

ANTONIO FUERTES LEGANÉS

*Asesor Jurídico de «Asepeyo», M. de AT y EP de la Seguridad
Social
Abogado*

Sumario:

- I. El recargo en las prestaciones. Antecedentes.
- II. Regulación legal actual.
- III. La naturaleza jurídica del recargo.
 - 1. Criterios jurisprudenciales.
- IV. El aseguramiento del recargo.
- V. La justificación de la teoría del aseguramiento.

I. EL RECARGO EN LAS PRESTACIONES. ANTECEDENTES

La figura de un recargo o aumento en las prestaciones inherentes a los siniestros laborales, cuando su acaecimiento ha sido propiciado por determinados defectos atribuibles al empresario en materia de seguridad e higiene, data en nuestro Derecho positivo de tiempos que bien podríamos calificar de pretéritos, y así la primera regulación que en materia de accidentes de trabajo existe en España, la Ley de 30 de enero de 1900 que viene a significar un hito histórico en la formación de los sistemas de previsión que desembocarían en nuestra actual normativa de Seguridad Social, ya prevé en su artículo 5.º, apartado 5.º 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 o artefactos carezcan de los aparatos de precaución...». Posteriormente, la aparición del correspondiente reglamento que fue aprobado por Real Decreto de 28 de julio ratificaba el criterio de la ley, estableciendo su artículo 64 otro principio que aún pervive en la legislación actual y es que ese aumento de indemnizaciones sería procedente «... con independencia de toda clase de responsabilidades».

La Ley de 10 de enero de 1922, de Accidentes de Trabajo, en su artículo 6.º especificaba 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 o artefactos carezcan de los aparatos de precaución a que se refiere el artículo 17, regla 5.ª, párrafo 1.º» y añadiéndose otro nuevo matiz, que como el anterior referido a la compatibilidad del recargo con otro tipo de indemnizaciones, establecía que «... el riesgo de la indemnización especial a que se refiere esta disposición quinta no puede ser materia de seguro...».

Otras normas posteriores establecieron especialidades tendentes a una significativa cobertura según el colectivo protegido, y así el Real Decreto de 29 de diciembre de 1922 que aprobó el Reglamento Provisional de Accidentes de Trabajo de aquel año, vino a añadir a las previsiones legales antes indicadas que el incumplimiento señalado cuando incidiera sobre las normas de trabajo de las mujeres y menores «... motivará se aumente en una mitad las indemnizaciones que correspondan a los obreros, con independencia de toda clase de responsabilidades...».

Sería larga y prolija la cita de todas las disposiciones legales que a lo largo de los años han venido reiterando este criterio, baste por ello la mera indicación de que el mismo pervive en el Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, norma que introduce una cualificación de la naturaleza del recargo y así, el redactado de su artículo 55 define la conducta infractora explícitamente como objeto de sanción (... este recargo, a costa del patrono, se considerará una sanción para el mismo...).

Esta formulación legal respecto a la existencia del recargo y a su asunción directamente por parte del empresario es una constante en lo que ya podríamos llamar con propiedad la legislación de Seguridad Social que comienza con la Ley de Bases, 193/1963, de 28 de diciembre, siendo su Texto Articulado I, de 21 de abril de 1966, en el que se detalla la responsabilidad citada en la literalidad de su artículo 147. El Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, se ocupaba también de esta figura en su artículo 93 y, finalmente, lo hace hoy en igual sentido la vigente Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

II. REGULACIÓN LEGAL ACTUAL

La figura estudiada es recogida en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994 cuyo tenor literal es el siguiente:

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

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

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

La recientemente aparecida Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, establece en su artículo 42 las responsabilidades y su compatibilidad que la infracción en esta materia supondrá para los empresarios, y así reafirma el criterio de su aplicación sin perjuicio

de las sanciones administrativas y las consecuencias penales y civiles que por los daños y perjuicios pudieran derivarse de dicho incumplimiento. Ello no obsta, como luego veremos, la aplicación de determinados criterios de prioridad de legislación aplicable según la naturaleza de la infracción, y de la sujeción al principio *non bis in ídem* en los casos de concurrencia de sanciones penales con las administrativas.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RECARGO

Al fijarnos en la regulación legal actual, hemos constatado cómo, recogiendo una tradición que por su duración ya podríamos reputar de secular, se ha venido impidiendo el aseguramiento de este recargo, por lo que su asunción recae directamente sobre el empresario infractor. No cabe duda de lo afirmado de acuerdo con la lectura del artículo 123 de la LGSS, cuya literalidad acaba de ser aludida.

No obstante, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales introduce en su artículo 15.5 un apartado que pudiera suponer el planteamiento de alguna duda sobre la pervivencia de la interdicción del aseguramiento.

En concreto dicho texto legal afirma:

«Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal.»

Esta facultad de aseguramiento que la ley prevé, ha sido interpretada por determinados sectores como una derogación de la prohibición establecida por el artículo 123 de la LGSS, pero lo cierto es que, sin querer abundar en estos momentos en cuestiones de técnica legislativa, para que pudiera operar la inaplicación que eventualmente se preconiza hubiera sido necesaria una disposición derogatoria expresa y un contenido distinto en la formulación del redactado del artículo.

Baste apuntar al respecto que la disposición adicional primera de la mentada Ley 31/1995, establece que el régimen jurídico de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional contenidas en la normativa de la Seguridad Social, continuará siendo de aplicación en los términos y con los efectos previstos en dicho ámbito normativo. La falta pues de derogación concreta del artículo 123 de la LGSS y la continuidad del régimen jurídico que preconiza la disposición adicional citada, nos hace colegir que a pesar de ser esta norma, la Ley 31/1995, de igual rango y posterior a la LGSS, no modifica en nada las previsiones de imposibilidad de aseguramiento conteni-

dos en aquella y no basta la remisión genérica de la disposición derogatoria única respecto de las disposiciones «que se opongan a la presente Ley» para entender que se ha cambiado el tenor del artículo 123 del Real Decreto Legislativo 1/1994 (1).

La interpretación, de los por otra parte confusos términos en que se ha redactado el precepto (obsérvese que lo que se faculta para asegurar es «el ámbito de cobertura de la previsión del riesgo»), ha de decantarse por entender que está refiriéndose a seguros de responsabilidad civil u otros voluntarios que pudieran mejorar las prestaciones, pero nunca, como antes se afirmaba, al porcentaje de recargo de prestaciones por infracción en materia de seguridad (2).

Entramos pues, en el presente apartado, en el análisis de una cuestión que ha generado una gran controversia tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia, y que como luego veremos, a pesar incluso de haber sido objeto de unificación la doctrina que mediante sus sentencias han venido emanando las distintas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, ni siquiera los pronunciamientos del Tribunal Supremo han conseguido, independientemente de sus consecuencias jurídicas y fácticas a los supuestos concretos resueltos por esta alta instancia jurisdiccional, que hubiera unanimidad en los ulteriores pronunciamientos judiciales, y así podremos señalar algunas sentencias que continúan discrepando del criterio asentado por el Tribunal Supremo en esta polémica materia.

Puede que parezca una disgresión netamente científica la controversia planteada en la doctrina y en la jurisprudencia de la naturaleza jurídica de esta figura, pero su importancia práctica es indiscutible, puesto que la misma condiciona la imposibilidad del aseguramiento, o lo que es lo mismo, tiene una trascendencia económica manifiesta para los empresarios infractores, los cuales han de hacer frente de manera personal a la cuantía en que se concretara el recargo sobre la prestación, agravada por el sistema de constitución de capital coste-renta para este tipo de ingresos, o lo que es lo mismo, que la totalidad del pago ha de capitalizarse ante la Tesorería General de la Seguridad Social, sistema indudablemente más gravoso que el pago mensual del recargo sobre la pensión que eventualmente procediera.

Es por ello que no solamente la doctrina sino también los agentes sociales están concernidos directamente por la cuestión debatida, y si anteriormente nos referíamos al perjuicio que sufre el empresario, tanto por la cuantía del recargo como por su forma de capitalización, no son menos tras-

(1) Esta interpretación se vería reforzada por la redacción del artículo 16.3 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 que desarrolla el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social. Dicho artículo hace una remisión específica al contenido del 123 de la LGSS (R.D.-L. 1/1994) y, en concreto, el apartado 3.º alude expresamente a la «responsabilidad empresarial» en la constitución del capital coste-renta y a la impropiedad de cualquier anticipo por la Entidad Gestora.

(2) El posterior desarrollo reglamentario de la ley, aún inédito, establece determinadas obligaciones en materia de aseguramiento y así el último borrador del Proyecto, aparecido con fecha 20 de septiembre de 1996, prevé en sus artículos 17 b) y 23 d) la obligación de constitución de garantías (más adelante las concreta en una póliza de al menos 200 millones de capital asegurado) para cubrir responsabilidades en el caso de las Entidades que se acrediten como especializadas para los servicios de prevención.

centes los que se le irrogan al trabajador lesionado, en cuyo accidente causal existió una infracción de medidas de seguridad e higiene, pero que en supuestos de insolvencia del empresario, nadie, ni directa ni subsidiariamente, atenderá al pago de este recargo (como más tarde se dirá el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, hoy integrado en el INSS, ha sido exonerado de cualquier responsabilidad subsidiaria sobre este incremento cuando el empresario es declarado insolvente).

Hechas pues estas advertencias preliminares, podríamos intentar analizar la naturaleza jurídica de la figura y con ello tratar de centrar el problema y apuntar soluciones dentro del subjetivismo de nuestro modesto criterio.

Desde el punto de vista del Derecho positivo el recargo ha venido calificándose en las disposiciones previas a la aparición del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 de «mejora de las prestaciones» y no es sino en el texto legal citado donde explícitamente se define la naturaleza jurídica de dicho recargo (como ya antes apuntábamos, el art. 55 del reglamento lo configura como «una sanción a costa del patrón»).

Más tarde las normas legales omiten esta cuestión y sólo se ocuparán de redefinir las causas que configuran la infracción en materia de seguridad e higiene y confirmar el incremento en la prestación causada que recaerá siempre sobre el patrono, sin que éste pueda optar por el aseguramiento de la misma.

1. Criterios jurisprudenciales.

Ha mantenido, y mantiene la jurisdicción social una evidente discrepancia en la calificación de la figura y las sentencias emanadas por los distintos Tribunales, tanto en la instancia, como en los recursos de suplicación, establecen en ocasiones razonamientos discordantes.

Ello ha dado lugar a que el Tribunal Supremo (3) se pronunciara mediante sentencia dictada en Recurso de Casación, con el fin de armonizar esta disparidad interpretativa.

Sobre el carácter sancionador, que es el que finalmente ha prevalecido por haberlo consagrado así la jurisprudencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, en Sentencias de 8 de marzo y 16 de noviembre de 1993, 31 de enero, 7, 9 y 12 de febrero, 23 de marzo, 20 de mayo y 22 de septiembre de 1994, sin agotar la cita, ha argumentado el Alto Tribunal, como síntesis de esta corriente jurisprudencial, que:

(3) También la reputa de «medida sancionadora» el Tribunal Constitucional en Sentencia de 26 de diciembre de 1985 (RTC 1985/158), si bien esta sentencia contempla un supuesto ajeno a la naturaleza del recargo y sólo tangencialmente alude a él con la calificación citada.

«No se trata por tanto de una forma o modalidad de prestación de la Seguridad Social que justifique su asunción por la entidad gestora correspondiente. Es por lo contrario una pena o sanción que se añade a la propia prestación previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo».

Sin embargo tanto la doctrina científica, como las propias sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia, discrepan de este criterio y así SEMPERE NAVARRO y CASAS MARTÍNEZ sostienen (4) que «La contundencia con que se realiza la afirmación sorprende doblemente porque las cosas no son tan lineales en realidad y porque la cuestión planteada (y decidida) realmente no requería ese posicionamiento; por todo ello no creo que pueda darse un valor concluyente a tal proclamación».

(La cita hecha se refiere al contenido de la STC 158/1985, de 26 de noviembre, que afirmaba en su Fundamento Jurídico Segundo, la naturaleza puramente sancionadora del recargo previsto en el art. 93 de la LGSS de 30-5-1974, entonces vigente).

Esta controversia se acentúa cuando en sentido contrario, pero con una rotundidad similar a la que afirma el carácter sancionador, se pronuncia alguna sentencia emanada por los Tribunales Superiores de Justicia, y así es de destacar el razonamiento del Fundamento de Derecho Primero de la dictada con fecha 4 de julio de 1995, por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, afirmando que:

«Un análisis lúcido del artículo 93.1 de la LGSS induce a reflexiones cuya naturalidad casi exime de razonamiento y roza el confín de la evidencia. La responsabilidad que ahí se establece deriva de una conducta negligente que se tipifica como desarrollo de la fórmula con que el artículo 1.104.1 del Código Civil aprisiona el concepto de culpa en las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Es una responsabilidad basada en la omisión de ciertos deberes de atención y cuidado que debe observar el empleador. Tales obligaciones le incumben respecto a las personas físicas ligadas a él por una relación individual de trabajo, de suerte que -a la luz de los arts. 15, 40.2 de la Constitución, 4.2 d) y 19.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores- queda fuera de duda su naturaleza contractual. El resarcimiento en que se incurre a causa de esa responsabilidad se suma a la prestación suficiente -sobre cuya cifra gira el recargo previsto-, y aminora así la diferencia entre la cuantía de la reparación íntegra del daño y el beneficio otorgado por el sistema de la Seguridad Social a través de su dispositivo de acción protectora.

(4) *Jurisprudencia Social*. Unificación de Doctrina. (Ed. Aranzadi, Madrid 1995).

Si, pues, la suma de la prestación social de origen y el citado incremento no completan -como acontece presumiblemente- la magnitud dimanante de aplicar la fórmula del artículo 1.106 del Código Civil, sigue viva la acción encaminada a exigir y obtener, si es del caso, el pago de la parte que corresponde a la cifra de resarcimiento pendiente.

Determinada entonces la naturaleza del recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad y establecido su carácter indemnizatorio, se descarta la calificación sancionadora...».

Se hace esta transcripción literal no sólo por la tesis sostenida, que continúa discrepando de la establecida previamente por el Tribunal Supremo sobre la naturaleza del recargo, sino además porque enuncia la compatibilidad con las reclamaciones de orden civil e incluso su sustento en aquella rama del Derecho.

Esta sentencia que podríamos incluir dentro de la teoría de la indemnización o compensación contractual con sustento en el ámbito propio del Derecho Civil, encuentra eco en la propia actuación de distintas jurisdicciones ajenas al Orden Social, cuando resolviendo pleitos reclamatorios de indemnizaciones civiles, se detrae del importe de las mismas las cantidades pagadas por el empresario en concepto de recargo de prestaciones puesto que «... esta independencia y compatibilidad de la responsabilidad no significa que en la fijación del *quantum* de las civiles haya de hacerse abstracción de las prestaciones indemnizatorias percibidas o debidas al trabajador o a sus derechohabientes por imperativo de la norma laboral ...» (S. 20/94 de 26-11-1994, TSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal) (5).

Sin embargo, dentro de esta profusión de sentencias contradictorias hay una emanada por el Tribunal Supremo que parece introducir una especie de justificación a la corriente doctrinal que viene manteniendo.

No abandona el Alto Tribunal su criterio de considerar el recargo como una sanción, pero en esta ocasión defiende tal interpretación a la literalidad de la norma, la que en definitiva constriñe y condiciona los pronunciamientos judiciales.

Efectivamente, la Sentencia de 20 de mayo de 1994 emanada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, afirma en su Fundamento de Derecho Segundo que:

«La imposibilidad legal del aseguramiento de tal tipo de responsabilidad se extiende a cualquier modalidad de seguro, sea éste público o privado. Cuando el precepto en cuestión dice que esa responsabilidad... "no podrá ser objeto de seguro" no distingue y donde la Ley no lo hace no le es dable distinguir al intérprete».

(5) Abundando más si cabe en la controversia, la sentencia citada aun sin alejarme mucho de la «consagrada» tesis de la sanción, apunta hacia otra nueva figura y así habla de su naturaleza mixta o dual -aflictiva y reparadora-.

Esta forma de razonar nos lleva a colegir que no existe una imposibilidad manifiesta del aseguramiento, si no es otra que el propio redactado de la ley, cuya literalidad veda cualquier interpretación en diferente sentido, pero que el carácter esencialmente sancionador del recargo no resulta de ninguna norma de Derecho positivo -si no es la referencia hecha al art. 55 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22-6-1956-, y sólo deviene configurada como tal por una interpretación jurisprudencial que, como hemos visto, no es ni unánime ni pacífica.

Entendiendo la «sanción» como parte de la ley en la que se preceptúan las consecuencias de su inobservancia, es paragonable este concepto con el de pena (6), por lo cual nunca sería asegurable bajo este aspecto, de ahí la necesidad de configurarlo de distinta manera para poder concertar sobre las consecuencias pecuniarias del recargo operaciones de cobertura por terceros.

Refuerza el criterio adverso a la consideración del recargo como sanción, el hecho de que su eventual compatibilidad con las de carácter penal o administrativo que se impusieran, conculcaría el principio *non bis in ídem*.

Así, al igual que el artículo 42.3 de Ley 31/1995 prohíbe la duplicidad de sanciones cuando se aprecia identidad de sujetos, hechos y fundamentos, habría de aplicarse esta interdicción al recargo en su naturaleza de sanción siempre que concurrieran las circunstancias señaladas.

De otra parte es comúnmente aceptado y por ello no ha de insistirse aquí en este punto, que las sanciones que se concretan en el pago de cantidades pecuniarias son siempre exigidas al infractor e ingresadas en las arcas del Estado o de la Administración correspondiente (principios inherentes al Derecho Penal o al Administrativo sancionador), y es por esto que su exacción nunca revierte en particulares. Esta cuestión habría de contradecir por sí misma la naturaleza de sanción que recoge cierta doctrina, pero es que, además, la propia percepción del recargo por el sujeto beneficiario de la prestación y su indisolubilidad respecto de ésta, incluidos los modos de recaudación -la capitalización en Tesorería-, nos hace decantarnos por otra figura que podríamos tildar de «complemento de prestación de carácter indemnizatorio», buscando una solución ecléctica, y que apartándose de un concepto rígido de sanción permitiera su aseguramiento, no pudiéndose llegar a aquél, como antes se decía, de otro modo.

IV. EL ASEGURAMIENTO DEL RECARGO

Si hemos examinado la controversia de la naturaleza jurídica del recargo y hemos concluido que no necesariamente ha de configurarse como sanción, podemos preconizar la posibilidad, siempre que los textos legales fueran modificados y lo permitieran expresamente, de optar, o incluso obligar al empresario al aseguramiento.

(6) *Sanctio legis*: sanción establecida por la ley, con mención de perjuicios o penalidades para el caso de su inobservancia. *Diccionario de Derecho Romano*. Prof. Gutiérrez Alviz. Editorial Reus 1976, Madrid. En igual sentido *vid. Introducción al Estudio del Derecho*. Recasens Sitges, Editorial Porrúa, México 1974.

Hay que resaltar a este respecto que en alguno de los borradores que se manejaron como anteproyectos de ley, previos a la aparición de la LGSS, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, se contemplaba esta posibilidad, que finalmente no se plasmó en el redactado del texto final hoy vigente.

No debe ser ajeno a ello tanto la tradición legislativa, que como en otro lugar hemos señalado, siempre ha vedado el concertar seguros sobre este recargo, como una posición que teme que su cobertura podría tener efectos negativos sobre la higiene y seguridad en el trabajo, en tanto en cuanto el empresario, a cubierto del riesgo, se inhibiera de sus obligaciones de velar por los trabajadores a su cargo en este aspecto.

No nos parece plausible esta posición por cuanto la propia ley establece con reiteración a lo largo de todas sus formulaciones en los distintos textos legales, que este recargo será siempre compatible con otro tipo de indemnizaciones y sanciones que teniendo su origen en el Derecho Penal, en normas administrativas, y en el ámbito del Derecho Civil, fueran procedentes.

Esta compatibilidad la ha recogido ampliamente la jurisprudencia y es tan obvia que no merece ningún comentario adicional, apuntemos solamente que el principio *non bis in ídem* impide que sobre un mismo hecho se sancione penal y administrativamente de manera dual.

Es sabido que iniciadas actuaciones en el ámbito administrativo tendentes a sancionar una presunta falta en materia de seguridad e higiene en el trabajo, si el resultado de tal infracción fuera asimismo objeto de actuaciones en el ámbito de lo penal, este último prevalecería sobre el administrativo, el cual quedaría detenido hasta la sentencia firme que la jurisdicción penal pronunciara, y sólo cuando ésta fuera absolutoria podría proseguir la vía administrativa, tendente a establecer las eventuales sanciones que procedieran.

Desde luego que las consecuencias indemnizatorias civiles que se siguieran de un pronunciamiento condenatorio en la vía penal serían compatibles tanto con la prestación de la Seguridad Social en sí, como con el recargo por infracción de normas administrativas de seguridad e higiene. De otro lado el ejercicio de la acción civil, en el caso de que no existiere ilícito penal, sería igualmente compatible con el recargo en las prestaciones y con la sanción administrativa que este orden impusiera, si es que a ello hubiere lugar.

Todo lo anterior nos lleva a colegir que, realmente, no sería pretexto de laxitud o negligencia en el cumplimiento de previsiones en materia de protección obligatoria de la seguridad e higiene en el trabajo, el mero hecho de que se hubiera asegurado el recargo, pues como vemos, siguen coexistiendo graves responsabilidades para el empresario, unas asegurables -la civil-, las otras indeclinables: la penal y la administrativa, todas de entidad suficiente para reprimir tal conducta inhibitoria.

V. LA JUSTIFICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ASEGURAMIENTO

Como previamente se apuntaba la interpretación de los Tribunales al tan repetido precepto que contiene la prohibición de aseguramiento, ha dado lugar a que incluso las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, en concreto el Instituto Nacional de la Seguridad Social, como organismo que asume las funciones del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, haya sido declarado absuelto de las pretensiones de quien, en recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina, pretendía fuera considerado como responsable subsidiario en el caso de insolvencia del empresario infractor (7).

Partiendo pues de esta premisa y a pesar de los razonamientos que la propia sentencia citada establece, resulta evidente el perjuicio que se irroga al trabajador que sufrió un accidente laboral en el que concurrieron circunstancias omisivas de seguridad e higiene, pero cuyas prestaciones, al resultar insolvente el empresario, no gozarán del incremento que de otra forma hubiera obtenido.

No parece correcto afirmar que el aludido Fondo de Garantía, integrado en la citada Entidad Gestora de la Seguridad Social, carezca de obligaciones, al menos de carácter subsidiario. Piénsese que entre sus recursos económicos se encuentran los capitales coste-renta incrementados en el porcentaje correspondiente del recargo cuando el beneficiario de la prestación hubiera fallecido, pasando íntegramente dicho incremento a dotar los recursos financieros con que cuenta dicho Fondo, o su titular patrimonial, es decir, la Tesorería.

Siguiendo el discurso apuntado parece aceptable la tesis de una modificación legislativa en orden a permitir el aseguramiento de este recargo, ello supondría una mayor garantía de su percepción para los beneficiarios frente a la eventual insolvencia de los empresarios incumplidores.

De otro lado éstos, mediante tal fórmula, no sufrirían tan gravosamente las consecuencias del incremento a su cargo, que en ocasiones por su cuantía podría poner en peligro incluso la actividad laboral, sobre todo cuando se trata de pequeñas empresas.

No obsta a lo apuntado, como antes se ha dicho, que tal aseguramiento provocara un desinterés o constituyera una especie de carta blanca para la comisión de infracciones, abandonando el empresario asegurado sus obligaciones en materia de seguridad e higiene, piénsese en la ya planteada coexistencia de responsabilidades penales, administrativas y civiles, todas ellas de tal naturaleza que coherentemente han de llevarnos a colegir, que además de las de orden moral, disuadirán con fuerza suficiente al empresario de adoptar tan laxa conducta.

(7) STS 20 de mayo de 1994, declarando la no asunción del INSS, siquiera de manera subsidiaria del recargo.