

## EL RECARGO DE PRESTACIONES: CLAVES PARA UNA REFORMA PENDIENTE

**José Sánchez Pérez**

*Profesor (Acreditado Contratado Doctor) de Universidad.  
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Granada*

---

### EXTRACTO

A la hora de afrontar el análisis de la clásica figura del recargo de prestaciones se hace preciso indagar en las razones que justificaron su implantación por el legislador. A continuación se persigue verificar si persisten aquellas razones que avalaron su creación como complemento de la protección por accidente de trabajo y si, efectivamente, consigue los objetivos preventivos predicados en la actualidad tanto por nuestro modelo normativo como por la doctrina jurisprudencial. Son dos, pues, los ejes sobre los que pivota el análisis contenido en el presente trabajo: verificar la función preventiva del recargo de prestaciones y la hipotética necesidad de complementar la indemnización otorgada a través del modelo reparador existente frente al daño causado. A partir de los elementos analíticos propuestos se examina críticamente el posicionamiento de la doctrina –a través de los criterios de mayor repercusión investigadora– y las opciones de cambio legislativo que se muestran ante el nuevo escenario social y jurídico, aportando en este ámbito el autor una singular y novedosa propuesta.

**Palabras clave:** accidente de trabajo; recargo de prestaciones; prevención de riesgos laborales; indemnización del daño.

---

*Fecha de entrada: 02-06-2017 / Fecha de revisión: 30-06-2017 / Fecha de aceptación: 30-06-2017*

## SECURITY SURCHARGE: KEYS TO A PENDING REFORM

José Sánchez Pérez

---

### ABSTRACT

When analysing the classical feature of security surcharge we need to look into the justification of its implementation by legislators. Following we aim to assess the reasons which warranted its creation as a social-protection scheme and if it meets the preventive goals set by our regulatory model and recent case law. The analysis of this paper is based on two axes: to verify the preventive purpose of security surcharge and the prospective need to supplement the compensation in the event of accident at work. The analytical methods proposed critically review the legal doctrine stance –using the highest impact research criteria– and the legislative change options coming in the new social and legal backdrop. The author of this document provides a singular and innovative proposal in this regard.

**Keywords:** accident at work; security surcharge; labour risk prevention; compensation for damage.

---

---

## Sumario

1. El escenario para afrontar la hipótesis de un cambio normativo
2. El recargo de prestaciones: Su origen
3. La actual regulación normativa del recargo de prestaciones
4. Posicionamiento del Tribunal Supremo frente al recargo de prestaciones: Requisitos y naturaleza
5. Disfunciones asociadas al recargo de prestaciones
6. El recargo de prestaciones: El debate doctrinal a examen
7. Las razones que justifican esta institución jurídica
  - 7.1. La finalidad preventiva que lo preside
  - 7.2. La histórica insuficiencia del sistema de indemnización asociado al accidente de trabajo, traducido en la diferencia entre el importe del daño total sufrido y la indemnización legal
8. Estado actual de la cuestión: Claves a despejar para afrontar la reforma normativa
  - 8.1. La acreditada ineficacia de los seguros sociales de los accidentes laborales y de enfermedades profesionales desde la perspectiva preventiva
  - 8.2. Un baño de realidad acerca de los efectos atribuidos al recargo de prestaciones y la propuesta de encuesta a través del Instituto Nacional de Estadística
  - 8.3. Mi experiencia desde la perspectiva profesional: Disfunciones que provoca la institución asociadas a la posición empresarial y a la del propio trabajador
  - 8.4. ¿El recargo de prestaciones ofrece verdaderamente una función preventiva provocando la reacción del empresario para evitar el accidente?
  - 8.5. ¿Persiste hoy en día una diferencia sustancial entre el importe del daño total sufrido por el trabajador accidentado y la indemnización legal correspondiente al daño? Incidencia del cambio de doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Social)
9. Opciones y propuesta de cambio normativo

### Bibliografía

## 1. EL ESCENARIO PARA AFRONTAR LA HIPÓTESIS DE UN CAMBIO NORMATIVO

Se hace preciso indagar en los orígenes del recargo de prestaciones, no por un exceso de rigor academicista sino por la sencilla razón de que para valorar la modificación legislativa a que se encuentra abocada esta institución jurídica es necesario identificar las razones de política legislativa que justificaron su aparición. Analizaremos, pues, por qué surge la institución jurídica, los requisitos para su aparición, su naturaleza jurídica, así como los cambios normativos y doctrinales que han acompañado la reparación del daño corporal asociado al accidente de trabajo. También resulta relevante, especialmente tras la celebración del centenario de la Ley de Accidente de Trabajo, examinar el amplio debate doctrinal surgido alrededor de esta figura jurídica. Partiendo del examen de todas las opciones que se plantean barajo, desde una perspectiva personal y crítica, las alternativas que entiendo más plausibles para conseguir la adecuación entre el tratamiento normativo de esta clásica institución y las exigencias sociales asociadas al tiempo en que vivimos.

## 2. EL RECARGO DE PRESTACIONES: SU ORIGEN

Comenzamos pues la tarea de revisar la institución del recargo de prestaciones ocasionada por la infracción de medidas de seguridad, una institución clásica de nuestra legislación. Su origen histórico se muestra vinculado a la propia Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 –LAT– (art. 5 pfo. 5). A la hora de fijar un sentido a su aparición en la primera norma de Seguridad Social cabe realizar una interpretación conjunta con el resto de la regulación. Encontramos una pista solvente en el propio artículo 4 de aquella ley. En el mismo se venía a conceder una indemnización equivalente a dos años de salario ante el reconocimiento de una incapacidad en grado de absoluta para todo tipo de trabajo, en una situación de objetivo desamparo para un trabajador que ha perdido, de por vida, su capacidad de ganancia y de acceso a cualquier tipo de trabajo remunerado. Aquel precepto (art. 5.5 LAT) establecía que «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». De esta forma se venía a penalizar a las empresas que utilizaran maquinaria sin mecanismos de protección, situación que cabe imaginar muy extendida dada la práctica inexistencia de medidas preventivas frente a los accidentes de trabajo.

En su regulación inicial destacaba la idea-fuerza de un agravamiento de la responsabilidad que se traducía en la introducción de un plus de responsabilidad por el incumplimiento empre-

sarial de medidas de seguridad y salud en el trabajo<sup>1</sup>. La justificación histórica en que se apoya la aparición de la institución del recargo de prestaciones mantiene dos ideas referentes. De una parte destaca la propia naturaleza del sistema de responsabilidad objetiva –en sus inicios con una valoración claramente inferior al daño real causado– que venía a justificar un incremento de las indemnizaciones cuando concurre en la producción del daño bien la inexistencia o bien incumplimientos de medidas de seguridad con la finalidad de potenciar la prevención de riesgos y compensar a la vez a la propia víctima. De otro lado, la limitada cuantía de las indemnizaciones –que resultaban inferiores al daño objetivamente causado– exigía su aumento para la hipótesis en que el empresario incrementara el riesgo a través de la constatación de culpa empresarial. En la norma histórica citada la indemnización máxima cifrada para las lesiones e incapacidad permanente de mayor gravedad quedaba limitada a un importe de dos años de salario, de modo que si sobre tal presupuesto concurre la culpa empresarial, esa indemnización habría de incrementarse –tras aplicar el incremento del 50%– en un año más de salario. Aun en este caso, cabe constatar la manifiesta insuficiencia de la indemnización otorgada respecto de los daños provocados por el accidente laboral<sup>2</sup>.

La actual figura jurídica no cumple otro papel que la reubicación de aquella histórica formulación legislativa. Procura ofrecer las mismas funciones de carácter preventivo que la primera Ley de Accidentes de Trabajo, pese a que en la actualidad son distintos los sistemas de responsabilidad empresarial y de cobertura de los accidentes de trabajo<sup>3</sup>. En el momento de su creación, el recargo de prestaciones venía a constituir una medida crucial frente a la inexistente protección social que se ofrecía ante los accidentes de trabajo. Hoy según GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO y LAHERA FORTEZA viene a constituir un complemento a la hasta ahora insuficiente protección desplegada por el sistema público aunque esta afirmación alcanza renovados matices a tenor del curso que ha experimentado la reciente jurisprudencia social.

Identificar el sentido inicial de la institución puede contribuir a comprender sus fundamentos, del mismo modo que la evolución que ha experimentado a través de las diferentes reformas nos debe ayudar a identificar su sentido actual y su adecuación a la realidad social a la que sirve de apoyo. Con su aparición –señala la doctrina– el recargo vino a ofrecer una forma de compensación del límite a la responsabilidad tasada que ofrecía el accidente de trabajo, dentro de un margen general de inmunidad<sup>4</sup>. El pronunciado perfil indemnizatorio que ofrecía el recargo de prestaciones se apreciaba con especial intensidad en las prestaciones de carácter temporal, apare-

<sup>1</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: «La responsabilidad especial del recargo de prestaciones. Configuración y régimen jurídico», Granada: Comares, 2006, pág. 747.

<sup>2</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «La configuración jurídica del accidente de trabajo», Murcia: Laborum, 2013, pág. 108 a 109.

<sup>3</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, C. y LAHERA FORTEZA, J.: *La Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900*, pág. 50.

<sup>4</sup> DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA, A.: «Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones», Madrid: Fraternidad Muprespa, 2000, pág. 651.

ciendo como una institución esencialmente resarcitoria, si bien vinculada a la actuación culpable empresarial<sup>5</sup>. Como proyección de la línea expuesta, el artículo 65 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, de 10 de enero de 1922, lo definía como una indemnización especial. Es a partir de la redacción normativa de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1956, en su artículo 27, cuando aparece la calificación normativa específica del recargo como sanción en línea con la redacción del actual [artículo 164 del TRLGSS](#).

La finalidad reconocida de la norma a tenor de su formulación reside en la pretensión de incrementar los esfuerzos preventivos de los empresarios mediante la representación simbólica de una amenaza a través de la cual se puede materializar un agravamiento de la responsabilidad patrimonial directa. La condición ambivalente de su naturaleza: sancionadora y prestacional –con dudas relevantes al respecto de cuál de ellas prevalece– viene a marcar el curso incierto de esta peculiar institución.

### 3. LA ACTUAL REGULACIÓN NORMATIVA DEL RECARGO DE PRESTACIONES

Esta institución jurídica aparece hoy regulada en el [artículo 164 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, reproduciendo casi de forma literal el anterior artículo 123 del TRLGSS/1994. No obstante cabe apreciar algunos matices relevantes entre la redacción precedente y la actual. De entrada el enunciado del precepto habla de recargo de prestaciones económicas «derivadas» de accidente de trabajo «o» enfermedad profesional, en tanto que el anterior hablaba de recargo de prestaciones «en caso» de accidente de trabajo «y» enfermedad profesional. El término «derivadas» ofrece un espectro más amplio de patologías o dolencias que puedan mostrar una conexión causal con el accidente de trabajo o enfermedad profesional. Por otra parte el uso de la conjunción disyuntiva «o» parece más preciso que la conjunción copulativa «y» pues requiere la presencia del accidente o la enfermedad profesional sin exigir la inusual presencia simultánea de ambos.

El precepto en su párrafo primero establece el contenido del recargo de prestaciones que consiste en un incremento de un 30 a un 50% de las que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional cuando la lesión sea producida por «equipos de trabajo» (el anterior precepto hablaba de «máquinas, artefactos») o «en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios». En cuanto a la sustitución de términos en la definición normativa llama la atención la referencia a que «la lesión sea producida por equipos de trabajo» incorporándose este término, más acorde con el resto de normativa laboral y relativa a la prevención de riesgos laborales y sustituyendo a los desfasados vocablos «máquina o artefacto» propios de etapas históricas claramente superadas.

<sup>5</sup> MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*, Las Rozas: La Ley, 2001, pág. 138.

También genera el incremento de prestaciones el que tales «equipos de trabajo» se encuentren «inutilizados o en malas condiciones» o cuando no se hubieren «observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo» teniéndose en consideración la adecuación personal a cada trabajo y las características como edad, sexo y resto de condiciones del trabajador. El término amplio y genérico con que se aborda el tipo de comportamiento generador de la responsabilidad por recargo deriva con frecuencia hacia una «cuasi-objetivación», de modo que no siempre es fácil identificar un incumplimiento concreto imputable a la empresa cuando el trabajador se aparta de la observación de los protocolos de seguridad establecidos.

El [párrafo 2.º del artículo 164](#) establece la imposibilidad de aseguramiento de la responsabilidad generada por el recargo, siendo este el tradicional recurso para vincular el precepto con el aspecto preventivo del aquel; de tal modo que según persigue el legislador el empresario no tendría otra alternativa que invertir en seguridad si quiere eludir las consecuencias de la eventual imposición del recargo.

Y, en último término, el [párrafo 3.º del artículo 164](#) establece la compatibilidad y la independencia de la responsabilidad generada con las de todo orden, incluido el penal. Con tal declaración se asegura que el hipotético importe que se deduzca del recargo de prestaciones se añadirá siempre –y no podrá detrarse– de aquellas que correspondan en concepto indemnizatorio y tengan su causa en el accidente o enfermedad profesional que hubiera determinado el recargo.

#### 4. POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO FRENTE AL RECARGO DE PRESTACIONES: REQUISITOS Y NATURALEZA

De conformidad con el texto legal, la doctrina jurisprudencial ha venido identificando los requisitos precisos para la imposición del recargo de prestaciones tal y como consta en la [Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 junio de 2007, RCU 938/2006](#), fijando asimismo aquellos que resultan necesarios para el surgimiento de la responsabilidad empresarial cuando concurren en la producción del accidente de trabajo (entre otras, [STS de 2 de octubre de 2000](#)).

En primer lugar será preciso que la empresa haya cometido alguna infracción que se traduzca en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial. A este respecto se precisa que no resulta exigible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de la tecnología en la creación de herramientas de trabajo, siendo suficiente que concurra la violación de las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado ([STS de 26 de marzo de 1999](#)). En segundo lugar se precisa la acreditación de la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador. Y en último término, que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, si bien tal conexión podría romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado ([STS de 6 de mayo de 1998](#)).

La discusión acerca de la naturaleza jurídica del recargo (prestación o sanción) no alcanza un matiz definitivo para el Tribunal Supremo, que persiste a la hora de mantener sus dudas al respecto. La [Sentencia de 9 de junio de 2015, rec. núm. 36/2014, FJ 2.º](#), deja de manifiesto la «difícil concreción de la naturaleza atribuible al recargo» advirtiendo que no cabe prescindir del «beneficio extra a favor de un marco protector que une infracción y lesión».

## 5. DISFUNCIONES ASOCIADAS AL RECARGO DE PRESTACIONES

Esta institución durante tiempo se ha erigido en una de las figuras más discutidas del Sistema de Seguridad Social tal y como se desprende del amplio debate doctrinal que ha generado. Dentro de las posturas enfrentadas hay diversas voces que solicitan la modificación de la institución, en tanto que otras, en una mayor proporción, plantean directamente su supresión. Su finalidad primordial se traduce en incrementar los esfuerzos de prevención de los empresarios a través de la representación simbólica de una amenaza de agravamiento de la responsabilidad patrimonial directa<sup>6</sup>. MONEREO PÉREZ sostiene que la finalidad última del precepto consiste en estimular los esfuerzos preventivos a través de la intimidación que provoca la sanción en el agente, manteniendo una doble dimensión punitiva y sancionadora.

Por su parte, el Tribunal Supremo justifica esta institución en una sociedad con altos índices de siniestralidad, donde el recargo persigue evitar los accidentes de trabajo e impulsar coercitivamente a que las empresas cumplan con sus obligaciones de seguridad, con la finalidad de que no les resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente<sup>7</sup>.

El expuesto criterio de responsabilidad se reproduce en el artículo 42, párrafo 3.º de la [LPRL](#) al regular «el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales», complementado con la obligación genérica de seguridad que compete al empresario y que aparece en el artículo 14.2, según el cual, «en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo». En forma complementaria se establece (art. 15.4) «que la efectividad de las medidas preventivas deberá prevenir (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador». Para finalizar la norma preventiva indica (art. 17.1) «que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores». Las aludi-

<sup>6</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: «La responsabilidad especial del recargo...», *op. cit.*, pág. 748.

<sup>7</sup> En tal sentido se expresa el Tribunal Supremo, sentencias de [17 de febrero de 1999 \(RCUD 2085/1998\)](#); [2 de octubre de 2000 \(RCUD 2393/1999\)](#), de Sala General; [14 de febrero de 2001 \(RCUD 130/2000\)](#); 9 de octubre de 2001 (RCUD 159/2001); 21 de febrero de 2002 (RCUD 2239/2002); 22 de octubre de 2002 (RCUD 526/2002); 9 de febrero de 2005 (RCUD 5298/2004); y [1 de junio de 2005 \(RCUD 1613/2004\)](#).

das exigencias en materia de seguridad aparecen de forma básica recogidas en el artículo 16 del [Convenio 155 OIT, de 22 de junio de 1981](#), el cual contempla la obligación de los empresarios de garantizar que «los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores».

Como complemento desde el punto de vista constitucional, el artículo 40.2 de la [CE](#) obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; fijándose como normativa complementaria las directivas europeas relativas a promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que destaca la [89/391/CEE](#), que posteriormente fue desarrollada por la [LPRL](#). En su artículo 5 aparece como criterio rector de la norma «la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo».

Una particular aporía asociada al recargo deriva de la prohibición de su aseguramiento por parte del empleador, persiguiendo de esta manera el objetivo principal de que este opte por la inversión en seguridad en lugar de la cobertura aseguradora que pueda cubrir los eventuales daños causados. Sin embargo, esta priorización de la inversión en seguridad puede provocar con relativa frecuencia que el trabajador víctima del accidente de trabajo no cobre cantidad alguna tras la determinación de un recargo de prestaciones si la empresa resulta finalmente insolvente. En este caso, la doble finalidad –no exclusivamente reparadora, sino preventiva– podría a justificar la prohibición legal de aseguramiento.

## 6. EL RECARGO DE PRESTACIONES: EL DEBATE DOCTRINAL A EXAMEN

Superada la introducción el paso siguiente que debemos abordar es el análisis de los diferentes posicionamientos de la doctrina. La miscelánea a que se da lugar demuestra que el recargo de prestaciones es, con seguridad, la institución jurídica más polémica y debatida en el sistema de protección asociado al accidente de trabajo. Entiendo que resulta de utilidad matizar las opiniones más sobresalientes existentes al respecto, clasificándolas en función de las opciones de política legislativa por las que optan<sup>8</sup>.

En primer lugar procedo a recoger a los autores que mantienen que la opción más adecuada es la supresión del recargo de prestaciones, mostrándose contrarios a la pervivencia de esta institución jurídica. Procede destacar los siguientes:

DÍEZ-PICAZO. Sostiene que las indemnizaciones punitivas han mantenido un difícil encaje en nuestro derecho, apreciando que el recargo se ha explicado como tal

<sup>8</sup> Este apartado 6 de la publicación tiene su raíz investigadora en el capítulo realizado por el autor: 3.2.3.1 El recargo de prestaciones ¿es un supuesto de arqueología jurídica?, SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La configuración jurídica del accidente de trabajo*, pág. 494 a 498.

indemnización de carácter punitivo. Manifiesta que en nuestro derecho la función punitiva se cumple a través de las sanciones administrativas y penales de modo que si, en forma añadida, se impone al empresario una indemnización, no se hace cosa distinta que aplicar una nueva sanción, vulneradora del principio *non bis in idem*<sup>9</sup>. De este modo, si se pretende castigar no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo. Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones o multas más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común, esto es, al Tesoro público.

DURÁN LÓPEZ. A través del conocido Informe Durán (2001) se muestra partidario sin ambages de la supresión del recargo, proponiendo «establecer un procedimiento ágil, ante los tribunales laborales, para la reclamación de la íntegra reparación del daño sufrido por el trabajador accidentado en caso de culpa del empresario, quien podría asegurar su responsabilidad»<sup>10</sup>. VALDEOLIVAS GARCÍA y TUDELA CAMBRONERO comparten expresamente las conclusiones de este informe, afirmando que la desaparición del recargo supondría un hito en nuestra legislación de Seguridad Social<sup>11</sup>.

SEMPERE NAVARRO mantiene que no le parece disparatada la supresión de esta singular figura<sup>12</sup>, razonando al respecto que «su doble naturaleza (sancionadora e indemnizatoria) provoca desajustes y dudas continuas», siendo más adecuado subsumir los aspectos represivos entre las sanciones administrativas y las indemnizaciones por responsabilidad civil. Añade que la eventual función disuasoria que pueda contener el precepto puede ser satisfactoriamente desempeñada en el marco administrativo, incrementando las penas si se considerara oportuno. En cuanto a la tutela indemnizatoria el trabajador dispone de vías para reclamar la indemnización correspondiente. El autor responde a las protestas de quienes buscan una mayor protección de la salud de los trabajadores afirmando que no parece que haya una relación de causa a efecto que justifique mantener esta institución. También subraya como argumento complementario que, de la forma propuesta, se daría un paso importante hacia la eliminación de uno de los privilegios importantes que recaen sobre el accidente de trabajo, acercán-

<sup>9</sup> DÍEZ-PICAZO, M.: *Derecho de daños*, Madrid: Civitas, 1999, págs. 44 a 47.

<sup>10</sup> DURÁN LÓPEZ, F.: *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, Madrid, 2001, pág. 84.

<sup>11</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. y TUDELA CAMBRONERO, G.: «La seguridad y salud en el trabajo: síntesis de un problema y propuesta de una solución (A propósito del Informe sobre riesgos laborales y su prevención)», *RL*, núm. 1, 2002, págs. 17 a 62.

<sup>12</sup> SEMPERE NAVARRO, A.: «La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación», *AS*, 2001 (V), págs. 81 a 82. En relación con el recargo de prestaciones *in extenso*, *vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «El recargo de prestaciones», *Cuadernos de Aranzadi Social*, núm. 7, 2001, 414 págs.

dose hacia el objetivo de la protección similar entre contingencias. La argumentación expuesta es compartida por MUÑOZ MOLINA que se suma a esta posición doctrinal<sup>13</sup>.

IGLESIAS CABERO también es partidario de su eliminación<sup>14</sup>, utilizando como referencia el derecho comparado y matizando que se trata de una figura «anómala, híbrida y compleja», fuente de muchos problemas, concebida con la doble finalidad sancionadora y resarcitoria, con el doble objetivo de prevenir y castigar, si bien tales finalidades se pueden lograr con los medios que el ordenamiento positivo ofrece hoy en día. El autor mantiene que las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales ya encuentran adecuada respuesta en la esfera punitiva pues, además de integrar faltas leves, graves y muy graves, castigadas en la LISOS, por las que la Administración puede imponer sanciones en asuntos de su competencia, cuando la acción o la omisión alcanzaran un determinado nivel de gravedad, pueden ser sancionadas con las penas a las que se refieren los artículos 316 y concordantes del Código Penal. Por otra parte, en cuanto a la variante de la compensación económica, tampoco quedarían en situación de desamparo las víctimas. A tenor de la doctrina jurisprudencial, se propicia la concesión de indemnizaciones adicionales a las previstas en el sistema de la Seguridad Social, para compensar los daños y perjuicios derivados de contingencias profesionales, indemnizaciones que forzosamente han de girar en función de la culpa y negligencia del empresario infractor, así como del importe del daño causado. De este modo, la *restitutio in integrum* queda asimismo asegurada, con la garantía añadida que podría suponer la posible cobertura de la responsabilidad empresarial a través de un contrato de seguro, lo cual revertiría en beneficio de las víctimas

DESDENTADO BONETE y DE LA PUEBLA PINILLA mantienen que «el recargo opera de forma ciega, la mayor parte de las veces como un mecanismo complementario de resarcimiento, otras como una indemnización punitiva, pero siempre sin una consideración específica del daño adicional que hay que reparar», añadiéndose a lo expuesto la sospecha de una inoportuna aparición del principio *non bis in idem*<sup>15</sup>. Afirma DESDENTADO que la reparación total otorgada por todos los mecanismos de indemnización concurrentes tiene el límite del valor del daño producido, de modo que si quiere lograrse un efecto preventivo adicional, se debe recurrir al sistema punitivo (penal o adminis-

<sup>13</sup> MUÑOZ MOLINA, J.: «El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», *RM TI*, núm. 59, 2005, págs. 153 a 170.

<sup>14</sup> IGLESIAS CABERO, M.: «El recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional», 2008, págs. 201 a 213.

<sup>15</sup> DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad del empresario y del recargo de prestaciones», Madrid, 2000, pág. 664. DESDENTADO BONETE, A.: «Responsabilidades por los accidentes de trabajo: prestaciones de la Seguridad Social, recargo e indemnización civil adicional», Bomarzo, 2006, págs. 59 a 77. *Vid.* asimismo: «El recargo de prestaciones de Seguridad social y su aseguramiento. Contribución a un debate», *Revista de Derecho Social*, núm. 21, 2003, págs. 11 a 28.

trativo) pero no cabe asignar una segunda función punitiva al sistema de reparación a través del recargo dado que, en tal caso, desde la perspectiva material, se infringe la prohibición del *non bis in idem*, dado que cuando excede el importe del valor del recargo, actúa como indemnización punitiva. Además, argumenta, el elemento punitivo actúa de una forma que puede resultar contraria al principio de proporcionalidad, pues solo pondera la gravedad en el porcentaje y no en la base del cálculo, alcanzándose la contradicción de una infracción leve, que sobre la base de un salario alto puede determinar un recargo superior al aplicable a un salario bajo, resultando una diferencia que puede tener efecto respecto de la reparación del lucro cesante, pero resulta insostenible desde la perspectiva de la norma punitiva. Con una indisimulada ironía el autor afirma que el recargo ha tenido «la virtud de confundirnos a todos, a la doctrina científica, a la jurisprudencia y a quienes tienen que litigar sobre la medida» a veces antes diferentes órdenes jurisdiccionales.

SAMPEDRO CORRAL se suma a la corriente mayoritaria manteniendo que es una figura que causa distorsiones en la esfera de protección de las contingencias profesionales y también en el ámbito procesal<sup>16</sup>.

En opinión de CABEZA PEREIRO esta figura provoca fricciones con la propia indemnización civil, provocando un deficiente encaje dentro de las categorías de nuestro ordenamiento jurídico<sup>17</sup>, si bien el mismo autor dulcifica su posición crítica al entender que «esta figura arroja certeza y protección» a los beneficiarios, constituyendo «una pieza insustituible en nuestro sistema de protección de Seguridad Social».

GONZALO GONZÁLEZ por su parte acoge el criterio que muestra MONTROYA MELGAR. Indica que en el estado actual de desarrollo de nuestro sistema protector el recargo puede estar justificado en calidad de sanción, pero no lo está en su configuración como medida sobreprotectora, añadiendo que su existencia no tiene otro fundamento que la inercia del precedente histórico<sup>18</sup>.

ALARCÓN CARACUEL entiende que la imposición del recargo es una cuestión meramente aleatoria, demostrando la experiencia que el miedo al recargo no existe por lo que carece de la función disuasoria que se le presumía<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> SAMPEDRO CORRAL, M.: *El recargo de prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo y enfermedad profesional*, Las Rozas: La Ley, 2008, pág. 366.

<sup>17</sup> CABEZA PEREIRO, J.: «Sobre el recargo, a la luz de la moderna jurisprudencia», en AA. VV., *Accidentes de Trabajo y Mutuas*, Las Rozas: La Ley, 2008, págs. 283 a 299.

<sup>18</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Aspecto críticos de la protección de los riesgos profesionales en el Sistema de Seguridad Social», Madrid: Fraternidad Muprespa, 2000, págs. 136 a 143.

<sup>19</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Los orígenes de la Seguridad Social en España», en AA. VV., *Seguridad Social. Una perspectiva histórica*, MTAS, 2001, pág. 42.

Por su parte OJEDA AVILÉS opta por la modificación legislativa, de tal modo que plantea la supresión del apartado segundo del artículo 123 (hoy 164) que prohíbe el aseguramiento del recargo, así como los topes, o al menos el tope máximo del recargo, omitiendo además la referencia al criterio de la gravedad de la falta. En la forma expuesta el juez social podría actuar con libertad para incrementar la indemnización a su libre arbitrio, con la amplitud con que actúan los jueces civiles<sup>20</sup>.

Como última postura, MONEREO PÉREZ ha mantenido una tradicional posición crítica con quienes pretenden suprimir la figura del recargo de prestaciones y destaca que es importante la función represivo-preventiva y reparadora que realiza esta institución jurídica. Con apoyo en la doctrina jurisprudencial, coincide en que la figura del recargo pretende impulsar coactivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar los riesgos de accidentes<sup>21</sup>. Así, y pese a admitir las aporías que pueden aparecer en algún caso, de suprimirse el recargo se estaría ante un paso más en la dirección contraria a la política del Derecho Social, encaminada al reforzamiento de la prevención de riesgos laborales<sup>22</sup>. El autor ha mantenido a ultranza la conveniencia de mantener la institución del recargo de prestaciones. En todo caso, ha apuntado recientemente que la imposibilidad de aseguramiento del recargo limita las opciones que puedan desplegar los trabajadores frente a las empresas que resultan insolventes. En tales casos, apunta MONEREO PÉREZ, como propuesta *de lege ferenda* se abriría la posibilidad de establecer un aseguramiento público con carácter paralelo o semejante al que pudiera ofrecer el Fondo de Garantía Salarial, sufragado con las correspondientes cotizaciones o aportaciones por parte de las empresas<sup>23</sup>.

Resulta llamativo que las peticiones de eliminación del recargo de prestaciones no parecen realizar un estudio en profundidad de esta propuesta *de lege ferenda*, pues si subrayan la mayoría la falta de peso preventivo de esta institución jurídica, no suelen pronunciarse respecto a las medidas a aplicar tras la eliminación que proponen. A tal efecto se debe tener presente que el propio [Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo](#), justifica la ausencia de desarrollo del *malus* en las cotizaciones efectuadas por los empresarios, en razón a la existencia de medidas establecidas con expresa finalidad preventiva como la contemplada a través del recargo de prestaciones. Esta

<sup>20</sup> OJEDA AVILÉS, A.: «Responsabilidad aquiliana versus recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica», *RL*, núm. 19, 2000, págs. 23 a 38.

<sup>21</sup> [STS de 2 de octubre de 2000 \(RCUD 2393/1999\)](#), FJ 5.º.

<sup>22</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: «La responsabilidad especial del recargo de prestaciones...», *op. cit.*, pág. 762.

<sup>23</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «El recargo de prestaciones y la nueva doctrina jurisprudencial (una reflexión crítica a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 y 23 de marzo de 2015)», *Trabajo y Derecho*, núm. 12/2015, pág. 97.

norma ha sido recientemente modificada por el [Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo](#), que viene a desarrollar la disposición adicional cuarta de la [Ley 35/2014](#) y actualiza el [TRLGSS](#) respecto del régimen jurídico aplicable a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. La norma indica de forma expresa que el aspecto penalizador relativo a los incumplimientos empresariales se encuentra adecuadamente cubierto en nuestro modelo normativo a través de instituciones como «el recargo de prestaciones», la pérdida o limitación de acceso a las subvenciones y la acción sancionadora cumplimentada por la ITSS.

## 7. LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN ESTA INSTITUCIÓN JURÍDICA

La LAT de 1900 procuraba como primer objetivo que los trabajadores accedieran a una protección rápida y relativamente segura frente a las situaciones de necesidad derivadas de los accidentes laborales. Pasaba así a resultar innecesario acreditar la culpa del empresario en la causación del accidente, eludiendo así obstáculos de carácter prácticamente insalvable. En este primigenio régimen de tutela los empresarios conseguían por su parte la limitación en la cuantía de la reparación. Se daba así pie a un denominado «principio de inmunidad» –fielmente reproducido en cuanto a su concepto en países como Francia, Alemania, Estados Unidos– que venía a implicar que el accidentado venía a recibir una tutela asimilada a un régimen de responsabilidad objetiva en un sistema en el que no cabía el ejercicio de una acción civil por culpa para la obtención de la reparación del daño causado. La consecuencia era clara: el trabajador perdía la diferencia entre el importe correspondiente al daño total provocado por el accidente laboral y la indemnización legal estipulada. Esta diferencia, traducida en una pérdida en el sistema de reparación de daños, resultaba fácilmente justificable ante el carácter objetivo del sistema de reparación, pero venía a resultar injustificable en los supuestos en que el accidente de trabajo se había producido concurriendo la infracción de medidas de seguridad que venían a destacar la conducta culpable del empresario.

Es por lo expuesto que el recargo de prestaciones surge no para alcanzar una reparación íntegra del daño –y que en su momento se antojaba directamente ilusoria– sino para mejorar el patente desequilibrio existente entre la reparación íntegra del daño y el nuevo sistema objetivo de protección asociado al accidente de trabajo<sup>24</sup>.

### 7.1. LA FINALIDAD PREVENTIVA QUE LO PRESIDE

Hemos advertido, pues, que la finalidad preventiva ocupó un segundo orden (el primer orden vendría dado por la pretensión de ajustar la diferencia entre la indemnización retributiva del daño causado y la indemnización objetivamente determinada por el nuevo sistema legal). No obstante, esta «finalidad preventiva» es uno de los pilares del recargo de prestaciones. Asumimos en el

<sup>24</sup> AA. VV.: *Responsabilidades en materia de Seguridad y Salud Laboral*, Informe emitido por Quatrecasas, 2008, La Ley, pág. 247.

desarrollo del presente trabajo la tarea de indagar acerca del actual estado de la cuestión. Sin embargo resulta fácilmente apreciable que el modelo vigente no produce un efectivo desplazamiento del coste de los accidentes hacia las empresas incumplidoras. Ello lo podemos deducir del sistema de financiación de las prestaciones por accidentes de trabajo, dado que la aplicación de un modelo de primas uniforme en función de la actividad no viene a fomentar la prevención, dado que el empresario con un índice alto de siniestralidad abona lo mismo que aquel que lo tiene bajo<sup>25</sup>.

La postura predominante, como hemos advertido, opta por la supresión del recargo de prestaciones, tal y como mantienen SEMPERE<sup>26</sup>, DESDENTADO y ALARCÓN CARACUEL, entre otros.

Frente a la negación de efectos preventivos que se otorga al recargo, mantiene su posición decidida MONEREO PÉREZ para quien «el objeto de la política represiva no es sancionar, sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es honesto y activo». Afirma que, siendo una técnica sancionatoria pública, su finalidad esencial es «la protección de los valores fundamentales de la vida e integridad física del trabajador y solo, en un segundo término, la indemnización o reparación de daños o perjuicios de la víctima». De esta manera, mantiene el autor, «el recargo contribuye a que el coste de no ser precavido sea muy alto y es inferior el beneficio que obtiene no serlo, porque la cuantía de la sanción de recargo es realmente elevada y es capaz de ejercer en un sistema normativo eficiente un fuerza "disuasoria" y "persuasiva"»<sup>27</sup>.

Dentro de la postura que mantiene la eficacia del predicado efecto preventivo habría que situar al legislador. El [Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo](#), regula el desarrollo de la reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral *bonus*, pero deja sin desarrollo el incremento de tales cotizaciones *malus* para las empresas incumplidoras bajo el argumento de que existe una normativa específica para afrontar la vertiente preventiva en nuestro derecho. Para finalizar, el propio Tribunal Supremo reafirma la función preventiva del recargo en su reiterada doctrina, aunque tampoco realiza un gran despliegue argumental para justificar el contenido de esa afirmación. En la [Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 2000, RCU 2393/1999](#), FJ 5.º, se mantiene así que el recargo persigue impulsar coactivamente, de forma indirecta, el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, aumentando específicamente sus responsabilidades con el fin de que a la empresa no le resultara menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar aquellas medidas preventivas oportunas que se dispongan para evitar riesgos de accidente laboral.

<sup>25</sup> DESDENTADO BONETE, A.: «Responsabilidades por los accidentes de trabajo: prestaciones de la Seguridad Social, recargo e indemnización civil adicional», *op. cit.*, págs. 59 a 77.

<sup>26</sup> SEMPERE NAVARRO, A.: «La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación», *AS*, 2001 (V), págs. 81 a 82.

<sup>27</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: «El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, tomo I, Murcia: Laborum, 2017, págs. 606 y 607.

## 7.2 LA HISTÓRICA INSUFICIENCIA DEL SISTEMA DE INDEMNIZACIÓN ASOCIADO AL ACCIDENTE DE TRABAJO, TRADUCIDO EN LA DIFERENCIA ENTRE EL IMPORTE DEL DAÑO TOTAL SUFRIDO Y LA INDEMNIZACIÓN LEGAL

Se constata que el recargo de prestaciones es un «heredero» directo de una configuración del accidente de trabajo presidida por el «principio de inmunidad». El trabajador se encuentra ante un modelo objetivo de protección en el que no dispone de la opción de reclamar la reparación del daño efectivamente producido. En tal contexto –y huérfanos de toda regulación normativa de carácter preventivo– el legislador introduce la figura del recargo (Ley Dato de 1900) para reequilibrar de algún modo el desfase que hay entre daño real y protección objetiva otorgada por el sistema.

No cabe duda de que el recargo buscaba reducir el desequilibrio inicial entre la responsabilidad objetiva otorgada al trabajador víctima del accidente de trabajo (prestaciones de seguridad social) y la indemnización correspondiente al daño producido (acción civil por culpa excluida en un sistema objetivo de reparación)<sup>28</sup>. Sin embargo, esta especie de «equilibrio funambulista» se ha desdibujado por el legislador a través de las posteriores iniciativas legislativas que tuvieron su inicio en la Ley de Bases de 21 de abril de 1966 y que ha derivado en el triple sistema de indemnización existente en la actualidad (arts. 164 y 168 TRLGSS, así como el art. 42.3 LPRL). Del mismo se desprende que el «principio de inmunidad» que ocupó el papel de principio rector en la configuración inicial del recargo de prestaciones hoy aparece desdibujado por la inercia de las modificaciones legislativas. De hecho se puede apreciar:

- a) Que el recargo ahora es compatible con las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente laboral.
- b) Que las prestaciones de Seguridad Social y el recargo resultan compatibles con la indemnización adicional atribuida por responsabilidad civil al empleador, y por último,
- c) Tanto el recargo como las prestaciones se muestran compatibles no solo con las sanciones administrativas sino también con las de carácter penal que se asocian a los incumplimientos empresariales en materia de prevención de riesgos laborales.

A tenor de lo expuesto, nuestro ordenamiento jurídico viene a ofrecer tres líneas de indemnización:

- 1.<sup>a</sup> Las prestaciones de Seguridad Social que surgen como fórmula reparadora y actúan como un seguro de la responsabilidad objetiva del empresario.

<sup>28</sup> AA. VV.: *Responsabilidades en materia de Seguridad y Salud Laboral*, Informe emitido por Quatrecasas, 2008, La Ley, pág. 248.

- 2.<sup>a</sup> El recargo de prestaciones que surge como respuesta a una responsabilidad por culpa del empresario en aquellos supuestos en que concurre infracción de medidas de seguridad, y finalmente,
- 3.<sup>a</sup> La responsabilidad civil que desde la teoría debería ofrecer cobertura frente a la diferencia resultante entre la responsabilidad objetiva otorgada por las prestaciones de Seguridad Social y el daño íntegro en que se traducen las secuelas producidas por el accidente.

## 8. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: CLAVES A DESPEJAR PARA AFRONTAR LA REFORMA NORMATIVA

### 8.1. LA ACREDITADA INEFICACIA DE LOS SEGUROS SOCIALES DE LOS ACCIDENTES LABORALES Y DE ENFERMEDADES PROFESIONALES DESDE LA PERSPECTIVA PREVENTIVA

La cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en nuestro país se lleva a cabo mediante aportaciones exclusivas de los empresarios que se cuantifican en función de la aplicación sobre las bases de cotización por estas contingencias de unos porcentajes que constan en las tarifas aprobadas en la disposición adicional cuarta de la [Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007](#), actualizadas en sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado. La norma utiliza el término «prima» diferenciado el uso de forma genérica («cuota») y se aplica a todos los empresarios, independientemente del régimen en que se encuentren encuadrados y se cuantifican en función de la correspondiente actividad económica. En esta norma figuran los epígrafes correspondientes a cada tipo de actividad, según su mayor o menor peligrosidad, de lo que depende directamente el porcentaje que se aplica y, finalmente, el importe de la prima<sup>29</sup>.

Las causas de la siniestralidad son complejas de analizar, no siendo más fácil abordar las eventuales soluciones. En cuanto a las primeras, todas las estadísticas muestran la alta incidencia que al respecto se desprende de la precariedad y morbilidad en el trabajo. La temporalidad y la escasa antigüedad, características inevitablemente asociadas al mercado de trabajo español, han marcado el estancamiento de los resultados en prevención de riesgos laborales, dada la mayor dificultad de incidir en un mercado de trabajo fragmentado y en un contexto mayoritario definido por la pequeña y mediana empresa.

<sup>29</sup> Este apartado 8.1 de la publicación tiene su raíz investigadora en el capítulo realizado por este autor: 3.2.3 Disfunciones asociadas al recargo de prestaciones, «La responsabilidad especial del recargo de prestaciones. Configuración y régimen jurídico», pág. 491 a 493.

Si nos remitimos a las medidas normativas específicas dispuestas para vincular las cotizaciones con la prevención de riesgos laborales, nos encontramos con el párrafo 3.º del artículo 108 TRLGSS/1994<sup>30</sup> (actual 146.2). Tal previsión legal, como destaca DURÁN LÓPEZ, apenas ha tenido incidencia en la práctica. El informe que llevó a cabo materializa una propuesta legislativa que merecería una mayor atención ante el fracaso de la fórmula legal vigente. Se trata de atribuir a los empresarios el abono de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo durante el periodo inicial de la baja, con reducción equivalente del importe de sus cotizaciones por riesgos profesionales, abarcando tal periodo un lapso temporal de 7 días. Tal propuesta, se afirma, constituye un *bonus-malus*, bastante más eficaz de aplicar que el regulado en el actual artículo 146.2 TRLGSS citado, difícilmente aplicable en el caso de las pequeñas empresas. El sistema descrito resultaría neutro para el conjunto de las empresas, que no asumirían mayores costes, y para el sistema de Seguridad Social, pero penalizaría a las empresas con mayor siniestralidad por cuyo motivo vendría a favorecer la prevención.

El artículo 146.2 del TRLGSS contempla que la cuantía de las primas establecidas para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales podrá reducirse en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención. En forma añadida, dicha cuantía podría aumentarse en el caso de empresas que incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo. Tal reducción y el aumento previstos no podrán exceder del 10% de la cuantía de las primas, si bien el aumento podrá llegar hasta un 20% en caso de reiterado incumplimiento de las aludidas obligaciones<sup>31</sup>. Tal recargo o reducción de primas, de conformidad con lo previsto en el artículo 7.9 de la LOITSS (actual art. 22.10 LOSITSS), puede adoptarse por los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, finalizada su actividad comprobatoria, y a la vista del comportamiento de las empresas en la prevención de riesgos y salud laborales.

Pese a la aparente bondad de la norma que permitiría, de haber tenido una aplicación efectiva, unos resultados apreciables de cara a la prevención de riesgos laborales, lo cierto es que la misma resulta normalmente inaplicada<sup>32</sup>. Esta técnica resulta formalmente irreprochable y teóricamente incentivadora de la actividad preventiva. Ello es así ya que, de incrementarse la cotización por contingencias profesionales por los resultados dañinos producidos sobre los trabajadores, si se estima que ello es resultado o consecuencia de una insuficiente o defectuosa actuación preventiva, o de reducirse por su evitación en el supuesto contemplado en sentido contrario, no cabrá duda de que el mecanismo actúa estimulando la prevención.

<sup>30</sup> DURÁN LÓPEZ.: *Informe sobre riesgos laborales y su prevención...*, op. cit., págs. 79 y 81.

<sup>31</sup> El Informe Durán plantea, en relación con este precepto, que aunque se ha planteado la hipótesis de una diferenciación de la tarifa según los índices de siniestralidad de las empresas, ello es muy difícil de aplicar en las pequeñas y medianas, por lo que la tarifa debe adaptarse a la actividad económica principal en la que se encuadre cada empresa, toda vez que la incidencia de los accidentes varía considerablemente según la misma. *Ibidem.*, cit., pág. 82.

<sup>32</sup> MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo...*, op. cit., pág. 49.

La razón que justifica el olvido de la norma referida es sencilla, ya que nunca ha tenido un desarrollo reglamentario que regulara todas las opciones previstas. La consecuencia de lo expuesto es que nos situamos claramente ante un sistema de aseguramiento de tarifa plana que no incentiva los niveles de protección, pues se ofrece el mismo trato a la empresa que invierte en prevención que a la que no invierte, si bien la solución podría estar en la aplicación efectiva de las previsiones contempladas –y no aplicadas en todo su alcance– del [artículo 146.2 del TRLGSS](#), permitiendo así la apertura de la actual tarifa de primas, y haciendo posible una ponderación individual en función de la siniestralidad de cada empresa<sup>33</sup>. Puede apreciarse la dificultad de aplicación del sistema que incorpora este precepto, en la medida en que requiere elementos actuariales complejos, no contemplados adecuadamente en el mismo, ni existiendo procedimientos adecuados para su implantación. De hecho, en relación con la aplicación a las pequeñas y medianas empresas, las más numerosas de nuestro tejido productivo, se plantea que ligeras variaciones anuales en los índices de siniestralidad, no necesariamente vinculadas a las actuaciones efectivas llevadas a cabo en el ámbito preventivo, podrían resultar determinantes a la hora de aplicar el sistema de *bonus-malus*, quebrando así la finalidad perseguida de premiar o penalizar en función de la actuación desplegada.

No son nuevos los esfuerzos por romper la tendencia que en las últimas décadas han mostrado las altas cifras de siniestralidad laboral. En el año 2000, la Presidencia del Gobierno solicitó al presidente del Consejo Económico y Social la realización del informe que hemos citado<sup>34</sup> a los efectos de que pudiera incidir en las propuestas de mejora que se venían formulando desde distintas instancias, incluidos los agentes sociales. El Informe Durán sobre riesgos laborales y su prevención constata el carácter prolijo, disperso y complejo que presenta el nuevo marco normativo de la prevención de riesgos laborales<sup>35</sup>. Cabe destacar la reflexión que advierte de que la nueva normativa sobre prevención de riesgos laborales, pese a ser una regulación necesaria, resulta insuficiente por sí sola para incidir de forma significativa en la mejora de la salud y seguridad en el trabajo, debiendo sumarse otro tipo de actuaciones dirigidas a la consecución de una verdadera cultura preventiva que implica la colaboración y participación conjunta de empresario, trabajadores y la sociedad en su conjunto. Pese a las interpretaciones que descartaban la aplicabilidad del actual [artículo 146 del TRLGSS](#), finalmente en el contexto de los objetivos y líneas de actuación dispuestas en la [Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2007-2012](#), y reproduciendo lo señalado en la disposición adicional 61.<sup>a</sup> de la [Ley 42/2006, de 26 de diciembre](#), se ha acometido el desarrollo reglamentario de la norma citada a través del [Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo](#), posteriormente actualizado por el [Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo](#), si bien esta última actualización también ha dejado en el olvido el apartado correspondiente al *malus*.

<sup>33</sup> DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la Jurisprudencia (1900-2000): Revisión crítica y propuesta de reforma», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 24, 2000, pág. 64.

<sup>34</sup> DURÁN LÓPEZ, F.: *Informe sobre riesgos laborales y su prevención...*, *op. cit.*, 320 págs.

<sup>35</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. y TUDELA CAMBRONERO, G.: «El informe Durán sobre riesgos laborales y su prevención: notas para un debate necesario», *La Mutua. Revista Técnica de Seguridad Social y Prevención*, núm. 1, 2001, Fraternidad Muprespa, pág. 24.

En definitiva, se ha venido a regular la posibilidad del establecimiento de incentivos consistentes en reducciones de las cotizaciones por contingencias profesionales para los supuestos de empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Ha de observarse la patente dificultad que llevaría aparejada la aplicación de la técnica de determinación de cuotas por contingencias profesionales con criterios diferenciados por actividades por empresas dentro de cada actividad, en función de los resultados preventivos y con revisión periódica en función de la evolución experimentada. Este mecanismo implicaría que, dentro de cada sector de actividad, habría que extraer una media ponderada del índice de siniestralidad global, respecto del cual, y en la proporción que se determine, serían penalizadas las empresas que superen esa media con cuotas incrementadas. Tal planteamiento, que no podría ser estático, habría de reflejar un criterio de dinamismo incorporando la «evolución de la siniestralidad»<sup>36</sup>.

Otros factores complementarios que precisarían la aplicación efectiva del sistema obligarían a disponer de indicadores de siniestralidad muy rigurosos, lo que habría que complementar, además, con la determinación de un concepto de accidente de trabajo que incluyera exclusivamente aquellos accidentes de trabajo en los cuales el empresario pueda mantener un criterio de responsabilidad o de control de la actividad generadora del riesgo.

## 8.2. UN BAÑO DE REALIDAD ACERCA DE LOS EFECTOS ATRIBUIDOS AL RECARGO DE PRESTACIONES Y LA PROPUESTA DE ENCUESTA A TRAVÉS DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA

Si repasamos los elementos de juicio mostrados, nos topamos con una realidad que excluye cualquier controversia: desde el punto de vista preventivo nuestro sistema normativo fracasa ofreciendo unos datos de siniestralidad laboral notablemente altos, y ello aun considerando que nuestro modelo de accidentes extiende la protección hacia coberturas excluidas de la protección del accidente de trabajo en otros países, como el infarto de miocardio, y considera como tales los accidentes de tráfico *in itinere* difícilmente abordables desde la perspectiva preventiva.

La doctrina, por otra parte, en un terreno abonado por la especulación y donde difícilmente se pueden barajar datos fiables, en general, considera que el recargo de prestaciones ofrece un escaso bagaje desde la perspectiva preventiva. Frente a esta posición MONEREO insiste en la eficacia preventiva de la institución y CABEZA PEREIRO la considera una «pieza insustituible en nuestro sistema de protección de Seguridad Social». Como complemento el legislador, remiso a abordar reglamentariamente el *malus*, declara que el ámbito preventivo se encuentra ampliamente

<sup>36</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «La técnica *bonus-malus* aplicada a la prevención de riesgos laborales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1, 2003, pág. 5.

te cubierto por la figura del recargo de prestaciones y las acciones sancionadoras existentes en el ámbito administrativo (LISOS) y penal (Código Penal).

Estamos pues frente a la evidencia de que el sistema preventivo de accidentes fracasa de forma notable. La premisa que falta desvelar es si efectivamente resulta eficaz el mecanismo preventivo que articula el recargo de prestaciones. En mi opinión es sumamente discutible que una institución tan compleja en su articulación provoque un efecto preventivo eficaz que justifique las distorsiones asociadas a la misma. En cualquier caso existe una manera de despejar esta incógnita más eficaz que la simple muestra de una apresurada opinión: puesto que el Instituto Nacional de Estadística realiza encuestas relacionadas con los accidentes de trabajo, resultaría extraordinariamente sencillo que las ampliara planteando las siguientes cuestiones:

#### Cuestionario dirigido a empresarios:

- 1.<sup>a</sup> ¿En su calidad de empresario sabe *qué es* el recargo de prestaciones y *qué requisitos* tiene para que el mismo se aplique en su empresa?
- 2.<sup>a</sup> ¿Conoce *qué consecuencias* (y *qué coste*) supone la declaración del recargo de prestaciones de seguridad social asociado a un hecho ocurrido en su empresa? Y,
- 3.<sup>a</sup> ¿Puede citar como empresario, en su caso concreto, *qué medidas concretas y específicas* ha adoptado para evitar sufrir la imposición del recargo de prestaciones?

Entiendo que llevar a cabo la encuesta que se propone resulta sumamente sencillo. Llegar a la conclusión de que el empresario desconoce totalmente las cuestiones que se plantean sería una hipótesis aparentemente fácil de despejar. Debemos tener en cuenta que las microempresas (de 0 a 9 trabajadores) en España suponen nada menos que el 95,8% del total de empresas<sup>37</sup>.

Cuáles son las respuestas que desde la lógica previsibilidad nos podríamos encontrar. La primera cuestión parece clara: no solo las empresas desconocen qué es el recargo de prestaciones sino que incluso empresarios que dispusieran de una formación jurídico-laboral específica tendrían una seria dificultad para responder adecuadamente al cuestionario expuesto. Si queremos meter más el dedo en la llaga, podríamos encuestar a los propios abogados laboristas o incluso a los jueces de lo Social para que realizaran el cálculo del capital coste del recargo de prestaciones vinculado a una incapacidad permanente o bien relacionaran las medidas específicas que

<sup>37</sup> AA. VV.: *Retrato de las PYME 2015*, Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Disponible en la URL: <[http://www.ipyme.org/publicaciones/retrato\\_pyme\\_2015.pdf](http://www.ipyme.org/publicaciones/retrato_pyme_2015.pdf)>

podría acometer una empresa para eludir la futura imposición de un recargo de prestaciones. El corolario parece llevar a la siguiente conclusión: si el pequeño-mediano empresario no sabe qué es, ni cómo se calcula el recargo de prestaciones; si también desconoce qué ha de hacer para evitar la imposición del recargo cuando ni tan siquiera resulta suficiente afrontar con éxito los riesgos que pueden aparecer en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales, ¿cuál sería el criterio para invertir para evitar los efectos de una norma sancionadora de alcance inespecífico y para prevenir un riesgo imprevisible?

Habría más motivos a añadir a la situación de inseguridad jurídica que genera el recargo de prestaciones dado que no solo se impone por la inaplicación de medidas concretas (entiéndase, las contempladas específicamente en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales), sino por incumplimientos de las obligaciones genéricas de cuidado que conducen en ocasiones hacia una cuasi objetivación del resultado.

La pequeña y mediana empresa española –heredera del Lazarillo de Tormes y de la picaresca– sabe muy bien qué receta aplicar ante los riesgos empresariales. Es bien sencilla: la empresa se concibe para responder de un riesgo limitado; ante riesgos que se traduzcan en una elevada factura la respuesta es clara: descapitalización y el marco de una pequeña S. L., que carecerá de bienes cuando el expediente administrativo tenga la opción de tener un carácter ejecutivo.

Hemos verificado a través de la opinión del legislador (véase [RD 231/2017, de 10 de marzo](#), donde se relacionan las razones para no afrontar el *malus*) y de la doctrina jurisprudencial, que hoy reafirma la efectiva función preventiva de la institución que discutimos. A tenor de los efectos preventivos que presuponen tanto el legislador como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha acabado por acallar el eco de las posturas críticas frente a la necesidad de reformar o eliminar el recargo de prestaciones. Si repasamos la doctrina examinada nadie (¡nadie!) opta por mantener esta institución en sus actuales términos.

Ahora bien, en mi opinión la principal dificultad se centra en justificar de forma científica, o bien sólidamente fundamentada, que la institución jurídica del recargo de prestaciones cumple la finalidad preventiva con la que se justifica sus consecuencias. Para ello habría que verificar que actúa como mecanismo que incita efectivamente al empresario a invertir en seguridad para evitar la producción de accidente de trabajo o enfermedades profesionales.

### 8.3. MI EXPERIENCIA DESDE LA PERSPECTIVA PROFESIONAL: DISFUNCIONES QUE PROVOCA LA INSTITUCIÓN ASOCIADAS A LA POSICIÓN EMPRESARIAL Y A LA DEL PROPIO TRABAJADOR

No se escapa a nadie la dificultad de realizar una afirmación científicamente fundada en relación con la cuestión que debatimos (el alcance preventivo real del recargo de prestaciones) pues con frecuencia la doctrina abunda en este aspecto más en una intuición que en una certeza. En lo que a mí respecta, resulta obvio que no dispongo de los datos estadísticos que podrían ru-

bricar científicamente las afirmaciones que llevo a cabo y que dependerían de la realización de la encuesta propuesta. Sin embargo, puedo añadir a mi criterio como investigador la experiencia que se desprende de más de 22 años como abogado laboralista. También puedo indicar que he realizado múltiples encuestas informales en el ámbito de la formación jurídica y el resultado coincide plenamente con el planteamiento que defiendo incluso entre especialistas. Además, de mi experiencia en la abogacía quisiera extraer dos ejemplos (reales) de las distorsiones (en ocasiones «mal irreparable») que provoca la institución del recargo de prestaciones no solo para las empresas sino también para los trabajadores, dos situaciones sumamente ilustrativas y que se corresponden con mi experiencia profesional.

**Ejemplo 1. Óptica del trabajador.** Tenemos a un trabajador que presta servicios en uno de los sectores más peligrosos de cara a la siniestralidad laboral (la construcción). Su empresa, especializada en la realización de estructuras de obra, no montaba andamios homologados para evitar caídas en altura, ni usaba arneses. En apenas unos meses tuve conocimiento de un trabajador fallecido en esta empresa, otro incapacitado con graves lesiones y otro en situación de gran invalidez, todas ellas producidas por caídas en altura. La estrategia de la empresa consistía en realizar varias sociedades limitadas descapitalizadas. Cuando ocurría un accidente de trabajo tramitaban el parte de accidente como «leve». De esta forma cuando acudía la Inspección de Trabajo tras varios meses –al eludirse la visita inmediata vinculada a los accidentes graves– la estructura estaba finalizada y las evidencias relativas al accidente no eran directas, intentando derivar la responsabilidad de los accidentes provocados hacia la propia víctima. Aquí el encargado de obra ocupaba un papel principal: solía relatar que el trabajador por «despiste» había pisado un tablón del desencofrado pese a estar avisado o recurría a cualquier excusa exculpatoria para la empresa. En el supuesto concreto que relato tenemos a un trabajador que cayó desde 13 metros de altura y realizaba su trabajo subido a una escalera sin sujeciones, que por tal motivo se deslizó cayendo por el interior de un hueco que carecía de toda protección. El trabajador, con graves lesiones, quedó en situación de gran invalidez. Jamás cobró un céntimo del recargo de prestaciones pese a que la empresa fue condenada a pagar el máximo porcentaje de recargo (50 %) (SJS n.º 1 de Motril, de 18 de junio de 2003, confirmada por la Sala del TSJ de Andalucía/Granada). Lógicamente la empresa era insolvente. En este caso, como en muchos otros, la ineficacia de la institución del recargo dejó en evidencia una contradicción insalvable.

**Ejemplo 2. Óptica de la empresa.** En este caso cambiamos de perspectiva 180°. El ejemplo que destaco alude a una empresa de carpintería que llegó a tener a 40-50 trabajadores. En ella prestaba servicios como peón un trabajador que previamente había desarrollado su proceso de formación como aprendiz. La tarea que tenía asignada cuando sufre el atrapamiento de varios dedos de su mano –produciéndose la amputación parcial de varias falanges– consistía en introducir trozos de madera por un extremo de una máquina de moldura que los devolvía modelados por el extremo opuesto. El trabajador –tras ingerir varias copas de pacharán, como se constató más adelante– se personó en su puesto de trabajo en jornada de tarde y se dispuso a realizar la tarea encomendada. Tras

provocar la pérdida de varias piezas de madera –al introducir las torcidas en la máquina de moldura– intentó ocultarlas para que no quedara vestigio de su error. Al fin expuesto utilizó una máquina diferente, del tipo multifunción que servía para cinco tareas distintas y para cuyo uso no estaba autorizado, debiendo ser puesta en marcha solo a iniciativa de un oficial de 1.ª. Esta máquina estaba homologada según los protocolos de seguridad de la Unión Europea pero no estaba montada en el momento del accidente para la función de corte (en esta función dispone de un carro de empuje en el que no existe posibilidad alguna de que las manos contacten con el disco de corte al estar separadas por un dispositivo de seguridad). Al no estar montada la máquina el trabajador, para destruir la pieza, empujó el trozo de madera que deseaba destruir empujando directamente la pieza con sus manos y haciendo fuerza contra la sierra de corte, resultando finalmente atrapada su mano y provocándose la amputación de varias falanges de la mano del trabajador. Finalmente el trabajador, alentado por el calor de una sustanciosa indemnización (hubo calificación de lesiones determinante de una incapacidad permanente para la profesión habitual) y previamente aleccionado para explicar lo ocurrido en la forma estratégica que convenía a su interés, convenció al inspector de Trabajo, quien no contrastó versiones y que ni siquiera verificó que la máquina multifunción disponía de todos los mecanismos de seguridad precisos para su funcionamiento sin generar riesgos de corte. También le convenció de que era un procedimiento habitual el destruir piezas que resultaban defectuosas (circunstancia inverosímil pues una pieza grande de madera siempre puede reutilizarse moldeada en otra más pequeña) y que la máquina multifunción carecía de mecanismos de seguridad. Cualquiera podría pensar que no cabe motivo de queja por parte del empresario si a fin de cuentas dispuso de los mecanismos judiciales adecuados para acreditar su efectiva falta de responsabilidad. Sin embargo hay que tener presente que de los hechos descritos se dedujo un expediente de recargo de prestaciones para la empresa (que derivó en los autos sobre recargo de prestaciones 573/2009 del Juzgado de lo Social n.º 5 de Granada resueltos en Sentencia 30 de noviembre de 2009) y un procedimiento penal en el que el fiscal solicitó ocho meses de prisión para el empresario, concluido con sentencia absolutoria, de fecha 15 de junio de 2011 (Juzgado de lo Penal n.º 5 de Granada, Juicio oral 67/2011). Tras años de travesía judicial el trabajador percibió el 100% de la indemnización que se correspondía con la valoración objetiva del daño sufrido de la aseguradora que tenía concertado el riesgo de accidente, en tanto que la resolución administrativa que imponía el recargo de prestaciones fue dejada sin efecto. Tampoco hubo condena penal, si bien el embargo derivado de la inicial resolución administrativa provocó la pérdida de las contrataciones que la empresa mantenía regularmente con Administraciones públicas, el cierre de la empresa, el despido de todos los trabajadores y embargo de la nave que aparecía garantizado con un préstamo personal.

El corolario parece claro. Si para los trabajadores en muchas ocasiones el recargo de prestaciones es una mera ficción que acaba en años de pleitos dirigidos a una situación de insolvencia, para las empresas (pequeñas y medianas empresas) la situación no es mejor, pues puede determinar, por el altísimo coste que representa, no solo la quiebra de una empresa, sino el efecto colateral de la pérdida de muchos puestos de trabajo.

#### 8.4. ¿EL RECARGO DE PRESTACIONES OFRECE VERDADERAMENTE UNA FUNCIÓN PREVENTIVA PROVOCANDO LA REACCIÓN DEL EMPRESARIO PARA EVITAR EL ACCIDENTE?

La respuesta a la pregunta que incorpora el enunciado tendría una respuesta debidamente fundamentada a través de la encuesta que propongo. Si nos ceñimos a otro tipo de evidencias extraídas de simples razonamientos lógicos, podríamos plantear lo siguiente a través de un ejemplo referente. La mayoría de la población está en contacto con la conducción de vehículos y sabe que rebasar los límites de velocidad implica una sanción administrativa, que si supera determinados límites puede comportar pérdida de puntos en el carnet de conducir e incluso –si se pone en riesgo la seguridad de otros conductores– la calificación del comportamiento a través del tipo penal de «delito contra la seguridad del tráfico».

Pero si hablamos del mundo de la empresa y de la seguridad, cualquier empresario sabe que si se produce un accidente laboral mediando falta de medidas de seguridad, tiene que indemnizar el daño causado, situación que puede prevenir a través de un seguro de responsabilidad civil y estableciendo medidas de seguridad adecuadas a tenor del Plan de Prevención de Riesgos Laborales. Ahora bien, si se le habla del recargo de prestaciones muy difícilmente podrá describir lo que es y sus consecuencias. Ni siquiera –en la hipótesis improbable de que supiera de qué se está hablando– podría relacionar las medidas a llevar a cabo para evitar que finalmente –si se produce un accidente en su empresa– le acabe alcanzando el recargo de prestaciones, toda vez que no solo se incurre en la «sanción» prevista cuando se han incumplido medidas específicas relativas a la seguridad en la empresa, sino que la amplia interpretación del deber de cuidado permite que situaciones como las descritas en los ejemplos expuestos acaben de forma inopinada –y por un mecanismo cuasi objetivo– en una empresa en quiebra técnica y con una plantilla en la cola del paro.

#### 8.5. ¿PERSISTE HOY EN DÍA UNA DIFERENCIA SUSTANCIAL ENTRE EL IMPORTE DEL DAÑO TOTAL SUFRIDO POR EL TRABAJADOR ACCIDENTADO Y LA INDEMNIZACIÓN LEGAL CORRESPONDIENTE AL DAÑO? INCIDENCIA DEL CAMBIO DE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL)

La doctrina justificó la pervivencia de la institución del recargo de prestaciones partiendo de la persistencia del desequilibrio entre la indemnización legal correspondiente al daño y el daño efectivamente sufrido por el trabajador. En estos casos el recargo permitiría alcanzar esa equivalencia entre indemnización y perjuicio sufrido a la vez que atacaría en su raíz el comportamiento imprudente de las empresas incumplidoras en materia de seguridad social.

La ecuación a resolver, sin embargo, parece despejada a través de la reciente doctrina del Tribunal Supremo. Si recordamos, la evolución de esta ha venido marcada por una notable diferencia a la hora de indemnizar el daño causado por el accidente laboral en las jurisdicciones civil

y social. La Sala de lo Social se mostró partidaria de la «teoría de la compatibilidad limitada»<sup>38</sup> –Sentencias de [17 de julio de 2007](#), [3 de octubre de 2007](#) y [30 de enero de 2008](#)–<sup>39</sup>. En aquel caso la compensación se llevaba a cabo por conceptos homogéneos, lo que obligaba a la deducción sobre los conceptos a los que se habían imputado pagos previos, mientras que la Sala de lo Civil era partidaria de la «teoría de la compatibilidad absoluta», donde no operaba descuento alguno. La doctrina social advertía que ponderando las circunstancias concurrentes había que determinar qué parte de la cantidad reconocida obedecía el lucro cesante y qué otra a los daños morales, lo que finalmente llevó a descontar de la primera partida (lucro cesante) lo percibido en concepto de prestación de Seguridad Social. En los supuestos descritos, si el trabajador acudía a la jurisdicción social, tendría acceso a una indemnización que no cubriría el importe teórico de la valoración del daño sufrido. De otro lado, si a la indemnización aludida se suma el importe correspondiente al recargo de prestaciones, y el trabajador efectivamente la percibe, se podría alcanzar una medida sobreprotectora, al superar la cuantía indemnizatoria percibida el importe correspondiente al daño real causado.

La nueva doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras identificada por las sentencias de [20 de noviembre de 2014](#), [RCUD 2059/2013](#), y de [17 de febrero de 2015](#), [RCUD 1219/2014](#), ha venido a dar un vuelco sustancial a la situación precedente, rompiendo la tradicional oposición frente a la Sala de lo Civil. Esta nueva línea doctrinal (iniciada por la [STS, Pleno, de 23 de junio de 2014](#), [RCUD 1257/2013](#)) determina el abandono de la técnica del reparato, aplicando la valoración en el concepto de daños morales de los criterios orientativos del baremo aplicado en la normativa de seguros. En la forma que se expone, tal y como consta en el FJ 2.º *in fine* de la [Sentencia de 17 de febrero de 2015](#), «calculados los daños morales con arreglo al Baremo, de tales cuantías no cabe descontar lo percibido por prestaciones de Seguridad Social, ni por el complemento de las mismas; y ello con independencia de que tales prestaciones afecten a la situación de incapacidad temporal o a las lesiones permanentes».

<sup>38</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «Una propuesta normativa en torno al nuevo sistema de indemnizaciones sobre accidentes de trabajo», *IL*, Valladolid, diciembre 2012, págs. 6 a 19.

<sup>39</sup> SSTs de [17 de julio de 2007 \(RCUD 513/2006\)](#), [30 de enero de 2008 \(RCUD 414/2007\)](#), [14 de julio de 2009 \(RCUD 3576/2008\)](#) y [14 de diciembre de 2009 \(RCUD 715/2009\)](#). Conforme destaca la doctrina jurisprudencial a que se alude, los posibles descuentos serían aplicables sobre conceptos homogéneos, subrayándose que «los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil nos muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real».

## 9. OPCIONES Y PROPUESTA DE CAMBIO NORMATIVO

Tras llevar a cabo un análisis del recargo de prestaciones desde la perspectiva de su justificación y la necesidad de adaptación a las actuales exigencias sociales, debemos hacer un repaso crítico de los argumentos expuestos por la doctrina y de la necesidad de abordar un cambio legislativo. Partamos de una afirmación incontrovertible: «la práctica totalidad de la doctrina aboga bien por la supresión, bien por la modificación de esta institución». Demos pues un paso hacia delante para avanzar hacia la propuesta que pueda resultar más adecuada. Comencemos enumerando críticamente los argumentos de más recorrido que hemos destacado a modo de conclusiones:

### Primera. Indevida aplicación del principio *non bis in idem* en que parece incurrir el recargo de prestaciones.

Incidamos en este argumento recurriendo a la doctrina constitucional. Constatamos que este principio no aparece expresamente aludido en la Constitución. No obstante, las sentencias del Tribunal Constitucional 2/1981, 234/1991 y 2/2003 han destacado que el principio forma parte del derecho fundamental a la igualdad en materia penal sancionadora y aparece tanto en el texto como en el espíritu del artículo 25.1 de la CE, pese a no estar expresamente citado. Como complemento de este argumento el artículo 133 de la LRJAP y PAC, Ley 30/1992, de 26 de diciembre, dispone expresamente que no podrán sancionarse de nuevo los hechos que hayan sido sancionados desde la perspectiva penal o administrativa en aquellos supuestos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Esta cautela ha sido trasladada al artículo 3.1 de la LISOS pudiendo concluirse que:

- a) No cabe un doble enjuiciamiento de contravenciones por jurisdicciones distintas, como puedan serlo la penal y la administrativa.
- b) El principio aludido impide que un hecho sancionado por una autoridad pueda serlo por otra del mismo orden recurriendo a un procedimiento distinto.
- c) De producirse sanción penal, esta prevalece sobre las demás produciendo efecto de cosa juzgada material.

### Segunda. Dificultad en la apreciación del factor preventivo en la aplicación del recargo de prestaciones.

Este capítulo mantiene interrogantes abiertas. Mi posicionamiento se encuentra próximo a considerar que el recargo es una medida ineficiente para la prevención de riesgos laborales, que es una institución sumamente compleja y desconocida por los empresarios, quienes ignoran las claves de su aplicación y que al mantenerse un criterio tan abierto que excede con mucho el de las prevenciones propias de los Planes de Prevención de Riesgos Laborales, los empresarios no llevan a cabo medidas específicas para afrontar la eventual imposición de este recargo de prestaciones. Junto a lo dicho, entiendo que la medida más eficaz para desvelar esta incógnita (alcance

preventivo del recargo) partiría de llevar a cabo el cuestionario propuesto para que el Instituto Nacional de Estadística verificara los extremos avanzados en este trabajo.

**Tercera. La indemnización por accidente laboral, según la doctrina y jurisprudencia laboral, es equivalente al daño real producido. No concurre pues la necesidad de complementar esa indemnización a través del recargo.**

En este ámbito partimos del «principio de inmunidad» con que surgió la protección por accidente de trabajo: indemnización de corte objetivo independientemente de la culpa a cambio de la renuncia a la cobertura íntegra del daño. Ya hemos indicado que con la Ley de Bases de 1963 se resquebrajó el «principio de inmunidad» al abrirse la posibilidad de reclamar una indemnización civil complementaria a las prestaciones de Seguridad Social, siendo ambas totalmente compatibles. El debate podría afirmarse que –en cierto modo– podría mantenerse vivo. Sin embargo este criterio, en mi opinión, ha dejado de seguir vigente desde el posicionamiento del Tribunal Supremo en la doctrina derivada de las sentencias de [20 de noviembre de 2014, RCU 2059/2013](#), y de [17 de febrero de 2015, RCU 1219/2014](#), al adoptar las tesis propias de la «compatibilidad absoluta», según las cuales la indemnización que procede reconocer al trabajador lesionado por un accidente de trabajo ya no aplica las reducciones por conceptos homogéneos que hubiera percibido por prestaciones de incapacidad temporal o permanente. Lo expuesto implica, como se puede apreciar, no solo que el «principio de inmunidad» ha dejado de ser un principio inspirador del sistema de reparación del accidente de trabajo, sino que abiertamente se abre la puerta a que junto a las prestaciones de Seguridad Social –que ya no se descuentan– se ofrezca una indemnización íntegra del daño causado.

**Cuarta. La supresión del recargo.**

Como hemos advertido, la posición mayoritaria de la doctrina que se ha pronunciado en relación con la continuidad del recargo entiende que su supresión es la opción más adecuada. En este sentido, significadamente: [DÍEZ-PICAZO](#), [DURÁN LÓPEZ](#), [SEMPERE NAVARRO](#), [IGLESIAS CABERO](#), [DESDENTADO BONETE](#), [SAMPEDRO CORRAL](#), [GONZALO GONZÁLEZ](#) y [ALARCÓN CARACUEL](#).

**Quinta. La modificación del recargo.**

La alternativa menos drástica pasaría por una modificación legislativa. Sin embargo, en este contexto el legislador ha pasado de largo cuando la doctrina científica ha dirigido hacia esta institución una crítica implacable. La excusa que de «forma coral» se aduce tiene que ver con la supuesta suficiencia en el ámbito preventivo de las sanciones de orden penal y administrativo junto a la clásica institución del recargo. Es por tal motivo que el legislador se remite a mínimos cambios de forma (introduce el moderno término «equipos de trabajo» en lugar del añejo vocablo «artefactos», claramente en desuso e impropio de la jerga de la nueva era de la comunicación).

Desde la perspectiva doctrinal [OJEDA AVILÉS](#) plantea una modificación de los topes –o cuando menos del tope máximo–. Se reclama que en la forma que se describe el juez podría actuar con la libertad que actúan los jueces civiles. En mi opinión, la propuesta resultaría contraproducente a los fines pretendidos. De entrada los jueces, hoy, suelen tener un criterio aproximado para gra-

duar el porcentaje de recargo aplicado entre el 30 y el 50 %, estableciendo una graduación según la imprevisión preventiva de la empresa sea una o varias, grave en algún aspecto o muy grave. En tal caso se aplica un 30 % si la infracción es única –o no particularmente grave–, el 50 % si hay varias infracciones acumuladas, evidenciadoras de una conducta negligente, y un 40 % cuando se aplique un criterio intermedio. Ampliar el abanico sancionador no solo complicaría de forma notable el trabajo de los jueces sino que repercutiría en los desajustes relativos a la sobreindemnización que ya de por sí es constatable en la actualidad.

MONEREO PÉREZ, por su parte, se muestra partidario de mantener esta institución, si bien las modificaciones que plantea se traducen en la posibilidad de ampliar el arco de graduación del recargo abarcando desde el 15 al 50 %. En forma añadida para garantizar la percepción por parte de los trabajadores del capital coste en que finalmente se traduce la imposición del recargo propone sufragar el importe que ello pudiera implicar –para supuestos de insolvencia– a través del Fondo de Garantía Salarial, debiéndose a tal efecto fijar cotizaciones adicionales a cargo de las empresas que deberían soportar el afianzamiento de este coste.

#### Sexta. Propuestas legislativas para incentivar la prevención de riesgos laborales.

Si partimos de la evidencia de que nuestro sistema jurídico muestra carencias patentes en el ámbito preventivo, habría que plantearse las opciones de cambio legislativo que puedan ofrecer una adecuada cobertura en este ámbito. Acto seguido habrían de acometerse las medidas necesarias para poder confirmar o desmentir con una base científica-sociológica la proyección preventiva que tiene el recargo a cuyo fin debería realizarse una encuesta dirigida a los empresarios que despejara tanto su nivel de conocimiento real del recargo de prestaciones, como las medidas reales que el mismo consigue implementar en el ámbito empresarial.

Si, como parece, el efecto preventivo del recargo es bajo o inexistente, lo deseable sería acometer propuestas normativas que avanzaran en este terreno. Después de examinar los criterios aludidos en este trabajo, dos son los caminos abiertos por los que cabría avanzar:

- a) Partiendo de las conclusiones del Informe Durán una de las medidas más directas se traduciría en la aplicación del *malus*, contemplado –pero no desarrollado reglamentariamente– en el [artículo 146.2 del TRLGSS](#). Consiste en aplicar una penalización en las cotizaciones a los empresarios que tuvieran una siniestralidad más alta que la media del sector en que trabajan. Ciertamente se ha de reconocer la dificultad de aplicar este tipo de medida en un contexto como el que define la empresa española (pequeña y mediana por definición).

La concreción de este tipo de penalización es difícil de trasladar a la práctica siguiendo los límites legales establecidos por el precepto aludido, pero no tanto si se recurre a opciones imaginativas. Cabría, por ejemplo, en la opción personal que defiende, establecer un recargo del 10 % en las cotizaciones de Seguridad Social (si bien por reiteración, *vid.* [art. 146.3 TRLGSS](#), podría incrementarse al 20 %) a imponer a las empresas por tramos temporales que se traduciría en un recargo sobre las cotizaciones a practicar (3 años para infracciones de seguridad calificadas

como graves; 5 años para infracciones de seguridad calificadas como muy graves). El desembolso fraccionado en el tiempo evitaría la pérdida de puestos de trabajo y la situación de quiebra a que se ven abocadas muchas empresas. En la forma que se describe –sin ambages, subterfugios, ni ambigüedades– la empresa tendrá la certeza de que tendrá que pagar más a la Seguridad Social si tiene accidentes de trabajo que se produzcan concurriendo infracciones de seguridad calificadas como graves o muy graves.

De otro lado sería prudente –para evitar que se desorbita el coste de la sanción– que la sobrecotización solo se aplique respecto de los trabajadores incluidos dentro del ámbito de proyección del riesgo provocado por la falta de la medida de seguridad detectada. Esto evitaría que el recargo se extendiera a un centro de trabajo con medidas adecuadas de seguridad y a otros trabajadores cuyas medidas de prevención exigibles a la empleadora no son reprochables. De este modo, la aplicación correctora no excedería del centro de trabajo o dependencia donde se hubiera producido efectivamente la falta o incumplimiento grave en materia de seguridad. De esta forma se conseguiría:

1. En primer lugar, un efecto preventivo inmediato e indiscutible, pues la empresa sabría que un accidente de trabajo sin medidas de seguridad calificables por la LISOS como graves o muy graves comportará un sobrecoste en las cotizaciones de todas la plantilla bien durante 3 o bien durante 5 años.
2. Si se ofreciera la alternativa legal de poder reinvertir el sobrecoste de cotizaciones que hemos indicado en medidas, equipos de trabajo más seguros que los existentes, equipos de protección individual o colectivos, o medidas de seguridad adicionales, se conseguiría que efectivamente las partidas que comportan el recargo aplicado a las cotizaciones no fueran destinadas a sufragar una sobreindemnización sino que directamente serían invertidas en el ámbito preventivo.

También, y no es menos importante, se evitaría la complejísima dificultad de hacer depender el recargo de las cotizaciones de medias ponderadas de siniestralidad, que ya hemos advertido son extraordinariamente difíciles de fijar en la pequeña y mediana empresa. Nadie, en tal caso, podría cuestionar el efecto y la consecuencia preventiva de la norma. Obvio, también resultaría que esta medida no conduce al abismo y a la pérdida de empleo que en la actualidad supone el recargo de prestaciones para las empresas que no pueden asumir el altísimo desembolso inmediato que supone la capitalización de un recargo de prestaciones aplicable a un trabajador accidentado que sufre un accidente laboral que deriva en una situación de incapacidad permanente.

Para no mantenernos en lo etéreo e intangible propongo un ejemplo concreto que aclare mi propuesta. Pongamos una S. L. que produce un determinado producto X y un departamento de fabricación de embalajes de madera donde prestan servicio 10 trabajadores y donde existe una máquina defectuosa que no ha sido

adecuadamente reparada. Véase en tal caso la tarifa de primas para la cotización por accidentes de trabajo (Ley 42/2006, actualizada) según la cual la tarifa total aplicable sería de un 4,10%. Si un trabajador X sufre un accidente con esa máquina y su situación deriva en una incapacidad permanente, las consecuencias hoy respecto del recargo de prestaciones serían:

1. Declaración de un recargo de prestaciones cuyo importe la empresa habría de consignar o bien sufrir un embargo con el riesgo consecuente para la propia pervivencia de la empresa.
2. Derecho a una indemnización para el trabajador que con los criterios jurisprudenciales actuales desbordaría el daño real causado, pues se puede solicitar íntegramente en la vía ordinaria.

En el mismo supuesto, de aplicar la reforma que se propone el *malus* tendría la consecuencia de incrementar en un 10% o en un 20% las cotizaciones de los trabajadores afectados, que durante el tiempo establecido (3 o 5 años) tendrían que ser ingresadas en forma adicional por la empresa, si bien también esta tendría la opción de invertir en el equipo de trabajo defectuoso la misma cantidad equivalente al importe total en que se pudiera capitalizar el citado incremento de cotizaciones, quedando fortalecida la inversión en seguridad.

La mejora normativa que propongo cambiaría el modelo de contrato de seguro existente<sup>40</sup>; se pasaría del «seguro imperfecto», que ahora tenemos y según el cual las primas no se fijan en función del nivel de diligencia del asegurado, sino a través de una tarifa única que no considera el gasto en prevención efectuado, ni el nivel de siniestralidad, de modo que invariablemente favorece unos costes bajos en prevención de riesgos laborales. En sentido contrario, en el modelo de «seguro perfecto» la prima se fija en función del nivel de diligencia del asegurado, aplicando criterios de progresividad en las primas estableciendo rebajas en aquellos supuestos de ausencia de accidentes.

- b) Otra medida, mucho más modesta y de menor recorrido –pero no incompatible con la anterior– vendría dada por derivar hacia los empresarios el abono de la prestación económica por incapacidad temporal en supuestos de accidente de trabajo en los 7 días inmediatamente posteriores al accidente de trabajo. El sistema, como se indica en el Informe Durán resultaría neutro para la globalidad de las empresas, que no asumirían mayores costes significativos, así como para el sistema de Seguridad Social, penalizando a las empresas con mayor siniestralidad y favoreciendo de este modo la disminución de la siniestralidad.

<sup>40</sup> AA. VV.: *Responsabilidades en materia de Seguridad y Salud Laboral*, Informe emitido por Quatrecasas, 2008, La Ley, pág. 250.

### Séptima. Propuesta para mejorar las opciones para hacer efectivas las indemnizaciones por daño causadas por los accidentes laborales.

Hemos hecho notar que el recargo de prestaciones –que por su regulación legal no puede ser objeto de seguro– provoca frecuentemente situaciones en que concurre la imposibilidad para el trabajador de tener acceso a la indemnización del daño sufrido. Esta situación queda mitigada por la nueva doctrina del Tribunal Supremo al acoger la teoría de la compatibilidad absoluta y no aplicar descuentos de Seguridad Social. Este nuevo contexto que sitúa al trabajador lesionado por el accidente de trabajo ante la opción de cobrar la integridad del daño sufrido le permite, en teoría, acceder a la indemnización total. Sin embargo, ello no implica la existencia *de facto* de situaciones en que la víctima del accidente queda fuera de toda protección, motivo por el que en actividades de riesgo objetivo debería extenderse la obligatoriedad de asegurar por vía de convenio colectivo la existencia de lesiones o incapacidades permanentes con criterios objetivos para reparar las consecuencias del accidente de trabajo.

Con el estudio desarrollado creo que se ofrecen las bases o, al menos, el principio de un debate que: mejoraría la prevención de riesgos laborales, la inversión de los empresarios en la misma, la reparación objetiva del daño causado para los trabajadores así como el daño colateral tan indeseable como injusto de cierres de empresas y pérdida de puestos de trabajo en un contexto económico y social en el que no es una medicina exactamente deseable.

---

## Bibliografía

- AA. VV. [2008]: *Responsabilidades en materia de Seguridad y Salud Laboral*, Informe emitido por Quatre Casas, La Ley.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R. [2001]: «Los orígenes de la Seguridad Social en España», en AA. VV., *Seguridad Social. Una perspectiva histórica*, MTAS, pág. 42.
- CABEZA PEREIRO, J. [2008]: «Sobre el recargo, a la luz de la moderna jurisprudencia», en AA. VV., *Accidentes de Trabajo y Mutuas*, Las Rozas: La Ley, págs. 283 a 299.
- CAMACHO VIZCAÍNO, A. [2015]: «El delito de coacciones laborales del artículo 315.3 del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 8.485.
- DESDENTADO BONETE, A. [2006]: «Responsabilidades por los accidentes de trabajo: prestaciones de la Seguridad Social, recargo e indemnización civil adicional», en AA. VV., *La Responsabilidad Laboral del Empresario. Siniestralidad Laboral*, Bomarzo, págs. 59 a 77.
- [2003]: «El recargo de prestaciones de Seguridad social y su aseguramiento. Contribución a un debate», *Revista de Derecho Social*, núm. 21, págs. 11 a 28.
- DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA, A. [2000]: «Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones», en AA. VV., *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid: Fraternidad Muprespa.
- DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. [2000]: «Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la Jurisprudencia (1900-2000): Revisión crítica y propuesta de reforma», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 24, pág. 64.
- DÍEZ-PICAZO, M. [1999]: *Derecho de daños*, Madrid: Civitas.
- DURÁN LÓPEZ, F. [2001]: *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, Madrid: Presidencia del Gobierno.
- GONZALO GONZÁLEZ, B. [2000]: «Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el Sistema de Seguridad Social» en AA. VV., *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid: Fraternidad Muprespa, págs. 136 a 143.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, C. y LAHERA FORTEZA, J.: *La Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900*.
- IGLESIAS CABERO, M. [2008]: «El recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional», *RMTI*, núm. 78.
- MERCADER UGUINA, J. R. [2001]: *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*, Las Rozas: La Ley, 2001.

- MONEREO PÉREZ, J. L. [2017]: «El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, tomo I, Murcia: Laborum, págs. 606 y 607.
- [2006]: «La responsabilidad especial del recargo de prestaciones. Configuración y régimen jurídico», en AA. VV. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N., dirs.), *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada: Comares.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y SÁNCHEZ PÉREZ, J. [2015]: «El recargo de prestaciones y la nueva doctrina jurisprudencial (una reflexión crítica a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 y 23 de marzo de 2015)», *Trabajo y Derecho*, núm. 12, pág. 89 a 97.
- MUÑOZ MOLINA, J. [2005]: «El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», *RMTI*, núm. 59, págs. 153 a 170
- OJEDA AVILÉS, A. [2000]: «Responsabilidad aquiliana versus recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica», *RL*, núm. 19.
- SAMPEDRO CORRAL, M. [2008]: «El recargo de prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo y enfermedad profesional», en AA. VV., *Accidentes de Trabajo y Mutuas*, Las Rozas: La Ley, pág. 366.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J. [2013]: *La configuración jurídica del accidente de trabajo*, Murcia: Laborum.
- [2012]: «Una propuesta normativa en torno al nuevo sistema de indemnizaciones sobre accidentes de trabajo», *IL*, Valladolid, diciembre 2012, págs. 6 a 19.
- SEMPERE NAVARRO, A. [2001]: «La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación», *AS (V)*.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. [2001]: «El recargo de prestaciones», *Cuadernos de Aranzadi Social*, núm. 7.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. [2003]: «La técnica *bonus-malus* aplicada a la prevención de riesgos laborales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1, pág. 5.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. y TUDELA CAMBRONERO, G. [2002]: «La seguridad y salud en el trabajo: síntesis de un problema y propuesta de una solución. (A propósito del Informe sobre riesgos laborales y su prevención)», *RL*, núm. 1, págs. 17 a 62.
- [2001]: «El informe Durán sobre riesgos laborales y su prevención: notas para un debate necesario», *La Mutua. Revista Técnica de Seguridad Social y Prevención*, núm. 1, Fraternidad Muprespa.