto que pretenda su aseguramiento, compensación o transmisión, lo que no sólo afecta a cualquier clase de seguro privado o asunción colectiva del riesgo (que claramente quedan prohibidos), sino que también impide que las entidades gestoras de la Seguridad Social puedan responder de este recargo directamente impuesto al infractor, aunque sea subsidiariamente, pues esto implicaría sustituir la responsabilidad personal que la Ley impone <sup>21</sup>.

Debe, sin embargo, matizarse que el Anteproyecto de la LPRL, de 20 de enero de 1992, sí que contenía un precepto que facultaba al empresario infractor a asegurar la responsabilidad del pago del recargo de prestaciones (art. 46.5), cuestión esta que no ha sido finalmente tratada por el texto definitivo y actualmente vigente de la LPRL.

<sup>16</sup> A tenor de la STCT de 5 de octubre de 1974, las Actas no revocadas de la Inspección de Trabajo sancionando la infracción son base de una presunción *iuris tantum* al respecto.

<sup>17</sup> SSTs de 3 de noviembre de 1972 y 6 de noviembre de 1973, 10 de noviembre de 1977, y 2 de abril de 1970, para la doctrina antigua. Muy enérgicamente. SSTCT de 20 y 22 de abril de 1977 y 1 de octubre de 1980.

<sup>18</sup> *V.gr.*, contra el fabricante o suministrador de la maquinaria insegura o defectuosa. En tal sentido, pese a interpretarse hoy como acción de repetición, STS de 2 de abril de 1970; asimismo, SSTCT de 20 de abril de 1980 y 5 de julio de 1985: «el empresario es responsable de los daños sufridos por los trabajadores a su servicio, sin perjuicio de las acciones que, en su caso, pudiera tener contra la constructora de la maquinaria».

<sup>19</sup> *Vid.* «VI. RESPONSABILIDAD EN SUPUESTOS DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS EN ORDEN A LA IMPOSICIÓN DEL RECARGO».

<sup>20</sup> STS de 9 de diciembre de 1971 y STCT de 25 de abril de 1983.

<sup>21</sup> En estos términos se pronuncia la STS de 31 de enero de 1994. Confirmando dicho criterio, la STSJ de Cantabria de 13 de mayo de 1991 dice lo siguiente: «Sin desconocer los fundamentos doctrinales de criterios opuestos, entiende la Sala que el sentido sancionador del recargo implica que éste haya de considerarse tan personal como las penas en sentido estricto, no pudiendo alcanzar responsabilidad en ningún grado a persona distinta de la empresa que cometió la infracción que lo origina. Precisamente en armonía con esta naturaleza establece el artículo 93.2 de la LGSS que la responsabilidad del recargo recae directamente sobre el empresario infractor, y no puede ser objeto de aseguramiento alguno, ni público ni privado, por lo que falta incluso la posibilidad de la relación jurídica de la Seguridad Social, que habría de fomentar la pretendida condena de la Entidad Gestora y Mutua».

Aun así, contiene éste un precepto (art. 15.5) que faculta el aseguramiento de riesgos laborales<sup>22</sup>. Con relación al mismo, subraya la doctrina<sup>23</sup> la circunstancia de que, si bien en principio nada obsta al aseguramiento del recargo en prestaciones, toda vez que con ello se lograría una mayor garantía para sus beneficiarios en orden a su percepción, este precepto se orienta exclusivamente a la posibilidad de cubrir mediante contrato de seguro las responsabilidades económicas surgidas de relaciones entre particulares en concepto de indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de procesos civiles y penales. Junto a ello, impide la interpretación de que el referido recargo sea asegurable mediante la aplicación del artículo 15.5 de la LPRL la admisión generalizada en doctrina y jurisprudencia de la naturaleza pública y sancionatoria del mismo<sup>24</sup>.

En conclusión, no es sostenible que tal precepto constituya amparo legal para concertar un contrato de seguro que cubra la responsabilidad empresarial por el recargo, lo que, por lo demás, resultaría contrario a la prohibición del artículo 123.2 del TRLGSS, y al artículo 83.1 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el cual se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos a la Seguridad Social<sup>25</sup>.

Es por tanto precisamente este carácter personal que tiene la imposición del recargo en las prestaciones y que imposibilita su aseguramiento o repercusión a terceras personas distintas del empresario infractor sobre el cual recae, el que hace viable la afirmación de que estamos ante una verdadera sanción, impuesta por infringir las normas legales y/o convencionales relativas a la seguridad y salud laborales, y porque dicha infracción ha originado un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

<sup>22</sup> El artículo 15.5. de la LPRL establece que: «Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como ámbito de cobertura la prevención de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto de ellos mismos, y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal».

<sup>23</sup> Pablo PÁRAMO MONTERO: «Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la LPRL». *La Ley-Actualidad*, 1996, Vol. II.

<sup>24</sup> Así también lo ha puesto de manifiesto la ya citada STS dictada en Unificación de Doctrina de 8 de marzo de 1993: «La responsabilidad por falta de medidas de seguridad es directa e intransferible a cargo del empresario incumplidor. La imposibilidad legal de aseguramiento de tal tipo de responsabilidad se extiende a cualquier modalidad de seguro, sea éste público o privado».

<sup>25</sup> El artículo 83.1 del citado Reglamento dice así: «Liquidación de los recargos de prestaciones: Los recargos sobre las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, a que se refiere el artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, recaerán directamente sobre el empresario infractor, sin que puedan ser objeto de seguro alguno y siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrir, compensar o transmitir dicha responsabilidad».

Por otra parte, reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo en los últimos años niegan la existencia de responsabilidad subsidiaria del INSS ante supuestos de insolvencia patronal en lo tocante al recargo en prestaciones<sup>26</sup>, postura que implica en todo caso que el mismo no se rige por el principio de automaticidad ni puede ser objeto de anticipo por la Entidad Gestora o la Mutua Patronal<sup>27</sup>.

No obstante, igualmente se ha entendido que pese a tan evidente carácter sancionador, respecto del accidentado tiene un sentido de prestación adicional de carácter indemnizatorio que viene a atribuirle una naturaleza dual de sanción e indemnización<sup>28</sup>, y se ha llegado a sostener por el propio Tribunal Constitucional<sup>29</sup> que al conllevar -la medida sancionadora del recargo- una mejoría en las prestaciones debidas al trabajador por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, para éste se convierte en una prestación sobreañadida de Seguridad Social.

De esta suerte, la atribución doctrinal y jurisprudencial de naturaleza jurídica dual de indemnización y sanción al recargo en prestaciones se ofrece como la única solución posible en orden al mantenimiento junto al mismo de la sanción administrativa, así como de la indemnización por daños y perjuicios del Orden Civil de la Jurisdicción; impidiendo, a su vez, su aseguramiento. Esta configuración de naturaleza jurídica dual, si bien resulta indiscutible que alcanza los referidos propósitos, no lo es menos que, en el fondo, viene a privar a esta figura de una verdadera naturaleza jurídica propia.

No debemos olvidar que, sin lugar a dudas, el bien jurídico protegido es la seguridad e higiene en el trabajo, mediante la creación de una coerción adicional al primer obligado y responsable: el empresario. El suprimir su naturaleza sancionadora, posibilitando su aseguramiento, podría ocasionar una «relajación» en sus obligaciones por el empresario, lo que iría en contra de la reciente cultura legislativa al respecto... normativa comunitaria y su más exigente tipificación penal.

<sup>26</sup> SSTTS de 12 de febrero, 31 de enero, 8 de febrero y 22 de septiembre de 1994.

<sup>27</sup> No obstante la tendencia actual de la Jurisprudencia examinada, existen resoluciones judiciales anteriores que sí estiman posible apreciar la responsabilidad subsidiaria del INSS frente al recargo, siempre que se cumplan ciertos requisitos. En este sentido, por ejemplo, la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 30 de diciembre de 1991: «Partiendo del carácter personalísimo que dicho precepto atribuye a la responsabilidad del empleador por omisión de medidas de seguridad que impide su desplazamiento sobre patrimonio ajeno a medio de seguro, carácter ratificado por la jurisprudencia (así, SSTTS 20-IV-1988 y 4-II-1981); la responsabilidad subsidiaria del INSS *ex* artículo 94.4. de la Ley de 21-IV-1966, que mantiene vigencia como norma reglamentaria, y al haberse integrado el Fondo de Garantía por el Real Decreto-Ley de 16-XI-1978, sólo puede tener efectividad en caso de insolvencia del empresario, operando ésta como verdadera *conditio iuris* de la obligación de la Entidad Gestora, insolvencia que es de carácter material y no meramente formal, implicando la insuficiencia patrimonial para hacer efectiva la responsabilidad, y no la mera falta de liquidez».

<sup>28</sup> Entre otras; SSTSJ de Murcia de 18 de abril de 1994, y Andalucía/Málaga, de 16 de septiembre de 1994.

<sup>29</sup> En la anteriormente mencionada STC 158/1985, de 26 de noviembre.

## 2. El recargo-sanción. Interpretación restrictiva.

En coherencia con tal planteamiento de su naturaleza sancionadora<sup>30</sup>, es importante destacar que el recargo a que hacemos referencia, esto es, por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, exige una interpretación restrictiva, por lo que su procedencia impone que en las circunstancias productoras del siniestro se hubiere incumplido (y así se acredite claramente) una medida de seguridad general o particular, y que esa vulneración revista carácter causal respecto del accidente, es decir, que concurra una relación causa-efecto entre el hecho lesivo y la medida reglamentaria<sup>31</sup>.

Ahora bien, será nuevamente por vía jurisprudencial como se matice esta necesidad de que la existencia de la correlativa responsabilidad deba realizarse de manera restrictiva<sup>32</sup>. Por ello mismo se alude<sup>33</sup> a que la reconocida vigencia de esta doctrina no significa que el precepto sancionador haya de inaplicarse o aplicarse con benevolencia, sino tan sólo:

- 1.º Que la operatividad del mismo se subordina al diáfano acreditamiento de una infracción normativa en materia de medidas de seguridad, sosteniéndose incluso que el recargo no puede fundamentarse en vulneración de un precepto que imponga obligaciones genéricas; planteamiento este último dudosamente razonable en su radicalismo a la vista del tenor literal del artículo 123 del TRLGSS («...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...») y que rechaza parte de la doctrina jurisprudencial<sup>34</sup>.
- 2.º Que la medida punitiva también se condiciona a la indiscutible prueba del oportuno nexo de causalidad entre aquella infracción y el accidente de trabajo<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Inclusive con el que sostiene su naturaleza dual de sanción-indemnización, como afirma la ya citada STSJ de Galicia de 20 de febrero de 1998.

<sup>31</sup> En esta línea: SSTCT de 13 de diciembre de 1983, 20 de diciembre de 1983, 28 de enero de 1983, 16 y 30 de junio de 1988, etc. STSJ de Castilla y León/Burgos, de 1 de octubre de 1991, STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 1991, STSJ de Cataluña de 5 de febrero de 1995...

<sup>32</sup> Es ésta la tendencia seguida por nuestros Tribunales en recientes dictámenes. Así, por ejemplo, la STSJ de Andalucía/Málaga, de 25 de junio de 1998 establece lo siguiente: «Dado su carácter punitivo, debe interpretarse restrictivamente, sin que ello impida la aplicación estricta de la norma, o permita la impunidad de la conducta negligente de la empresa».

<sup>33</sup> STSJ de Galicia de 20 de febrero de 1998, como más reciente.

<sup>34</sup> A modo de ejemplo, STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 1995.

<sup>35</sup> Ambos requisitos en palabras de la STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 1991: «Constituye reiterado criterio de nuestra Jurisprudencia el entender que, dado el carácter sancionador del mencionado precepto, para su aplicación ha de estar plenamente justificada la inexistencia de medidas de seguridad ordenadas en las disposiciones legales y reglamentarias, y que, además, el accidente se haya producido como consecuencia de dicha falta, debiendo así demostrarse fehacientemente la relación de causalidad y el incumplimiento de tales medidas para considerar a la empresa responsable del recargo; consecuente interpretación restrictiva del artículo mencionado que no debe, sin embargo, conducir a la impunidad de la conducta negligente de la empresa, elemento volitivo que junto con los expresados conforman su responsabilidad».

En general, y señalando la «deuda de seguridad» que pesa sobre el empresario, no faltaron sentencias que insistieron sobre la interpretación restrictiva del precepto <sup>36</sup>.

En conclusión, y reiterando palabras de la ya clásica STS de 8 de abril de 1969, puede decirse que se impone sustituir «la expresión criterio restrictivo por criterio estricto, de indudable menor alcance gramatical», doctrina- la del criterio estricto- que ha sido literalmente mantenida en suplicación <sup>37</sup>. Lo que cabe cuestionarse es si esta tesis no es demasiado estricta o estricta en exceso, visto el Decreto 3250/1962, de 6 de noviembre. La jurisprudencia del Tribunal Supremo <sup>38</sup> insiste en la distinción, llamando estricta a una interpretación en virtud de la cual se pruebe la relación de causalidad entre la omisión y el accidente de trabajo <sup>39</sup>.

### 3. El problema de la tipicidad.

Una vez resuelto y aclarado que el recargo en prestaciones tiene naturaleza sancionadora, si nos atenemos a la jurisprudencia mayoritaria recaída al respecto y ya analizada, es de indudable aplicación el artículo 25 de la Constitución Española por el que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento; precepto que desarrolla el principio de legalidad ya incluido en el artículo 9.3 de la Constitución Española a fin de garantizarlo, y que lo eleva a rango de Derecho Fundamental, lo cual conlleva el obligado respeto al mismo por parte de todos los ciudadanos y poderes públicos; sujetos asimismo al resto de la Norma Fundamental y del ordenamiento jurídico, como subraya el apartado primero del propio artículo 9.

No obstante, y en lo atinente al recargo, el tema resulta cuanto menos interesante, por cuanto plantea un verdadero problema de tipicidad que atenta contra el principio de legalidad presente y garantizado por nuestra Constitución. Es decir, de acuerdo con el referido principio de Derecho sancionador, y habiendo concluido que el recargo es una sanción, cabe afirmar que resulta siempre necesario para la imposición del mismo la vulneración de una norma jurídica. En principio parece ser así: desde el punto y hora en que constituye obligación de la empresa el proporcionar todos aquellos dispositivos de seguridad a que legal o reglamentariamente se halle obligada, resulta indiscutible que será únicamente la vulneración de la norma jurídica que imponga la medida de seguridad la

<sup>36</sup> Vid. STS de 28 de febrero de 1969, o STS de 11 de marzo de 1969.

<sup>37</sup> Por ejemplo: SSTSJ de Madrid de 16 de enero, 4 de abril y 16 de mayo de 1991; STSJ de Andalucía/Málaga, de 21 de febrero de 1995.

<sup>38</sup> Así, la STS de 13 de marzo de 1973.

<sup>39</sup> Para una indicación de lo que se quiere decir al hablar de interpretación «estricta», que no «restrictiva», véase STS de 30 de junio de 1969. A su vez, véase sobre el tema: A. MONTOYA MELGAR, «Sanción e indemnización: el recargo de las prestaciones por accidente de trabajo», en «Estudios homenaje profesor Giménez Fernández». Sevilla, 1967; y M. ALONSO OLEA, «Derechos irrenunciables y principio de congruencia», en *Anuario de Derecho Civil*, 15-II-1962.

causa determinante de la imposición del recargo, de conformidad con el anteriormente aludido principio de legalidad que preside todo el Derecho sancionador. Sucede sin embargo que, en muchas ocasiones, aquellas normas jurídicas que por estimarse transgredidas han originado la imposición del recargo, se limitan a ordenar la prevención de riesgos laborales de modo genérico. Tal sucede, por ejemplo, con la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, cuyo artículo 7.2 dice textualmente: «Adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa». Este y otros preceptos, que no son más que reflejo legal de la llamada «deuda de seguridad» del empresario, posibilitan un mayor arbitrio judicial en orden a la imposición de la sanción -no olvidemos que han sido los pronunciamientos judiciales los que mayoritariamente han delimitado los requisitos que han de confluír para que opere el recargo-, implicando a su vez la ausencia de tipificación exacta de cuáles son los medios de seguridad de que debe proveerse el empresario.

Sin embargo, hay que advertir el hecho de que la obligación empresarial -inclusive cuando se encuentre especificada en normas sectoriales- no concluye con la instalación de aquellas medidas de seguridad que las normas exigen, toda vez que deben emplearse todos aquellos medios necesarios y al alcance para evitar los riesgos laborales, de conformidad con el perfil que de esa «deuda de seguridad» del empresario trazan los Tribunales y que se examina más adelante. Dicha exigencia parece extenderse aun cuando éstos no vengán preceptuados por norma alguna, ya que, a la vista de la Jurisprudencia existente, el recargo viene imponiéndose en todos aquellos supuestos en los que, pudiéndose evitar el accidente con la correspondiente prevención empresarial, no se obró así, amparándose para ello tanto en la mencionada «deuda de seguridad» como en unos mínimos de diligencia exigibles al empresario, también jurisprudencialmente definidos.

La controversia esbozada, esta ausencia de tipificación, origina inseguridad jurídica, abocando al empresario que dude hasta dónde llega exactamente su deber de seguridad para con sus empleados a informarse de la nutrida construcción jurisprudencial al respecto, situación difícilmente sostenible en un sistema jurídico como el nuestro -basado en todo caso en la Ley-, al tiempo que atenta contra el principio de legalidad, resultando conveniente plantearse si la medida sancionadora en que parece consistir esta figura procede por la vulneración de normas que imponen obligaciones más o menos genéricas, y si ello no es simplemente más que una forma de vulneración del aforismo *nulla poena sine lege*, que inspira el principio de legalidad.

A pesar de lo expuesto, no olvidamos la circunstancia de la difícil solución que el problema de la tipicidad ofrece debido a la amplitud de campos laborales, así como a la práctica imposibilidad de que sea mediante leyes -en el sentido estricto del término- la forma en que se tipifiquen concretamente cuáles son los medios de prevención de riesgos que debe proporcionar la empresa, y si ésta se encuentra obligada a algo más -instruir sobre su utilización, vigilar o no su correcto empleo...- en lo referente a la seguridad y salud en el trabajo. Debe reflexionarse, por tanto, ponderando de un lado las dificultades existentes, y del otro, la presencia de la Constitución y de la posibilidad de estar infringiéndola directamente mediante la vulneración del principio de legalidad por la misma garantizado.



#### 4. La difícil convivencia con el principio *non bis in idem*.

Como ya se apuntaba al tratar de forma general del deber empresarial en materia de seguridad e higiene en el trabajo, los incumplimientos del mismo originan responsabilidades civiles, administrativas y penales. Este triple orden de consecuencias legales obedece a la ya explicada doble proyección del propio deber empresarial como obligación privada y como deber jurídico-público.

En íntima conexión con ello surge la controversia acerca de la potencial conculcación del principio *non bis in idem*.

Como tal, el principio *non bis in idem* impide que cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento en un incumplimiento, éste pueda ser sancionado más de una vez, acumulándose sanciones administrativas y penales, o administrativas entre sí. De esta manera se reconoce en el artículo 42.4 de la LPRL.

El párrafo segundo del mismo precepto señala que, en los casos de concurrencia con el orden penal, se estará a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, velando la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por el cumplimiento de los deberes de colaboración e información con el Ministerio Fiscal.

Por su parte, el apartado 5 del mismo artículo 42 de la LPRL, refiriéndose ya específicamente al recargo que nos ocupa, dispone que el Orden Social de la Jurisdicción -que es el competente para conocer de las reclamaciones derivadas de la imposición de este recargo- se encuentra vinculado a la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del Orden Contencioso-Administrativo en lo relativo a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales.

Llegados a este punto, parece apropiado exponer el supuesto de hecho desencadenante de la discusión sobre esa virtual vulneración al principio *non bis in idem* en lo que específicamente respecta al recargo en las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social. A este respecto, señalar en primer lugar que la declaración de esta responsabilidad empresarial compete al INSS, que actuará imponiendo el recargo en las prestaciones al empresario infractor cuando, habiéndose producido un accidente de trabajo o enfermedad profesional en la empresa, constate la ausencia en la misma de medidas de seguridad e higiene, ausencia que constituye precisamente la causa del accidente o enfermedad. Es entonces el momento en el cual entra en juego la Jurisdicción Social, por ser competencia de la misma el conocimiento de las posibles reclamaciones contra la imposición del recargo. Se analizará fundamentalmente si el accidente se debe a la falta de medidas de seguridad e higiene; esto es, la presencia del llamado «nexo causal», imprescindible en todo caso para la determinación de la responsabilidad empresarial en el accidente y la subsiguiente imposición del recargo. Sobre esta cuestión, dada su trascendencia, se insistirá más adelante.

Sin embargo, y reiterando lo expuesto previamente, el incumplimiento empresarial en materia de seguridad e higiene es susceptible de desencadenar responsabilidad penal, civil o administrativa. Por lo que atañe a esta última, se argumentó si el recargo en las prestaciones no podría impli-

car vulneración del principio *non bis in ídem* con el Acta de infracción de la Inspección de Trabajo, por constituir ésta un trámite administrativo de imposición de sanciones, que en este supuesto concreto sería justamente también por omisión de las preceptivas medidas de seguridad y salud laborales. La competencia para conocer de las eventuales reclamaciones suscitadas por esta sanción se halla atribuida a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La diferencia entre ambas sanciones estriba, no obstante, en la relevante circunstancia de que esta última puede ser impuesta por el mero hecho de la falta de las medidas de seguridad e higiene en el centro de trabajo, con absoluta independencia de que algún trabajador haya sufrido o no un accidente o enfermedad profesional, y de que éstos obedezcan a esa falta de medidas que se sanciona. De esta suerte, el empresario que incumpla sus deberes en la prevención de riesgos laborales, podrá ser sancionado en cualquier momento en el cual la Inspección de Trabajo tenga noticia de ello (y no es necesario que se produzca un accidente laboral para que eso suceda).

Visto lo expuesto, pudiera argüirse *a priori* que se respeta absolutamente el principio *non bis in ídem*, pero no por ello se vacía de contenido el debate, dado que éste cobra todo su sentido en el instante en que es un mismo supuesto fáctico el desencadenante de las dos sanciones y de sus correspondientes procesos jurisdiccionales. Y dicho supuesto no es otro que un accidente de trabajo o una enfermedad profesional acaecidos en una empresa sin o con insuficientes medidas de seguridad e higiene.

Pese a ser dos órganos distintos los competentes para imponer cada sanción -INSS e Inspección de Trabajo-, cuando ha habido un accidente de trabajo la Inspección de Trabajo verificará las condiciones de seguridad laborales y, en caso de no ajustarse las mismas a lo preceptivo, y sin perjuicio del Acta de Infracción correspondiente, dará traslado de dicha situación al INSS al objeto de que sea sancionado el empresario con el recargo en las prestaciones que vaya a percibir el trabajador accidentado, de suerte que un mismo accidente pondrá en funcionamiento dos órdenes jurisdiccionales distintos (el Social y el Contencioso-Administrativo)<sup>40</sup>. Dicho procedimiento se encuentra legalmente establecido en el artículo 45.1, párrafo segundo de la LPRL<sup>41</sup>. Así pues, ¿se está infringiendo con ello el principio *non bis in ídem*?

<sup>40</sup> E incluso cuatro, en los supuestos de dirimirse además las eventuales responsabilidades penal y civil del empresario.

<sup>41</sup> El tenor literal del precepto aludido dice así: «Las infracciones tipificadas conforme a la presente Ley serán objeto de sanción tras la instrucción del oportuno expediente sancionador a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con el procedimiento administrativo especial establecido en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que puedan concurrir». Señalar, sin embargo, que el Real Decreto 396/1996, de 1 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, introdujo un condicionante a la propuesta de recargo de la Inspección antes inexistente, al establecer que ello requerirá la previa extensión de acta de infracción, «lo que puede resultar problemático cuando la iniciativa de la Inspección de propuesta de recargo se base en el resultado de actuaciones practicadas por otros órganos competentes en la materia, como sucede en minas y canteras; o cuando se refiera al ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas, donde no cabe practicar Acta de infracción», matiza I. BERNARDO JIMÉNEZ en «La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, núm. 23/3, 9 de junio de 1996.

Esta situación va a causar a su vez otras dos problemáticas, de estricto orden procesal, a saber:

- ¿Qué sucedería de estimarse procedente el recargo y, posteriormente dictaminarse vía Contencioso-Administrativa que no se infringen medidas de seguridad y no cabe, por tanto, multa de la Inspección de Trabajo? Ante dicha situación contradictoria, hay que tener presente que constituye novedad de la LPRL el arbitrar un cauce de resolución de los problemas de tipo procesal que se planteen a la hora de la aplicación del recargo en prestaciones, según se infiere del tenor literal del artículo 42.5, que vincula al Orden Social en su pronunciamiento acerca del recargo por los hechos probados de la sentencia recaída en Contencioso-Administrativo sobre existencia de la infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado a este respecto en repetidas ocasiones, dejando como solución el recurso de amparo cuando falte cualquier otra posibilidad procesal de solución, en la forma en que consta más adelante.
- Indisolublemente unido a esta cuestión aparece el segundo dilema. Éste atañe al lapsus temporal que media entre la sentencia definitiva recaída en el Orden Social resolviendo acerca del recargo -que puede llegar al TS, Sala IV- y la sentencia definitiva de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pronunciándose sobre la posible procedencia del Acta de infracción de la Inspección de Trabajo -susceptible también de llegar al TS, Sala III-, toda vez que es un hecho constatado la mayor rapidez de la justicia laboral respecto a otros órdenes jurisdiccionales. Dicho problema de acompasamiento se recrudece especialmente cuando la sentencia del Orden Social haya devenido firme con anterioridad al momento del pronunciamiento del Orden Contencioso-Administrativo. Producido este supuesto, ¿quién va a responder por las cantidades efectivamente abonadas por el empresario en concepto de recargo en las prestaciones económicas al trabajador accidentado durante el mencionado lapsus temporal hasta que se dictó sentencia en el Orden Contencioso-Administrativo? <sup>42</sup>.

Dos son, por tanto, los problemas que deben resolverse en torno a esta materia:

1. Potencial infracción del principio *non bis in ídem* consagrado en el artículo 42.4 de la LPRL.
2. Qué sucede en caso de contradicción entre dos sentencias firmes de dos órdenes jurisdiccionales distintos.

El primer asunto queda zanjado por el TRLGSS al disponer en su artículo 123.3 que la responsabilidad que conlleva el recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo es independiente y compatible con la responsabilidad civil, penal <sup>43</sup> y administrativa del empre-

<sup>42</sup> Al respecto, recordar lo preceptuado en el artículo 83.2 *in fine* del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

<sup>43</sup> Independencia de los órdenes jurisdiccionales laboral y penal reconocida en sendas SSTC de 23 de febrero y 21 de mayo de 1984.

sario <sup>44</sup> que se pueda derivar de la infracción por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. (Huelga aclarar que el Acta de infracción de la Inspección de Trabajo implica en todo caso responsabilidad administrativa).

Nuevamente la LPRL reitera expresamente en su artículo 42.3 <sup>45</sup> la compatibilidad del recargo de prestaciones con la sanción administrativa, que ya implícitamente encerraba el artículo 44 de la LISOS <sup>46</sup>.

Cuando la empresa infringe las medidas generales o particulares de seguridad, y su conducta es causa desencadenante del accidente laboral, tiene que soportar las consecuencias patrimoniales previstas para este supuesto, y que encuentran justificación en el incumplimiento del deber de protección que le incumbe respecto de sus trabajadores <sup>47</sup>, ello independientemente de la valoración jurídica de la conducta empresarial en otro campo de derecho, como puedan ser el ámbito penal- *ex arts. 316 y 317 del actual Código Penal-* o el administrativo sancionador <sup>48</sup>. Esto es así por hallarse tipificada la acción empresarial en un precepto penal, con la finalidad de preservar el interés público de la sociedad, siendo perfectamente compatibles ambas responsabilidades por tener dos valoraciones, una laboral, con las consecuencias en favor del accidentado, y otra penal, en la que está implicada toda la sociedad <sup>49</sup>, pudiendo además, en este caso, incurrir la empresa en una infracción

<sup>44</sup> «Por ello esta responsabilidad puede subsistir aunque haya habido auto de sobreseimiento en lo penal», STCT de 9 de febrero de 1987.

<sup>45</sup> Artículo 42.3 de la LPRL: «Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las responsabilidades por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema».

<sup>46</sup> El mencionado precepto dice así: «Otras responsabilidades. Las sanciones que puedan imponerse a los distintos sujetos responsables, se entenderán sin perjuicio de las responsabilidades exigibles a los mismos, de acuerdo con los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social y de sus disposiciones de aplicación y desarrollo».

<sup>47</sup> Artículo 4.2 d) del ET.

<sup>48</sup> Al respecto, la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 21 de enero de 1991, se pronunció en los siguientes términos: «(...) habida consideración de que los intereses que se protegen en indicados casos son distintos, no teniendo por ello, aplicación el mencionado principio *non bis in idem*, ni permitiendo el artículo 25 de la Constitución liberar a la empresa de la responsabilidad que le es exigible de conformidad con lo dispuesto en el referido 93 LGSS (...)».

<sup>49</sup> Habiendo consagrado en lo relativo a este extremo el Tribunal Supremo «el principio de independencia entre las jurisdicciones penales y de trabajo, por cuanto persiguen fines diversos, operan sobre culpas distintas, derivadas una de la consecuencia de una falta laboral y otra de la existencia de una conducta criminalmente punible, y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones unos mismos comportamientos». SSTS de 18 de diciembre de 1979; 11 de diciembre de 1980; 30 de enero de 1984, y 7 de octubre de 1987. En el referido criterio se ampara la STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 1991 cuando afirma: «En este sentido cabe añadir que tanto la condonación de la original sanción económica como los hechos declarados probados y las responsabilidades declaradas por el orden penal de la jurisdicción con motivo de los mismos acontecimientos no vinculan al juzgador social (...)». Asimismo, ha declarado el Tribunal Supremo que «los hechos probados de un proceso anterior no extienden, en principio, su eficacia fuera del área del mismo, ni en consecuencia tiene efectos vinculantes en otro posterior; que ha de resolverse con arreglo al resultado de todas las pruebas en él practicadas». SSTS de 2 de mayo y 16 de junio de 1972; 28 de mayo de 1981; 8 de febrero de 1983; 7 de marzo, 16 de abril y 26 de diciembre de 1984; y 6 de junio de 1987.

administrativa con las consecuencias sancionadoras que ello comporta<sup>50</sup>, estimando abundante doctrina jurisprudencial<sup>51</sup>, respecto de esta última, «su independencia de toda otra clase de responsabilidades». También es independiente o compatible respecto de la responsabilidad civil del empresario, que se concretará en una responsabilidad indemnizatoria adicional<sup>52</sup>.

Dependiendo del tipo de incumplimiento -laboral, civil,...- se determinará qué orden jurisdiccional es el competente, de manera que «cuando se está ante un daño cuya producción se imputa a un ilícito laboral, entendido como la infracción de una norma, estatal o colectiva, o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre, la responsabilidad ya no es civil, sino laboral, y el supuesto queda comprendido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral»<sup>53</sup>.

Empero, esta postura no es exclusiva de los Tribunales de Justicia, siendo también sumamente esclarecedora al respecto la aportación doctrinal<sup>54</sup>:

«Son muchas, es cierto, las armas que el Ordenamiento Jurídico ha dispuesto para prevenir y perseguir infracciones caracterizadas por poner en peligro, si es que el riesgo no se ha traducido ya en siniestro, la vida y la salud humana».

Así, encontramos preceptos normativos en los ordenamientos laboral, administrativo, civil y penal, de los que se derivan un complejo abanico de responsabilidades que habrán de fijar, en su caso, los distintos órdenes jurisdiccionales, lo que ha llevado a postular<sup>55</sup> «su absoluta inocuidad desde el punto de vista del principio *non bis in idem*».

No obstante, adentrándonos ya en el segundo problema, la propia doctrina<sup>56</sup> califica de «caótica» la situación descrita, por cuanto ha dado lugar a que unos mismos hechos sean juzgados contrariamente por los Tribunales que integran los diferentes órdenes de la jurisdicción, que conocerán en razón de la materia. Así, nuestra doctrina, haciéndose eco de esta situación crítica, postula, para esta y otras materias, «la consecución de una laborización integradora de la tutela por incumplimientos derivados del contrato de trabajo y de aquella otra tutela sancionadora pública (...) para reformas futuras»<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> STC de 25 de febrero de 1987; en igual sentido, STC 158/1985, de 26 de noviembre.

<sup>51</sup> Así: SSTS de 26 de febrero de 1974 y de 28 de mayo 1975. SSTCT de 13 de diciembre de 1977; 3 de diciembre de 1979; 6 de febrero, 8 de abril, 5 de mayo y 15 de octubre de 1980; 3 de febrero, 11 de mayo y 15 de diciembre de 1981; 20 de enero de 1982; 21 de febrero de 1983; 31 de octubre de 1984; 22 de julio y 8 de octubre de 1986.

<sup>52</sup> STC 158/1985, de 26 de noviembre. En igual sentido ambas SSTSJ de Cataluña de 30 de septiembre y 10 de diciembre de 1991.

<sup>53</sup> Palabras de la STS de 27 de junio de 1994; confirmando el criterio del ATS de 4 de abril de 1994.

<sup>54</sup> ALONSO OLEA, en su comentario a la STC 158/1985, de 26 de noviembre.

<sup>55</sup> En palabras de SEMPERE NAVARRO.

<sup>56</sup> ALONSO OLEA, ya citado.

<sup>57</sup> RIVERO LAMAS, «La aplicación del Derecho del Trabajo: Tutela de los derechos y protección jurisdiccional», *Revista Española del Derecho del Trabajo*.

Existe abundante jurisprudencia <sup>58</sup> en la materia, pero merecen destacarse tres Sentencias del Tribunal Constitucional por su importante contribución. En primer lugar, en la STC 77/1983, de 3 de octubre, el más alto Tribunal, después de afirmar que el respeto a la independencia de cada órgano judicial es un principio básico de nuestro Ordenamiento Jurídico, matiza textualmente: «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 consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Asimismo, permite la duplicidad de enjuiciamientos distintos por los mismos hechos, propugnando que los diferentes órganos encargados de conocer de cada uno de los matices de estos hechos se pronuncie dentro de los límites de su competencia, y añadiendo la plena independencia del Orden Jurisdiccional laboral con relación al penal y al administrativo. Junto a ella, y siguiendo su criterio, hallamos la STC 158/1985, de 26 noviembre. Finalmente, la STC 62/1984, de 21 de mayo, convierte en superfluos más comentarios sobre el tema, dada la gran claridad con la cual se ha expresado:

«(...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulnera, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia del Ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los Órganos del Estado en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los Órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución Española, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a éstos, por tanto, ha de reconocerse la oportunidad de emprender la vía de amparo Constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para superar la contradicción».

En suma, recogiendo la experiencia que originó la STC 158/1985, de 26 de noviembre, y en el concreto supuesto de la responsabilidad por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo -que como se sabe da lugar al recargo de prestaciones-, se obtienen las tres conclusiones que se han ido perfilando a lo largo de la precedente exposición:

---

<sup>58</sup> En parte, ya citada.

- A) No existe vulneración del principio *non bis in ídem* en el caso del recargo en las prestaciones económicas por omisión empresarial de normas de prevención de riesgos laborales, por ser éste compatible e independiente con cualquier otra responsabilidad -penal, civil o administrativa- (art. 123.3 TRLGSS) <sup>59</sup>.
- B) La nueva LPRL ha señalado que la declaración de hechos probados contenida en una sentencia firme del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo relativa a la existencia de la infracción de la normativa 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 (art. 42.5 LPRL) <sup>60</sup>.
- C) Al no establecer el legislador un criterio para solucionar dentro de la jurisdicción ordinaria los conflictos que entre el Orden Contencioso-Administrativo y el Orden Social puedan surgir en este tema concreto, habrá que acudir a la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para garantizar el derecho vulnerado <sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Interesantes tesis las sostenidas por dos fallos judiciales, a saber: STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 1991: «La sanción administrativa de la conducta que se considera constitutiva de la falta de tal naturaleza halla su razón de ser en los fines atribuidos a los Poderes Públicos para la satisfacción del interés general, actuando al efecto la Administración Pública con las facultades legalmente conferidas (LRJAP, LRBRL). De modo que es distinto el efecto de Derecho generado por la responsabilidad que declara el artículo 93 de la LGSS; efecto este que constituyendo un "plus" respecto de las prestaciones económicas normalmente causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional a favor del trabajador afectado o de otros beneficiarios se inscribe en el ámbito propio de la acción protectora de la Seguridad Social. El legislador ha querido así, sin perjuicio de la sanción administrativa que quepa imponer al empresario por la conducta incumplidora de las pertinentes medidas de seguridad e higiene en el trabajo, que tal conducta, en cuanto originadora de las prestaciones económicas propias de la Seguridad Social genere la consiguiente responsabilidad empresarial, y con ella, el "plus" en las prestaciones económicas referidas a favor de los trabajadores afectados, o en general, los beneficiarios de aquella acción protectora, cuya compatibilidad de efectos producidos en Derecho, por demás, está expresamente declarada en el citado artículo 93 de la LGSS»; STSJ de Murcia de 3 de diciembre de 1991: «El incremento de prestaciones que se regula en el artículo 93 de la LGSS se integra dentro del conjunto de garantías que establece la acción protectora de la Seguridad Social, existiendo, en caso de las prestaciones por invalidez o muerte, un nivel básico de protección de la misma derivada de enfermedad común, un nivel superior cuando aquéllos tienen su base en un accidente de trabajo, ya que el cálculo de la base reguladora de las mismas se establece en base al salario real en la fecha del accidente de trabajo y existe una indemnización adicional en el caso de fallecimiento; y, finalmente, el grado máximo de protección para el caso de que en la producción del accidente de trabajo hayan concurrido, con relevancia causal, omisión de las medidas de seguridad e higiene reglamentarias y exigibles (art. 93 LGSS) en el que las prestaciones se incrementan entre un treinta y un cincuenta por ciento; por lo cual no cabe estimar que infrinja el principio de legalidad, el artículo 25 de la Constitución ni la Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en materia de sanción administrativa».

<sup>60</sup> El precepto obedece a la serie de situaciones contradictorias que se han venido dando cuando intervienen varios órdenes jurisdiccionales en relación a una infracción en materia de seguridad e higiene; pareciendo lógico que los hechos probados en un orden jurisdiccional vinculen a otro, pues de otra suerte se admitiría que, respecto a unos mismos hechos, se anulara el recargo y se impusiera la sanción, o viceversa. No obstante lo apuntado, la novedosa introducción legislativa suscita dudas, por cuanto en las sentencias del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo no existe declaración de hechos probados. Por otra parte, doctrinalmente se postula por una unificación jurisdiccional de ambas materias, advirtiendo SÁNCHEZ PEGO sobre el riesgo de que varios Tribunales puedan apreciar la existencia o no de una omisión de medidas de seguridad e higiene, indicando que «no sólo es inasumible semejante riesgo, sino que ni siquiera está justificada la obediencia que el enjuiciamiento posterior debería a lo previamente resuelto, por mera circunstancia cronológica. Sería más razonable unificar jurisdiccionalmente cuestiones como la que ha sido mencionada». Véase J. SÁNCHEZ PEGO, «Delimitación de los ámbitos jurisdiccionales Contencioso-Administrativo y Social», *Actualidad Laboral*, núm. 40/1, 7 de noviembre de 1993, pág. 715.

<sup>61</sup> STC 62/1984, de 21 de mayo.

#### IV. LA EXISTENCIA DEL RECARGO: REQUISITOS

Partiendo siempre, como es lógico, de la premisa de que se ha producido un accidente de trabajo o enfermedad profesional, y dada la naturaleza sancionadora del recargo y su obligada interpretación restrictiva entendida en los términos anteriormente indicados, se ha sostenido por la doctrina jurisprudencial <sup>62</sup> que su imposición exige como requisitos los siguientes (a cuyo detallado análisis se procede a continuación):

- A) Omisión de medidas de seguridad por parte de la empresa (recordando el problema de la tipicidad antes expuesto);
- B) Imprescindible mediación de un nexo causal entre la infracción de dichas medidas y el resultado dañoso (accidente de trabajo o enfermedad profesional);
- C) Que exista culpa o negligencia por parte de la empresa.

##### 1. Infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Para que opere la norma que preceptúa este recargo (art. 123 TRLGSS), es necesario que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, general o especial <sup>63</sup>.

Dicho incumplimiento debe tratarse de «la omisión de las medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo, ya consista tal omisión en la falta de medidas preventivas o ya sea su inutilización o deficiente funcionamiento, pudiendo afectar la omisión tanto a las medidas generales como a las particulares de seguridad e higiene exigibles, atendidas las características específicas de cada actividad laboral en concreto, puesta en relación con la edad, sexo, y demás condiciones del trabajador» <sup>64</sup>.

Más en concreto, y en el terreno de la casuística jurisprudencial, se ha afirmado que es deber del empresario no sólo el proporcionar los adecuados mecanismos de seguridad, al no resultar tal deber cumplido simplemente por poner a disposición de sus operarios los distintos medios o instrumentos que puedan evitar el riesgo dejando a su arbitrio la utilización de los mismos, sino el de ins-

<sup>62</sup> V. gr., entre otras muchas: STSJ de Madrid de 16 de enero de 1991, STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 11 de febrero de 1991, STSJ de Asturias de 18 de marzo de 1991, STSJ de Castilla y León/Burgos, de 25 de septiembre y 10 de octubre de 1991, STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 1991, STSJ de Galicia de 20 de febrero de 1998.

<sup>63</sup> Jurisprudencialmente se subraya que la ausencia de la debida homologación exigida para el mecanismo o medio de seguridad empleado en la prevención del riesgo equivale a la omisión de la medida; sólo en defecto de homologación puede y debe utilizarse medio «que hubiese en el mercado». SSTCT de 2 de febrero y 3 de octubre de 1985.

<sup>64</sup> STSJ de Andalucía/Málaga, de 25 de junio de 1998.



truir sobre su utilización y obligar a su uso, obligación esta última que engloba la de dar órdenes e instrucciones concretas para su utilización, vigilando y controlando que por los operarios se ponen las mismas en práctica <sup>65</sup>. Desde esta perspectiva, procederá el recargo cuando los encargados o la empresa en ninguna ocasión han sancionado a los trabajadores por no adoptar las reglamentarias medidas de seguridad, habiéndose limitado a tenerlas a su disposición <sup>66</sup>, aunque tampoco sea exigible una vigilancia continua en cada una de las labores individualizándola sobre cada trabajador y cada faena <sup>67</sup>, no obstante sí exigirse esa continua vigilancia en el cumplimiento de las normas por parte de la empresa <sup>68</sup>. Asimismo, desde el punto y hora en que es obligación del empresario facilitar al trabajador la formación suficiente <sup>69</sup> cuando tenga que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves, la jurisprudencia ha venido estimando que la insuficiencia de la formación proporcionada es infracción y causa determinante del recargo <sup>70</sup>, en criterio consagrado por el artículo 47.8 de la LPRL, cuando alude al «incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada (...) acerca de los riesgos del puesto de trabajo (...) y sobre las medidas preventivas aplicables (...)».

Ahondando en los pronunciamientos judiciales recaídos al respecto, se estimó la imposición del recargo en prestaciones ante la constatación de la falta de medidas preventivas por parte del empresario «cualquiera que fuera el lugar donde por su orden y cuenta» el trabajador prestaba sus servicios <sup>71</sup>, aunque la empresa se traslade a otro edificio <sup>72</sup>; o bien cuando se actuó no

<sup>65</sup> SSTS de 6 de marzo de 1980 y de 30 de enero de 1986. Anteriormente, SSTS de 4 de noviembre de 1970, 6 de noviembre de 1976 y 27 de enero de 1971. En esa misma línea, SSTCT de 25 de mayo de 1977 y 30 de enero de 1986; y, siguiendo la doctrina del Supremo, STSJ de Murcia de 3 de diciembre de 1991.

<sup>66</sup> STSJ de Murcia de 3 de diciembre de 1991.

<sup>67</sup> STC de 21 de enero de 1986, y SSTSJ de Andalucía/Sevilla, de 9 de octubre de 1992 y 17 de junio de 1993.

<sup>68</sup> STSJ del País Vasco de 20 de septiembre de 1991, que ampara el referido criterio en la circunstancia de que «la Orden Ministerial de Trabajo de 9 de marzo de 1971 (Plan Nacional de Higiene y Seguridad en el Trabajo) no se limita sólo a detallar los mecanismos y medidas de protección, sino que exige su efectivo uso en debidas condiciones por parte de quienes intervienen en el proceso productivo, de tal manera que la responsabilidad de la empresa no acaba con la puesta a disposición de sus trabajadores de estos medios precautorios, sino que se exige la continua vigilancia en el cumplimiento de las normas».

<sup>69</sup> STCT de 2 de diciembre de 1975, a modo de ejemplo.

<sup>70</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 1992; STSJ del País Vasco de 31 de marzo de 1993; STSJ de La Rioja de 25 de mayo de 1995. Por su parte, la STSJ de Aragón de 2 de mayo de 1991 acoge el criterio sentado por la STS de 29 de enero de 1971, al expresar que «la responsabilidad por ausencia de las oportunas medidas de seguridad e higiene en el lugar de trabajo, impone implícitamente a las empresas patronales o empleadoras la obligación de cuidar de que sus trabajadores lo hagan en las debidas condiciones de seguridad e higiene para reducir los riesgos a los puramente inevitables y fortuitos, no sólo por el interés social, sino por el respeto que debe merecer la integridad y la vida del hombre como elemento primario y más noble de la sociedad; de ahí que dicha responsabilidad no pueda ser descartada por la simple advertencia hecha a los trabajadores de que adopten las necesarias medidas en evitación de los riesgos».

<sup>71</sup> STCT de 15 de febrero de 1979.

<sup>72</sup> STS de 4 de febrero de 1983.

impidiendo que el trabajo arriesgado se realizase sin la vigilancia de un experto <sup>73</sup>, o por medio de personal inepto «(...) sin la debida dirección» <sup>74</sup>. De esta suerte, la empresa ha de actuar dando órdenes y adoptando una postura clara y terminante respecto de las conductas arriesgadas <sup>75</sup>, no tolerándolas <sup>76</sup>.

Con todo, no procede el recargo si el empresario tenía los dispositivos adecuados de seguridad a disposición del trabajador, de los que éste no usó pese a las «constantes advertencias» <sup>77</sup>; si el trabajador modificó imprudentemente y sin autorización el sistema de trabajo <sup>78</sup>; si teniendo prohibido que una operación se realizase de determinada manera, aquella se efectuó violando las instrucciones impartidas al efecto <sup>79</sup> o imprudentemente <sup>80</sup>, o por operario que conduce una máquina para la que no está autorizado <sup>81</sup>.

Yendo más lejos incluso, la jurisprudencia menciona la asignación de funciones ajenas a la categoría profesional sin tener la titulación y formación necesarias para desarrollarlas, considerándola igualmente causa suficiente para imponer el recargo de prestaciones <sup>82</sup>, por tratarse de una actitud negligente de la empresa empleadora que traslada sobre la misma la carga de acreditar, en su caso, la supuesta concurrencia del «caso fortuito» en el luctuoso evento, o una imprudencia profesional por el trabajador <sup>83</sup>. Esta postura es del todo coincidente con el artículo 48.4 de la LPRL, que califica de infracción muy grave «la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o (...) sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo».

<sup>73</sup> STCT de 27 de junio de 1978.

<sup>74</sup> STCT de 19 de noviembre de 1985.

<sup>75</sup> STCT de 22 de noviembre de 1983.

<sup>76</sup> STCT de 11 de junio de 1986.

<sup>77</sup> SSTS de 30 de marzo de 1971 y 18 de octubre de 1982.

<sup>78</sup> STCT de 6 de diciembre de 1982.

<sup>79</sup> STCT de 28 de abril de 1971.

<sup>80</sup> STCT de 18 de septiembre de 1984.

<sup>81</sup> STCT de 20 de noviembre de 1979.

<sup>82</sup> Respecto de la «adecuación personal a cada trabajo... (según las) ...condiciones del trabajador»; L. FERNÁNDEZ MARCOS destaca la conexión de este inciso del artículo 93 LSS con el artículo 189 del mismo texto legislativo, que prohíbe el empleo de trabajadores con ciertas «debilidades o enfermedades... en máquinas o trabajos en los cuales... puedan ellos o sus compañeros ponerse en especial peligro». Véase L. FERNÁNDEZ MARCOS: «La agravación de responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *REDT*, núm. 25, 1986, págs. 105-106.

<sup>83</sup> STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1993.

También se estableció jurisprudencialmente<sup>84</sup> la procedencia del recargo en los casos de incumplimiento de los preceptos sobre reconocimientos médicos «previos y periódicos» en las empresas con riesgo de enfermedad profesional; punto hoy claro en vista de los artículos 196 y, sobre todo, 197.2 del TRLGSS.

Junto a este incumplimiento, y como requisito de capital importancia, se encuentra la ineludible necesidad de que ello resulte debidamente acreditado, por cuanto no acreditada la realidad de infracción alguna de medida de seguridad por parte de la empresa no procede establecer responsabilidad alguna o recargo contra la misma, toda vez que a diferencia de la presunción respecto del resultado lesivo en sí como accidente de trabajo o enfermedad profesional en su caso, la materia referente al recargo pertenece al campo sancionador, donde no sólo no cabe presunción alguna para tal recargo, sino que hace falta la infracción de una norma anterior a la producción del evento dañoso, dado que, constituyendo el recargo una medida sancionadora, resulta aplicable la constitucional presunción de inocencia, siguiendo por analogía el principio penal *nullum crimine sine lege, nulla poena sine lege*<sup>85</sup>. Por tanto, insistiendo en que se trata de Derecho sancionador y precisamente debido a tal carácter, no puede llegarse a conclusiones distintas por conjeturas o hipótesis más o menos fundadas, sino en base a hechos concretos y precisos, suficientemente contrastados, que puedan servir de base para destruir la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 de la Norma Fundamental<sup>86</sup>.

## 2. Nexo causal.

Como reiteradamente se ha venido anticipando en el presente trabajo, para la imposición del recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social, contenido en el artículo 123 del TRLGSS, exige repetidamente la jurisprudencia<sup>87</sup> la existencia de un «nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física de los trabajadores -generador de prestaciones económicas- y la conducta pasiva del empleador, consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a máquinas, instrumentos o lugares de trabajo, bien consista en la omisión, bien en la falta de dispositivos de seguridad o de su inutilización o deficiente funcionamiento»<sup>88</sup>; insistiendo en la circunstancia de que «en todo caso,

<sup>84</sup> Así lo confirma la jurisprudencia, v. gr. STCT de 23 de mayo de 1980; y doctrina, B. PENDÁS, *Responsabilidades en materia de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1986, y Jurisprudencia que cita.

<sup>85</sup> STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 1991; STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de julio de 1994; STSJ de Galicia de 20 de febrero de 1998.

<sup>86</sup> STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 1991.

<sup>87</sup> SSTS de 18 y 23 de diciembre de 1969; STS de 31 de enero de 1970; SSTS de 19 de abril y 20 de octubre de 1971; STS de 15 de junio de 1972; STS de 28 de mayo de 1975; STS de 8 de junio de 1987; STCT de 6 de febrero de 1980; STCT de 30 de abril de 1982; SSTCT de 5 de julio y 13 de diciembre de 1983; SSTCT de 20 de enero y 4 de mayo de 1984; STCT de 20 de junio de 1985; STCT de 28 de enero, 20 de febrero y 20 de mayo de 1986. En todas ellas destaca la ineludible necesidad de que la inobservancia «fuera causa del accidente de trabajo o influyera... en su producción».

<sup>88</sup> Pronunciamientos concordantes de sendas SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, de 16 y 22 de abril de 1991; así como de las STSJ de Cataluña de 15 de julio de 1992; STSJ de Andalucía/Málaga, de 25 de junio de 1998.

la descripción del hecho lesivo no permite establecer una relación precisa y directa entre la causa y efecto; cuya relación de causalidad es exigible en función de que a la infracción reglamentaria sobre seguridad en el trabajo pueda anudársele la responsabilidad del recargo-sanción prevista en el artículo 93 LGSS»<sup>89</sup>.

Ahora bien, con acertado criterio se subraya jurisprudencialmente<sup>90</sup> la circunstancia de que el requisito de mediar imprescindiblemente relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso «ha de resultar ciertamente probado, porque una obligada interpretación restrictiva (tiene naturaleza sancionadora) determina que esa relación de causalidad no se presuma»<sup>91</sup>, formalidad que puso de relieve el propio Tribunal Constitucional<sup>92</sup>. Fruto de esta exigencia resulta la exclusión de la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento acontezca de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de ninguna norma de prevención<sup>93</sup>; si no se conocen las causas del accidente, no cabe apreciar falta de seguridad<sup>94</sup>, se exige una evidencia y prueba terminantes<sup>95</sup>.

Adicionalmente, existe una obligación por parte de los trabajadores de cooperar en la prevención de riesgos, no puede olvidarse que sobre el propio trabajador pesa un deber de seguridad para su propia persona y para con sus compañeros de trabajo<sup>96</sup>; de ahí que una imprudencia por la negligente actuación del propio trabajador accidentado (*v. gr.*, cuando no se acoge o utilizan las medidas adoptadas por la empresa y puestas a su disposición) determinará la exoneración de responsabilidad del empresario y, por ende, la imposición del recargo<sup>97</sup>.

<sup>89</sup> Significativa cita textual del criterio mantenido al respecto por la STSJ de Castilla y León/Burgos, de 17 de octubre de 1991.

<sup>90</sup> Por ejemplo, desde la ya comentada STSJ de Galicia de 20 de febrero de 1998, como una de las más recientes.

<sup>91</sup> A modo de requisito meramente procesal, sendas SSTCT de 24 de julio de 1984 y 14 de abril de 1986, estimaron que la prueba corresponde al demandante.

<sup>92</sup> Así, en STC de 14 de abril de 1986.

<sup>93</sup> STSJ de 13 de febrero de 1991; STSJ de Aragón de 2 de mayo de 1991; STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1991; STSJ de Cataluña de 23 de enero de 1998.

<sup>94</sup> STCT de 23 de octubre de 1986.

<sup>95</sup> STCT de 4 de noviembre de 1986.

<sup>96</sup> Artículos 5 b) y 19.2 del ET.

<sup>97</sup> En este sentido, SSTSJ de Cataluña de 8 de abril de 1993 y 27 de abril de 1994. Al respecto, opina la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 18 de junio de 1991, lo siguiente: «No puede aceptarse la existencia de responsabilidad empresarial pues la obligación de velar por la seguridad de los trabajadores no puede llevarse hasta el extremo de haber de controlar conductas no previsibles, entre las que debe estimarse la expresiva de una grave negligencia por parte del trabajador».

Es más, como el recargo requiere que exista culpa o negligencia por parte de la empresa, se plantea jurisprudencialmente <sup>98</sup> el problema de la concurrencia de culpas y la incidencia que la negligencia del accidentado <sup>99</sup> pueda tener en la culpabilidad atribuible al empresario y en la consiguiente responsabilidad. Y para la doctrina jurisprudencial mayoritaria, la conducta negligente de la víctima puede exonerar del recargo, porque quiebra la relación de causalidad entre la infracción y el evento dañoso de manera que el accidente de trabajo no ocurre propiamente por la falta de las medidas, sino por la imprudencia <sup>100</sup>.

En este orden de cosas y muy drásticamente, desde el propio Tribunal Constitucional se <sup>101</sup> llegó a sostener incluso que el cometido de la empresa concluye con proporcionar los medios de seguridad y dar las órdenes precisas, y a partir de tal momento es responsabilidad del trabajador el actuar bajo tales circunstancias, por exceder de la obligación empresarial la permanente vigilancia del personal en orden a la observancia de los medios de seguridad establecidos. No obstante, este radical criterio no es unánimemente compartido por la Jurisprudencia <sup>102</sup>.

Pero de todas formas, y para articular esa ruptura del nexo causal y exonerar de responsabilidad al empresario, la doctrina jurisprudencial mayoritaria se inclina -en el hipotético supuesto de concurrencia de culpas- por atender a la que sea más relevante, negando la existencia del recargo cuando sea de mayor importancia -a los efectos causales- la conducta del accidentado <sup>103</sup>; si bien en

<sup>98</sup> Entre otras muchas que se citan a continuación, el criterio sostenido por la STSJ de Asturias de 14 de noviembre de 1991: «La responsabilidad del empresario con fundamento en el artículo 93 LGSS, según Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, precisa de un acto, cuando menos culposo, del mismo empresario o de quienes tienen mando en la empresa, pero no cuando el accidente de trabajo es debido a culpa del mismo trabajador o a caso fortuito, o a fallo de otro empleado».

<sup>99</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 1991: «Esta imprudencia, llamada profesional, no elimina el concepto de accidente de trabajo a todos los efectos, pero no determina -siempre- la responsabilidad empresarial del recargo en la prestación».

<sup>100</sup> STS de 20 de marzo de 1985. STC de 21 de febrero de 1982; STC de 8 de octubre de 1986; STC de 16 de junio de 1988. STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 1991; STSJ de Cantabria de 26 de febrero de 1991; SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 18 de junio de 1991 y 15 de noviembre de 1994; STSJ de Madrid de 30 de octubre de 1992; STSJ de Canarias-Las Palmas de 10 diciembre de 1993; SSTSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 1991 y 4 de mayo de 1994; SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 1991, 17 de febrero de 1992, 12 de mayo de 1992, y 12 de julio de 1994; SSTSJ de Andalucía/Granada de 27 noviembre de 1992 y 30 de octubre de 1992; STSJ de Andalucía/Málaga de 21 de febrero de 1995. SSTCT de 7 de marzo de 1979, 29 de junio de 1983, 7 de abril de 1986: «La infracción ha de ser grave y no imputable al trabajador, sino únicamente a la empresa».

<sup>101</sup> STC de 7 de abril de 1986.

<sup>102</sup> Así, por ejemplo, y por referirnos a un pronunciamiento reciente, disiente del mismo la STSJ de Galicia de 20 de febrero de 1998.

<sup>103</sup> *V. gr.*, y a título de ejemplo: STSJ de Andalucía/Málaga, de 9 de octubre de 1992, o STSJ de Cantabria de 13 de mayo de 1991, la cual sustenta esta tesis de la siguiente manera: «En la valoración comparativa y teniendo en cuenta que el objeto de la preceptiva medida de seguridad es también prevenir conductas de esta índole (imprudencias...), la imprudencia del trabajador debe alcanzar la magnitud suficiente para interferirse de manera relevante en el curso causal principal, que nace de la omisión imputable a la empresa, siendo ésta la causa eficiente del accidente de trabajo, y aquélla un factor coadyuvante que, como tal, carece de virtualidad para excluir el recargo».

alguna que otra resolución se hace referencia a que sólo la preponderancia absoluta de la culpa del perjudicado y la irrelevancia de la imputable a la empresa excluyen la imposición del recargo <sup>104</sup>; y de manera intermedia, algunas resoluciones entienden que el Magistrado debe tener en cuenta esa imprudencia de la víctima a manera de compensación de culpas, para fijar la cuantía del recargo dentro de los límites legales, pero en su grado mínimo <sup>105</sup>.

### 3. Culpabilidad.

Uno de los principales problemas que se suscita en torno a la fijación del recargo económico es determinar si el empresario cumplió o no sus obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo y los supuestos en que el mismo quedaría exonerado de esa responsabilidad, lo cual implica <sup>106</sup> la necesidad de:

- a) «Que exista culpa o negligencia por parte de la empresa <sup>107</sup>;
- b) Que esa culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la diligencia exigible».

De este modo, y por lo que atañe a la primera precisión, para determinar la responsabilidad de la empresa, «es preciso un elemento de voluntariedad a título de dolo, culpa, o, al menos, negligencia». El llamado «deber de seguridad»<sup>108</sup> o «deuda de seguridad» de la empresa con sus trabajadores se confi-

<sup>104</sup> STSJ de Cantabria de 27 de noviembre de 1992.

<sup>105</sup> STC de 26 de mayo de 1977; STS de 1 de febrero de 1989: «La conducta del perjudicado cobra una importancia destacada cuando incida en el nexo causal, toda vez que no se trata de compensar culpa con culpa, lo que conduciría a criterios subjetivos, sino que lo que en realidad se pretende es compensar conductas mediante la estimativa de criterios objetivos y abstractos, y, valorada su incidencia en el nexo causal, decidir, por vía de compensación, la disminución en el *quantum*». STSJ del País Vasco de 30 de julio de 1993; STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 1992: «(...) dispone el núm. 5, apartado a) del artículo 84 LGSS que no impedirá la calificación como accidente de trabajo la imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira. Por ello, para la definitiva fijación del *quantum* cobra importancia destacada la conducta del perjudicado (...)».

<sup>106</sup> En palabras de la STSJ de Galicia de 20 de febrero de 1998.

<sup>107</sup> De la omisión de la medida de seguridad responde el empresario del accidentado si el culpable es cualquiera que de su orden debió velar para que se cumpliera, por ejemplo un encargado o «capataz» (STCT de 4 de febrero de 1980), o un jefe de equipo (STCT de 5 de agosto de 1985); sin que le excuse su negligencia, imprudencia o tolerancia, menos aún sus órdenes deliberadas de ejecutar el trabajo inseguro (SSTCT de 11 y 20 de junio de 1986). Por contra, no responde el empresario si el trabajador que sufre el accidente de trabajo es precisamente quien debió velar por la observancia de la medida de seguridad (STCT de 5 de agosto de 1985: el propio encargado, por ejemplo), o si la falta de ésta le es por completo ajena (STCT de 2 de noviembre de 1986).

<sup>108</sup> Acerca del mismo, STSJ de Madrid de 15 de octubre de 1991: «La sanción que impone el citado artículo 93 LGSS afecta al empresario del trabajador accidentado porque el mismo, en virtud de la relación laboral, es el que contrae la deuda de seguridad, y por ello responde de la omisión o las faltas de medidas protectoras en cualquier lugar que sitúe a sus empleados, bien sea en sus propias instalaciones, bien sea en talleres ajenos; porque aquella deuda de seguridad se extiende sobre toda la actividad profesional de sus trabajadores cualquiera que sea el lugar y las circunstancias en las que ejerzan sus tareas laborales».

gura claramente en la normativa laboral. Así, el artículo 4.2 del ET al establecer que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen, entre otros, derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, derecho que ratifica el artículo 19 de la misma Ley diciendo que: «el trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene». Por su parte, la Organización General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en su artículo 7.2, establece como obligación del empresario la de «adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa»<sup>109</sup>.

Es preciso destacar también que la presencia de la culpa o negligencia por parte de la empresa en ocasiones se requiere que sea exclusiva y otras veces se admite que sea compartida, porque la responsabilidad no es objetiva, lo cual atestiguan numerosas sentencias<sup>110</sup>.

En este sentido, la ya mencionada STSJ de Galicia de 20 de febrero de 1998, precisa textualmente:

«En todo caso hemos de excluir que la responsabilidad prestacional por recargo sea objetiva y pueda encontrarse en la obligación genérica que establece el artículo 19.4 del ET de dar adecuada formación a los trabajadores en materia de seguridad y prevención de riesgos, o en el principio de deuda de seguridad que corresponde a la empresa, extensible a las actividades preventivas de posibles imprudencias (art. 15.4 LPRL), o en la no exención de responsabilidad empresarial por el incumplimiento de obligaciones por parte del trabajador (art. 14.4 LPRL); y recordar que la responsabilidad objetiva o cuasi objetiva puede pretenderse tan sólo en el ámbito de la responsabilidad aquiliana (vía art. 1902 CC). (...) No admitimos el genérico planteamiento porque con tal criterio viene a olvidarse que estamos en presencia de una medida punitiva a la que obligadamente aplicar criterios restrictivos, en la que son imprescindibles los presupuestos de haberse infringido alguna medida de seguridad y de que la misma estuviese unida en relación de causalidad con el evento dañoso, así como que en tal tipo de responsabilidad es de ineludible exigencia la culpabilidad empresarial.»

Ocupándonos ya de cuál es la diligencia exigible, la normativa laboral, y especialmente la nueva LPRL (art. 14.2), establece un nivel de vigilancia a los empleadores para prevenir los riesgos que afecten a la integridad física de los trabajadores concordante con el recogido en el artículo 16 del Convenio 155 de la OIT de 22 de junio de 1981 (ratificado por España en 26 de julio de 1985), y que resulta ser la propia de un prudente empleador con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores, en cuanto impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos sean seguros y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores.

<sup>109</sup> STSJ de Andalucía/Málaga, de 25 de junio de 1998.

<sup>110</sup> STSJ de Asturias de 17 de junio de 1993; STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de julio de 1994; STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 15 de noviembre de 1994; STSJ de Andalucía/Málaga, de 21 de febrero de 1995.

Según la jurisprudencia <sup>111</sup>, dicho criterio «no es otra cosa que reflejo y operatividad, en el ámbito de la Seguridad Social, del derecho básico en el contenido de la relación laboral recogido en los artículos 4.2 y 19 del ET, y que con carácter general y como positivación del principio general de Derecho *alterum non laedere*, es elevado a rango constitucional en el artículo 15 del Texto Fundamental, y que en términos de gran amplitud, tanto para el ámbito de las relaciones contractuales como extracontractuales, consagra el Código Civil en sus artículos 1.104 y 1.902; debiendo entenderse que el nivel de vigilancia que impone a los empleadores el artículo 7 de la Ordenanza de 9 de marzo de 1971 ha de valorarse con criterio de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal, cooperador a los fines de la convivencia industrial» <sup>112</sup>. Todo ello, se insiste, teniendo en cuenta que la imprudencia profesional o exceso de confianza del trabajador exime de responsabilidad al empresario <sup>113</sup>.

## V. CUANTÍA DEL RECARGO

Por lo que respecta a la cuantía del recargo, ésta se encuentra legalmente fijada en un porcentaje variable del treinta por cien al cincuenta por cien (art. 123.2 TRLGSS). Pocos problemas plantea este punto, sin embargo, conviene referirse a ciertas matizaciones que, de nuevo, vienen dadas vía jurisprudencial.

De esta suerte, se especifica que dicho porcentaje ha de ser fijado por el Juez, sin que pueda sobrepasar los límites legales, ni por defecto ni por exceso, correspondiendo al Tribunal Superior revocar el criterio de fijación o mantenerlo, pero nunca modificarlo <sup>114</sup>.

Además, el recargo por falta de medidas de seguridad se da en todas <sup>115</sup> las prestaciones económicas derivadas de accidente, incluidas las indemnizaciones a tanto alzado, toda vez que, aun cuando las indemnizaciones no tienen el concepto de pensión, sí son prestaciones de la Seguridad Social que deben ser afectadas por la expresión terminológica «todas las prestaciones económicas» contenida en el artículo 123.1 del TRLGSS <sup>116</sup>.

<sup>111</sup> V. gr., SSTSJ de Cataluña de 15 de julio, 8 de marzo y 27 de abril de 1994.

<sup>112</sup> En esta misma línea: STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 22 de enero de 1991; STSJ de Andalucía de 4 de marzo de 1993; STSJ de Castilla-La Mancha 30 de marzo de 1994; STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 15 de noviembre de 1994; STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 1994; STSJ de Andalucía/Málaga, de 21 de febrero de 1995.

<sup>113</sup> Por ejemplo, STSJ de Cataluña de 5 de febrero de 1993.

<sup>114</sup> STSJ de Madrid de 9 de febrero de 1993.

<sup>115</sup> Como ya se precisó al tratar del concepto de esta figura, la ampliación del recargo mediante su efectiva extensión a todas las prestaciones se produjo al amparo de la Ley de Financiación y Perfeccionamiento (art. 15), modificación de la Ley de Seguridad Social del año 1966 que ya se incorporó al texto del 74; no comprendiendo el recargo en la anterior normativa la incapacidad laboral transitoria, y con dudas acerca de la prestación por muerte.

<sup>116</sup> S. Juzgado de lo Social, núm. 6, de Zaragoza de 20 de abril de 1994.



Por último (y en relación a un supuesto concreto de prestación de la Seguridad Social derivada de accidente laboral), es preciso aclarar que las pensiones derivadas de accidente de trabajo que alcanzan, debido al estado en que queda el trabajador, el grado de «Gran Invalidez» tienen un incremento del cincuenta por cien para atender a los gastos de aquella persona que ayuda al trabajador accidentado a realizar los actos fundamentales de su vida, tales como pasear, vestirse... Ahora bien, el incremento del recargo por falta de medidas de seguridad, se ha de girar sobre el cien por cien del salario regulador y no sobre el cincuenta por cien de ese salario que constituye el incremento de la pensión; teniendo en cuenta que las normas de la Seguridad Social se integran en la totalidad del Ordenamiento Jurídico que no acepta, por perturbadoras, las interpretaciones extensivas agravatorias <sup>117</sup>. Junto a ello, mencionar que el recargo en las indemnizaciones queda en favor del beneficiario de éstas, quienquiera que sea.

## VI. RESPONSABILIDAD EN SUPUESTOS DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS EN ORDEN A LA IMPOSICIÓN DEL RECARGO

Tal y como reiteradamente se ha venido sosteniendo, el artículo 123 del TRLGSS estima que el recargo es responsabilidad exclusiva del empresario infractor, esto es, del directo empleador del trabajador accidentado. Ello no obstante, se impone hacer, sin ánimo de exhaustividad, una especial referencia a la problemática de la determinación de la responsabilidad en orden a la imposición de dicho recargo en los supuestos de contratas y subcontratas.

La responsabilidad empresarial se extiende según el artículo 42 de la LPRL en estos supuestos: en caso de trabajos subcontratados, la empresa principal responde solidariamente con el contratista o subcontratista de las condiciones de seguridad y de las responsabilidades civiles o administrativas contraídas en materia preventiva. *Ex* artículo 24.3 de la propia LPRL, el fundamento y, juntamente con ello, supuesto de hecho de dicha responsabilidad solidaria -nótese bien: solidaria, no subsidiaria- es el deber de la empresa principal de «vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales».

Los artículos 42.2 y 24.3 de la LPRL delimitan los presupuestos determinantes de la aparición de dicha responsabilidad solidaria, que son:

- a) Que el incumplimiento afecte a trabajadores del contratista (o subcontratista, en su caso).
- b) Que se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal.
- c) Que la contrata se refiera a obras o servicios de la «propia actividad» del empresario principal.

<sup>117</sup> STS de 9 de febrero de 1972.

Al margen de ello, y por lo que atañe a esta peculiar forma de responsabilidad del empresario laboral que implica el recargo del que nos ocupamos, es preciso hacer sucintamente algunas aclaraciones.

En los casos de contrata y subcontrata de obras o servicios, aunque es indiscutible que los empleados de la empresa contratista o subcontratista mantienen su vínculo laboral exclusivamente con ésta, no puede olvidarse que en muchas ocasiones desarrollan su trabajo bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella. Se produce de este modo una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal; situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran. Y así es perfectamente posible que una actuación incorrecta o negligente del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Por ello en estos casos la determinación o aplicación del concepto «empresario infractor» se complica sobremanera, surgiendo siempre en cada supuesto la interrogante de si alcanza sólo al empresario directo o propio, únicamente al principal, o a ambos a la vez.

La doctrina de unificación contenida en STS de 18 de abril de 1992 con la finalidad de esclarecer a qué empresa o empresas alcanza la responsabilidad del abono del recargo de prestaciones en los supuestos de accidente de trabajo acaecido por falta de medidas de seguridad cuando el trabajador siniestrado pertenecía a una empresa contratista o subcontratista de otra principal, a la que en definitiva beneficiaban los trabajos desarrollados por el mismo, ha venido a establecer que hay que tener en cuenta en primer lugar fundamentalmente el artículo 93.2 de la LGSS de 30 de mayo de 1974 (hoy art. 123 del TRLGSS por RDLeg. 1/1994). A tenor del mismo, pues, lo que no parece correcto es excluir, por sistema y en todo caso, la responsabilidad de la empresa principal.

De todos modos, continúa señalando la citada doctrina de unificación, la responsabilidad solidaria del empresario principal ha de ser matizada, vinculándola a la idea de «empresario infractor» que recoge el actual artículo 123 del TRLGSS, de forma que la existencia de esta responsabilidad ha de ir ligada a una conducta negligente o inadecuada de aquél, o a la concurrencia de falta de cuidados precisos por parte del mismo, o a la no adopción de medidas evitadoras del riesgo que sea imputable de alguna manera a ese empresario principal.

Con fines meramente orientativos, conviene aludir a determinados preceptos, dado que recogen las líneas de pensamiento y los principios básicos que en esta materia debatida prevalecen en el campo de acción de nuestro Ordenamiento.

- 1.<sup>a</sup> Se recuerda en consecuencia que el artículo 42.2. del Estatuto regula tan sólo los supuestos de contrata y subcontrata correspondientes a la propia actividad de la empresa principal.

- 2.<sup>a</sup> También el hoy derogado artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobado por Orden de 9 de marzo de 1971, proclamaba la responsabilidad solidaria del empresario principal «en el cumplimiento de las obligaciones que impone esta Ordenanza», si bien la limita a los trabajadores que desempeñan su labor en los «centros de trabajo de la empresa principal» <sup>118</sup>.
- 3.<sup>a</sup> Por su parte, el artículo 40 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, establecía que «los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, responden del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene durante el período de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, aun cuando afecte a trabajadores del contratista o subcontratista»; no obstante lo cual, su nueva redacción al amparo de la modificación incorporada por la disposición derogatoria única de la LPRL, se limita a remitirse a los artículos 42 a 44 del Estatuto para determinar la responsabilidad empresarial en los términos previstos por los mismos.
- 4.<sup>a</sup> Por su parte, el artículo 17 del Convenio núm. 155 de la OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo, ratificado por España mediante Instrumento de 26 de julio de 1993 (BOE de 11 de noviembre de 1993), para el supuesto de que «dos o más empresarios desarrollen simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo», establece un «deber de colaboración» entre los mismos en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene. De esa disposición parece lógico deducir en los casos de contrataciones o subcontratas la posibilidad de que la responsabilidad que venimos examinando alcance tanto al empresario directo o contratista como al principal, siempre y cuando exista base suficiente para ello.
- 5.<sup>a</sup> Por último, citar las Directivas Comunitarias referidas a estas cuestiones:
- Directiva Marco 89/391, de 12 de junio de 1989, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, en su artículo 5.1 dispone que «el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo», y, en su artículo 8.1 que «el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales».

---

<sup>118</sup> Basándose en la misma, STSJ del País Vasco de 2 de diciembre de 1991: «El recargo derivado de dicha falta de medidas de seguridad ha de ser de cargo del empresario directo, en este caso el contratista, pues en ningún momento pierde la dirección inmediata de los trabajadores, debiendo vigilar las circunstancias concretas de trabajo y, desde luego, las condiciones de seguridad. Pero, asimismo, es evidente la responsabilidad de la empresa que dirige los trabajos subcontratados con sus medios personales y materiales. Fijada la responsabilidad de la empresa a la que pertenecía el trabajador víctima del accidente de trabajo, debe declararse la responsabilidad solidaria de ambas empresas, por la regla general fijada en el artículo 153 de la Organización General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971.»

- Directiva 91/383, de 25 de junio de 1991, que completa las medidas tendentes a promover la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral determinada o de empresas de trabajo temporal. Así pues, en su artículo 8.1 prescribe que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que «sin perjuicio de la responsabilidad establecida por la legislación nacional de la empresa de trabajo temporal, la empresa y/o el establecimiento usuario (es decir, la empresa cesionaria de los servicios o cliente de la de trabajo temporal) serán responsables de las condiciones de ejecución del trabajo durante el tiempo que dure la adscripción». Es el apartado 2 del referido artículo 8 el encargado de precisar que «las condiciones de ejecución del trabajo comprenderán de modo limitativo las relacionadas con la seguridad, la salud, y la higiene en el trabajo». Es obvio que estas empresas de trabajo temporal y las empresas cesionarias o clientes no son en absoluto asimilables a los supuestos de contratas y subcontratas, pero sin embargo en ambos casos se produce una cesión de trabajo, directa en un caso e indirecta en otro, razón por la cual conviene no perder de vista aquí las disposiciones de esta Directiva.

A la luz de toda esta amplia normativa, y sin perder nunca de vista lo preceptuado en el artículo 123 del TRLGSS, el empresario empleador inmediato del trabajador es responsable directo de las resultas del accidente conforme al artículo 126 de la LGSS y demás normativa de aplicación en tanto no se dicten las disposiciones reglamentarias que en el mismo se prevén, no obstante, si resulta insolvente y la obra o industria estuviere contratada, el propietario de ésta responderá, de conformidad con dicho precepto, de las obligaciones del empresario infractor. Dicho precepto encuentra su razón de ser en que, en definitiva, es el dueño de la obra el que hace suyo el resultado del trabajo de todos aquellos que prestan sus servicios en la obra de su propiedad. Al igual, se admite la responsabilidad solidaria *ex* artículo 42.2 del ET entre el contratista y subcontratistas incluso en el supuesto de que sean varios, e incluso con el dueño de la obra <sup>119</sup>.

Como claramente se infiere de lo anteriormente expuesto, debe prevalecer pues, en la determinación o aplicación del concepto «empresario infractor» que utiliza el precepto (art. 123 TRLGSS) el sentido amplio que por la doctrina de unificación contenida en la ya aludida STS de 18 de abril de 1992 se viene a sostener respecto del recargo por infracción de medidas de seguridad en sus términos previamente transcritos. De esta suerte, el recargo no tiene como exclusivo destinatario posible el empresario del trabajador accidentado, sino que puede extenderse con responsabilidad solidaria a contratistas y/o subcontratistas de la empresa principal, pero no de forma automática y necesaria, sino que es preciso que éstos hubieren infringido algunas de las medidas de seguridad e higiene reglamentariamente exigidas en su centro de trabajo o dependencias de éste, y además ello

<sup>119</sup> STS de 18 de abril de 1992.

hubiere sido causa del accidente de trabajo sufrido por el trabajador beneficiario de las prestaciones de la Seguridad Social. Esta doctrina ha sido reiteradamente aplicada a continuación <sup>120</sup>, e insistentemente anticipada por la jurisprudencia <sup>121</sup>.

Pronunciándose al respecto, y para justificar la posibilidad de extensión del recargo en prestaciones a la empresa principal que, si bien no se extrae de la Ley <sup>122</sup>, ha dejado clara el Tribunal Supremo en la referida Sentencia dictada en Unificación de Doctrina, el Tribunal Constitucional esgrime la siguiente argumentación: «De otra parte, en el ámbito sancionador la prohibición de analogía *in malam partem* es también una de las exigencias del principio de legalidad <sup>123</sup>, pero aquí no se ha efectuado una extensión *in peius* de la imputación de responsabilidad a supuestos no subsuimibles en el precepto legal, sino una mera interpretación teleológica de la expresión "empresario infractor" en la hipótesis en que el trabajador accidentado está involucrado en procesos de descentralización productiva, en absoluto extravagantes con el régimen jurídico del deber de seguridad e higiene en el trabajo, dado el tenor de los artículos 42.2, y 155 párrafo segundo de la Organización General de Seguridad e Higiene en el Trabajo». La interpretación que formula el Tribunal Constitucional constituye la confirmación de la tesis jurisprudencial iniciada por el Tribunal Supremo <sup>124</sup>.

<sup>120</sup> Así, por ejemplo, en sendas SSTS de 15 de julio y 14 de diciembre de 1996; STS de 3 de marzo de 1997; e igualmente en STSJ de Cataluña de 10 de abril de 1996, STSJ de Navarra de 30 de julio de 1996.

<sup>121</sup> En tal sentido, STS de 12 de mayo de 1970; SSTCT de 20 de septiembre de 1978, 17 de junio, 15 de julio y 2 de diciembre de 1986; y las que citan, entre otras, entendiéndose que la empresa principal ejercite contra el contratista o subcontratista culpable del accidente de trabajo, repitiendo contra él como responsable solidario, conforme al artículo 42 del ET. Por su parte, STS de 16 de enero de 1974 dictamina la posibilidad de responsabilidad solidaria entre contratista y subcontratista si a ambos es imputable la falta de seguridad. SSTS de 23 de enero de 1971 y 1 de julio de 1975 (segunda sentencia); STCT de 24 de septiembre de 1984; STCT de 10 de agosto de 1986 y las que cita; STCT de 20 de noviembre de 1986; en la línea todas ellas de que la evidente tendencia jurisprudencial a las mismas previa, simplificadora de que la responsabilidad derivada del artículo 123 del TRLGSS correspondía «exclusivamente al empresario de la víctima», resulta en el momento más matizada y menos segura, apoyando la afirmación referida en el hecho de que estos casos no consienten una respuesta unívoca, dependiendo ésta más bien del grado en que, en el caso, el empresario principal y el contratista o subcontratista tenían a su cargo la dirección y ejecución de los trabajos y el ámbito de su ejecución, si bien bajo la presunción de que el empresario del accidentado es responsable de su seguridad. Véase J. GARCÍA MURCIA, «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS*, núm. 130, 1981.

<sup>122</sup> Paradójicamente, algunos de los argumentos esgrimidos por el Supremo son más de índole civil que administrativa, como sucede cuando se alega a modo de fundamento el artículo 1902 del propio Código Civil, o bien la responsabilidad de naturaleza patrimonial implícita en el artículo 42.2 del Estatuto. No obstante lo apuntado, ha de reconocerse que el Tribunal Supremo también sustenta su fundamentación en preceptos que -si bien únicamente referidos a sanciones pecuniarias- regulaban responsabilidades administrativas concurrentes o solidarias, tales como el artículo 153 de la Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971 y el -actualmente derogado por la nueva Ley- artículo 40 de la LISOS.

<sup>123</sup> STC 182/1990, F.J.º 3.º; y ATC 72/1993.

<sup>124</sup> No obstante, en palabras de P.P. MONTERO: «Sin embargo, si el artículo 123 del TRLGSS, que sólo se refiere al empresario infractor, ha de entenderse de esa manera, así lo ha debido establecer la nueva LPRL, a fin de despejar mediante ley las dudas que hasta ahora había planteado este supuesto y que, como sabemos, dio lugar a una Jurisprudencia anterior contraria a la tesis ahora mantenida en Unificación de Doctrina y por el Tribunal Constitucional»; opinión del autor sostenida en «Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la LPRL»; *La Ley- Actualidad*, 1996.

Por otro lado, en los supuestos de contrata y subcontrata de obras o servicios, existe la obligación y consecuentemente la responsabilidad de observar las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, siempre y cuando la realización de la obra o servicio se corresponda con la propia actividad, entendida como toda actividad necesaria a fin de lograr los objetivos de producción dentro del propio ciclo productivo empresarial. Ahondando en el concepto de propia actividad cabe, no obstante, establecer una distinción entre aquellas operaciones consideradas de carácter necesario por su inherencia a la actividad productiva, y los denominados servicios complementarios, tales como seguridad de la empresa, mantenimiento o limpieza de la misma, comedor, etc.

Para finalizar, aun cuando la obligación se transmite del empresario principal al contratista, se entiende que tales medidas deben conocerlas ambos empresarios pertenecientes a la misma actividad; pero no es exigible la actividad *in vigilando* a otra empresa, que, por ser de distinta actividad, desconoce las medidas que han de exigirse a aquel que es verdaderamente empresario del trabajador accidentado <sup>125</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

La autora, además de la bibliografía referenciada expresamente en las notas a pie de página, ha consultado:

Alfredo MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*; Ed. Tecnos.

M. ALONSO OLEA y M.ª Emilia CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*.

M. ALONSO OLEA, *La legislación social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1036*; Antonio MARTÍN VALVERDE, Manuel C. PALOMEQUE LÓPEZ, Fernando PÉREZ ESPINOSA, Fernando VALDÉS DAL-RÉ, M.ª Emilia CASAS BAAMONDE, Joaquín GARCÍA MURCIA. Publicaciones del Congreso de los Diputados.

L. FERNÁNDEZ MARCOS, *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público*, Madrid, 1975.

Ángel Luis DE VAL TENA y José Javier OMÁN CASTILLO, *La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en orden a las prestaciones de Seguridad Social: Criterios jurisprudenciales*.

---

<sup>125</sup> STSJ del País Vasco de 30 de julio de 1993.