

REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DEL RECARGO (O UNA VUELTA POR EL LABERINTO DEL MINOTAURO)

ALBERT SORIGUERA SERRA

*Secretario Judicial Titular del
Juzgado de lo Social de Manresa*

DAVID SAMPEDRO IBÁNEZ

*Magistrado Titular del
Juzgado de lo Social de Manresa*



Este trabajo ha obtenido el 2.º *Premio Estudios Financieros 2008* en la modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, doña Teresa Díez MERIEL, don Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, don Eugenio LANZADERA ARENCIBIA, doña Lourdes LÓPEZ CUMBRE y doña Rosa María VIROLÉS PIÑOL.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto:

LA ejecución de un recargo corresponde al Juzgado cuando ha sido impuesto jurisdiccionalmente revocando una denegación del mismo por el INSS y sin perjuicio de que en su caso se recabe la colaboración de la TGSS para que calcule el capital coste (el Orden Social es, por cierto, el competente para conocer en cualquier caso de las impugnaciones de dicho cálculo); en los casos en que el recargo ha sido impuesto por el INSS

.../...

.../...

y confirmado en sentencia, es ejecutado por la TGSS a instancia del INSS. El trabajo estudia problemas diversos relativos a las condenas solidarias, a la ejecución parcial y provisional o a los intereses. El órgano competente para decidir la suspensión cautelar de la ejecución de una resolución administrativa imponiendo un recargo es el Juzgado de lo Social. Se aborda en profundidad el tema de la devolución de las cantidades percibidas en virtud de un recargo revocado: aunque la naturaleza del recargo se discute, está claro que no es la de una prestación, por ello el beneficiario no hace suyas las cantidades percibidas en ejecución provisional del recargo si este es revocado y debe devolver los anticipos, respondiendo de esta obligación solidariamente con el Estado. Se termina con un esquema de la ejecución del recargo.

Palabras clave: recargo, ejecución, competencia, devolución, restitución y suspensión.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Reflexiones sobre aspectos varios.
 1. La naturaleza del recargo.
 2. El órgano competente.
 3. Las partes.
 4. Las condenas solidarias.
 5. La ejecución parcial.
 6. La ejecución provisional.
 7. La imperativa devolución del recargo indebido.
 8. Recargo e intereses.
 9. La suspensión de la ejecución administrativa.
- III. Esquema de la ejecución del recargo.
- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los atenienses tenían por héroe nacional a Teseo que, como la más conocida de varias hazañas, se enfrentó victoriosamente a un terrible laberinto. No deja de ser simbólico que el héroe ateniense venciera la complejidad de un laberinto (matar el monstruo quizá fuera lo de menos) frente a la brutal simplicidad de las tareas que llevó a cabo su hercúleo homólogo espartano, pues atravesar con éxito un laberinto es algo muy parecido a resolver un problema complejo, que es, al fin y al cabo, a lo que se dedicaron sus patrocinados en el campo de las matemáticas, la ciencia y la filosofía. Los mitos son eternos porque no dejan de ser idealizadas transposiciones de situaciones humanas universales. Y nos viene al pelo el mito de Teseo, al que nos gustaría emular, cuando nos enfrentamos a uno de los campos más oscuros y, creemos, menos estudiados y sistematizados del Derecho Laboral español actual.

Nos referimos a la cuestión de cómo se ejecuta un recargo de prestaciones (sobre el recargo *hasta* la sentencia se ha escrito mucho y bueno, *desde* la sentencia no hemos encontrado nada). Si el derecho según O. W. HOLMES es *la profecía de lo que harán los tribunales*, en pocas materias como en esta la pitonisa de Delfos lo tendría más difícil para acertar. Consideramos este trabajo de una gran relevancia práctica por cuanto habrá de ser útil no solo a Magistrados de lo Social, sino también a Letrados de la Seguridad Social, Abogados y Graduados Sociales, que podrán tener una más sólida base para formular las peticiones adecuadas en cada momento, con apoyo en los razonamientos o sentencias en que basamos nuestras conclusiones, de modo que orienten igualmente al Juez a soluciones *posibles*.

Casi obvia decir que no abordamos el asunto desde una perspectiva teórico-doctrinal, sino desde la triste realidad de esos inúmeros laberintos en que beneficiarios, empresas y operadores jurídicos se han perdido y han acabado devorados por el terrible Minotauro de la inseguridad jurídica, y por ello nos apoyaremos sobre todo en resoluciones judiciales concretas que resolvieron casos concretos. El artículo se estructurará en el comentario sucesivo de un conjunto de aspectos que hemos

considerado especialmente peliagudos, a lo que seguirá una tentativa de esquema de la ejecución del recargo, y unas propuestas de futuro más desde la ilusión que desde la confianza en que se lleven a cabo. Por cierto es importante que quien espere encontrar en estas páginas un infalible hilo de Ariadna, debe abandonar desde ya su lectura.

II. REFLEXIONES SOBRE ASPECTOS VARIOS

1. La naturaleza del recargo.

No pretendemos alimentar el casi obeso debate sobre la naturaleza de la ya centenaria institución del recargo. Es conocido que existen tesis fundamentadas para los más variados gustos (sanción, indemnización... incluso para los que le añaden el carácter de prestación, una suerte de can Cerbero o el *monstruo legal de tres cabezas* que describen CRUZ VILLALÓN y JOVER RAMÍREZ). A los más curiosos recomendamos el, a nuestro entender, exhaustivo trabajo de SEMPERE NAVARRO y MARTÍN JIMÉNEZ «El recargo de prestaciones: puntos críticos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 53. Nos basta, sin embargo, para internarnos en el laberinto con esgrimir el bien defendible compendio que hemos encontrado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 17-03-05 P. Sra. Pose Vidal (AS 2005\1723, ED 2005/104066), de la que extractamos:

Aunque mucho se ha discutido sobre el particular, aún hoy la naturaleza jurídica del recargo sigue siendo uno de los temas polémicos de la Seguridad Social, como así lo evidencian las SSTC 158/1985 y 81/1995, y STS 2-10-00, pese a lo cual puede afirmarse que, tanto la doctrina científica, como la jurisprudencia, se inclinan de forma mayoritaria por atribuirle naturaleza sancionatoria, existiendo aún mayor acuerdo en excluir el carácter prestacional del recargo.

El «recargo por falta de medidas de seguridad» no se encuentra enumerado entre las prestaciones catalogadas en los artículos 38 y 114 de la LGSS. En sus orígenes, el recargo aparece configurado, tanto por la Ley de Accidentes de Trabajo, como por el Reglamento, como una «sanción al empresario» y, es más, cuando a partir de 1966 se establece el sistema de seguro obligatorio para todas las prestaciones que indemnizan daños derivados de accidente de trabajo, vetando la intervención de entidades aseguradoras privadas, la decisión legislativa de mantener el recargo de prestaciones con cargo exclusivo al empresario y con prohibición expresa de su aseguramiento, evidencia el carácter punitivo del mismo, por cuanto si tuviera o se le atribuyera carácter prestacional también debería haber quedado afectado por el aseguramiento forzoso.

A partir de estos datos cabe afirmar que el recargo no es una prestación, sino una auténtica medida punitiva o sancionadora, y así, con arreglo a la STC 276/2000 hemos de interpretar que el elemento esencial para determinar la naturaleza y carácter del recargo es la función que se persigue con tal medida, de modo que si a través de ella se pretende una finalidad represiva o de castigo, habrá que concluir que el recargo tiene naturaleza sancionadora (así, entre otras, SSTS 14-2-01,

2-10-00 y 21-2-02) *atendiendo a que su finalidad no es otra que «impulsar coercitivamente y de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad», como un plus específico de responsabilidad que recae directamente sobre el empresario, sin posibilidad de cobertura por terceros, al no tratarse de una prestación, sino que es una sanción que configura un vínculo indemnizatorio en la relación empresario-trabajador; y redundando en este carácter punitivo el hecho de que, mientras que las prestaciones de Seguridad Social actúan como sustitutivos de las rentas dejadas de percibir como consecuencia de no poder llevar a cabo la actividad laboral, el recargo no guarda relación alguna con esa función sustitutoria sino que, a lo sumo, actúa como una indemnización por el daño derivado de la omisión de medidas de seguridad. Así pues, en contra de lo afirmado por el recurrente, del contenido de los artículos 121.3.º y 123 de la LGSS, no puede derivarse el carácter prestacional del recargo, dado que dichos preceptos únicamente afectan a aspectos relacionados con cuestiones tributarias, embargos, retenciones y demás señaladas por el artículo 40 de la LGSS. A mayor abundamiento, si atendemos a la normativa reguladora del recargo, aún se hace más evidente su carácter punitivo y no prestacional, habida cuenta de que aparece incluido en el artículo 38 del Real Decreto 396/1996, Reglamento para la imposición de sanciones en el orden social, y posteriormente en el artículo 37 del Real Decreto 928/1998 que regula el procedimiento de imposición de dichas sanciones.*

Cabe observar un cierto consenso en aceptar una cierta naturaleza dual o mixta, sancionadora e indemnizatoria, como resume la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27-03-07 P. Sr. de Castro Fernández (JUR 2007\119988): *pues si bien desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora siquiera no puede calificarse de sanción propiamente dicha, no es menos cierto que desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio.*

Pero en todo caso, desde el punto de vista de su ejecución lo más relevante y útil es saber que, sea cual sea la naturaleza del recargo, *no es una prestación de Seguridad Social*, siendo esta definición negativa del recargo aceptada por una práctica totalidad de la doctrina y de la Magistratura; por todas, la STS de 22-04-04 P. Sr. Desdentado Bonete (RJ 2004\4391): *no es una prestación de la Seguridad Social sino un incremento a cargo del empresario, que no se incluye en la acción protectora de la Seguridad Social, aunque tome como módulo de cálculo el importe de la prestación.*

2. El órgano competente.

Dispone el artículo 235.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) que *la ejecución se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia*. Por tanto, toda la ejecución derivada de una sentencia que imponga un recargo corresponderá al Juzgado de lo Social que la haya dictado.

Ojo, decimos que *imponga* un recargo, porque si el recargo ya fue impuesto por el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) y la sentencia se limita a confirmarlo absolviendo a la entidad, la sentencia es *absolutoria* del INSS y del trabajador, es por tanto *no condenatoria* sino *meramente declara-*

rativa, y no cabe ejecución judicial alguna de la misma, pues dispone el artículo 235.1 de la LPL que *las sentencias firmes se llevarán a efecto en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para la ejecución de sentencias, con las especialidades previstas en esta ley*, y reservan los artículos 517.2.1 y 521 de la LEC la ejecución *solo* a las sentencias de condena. En conclusión, cuando el recargo es impuesto en resolución administrativa, su ejecución corresponde a la Administración. La sentencia carece de ningún pronunciamiento que pueda ejecutarse. Ya razonó la STSJ de Cataluña de 29-10-94 P. Sr. de Prada Mendoza (AS 1994\3897) que en estos casos *la sentencia es absolutoria de la pretensión ejercitada* [la pretensión es la revocación del recargo] *y tendente a confirmar una resolución administrativa que deviene firme y por lo tanto ejecutable en dicha vía*. En este sentido, se pronuncian la STSJ de Andalucía/Sevilla de 07-02-96 P. Sra. Orellana Cano (AS 1996\433), la STSJ Comunidad Valenciana de 17-05-05 P. Sra. Mediavilla Cruz (AS 2005\1926) o la STSJ de Cataluña de 10-01-06 P. Sra. Solé Puig (ED 2006\12766), esta última con un lúcido e inmejorable razonamiento.

No faltan, sin embargo, resoluciones radicalmente erróneas en que se declara que la ejecución de un recargo impuesto por resolución administrativa y confirmado por sentencia de instancia debe ser ejecutado *por el Juzgado*; así, la STSJ de Galicia de 31-01-00 (AS 2000\66), la STSJ Castilla-La Mancha de 11-05-00 (AS 2000\1781), la STSJ de Cataluña de 16-02-01 (AS 2001\985) o la STSJ de Cataluña de 02-05-05 (ED 2005\97708); estas resoluciones, en cuanto pueden ser empleadas por Letrados malintencionados para sustentar peticiones *caosgénicas*, suponen añadir corredores sin salida al laberinto por los que facilitar todavía más la pérdida de los desdichados beneficiarios que, como las doncellas de Atenas que exigía Minos para su monstruo, acaban siendo pasto de la desesperación.

Cuestión distinta es que, en la ejecución judicial de un recargo impuesto en sentencia, al ventilarse la condena a una cantidad que se determina como el porcentaje de una prestación, en muchos casos (prestaciones de pensión vitalicia) será necesario recabar de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) el cálculo del capital-coste conforme al artículo 286 de la LPL (ojo, el Juzgado *no es competente* para fijar el importe del capital coste). Esta colaboración forzosa de la TGSS no será necesaria cuando se trate del recargo de una prestación de incapacidad temporal, pues a la larga puede concretarse en una cantidad a tanto alzado, y ocurre lo mismo con la cantidad alzada de una incapacidad permanente parcial.

Así, dispone el artículo 75.4 del Real Decreto 1415/2004: *Las sentencias que condenen al pago de recargos sobre prestaciones de la Seguridad Social se ejecutarán a través de los trámites establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad Social del capital coste correspondiente, en caso de tratarse de pensiones.*

Y si el recargo ha sido impuesto por el INSS, lo ejecuta a su instancia la TGSS, como prevé el artículo 75.1 del Real Decreto 1415/2004: *Las resoluciones de la Entidad Gestora de la Seguridad Social en las que se declare la procedencia de recargos sobre las prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales originados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, así como los responsables de dichos recargos, conforme a lo previsto en el artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, una vez sean firmes en vía administrativa se comunicarán a la Tesorería General de la Seguridad Social, con indicación expresa del momento en que se hubiera realizado su notificación, para la recaudación por esta del importe de tales recargos [...]*

En este sentido se pronuncian la STS de 26-09-00 P. Sr. Sampedro Corral (RJ 2000\8287), la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 14-04-00 P. Sr. Benito López (AS 2000\2038), la STSJ de Galicia de 05-04-01 P. Sr. de Castro Fernández (AS 2001/382) y la STSJ Castilla y León/Valladolid de 24-10-05 P. Sr. López Parada (AS 2005\3179).

No tener presentes estos criterios puede conducir a laberintos en los que el justiciable perderá su tiempo, dinero y paciencia durante años y años, como en el caso resuelto por la STSJ de Extremadura de 21-01-97 P. Sr. García-Tenorio Bejarano (AS 1997\184), que, como veremos, acabó con un nudo gordiano procesal al modo alejandrino. Se dictó Sentencia de instancia el 19-01-90 por la que se declaró que el accidente se produjo por omisión de medidas de seguridad condenando a la empresa al pago del recargo de prestaciones del 30 por 100. El TSJ en suplicación la confirmó. INSS y TGSS solicitaron la ejecución. Les fue denegada por el Juzgado de instancia *sin perjuicio de que por la recurrente se ejercite la correspondiente acción o procedimiento administrativo* contra la empresa. Ni INSS ni TGSS ni la beneficiaria recurrieron tal denegación. INSS y TGSS interpusieron demanda ante un Juzgado de lo Social solicitando se condenara a la empresa demandada al pago del capital coste del recargo de prestaciones y de las cantidades devengadas. El Juzgado de lo Social dictó sentencia estimando incompetencia de jurisdicción del orden social por razón de la materia *sin perjuicio del derecho que asista a las partes, de reproducir su pretensión ante el orden contencioso-administrativo*. En suplicación se dictó la STSJ que comentamos, y que declaró de oficio la inadecuación de procedimiento, dejando abierta a la parte recurrente el precedente cauce de ejecución de sentencia si procediera y declarando además la nulidad del Auto del primer procedimiento en que se denegó la ejecución solicitada por INSS y TGSS. A la luz de los preceptos transcritos, resulta evidente que la primera sentencia declarando el recargo era perfectamente ejecutable y así debía de haberse acordado por dicho Juzgado, lo que razona la STSJ de este modo: *De lo que acabamos de exponer se deduce que no nos encontramos en un acto de gestión recaudatoria, dado que la empresa no es responsable de prestaciones o de aumento de prestaciones «por resolución administrativa», sino directamente por el Juzgado de lo Social que así lo acordó en Sentencia de 19-01-90, hoy firme. No olvidemos que conforme al artículo 2.1 de la LOPJ, «el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes y en los tratados internacionales». De lo que infiere que el competente para la pretensión objeto de la demanda es este orden jurisdiccional social, pero no por la vía emprendida –y que hoy se enjuicia–, sino en ejecución de la repetida sentencia. No creemos formalmente correcto que esta STSJ, que resolvió para un procedimiento concreto, se extendiera hasta comprender el primero y declarara la nulidad del Auto de 03-10-94 denegatorio de la Ejecución solicitada por el INSS y la TGSS, auto, aunque desafortunado, firme y perteneciente a un proceso distinto. Suponemos que los Magistrados del TSJ que dictaron esta Sentencia se darían cuenta de la gravedad de la situación, en que tras siete años de pleitos la beneficiaria se hallaba en un callejón sin salida, y se decidió cortar por lo sano. Lo cierto es que tampoco se nos ocurre otra manera de salvar en aquel estado de cosas el derecho fundamental de la justiciable a la tutela judicial efectiva, aunque su Abogado o Graduado Social sí pudo y debió haber recurrido en su día el auto en que, erróneamente, se le denegó la ejecución.*

El carácter condenatorio de las sentencias que imponen un recargo de prestaciones debería ser, por evidente, indiscutible e indiscutido. Por todas, extractamos de la STSJ de Galicia de 05-04-01 P. Sr. de Castro Fernández (AS 2001/382), cuya lectura pausada recomendamos a todos los operado-

res jurídicos interesados en este tema, que *para la Sala es claro que si la sentencia de cuya ejecución se trata ha condenado solidariamente a dos empresas al «abono del recargo del 30 por 100 en las prestaciones económicas de la Seguridad Social derivadas del accidente laboral», este pronunciamiento no es propio de una sentencia de tipo declarativo, sino de condena o ejecutiva, habida cuenta de que por las primeras debe entenderse –en buena doctrina– las que consiguen certeza y seguridad por sí mismas, en tanto que las segundas consiguen el mismo objetivo y contiene a la par una conminación a realizar determinada actividad, susceptible de posterior ejecución.* Sin embargo, puede ocurrir que de la conjunción de algún Abogado innovador y una magistratura despistada, se concluya que la fórmula comúnmente usada en los Fallos de las sentencias de recargo (*declaro la responsabilidad de la empresa en el accidente, etc.*) fundamente la afirmación de que dicha sentencia es meramente declarativa (sabemos ya que es condenatoria), que carece de cantidad líquida de condena (sabemos que en su caso es obligado recabar el cálculo del capital coste a la TGSS) y que por tanto no cabe su ejecución, dejando en la más absoluta estupefacción a beneficiarios como el que tuvo la desgracia de padecer la STSJ de Aragón de 12-02-97 (AS 1997\767), cuya lectura recomendamos para saber lo que *no* hay que hacer. Por ello, y para evitar cualquier confusión recomendamos a Abogados y Graduados Sociales que en los Suplicos de sus demandas (y a los Jueces, en sus Fallos) se haga constar expresamente que se pide la *declaración de responsabilidad*, pero también la *condena al pago al beneficiario del recargo del x% sobre todas las prestaciones derivadas del accidente, etc.*

Este último inciso, el referente a que se pida la condena al recargo sobre *todas* las prestaciones, es también importante, porque el recargo es único y por ley se extiende a todas las prestaciones, pero puede ocurrir que algún Abogado despistado lo reclame solo respecto de, por ejemplo, una incapacidad temporal, lo que puede dar lugar a complicaciones como las que resolvió la ya recomendada STSJ de Galicia 05-04-01, que extendió, como creemos correcto, la ejecución de un recargo declarado inicial y erróneamente solo sobre una prestación de incapacidad transitoria, a una posterior gran invalidez, con fundamento en las SSTC 125/87, 215/88 y 148/89, que disponen que el Juez de la ejecución ha de apurar siempre su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi*, es decir, de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes, lo que simplemente implica que la interpretación y aplicación del fallo de la sentencia no ha de ser estrictamente literal, sino finalista (art. 3 Código del Civil) y en armonía con el todo que constituye la sentencia.

En cuanto a la extensión de la ejecución del recargo, la repetida y mercedamente citada STSJ de Galicia de 05-04-01 concluye, creemos una vez más que acertadamente, que incluso la discusión sobre la corrección del cálculo del capital coste también es competencia del Social, y no es «gestión recaudatoria»: *Pero es que incluso la competencia de la Sala se extiende a este segundo aspecto, el de conocer la determinación del capital coste de las prestaciones, tal como reiteradamente tiene manifestado la doctrina unificada (SSTS 03-11-99, 01-02-00, 16-03-00 y 26-09-00) con los siguientes argumentos: 1) La única vía lícita para llevar a cabo la ejecución y cumplimiento coactivo o forzoso de derechos y obligaciones reconocidos en sentencia es la vía procesal de la ejecución de la misma por parte del órgano que la dictó o que conoció del asunto en la instancia; 2) El precepto legal concreto que recoge en el orden jurisdiccional social el principio de atribución de la competencia para llevar a cabo la ejecución de la sentencia al órgano jurisdiccional que la dictó o que*

conoció del asunto en la instancia es el artículo 235 de la LPL; 3) Las leyes procesales de aplicación general o de aplicación supletoria en los procesos del orden social de la Jurisdicción cierran la posibilidad de plantear en ejecución conflictos de competencia (art. 43 LOPJ), siempre que se trate de títulos ejecutivos judiciales que hayan adquirido firmeza; 4) Por expresa disposición legal toda cuestión relativa a Seguridad Social es materia cuyo conocimiento corresponde al orden social de la Jurisdicción, de manera que la exclusión de tal Orden tiene que ser impuesta expresamente por la Ley; 5) La única excepción a esta competencia genérica es la contenida en el artículo 3 b) de la LPL «de las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria, o, en su caso, por las entidades gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta», pero entender que es «gestión recaudatoria» toda aquella que se refiera a la obtención de recursos de Seguridad Social, sería exorbitante e iría contra el referido carácter genérico de la atribución de competencias en materia de Seguridad Social; y 6) La controversia sobre capital coste dimana de normas de Seguridad Social, hace referencia a prestaciones de Seguridad Social, nacidas precisamente en la esfera de la relación pública de Seguridad Social, y afecta a los elementos individuales –empleador, trabajador y entidad gestora– de esta relación, por lo que sostener que la pretensión relativa a la irregularidad o nulidad de la capitalización debe ser actuada en vía administrativa y controlada por el Orden contencioso-administrativo, parece desconocer el origen y naturaleza prestacional de la controversia.

La competencia del Orden Social para decidir sobre la corrección del cálculo del capital coste efectuado por la TGSS que razona esta sentencia debería ser extensible también al supuesto en que el recargo se impuso por resolución administrativa del INSS y por tanto se ejecuta en vía administrativa, porque parece que la atribución de un tipo de cuestión litigiosa a un Orden no puede hacerse depender de la casuística del modo concreto como se haya suscitado tal cuestión litigiosa. En este sentido se ha pronunciado la STS de 26-09-00 P. Sr. Sampedro Corral (RJ 2000\8287). Aunque no incorporaremos una sinopsis de sus supuestos de hecho, informamos a los más curiosos de que esta sentencia describe uno de los más tristes y lóbregos laberintos de esos a los que los beneficiarios son a veces arrojados por la terrible astucia de algunos Letrados de empresas. El recargo se había impuesto por resolución del INSS y se había confirmado por sentencia. Como le correspondía, el INSS inició su ejecución. La TGSS dictó resolución notificando a la empresa la liquidación del capital coste correspondiente a dicho recargo. La empresa recurrió al Tribunal Económico-Administrativo y desató la confusión durante años hasta que finalmente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo acabó razonando y decidiendo que como el acto recaudatorio impugnado traía causa de una controversia sobre prestaciones, de las que debía conocer el orden social de la jurisdicción, esta competencia se extendía no solo respecto al acto declarativo sino también al liquidatorio y recaudatorio, y declaró que la impugnación de la resolución de la TGSS que fija el capital coste del recargo se tiene que efectuar ante la jurisdicción laboral, a pesar de que tal ejecución se efectúe en vía administrativa. Añadimos que de esta, en nuestra opinión, impecable resolución no compartimos una última apostilla en la que parece sostener que la ejecución del recargo correspondía al Juzgado, cuando hemos visto que esto, cuando el recargo ha sido impuesto por resolución administrativa, *no* es así.

Un razonamiento extenso y definitivo al respecto puede hallarse en la STS de 20-07-90 P. Sr. García-Murga Vázquez (RJ1990\6444, ED 1990/7914), aunque no resolvió un asunto de recargo de

prestaciones: una mutua impugnó el cálculo del capital coste necesario para constituir el pago de una prestación derivada de accidente de trabajo. El TS confirmó que el órgano competente para conocer de esta cuestión era el Juzgado que había conocido de la instancia, y entendemos válida para casos de recargo, de la que extractamos: *El artículo 1.4 de la LPL en concordancia con lo establecido en el artículo 9.5 de la LOPJ atribuye el conocimiento de los pleitos sobre Seguridad Social al orden social de la jurisdicción. Pese a la vaguedad con que se describe esta materia no ofrece duda que comprende toda la litigiosidad que deriva del reconocimiento de las prestaciones a los beneficiarios del sistema y se extiende no solo a la función de juzgar, sino también a la de ejecutar lo juzgado como establecen los artículos 117.3 de la Constitución y 2.1 de la LOPJ [...] Un concepto amplio de recaudación que excluya del ámbito del orden social todo lo relativo a la recaudación de las prestaciones priva al mismo de conocer sobre materia propia y exclusiva de su competencia al introducir una separación artificial sometiendo los aspectos ejecutivos e incluso algunos claramente declarativos, como el acto liquidatorio, al control del orden contencioso-administrativo. Esta separación rompe la unidad de la atribución legal de la competencia y por ello hay que dejar claro que cuando las normas a que se ha hecho mención inicialmente excluyen la gestión recaudatoria de la Seguridad Social se están refiriendo a la recaudación de cuotas y de otros recursos distintos de los que constituyan una cuestión litigiosa en materia de Seguridad Social en el sentido del artículo 1.4, antes citado, porque cuando existe una controversia de esta naturaleza la competencia del orden social ha de ser plena.*

Hay que estar al tanto respecto de determinadas decisiones de la Jurisdicción *vecina*, así la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 06-04-05 P. Sr. Mora Alarcón (JUR 2006\234015) y sentencias que cita, que desbarata lo anterior decidiendo que el conocimiento de la corrección del cálculo del capital coste en caso de ejecución de recargo por la Administración es competencia contencioso-administrativa, pues los considera actos de gestión recaudatoria, aunque no discute que la competencia será del Juzgado cuando se ejecute judicialmente el recargo.

Hay un supuesto infrecuente pero que debe ser tratado: el INSS impone un recargo a una empresa y absuelve a otra, y la sentencia ratifica el recargo de la primera pero declara además la responsabilidad solidaria de la segunda. Un supuesto así fue ventilado por la STSJ de Cataluña de 26-04-05 P. Sra. Virolés Piñol (AS 2005\1680). Esta sentencia no tuvo que pronunciarse, sin embargo, sobre el órgano competente para ejecutar dicha sentencia... cosa que haremos nosotros. ¿Se amplía contra la segunda empresa la ejecución administrativa probablemente ya iniciada contra la primera o se traslada al Juzgado el deber de ejecutar el recargo en cualquier caso y contra las dos?...

Parece procesalmente antieconómico que el INSS se ocupe de ejecutar a la primera y el Juzgado a la segunda, lo que podría llevar a disfunciones como que el ejecutante sufra el doble gasto de actuar en dos ejecuciones distintas y paralelas dirigidas a obtener lo *mismo*, e igualmente que por falta de coordinación entre los órganos ejecutantes, o de aviso entre las empresas ejecutadas, se acaba recaudando más cantidad de la necesaria. Una solución podría ser que ambas ejecuciones quedaran atribuidas al Juzgado, cuya sentencia es el primer título en que se determina la responsabilidad *completa* por recargo dimanada del accidente. Sin embargo parece tan difícil que el Juzgado pueda

dirigirse contra una empresa respecto de la que no existe título ejecutivo *judicial* (la primera) como que el INSS pueda dirigirse contra una empresa no condenada en *su* resolución (la segunda), y el estado actual de la legislación parece en consecuencia abocar al justiciable al absurdo de dos ejecuciones paralelas.

3. Las partes.

En cuanto a la legitimación para pedir la ejecución de una sentencia de recargo, resulta evidente la del beneficiario. Ha habido discusión, resuelta entre otras por la STSJ Castilla y León/Valladolid de 24-10-05 P. Sr. López Parada (AS 2005\3179), acerca de si la TGSS puede instar la ejecución de la sentencia. El artículo 237.1 de la LPL dice que la ejecución se iniciará «a instancia de parte», o sea, de «cualquier» parte. La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 61/92, de 23-04, P. Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (RTC 1992/61) también se pronuncia en este sentido, salvo que suponga una alteración sustancial del contenido de la Sentencia, y por ello concluyó, lo que compartimos, que la TGSS o incluso la empresa condenada están legitimadas para pedir la ejecución judicial de un recargo.

Esta STSJ incluso entiende que se puede acordar de oficio la ejecución por el Juzgado, para lo que se remite al Real Decreto 1300/95, de 21-07, lo que no compartimos porque la LPL solo permite la ejecución de oficio para los procedimientos de oficio de los artículos 146 y 149 de la LPL que insta la Autoridad Laboral y que nada tienen que ver con el recargo de prestaciones.

4. Las condenas solidarias.

Comenzaremos viendo qué ocurre cuando son condenadas varias empresas al recargo y recurren todas o alguna de ellas. Hemos encontrado alguna sentencia que dice que todas deben ingresar en la TGSS el capital coste para recurrir, como la STSJ de Castilla y León/Burgos de 18-11-02 (ED 2002/67444). Pero entendemos que no es así, por cuanto como argumentamos al examinar la ejecución provisional, hasta que la sentencia no sea firme, no deberá efectuarse el ingreso del capital coste *en la TGSS*. Otra cosa es que cada una de las empresas que quiera recurrir la sentencia deberá consignar el capital coste o avalarlo *en el Juzgado*, por cuanto aun cuando están condenadas solidariamente alguna o algunas podría ser absuelta, y cada una debe poder responder por la cantidad objeto de condena (que en este caso es el capital coste).

En cuanto a qué ocurre entre los condenados solidarios tras la sentencia, y el posible uso que puede hacerse de la ejecución para ventilar las pretensiones del que ha pagado frente al que no, apuntamos que los civilistas (trágicamente constreñidos por esa mentalidad racional transmitida de maestro a alumno desde los romanos) no son demasiado partidarios de darle ningún uso de este tipo a la ejecución. En el Orden Social (más pragmático e innovador) hemos hallado las SSTS de 29-03-88 P. Sr. Tuero Bertrand (RJ 1988\2401) y de 10-04-90 P. Sr. Gil Suárez (RJ 1990/3447), que sostienen que en caso de condena solidaria y pago por un condenado, las cuestiones ulteriores entre ambos podrían ventilarse en la misma ejecución sin necesidad de un declarativo. Resolvían dos supuestos

en que las empresas fueron declaradas responsables conforme al artículo 126 de la LGSS (por sus incumplimientos, impago o descubiertos de cotizaciones, etc.) y el Ente Gestor anticipó las cantidades de sus condenas. Entendieron, creemos que con buen criterio, que no era necesario que el INSS tuviera que ir a un nuevo declarativo, sino que podía utilizar la misma Ejecución para resarcirse de la empresa. Para aquellos supuestos estamos de acuerdo porque la cantidad debida ya estaba liquidada y era indiscutible, y la cuestión única que se podría discutir en la ejecución es la bien simple de quién pagó y quién no.

En materia de recargo con condena solidaria a dos empresas la cosa se complica. Si el fallo de la sentencia del recargo expresara la cuota de responsabilidad interna de las empresas por la mayor, menor o igual negligencia de cada una de ellas respecto de la seguridad del accidentado (no conocemos ni un solo caso) quizá podría emplearse la ejecución para ventilar las relaciones internas entre ambas (por ejemplo, que la principal entregó cascos de protección a la contratista pero esta no instruyó ni obligó a sus operarios a utilizarlos, lo que podría determinar una cuota interna del 20%-80%). Pero los fallos de las sentencias de recargo nunca expresan esa cuota. Y su determinación requiere una prueba especial que lleve a la convicción sobre unos hechos específicos y relativos a las relaciones internas entre las empresas no recogidos en la sentencia del recargo, así como un razonamiento especial y una decisión especial. Todo lo cual huele a nueva demanda, nuevo proceso, nuevo juicio y nueva sentencia, que es la opción que nos parece más razonable si no queremos pasarnos de pragmáticos y mal disfrazar de ejecución un proceso nuevo y distinto.

5. La ejecución parcial.

Curioseando en otro pasillo del laberinto, recordemos que es ejecución parcial la que se deriva del artículo 240 de la LPL, que prevé que una parte de la sentencia podrá ejecutarse *respecto de los pronunciamientos de la misma que no hubieren sido impugnados*. No es ejecución provisional, sino definitiva, pero solo sobre la parte de la sentencia que haya devenido firme. En materia de recargo puede darse, por ejemplo, si una sentencia impone un recargo del 30 por 100 a una empresa, que no recurre, y el beneficiario recurre en suplicación reclamando el 50 por 100; por lo menos en lo que respecta al tramo del 30 por 100, la sentencia deviene firme y es ejecutable en esa parte.

También puede darse en algunos supuestos del género de sentencia que impone un recargo a dos empresas pero solo una de ellas recurre. Respecto de la que no haya recurrido la sentencia deviene firme siempre que el pronunciamiento condenatorio no pueda en ningún caso ser modificado en su beneficio en virtud del recurso de la otra (por ejemplo, si la otra empresa solo discute que haya sido condenada en solidaridad). Si la condena de la no recurrente pudiera ser revocada en virtud del recurso de la recurrente por afectar este a la esencia de la decisión, no cabría ejecución parcial (por ejemplo, si la recurrente sostiene que la causa del accidente fue la imprudencia temeraria del accidentado).

La STSJ de Castilla y León/Burgos de 18-11-02 (ED 2002/67444) resolvió un asunto en que en la instancia se había impuesto recargo a dos empresas, una se aquietó, y la otra recurrió sin discutir la existencia de falta de medidas de seguridad, por lo que la condena de la no recurrente devino firme. Esta situación da lugar a un infrecuente supuesto de doble consignación del capital coste: en cuanto a la empresa no recurrente ejecutada parcialmente deberá solicitarse el capital coste de la TGSS y seguidamente ingresarlo en dicha Tesorería para que el INSS empiece a pagar el recargo de prestaciones; en cuanto a la recurrente debe consignar o avalar la cantidad objeto de condena para poder recurrir, depósito distinto que a pesar del artículo 192.3 de la LPL no será admitido por la TGSS (para ella solo existe *un* capital coste que, cubierto, impide aceptar más fondos para esa prestación) y que por ello deberá hacerse en el Juzgado a la espera de qué resulte del recurso. Y lo que ocurra después de dictarse sentencia en suplicación, nos lleva a la peliaguda cuestión del modo en que las empresas condenadas solidariamente pueden cerrar sus cuentas internas.

Y puede llevar a la siguiente pregunta: si la parte firme y ejecutada del recargo fue fijada en la resolución administrativa que (¿por qué no?) ha iniciado la ejecución parcial de su resolución (frente a la empresa no recurrente, o por el porcentaje no discutido), y después judicialmente se confirma la condena de la empresa recurrente o se amplía el porcentaje, ¿qué se hace con la ejecución iniciada por la Administración? En los supuestos de condena solidaria a dos empresas ya hemos respondido a esta cuestión más arriba postulando que no parece existir otra posibilidad que manejarse con dos ejecuciones distintas.

Pero queda por contemplar el supuesto en que la condena judicial amplíe el porcentaje de recargo (la resolución impone el 30%, la sentencia revoca para imponer el 50%). ¿Ejecuta el INSS por *su* 30 por 100 y el Juzgado por *su* 20 por 100? Lo absurdo de esta opción no requiere demostración. Por fortuna en este caso en el Fallo de la sentencia sí habrá una *condena* expresa a la empresa que permitirá que la ejecución de título por el porcentaje que prevé que no es otro que el del 50 por 100, impidiendo necesariamente toda posible ejecución del INSS que no sería sino ejecutar dos veces lo mismo.

Igualmente, cuando el recurso del accidentado implica que no solo el recargo de la empresa no recurrente se eleve en su porcentaje, sino que además otra empresa sea condenada (en la resolución se condena a la empresa A a un recargo del 30%, en la sentencia se condena solidariamente a A y B a un recargo de 50%), existiendo en el Fallo una *condena* a ambas empresas se escapa de la sordida doble ejecución paralela a la que antes nos hemos referido.

6. La ejecución provisional.

La ejecución provisional de un recargo se rige por los preceptos generales de los artículos 287 a 291 de la LPL y depende siempre de que sea instada por el interesado; al *no* ser una prestación, *no* se rige por las previsiones especiales de los artículos 292 a 294 de la LPL, lo que se razonará con mayor detenimiento más abajo al resolver el espinoso problema de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el recargo.

Aparte de este último, el problema práctico más relevante que puede darse en la ejecución provisional de sentencias condenatorias a recargo recurridas es el de la utilidad del aval que en su caso se aporte conforme al artículo 228 de la LPL. Este precepto permite, además de depositar la cantidad objeto de condena, que por el condenado se aporte un aval, y el único requisito ineludible que impone este precepto es que sea «solidario» (del avalista con la empresa condenada). El problema es que no cualquier aval puede ejecutarse en el caso de que se solicite la ejecución provisional. Las SSTs (Sala 1.ª) de 28-07-90 P. Sr. Fernández-Cid de Temes (AC 976/1990), de 26-11-97 P. Sr. Gullón Ballesteros (AC 255/1998, ED 1997/9366), de 31-10-91 P. Sr. Albácar López (AC 241/1992), de 05-02-92 P. Sr. Fernández-Cid de Temes (AC 663/1992, ED 1992/997), dicen en síntesis que la fianza no se presume, debe ser expresa y que no puede extenderse a más de lo contenido en ella, o sea, a más de lo que el avalista se ha obligado. Podemos distinguir dos supuestos:

- a) El aval concedido en forma «genérica», que asegura las responsabilidades pecuniarias de la empresa condenada en el presente procedimiento, sin mayor concreción, es decir, de cualquier obligación que pueda tener dicha empresa, pero ceñido, claro está, a las actuaciones concretas. No ofrece ninguna dificultad en equipararlo al supuesto de consignación en metálico, por cuanto el alcance y finalidad de dicha garantía son muy amplios y, por tanto, puede perfectamente, de ser necesario realizarse en esta ejecución provisional. En este sentido, es de interés la STS (Sala 1.ª) de 19-06-99 P. Sr. Barcala y Trillo-Figueroa (AC 1019/1999, ED 1999/13388), en que la cuestión controvertida era si el aval era genérico, o sea, estaba sujeto a todas las obras o a solo alguna de estas obras que se examinaban en el caso concreto, concluyó que *la interpretación literal del contrato resulta más que suficiente en orden a entender que la subrogación en el aval tenía un carácter genérico, con absoluta desconexión de las obras a ejecutar*.
- b) El aval «específico» otorgado para garantizar la condena pecuniaria de la empresa condenada solo para el supuesto de que la sentencia que se dicte resolviendo el recurso de suplicación confirme la sentencia de instancia, lo que significa que no puede realizarse en la ejecución provisional.

Por tanto, solo el aval «genérico» puede realizarse en la ejecución provisional, pero si se ha aportado un aval «específico», que solo se obliga a las resultas de que se dicte sentencia firme condenatoria, teniendo en cuenta que la ejecución provisional es un derecho del beneficiado con la sentencia, procederá requerir a la empresa para que haga la consignación en metálico o aporte un aval ejecutable por un plazo razonable de diez días, que, transcurrido sin solución al respecto, deberá implicar el embargo de las cantidades que sean necesarias.

7. La imperativa devolución del recargo indebido.

Uno de los aspectos más espinosos, problemáticos y laberínticos en la ejecución del recargo es el conjunto de respuestas confusas y dispares que la Magistratura ofrece al frecuente supues-

to en que una vez el beneficiario ha percibido cantidades en virtud del recargo, o bien este o bien la prestación sobre la que recaía son *revocados*... ¿debe ser devuelto el dinero que se ha percibido en virtud de un recargo revocado o en virtud de un recargo vivo pero sobre una prestación revocada?... o como variante, ¿tienen derecho los beneficiarios a reclamar de la empresa el recargo impagado por prestaciones reconocidas y después revocadas por el tiempo que estuvieron vivas?

La STSJ de Cataluña de 17-03-05 P. Sra. Pose Vidal (AS 2005\1723, ED 2005/104066) ha efectuado un exhaustivo razonamiento jurídico al respecto, y ello tanto en un sentido desfavorable al trabajador (tesis mayoritaria que compartimos) como en el contrario (voto particular del que discrepamos).

En aquel caso, el operario había sufrido un accidente de trabajo con secuelas por las que el INSS declaró su situación en incapacidad permanente total, confirmada por la sentencia de instancia. La Sala revocó dicha decisión y declaró una incapacidad permanente parcial. A su vez el INSS había impuesto a la empresa un recargo de prestaciones del 30 por 100. El actor percibió la pensión de incapacidad permanente total recargada durante dos años largos, por una cuantía total casi igual a la que le correspondía por la incapacidad permanente parcial. Se dio la cantidad que definitivamente le correspondía como compensada con la que había venido percibiendo. El operario reclamó el pago añadido y separado del recargo sobre la incapacidad permanente parcial. La sentencia sigue el siguiente y resumido razonamiento:

El primero de los argumentos utilizados por el recurrente pasa por afirmar que el recargo por falta de medidas de seguridad, contrariamente a lo afirmado por la sentencia de instancia, debe ser tratado a los efectos de la presente litis en forma análoga a la prestación sobre la cual se aplica, lo que nos aboca directamente a la espinosa cuestión de la naturaleza jurídica del recargo [...].

Despejada la anterior cuestión debe analizarse si, como pretende el recurrente, es o no posible aplicar las previsiones del artículo 292 de la LPL al recargo de prestaciones en el presente supuesto. El mencionado precepto viene referido a la ejecución provisional de sentencias dictadas en procesos de Seguridad Social que reconozcan el derecho del beneficiario al percibo de una prestación de pago periódico, y establece un derecho absoluto del trabajador que opera ex lege y sin que exista obligación de devolución de las cantidades percibidas durante la sustanciación del recurso si la sentencia inicialmente favorable al trabajador luego es revocada o anulada e incluso con derecho a las prestaciones devengadas y no cobradas a la fecha de la firmeza de la sentencia.

Tal protección viene referida única y exclusivamente a las cantidades percibidas como consecuencia del derecho reconocido en la sentencia judicial impugnada, cuya ejecución provisional se está llevando a cabo, y con ámbito de aplicación limitado a las prestaciones de pago periódico; en el presente caso, el percibo de la prestación de incapacidad permanente total por parte del recurrente se produce no como ejecución provisional amparada en el artículo 292 de la LPL, sino como consecuencia de la ejecutividad inmediata de la resolución administrativa, posteriormente confirmada

por la sentencia del Juzgado de lo Social. Así pues, nos encontramos ante una situación de ejecutividad de una resolución administrativa en cuanto al grado de incapacidad permanente derivado de accidente laboral, en que la Mutua ha venido abonando el importe de la misma desde la fecha de efectos fijada en vía administrativa.

Paralelamente, también como consecuencia de la ejecutividad de las resoluciones administrativas, se produce la ejecución de la resolución que impuso el recargo, procediendo la empresa a ingresar en la TGSS la suma correspondiente a la capitalización del recargo calculado sobre una pensión de incapacidad permanente total, ya reconocida en vía administrativa y confirmada por la sentencia de instancia, procediendo el INSS a efectuar un primer pago al ahora recurrente, en concepto de recargo por el periodo desde la fecha de efectos de la pensión hasta dicho pago y realizando posteriores pagos mensuales.

Ese paralelismo o coincidencia en el tiempo entre la ejecución de la resolución relativa a la prestación y la del recargo, no permite, a juicio de esta Sala, aplicar las previsiones del artículo 292 de la LPL al recargo, por cuanto, aun en el caso de que el percibo por el trabajador de la pensión de incapacidad permanente total fuera consecuencia de la sentencia del Juzgado de lo Social en ejecución provisional, lo que no es el caso, el recargo no formaría parte del título de ejecución, de manera que no podría aplicarse al mismo la especial e intensa protección que el artículo 292 de la LPL establece respecto de las cantidades percibidas en ejecución de sentencia.

La situación analizada evidencia que, en cuanto a la prestación de pago periódico reconocida en la sentencia posteriormente revocada por la de esta Sala, que califica las secuelas como incapacidad permanente parcial, no existe obligación alguna del beneficiario de devolución de la prestación percibida durante la tramitación del recurso, ni tampoco cabe la compensación de dicha suma con la que corresponde a indemnización a tanto alzado por incapacidad permanente parcial, sin que ello pueda hacerse extensivo a lo percibido en concepto de recargo.

Hemos de recordar que la normativa reguladora del recargo, aunque se ve afectada por la ejecutividad de la resolución administrativa, establece la devolución al empresario condenado a su abono de la cantidad que haya capitalizado en exceso cuando el recargo inicialmente impuesto sea anulado o minorado (art. 96 del RD 1637/1995 y art. 83 del RD 2064/1995) habida cuenta de que tratándose de una sanción o medida punitiva, no procede la imposición de sanción superior a la permitida por la norma.

El carácter sancionador de este recargo (SSTS 08-03-93, 16-11-93, 12-02-94, 20-05-94, 14-02-01, 02-10-00, 21-02-02 y 22-04-04, entre otras) obliga a interpretar restrictivamente el precepto regulador del mismo, de manera que cuando se indica que recaerá sobre «todas las prestaciones económicas que tengan su causa en el accidente de trabajo...», no puede interpretarse referido a cuantas prestaciones eventualmente perciba el trabajador, de forma provisional, sino a aquella que definitivamente se establezca como derivada de dicho accidente, lo que en el presente caso es una

prestación a tanto alzado por incapacidad permanente parcial, que no puede coincidir simultáneamente con la incapacidad permanente total, de modo que el recargo solo puede recaer sobre una de ellas, sobre la definitivamente reconocida.

Ello no significa que el trabajador venga obligado a efectuar devolución alguna de las cantidades percibidas como recargo en la ejecución de la resolución administrativa, sino únicamente que dichas sumas deben ser imputadas al recargo correspondiente a la prestación que trae causa del accidente, la indemnización a tanto alzado por incapacidad permanente parcial, puesto que la solución contraria, propugnada por el recurrente, generaría un doble recargo carente de amparo legal. Todo ello nos lleva a concluir que la regularización efectuada por la Entidad Gestora es plenamente ajustada a derecho.

Por contra, extractamos del voto particular:

Si afirmamos que el beneficiario tiene derecho a consolidar la prestación percibida por la incapacidad permanente total que luego fue revocada en suplicación, la lógica deducción de lo anterior debería ser que también debe consolidar el incremento punitivo que percibió sobre esa prestación, sin que quepa devolución ni compensación alguna.

La tesis mayoritaria establece una distinción entre las prestaciones que eventualmente perciba el trabajador de forma provisional y aquellas que definitivamente se establezcan y limita el recargo a las segundas con exclusión de las primeras, en mi opinión esa distinción no tiene apoyo legal y se hace partiendo, no ya de una interpretación restrictiva del artículo 123 de la LGSS sino de una clara aplicación limitativa del mismo lo que se justifica, según la tesis mayoritaria a la que me opongo, por el carácter sancionador del recargo.

En mi opinión el recargo de prestaciones tiene sin duda carácter sancionador, pero no es directamente subsumible en ninguna figura jurídica típica y desde luego no es una simple sanción aunque tenga matices propios de las sanciones, de ahí que su cuantía se establezca no solo en función de la gravedad de la infracción sino también en función del perjuicio causado al trabajador, de ahí también su independencia respecto a otras responsabilidades sancionadoras, de ahí que su importe se destine íntegramente al beneficiario y no a otros fines de interés general y de ahí que no se imponga por la autoridad que tiene las competencias sancionadoras sino por la entidad gestora de las prestaciones. Tiene pues este recargo naturaleza compleja que puede fácilmente relacionarse con las indemnizaciones por daños punitivos y por ello me resulta incomprensible que su carácter sancionador pueda servir de base a una interpretación restrictiva.

Cuando el artículo 123.1 de la LGSS establece el recargo sobre «todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional» tal afirmación no admite interpretación restrictiva alguna, todas las prestaciones son simplemente todas las prestaciones y si el legislador no distinguió entre las provisionales y las establecidas definitivamente la Sala no debió, en mi opinión, hacer esa distinción que por lo demás carece de antecedentes jurisprudenciales.

Así pues, mantengo la postura de que la Sala debió declarar que el recargo debe aumentar, en el porcentaje establecido del 30 por 100, tanto la prestación de incapacidad permanente total que el beneficiario recibió como la de incapacidad permanente parcial que le fue reconocida en sentencia de esta Sala ya que ambas prestaciones derivan del mismo accidente de trabajo y las percibió el trabajador por propio derecho. Esta es la consecuencia que debimos extraer de la aplicación del artículo 91.3 del Real Decreto 1637/1995: «Cuando por sentencia firme se anulase o se redujere la cuantía de los derechos reconocidos por resolución administrativa o judicial, la Mutua o, en su caso la empresa recurrente tendrá derecho a que se le devuelva la totalidad o parte alicuota, respectivamente del capital que haya ingresado para satisfacer aquellos derechos, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan exentos de efectuar devolución alguna».

De ese precepto se colige que el beneficiario nada ha de devolver como consecuencia de la revocación de la prestación de incapacidad permanente total en su día reconocida por el INSS pues no nos hallamos ante prestaciones indebidamente percibidas, y si el beneficiario nada debe devolver de la prestación recibida tampoco debe hacerlo respecto al recargo que incrementa la misma ya que no existe disposición alguna que lo establezca así ni precepto legal o reglamentario que ampare la compensación entre el recargo sobre la incapacidad permanente total y la incapacidad permanente parcial.

La resolución que propugno no genera, como dice la sentencia mayoritaria, un «doble recargo» sino que simplemente impone un único recargo sobre «todas» las prestaciones derivadas del accidente en aplicación del artículo 123 de la LGSS que no admite, a mi parecer, la restrictiva interpretación que ha obtenido el voto mayoritario.

Tenemos que optar por uno de los dos razonamientos, pues los argumentos utilizados son exhaustivos pero sus conclusiones contrarias. Intentando sintetizar hasta lo esencial, parece que ambas posturas se fundan en sendas posibles interpretaciones del artículo 123 de la LGSS:

- a) La primera concluye que el recargo no se extiende a las prestaciones provisionales eventualmente revocadas sino solo a las definitivas, en una interpretación que podríamos llamar sistemática que se funda en 1) la naturaleza (más o menos) sancionadora del recargo, 2) el artículo 292 de la LPL y 3) el artículo 96 del Real Decreto 1637/1995.
- b) La segunda parece basarse en una interpretación que podemos calificar de literal: *Todas las prestaciones económicas se aumentarán, etc.*, implica que el recargo se extiende tanto sobre las prestaciones provisionales eventualmente revocadas como sobre las definitivas, pues no hay distingo en la Ley.

Nuestra opinión es la siguiente:

1. El artículo 292 de la LPL, al disponer que el beneficiario hace suyas las prestaciones percibidas en virtud de sentencia definitiva aunque esta sea ulteriormente revocada, es una

norma *excepcional* y *única* en nuestro ordenamiento. Con carácter general rige el artículo 533 de la nueva LEC, que establece exactamente lo contrario, que el ejecutante provisional cuya sentencia favorable sea revocada deberá devolver al ejecutado la cantidad que en su caso hubiere percibido. Lo acompaña el artículo 290 de la LPL. Por lo demás, en ausencia de ambos, llevaría a la misma conclusión el principio general de prohibición del enriquecimiento injusto, pues se dan con flagrancia los tres requisitos de incremento patrimonial del demandado y empobrecimiento del actor sin existencia de una justa causa, que ha fijado inveterada jurisprudencia (por todas, STS –Sala 1.ª– de 08-10-07 P. Sr. Gullón Ballesteros, RJ 2007\6470). Por lo tanto, y por su carácter excepcional, el artículo 292 de la LPL debe ser interpretado restrictivamente: no cabe su extensión a otros supuestos que no estén recogidos en él.

2. El artículo 292 de la LPL hace una doble precisión de su supuesto fáctico: se extiende a 1) *prestaciones* y 2) no a todas ellas, solo a las *de pago periódico*. Esta doble limitación de la parcela de realidad a que se extiende la convierte en una norma doblemente *especial*. No cabe por tanto su interpretación extensiva ya que el legislador ha delimitado con especial detalle el ámbito de la realidad en que sus consecuencias jurídicas deben desplegarse. No puede aplicarse extensivamente, por ejemplo, a las prestaciones *de pago único*, que se rigen por el artículo 293 de la LPL (y que por cierto deben ser reintegradas en caso de revocación de la sentencia que las declaró, por su remisión al 290 de la LPL). Y, en consecuencia, *menos pueden extenderse al recargo*, que sea sanción o sea indemnización, lo que está claro es que no es *prestación*.
3. Si el artículo 292 de la LPL no es de aplicación al recargo, entonces el beneficiario que ha venido percibiendo con las prestaciones su recargo correspondiente, si le es revocada la prestación, no deberá reintegrar las cantidades prestacionales (régimen excepcional) pero sí deberá reintegrar el recargo (por aplicación de la regla general de reintegro de cantidades indebidamente percibidas en ejecución provisional), ya que ha desaparecido la prestación de la que era accesorio. O lo que es lo mismo, si mientras percibía las prestaciones de pago periódico ulteriormente revocadas no percibió el recargo, no tiene ya derecho para reclamarlo.
4. Se puede argüir una fusión entre prestación y recargo de modo que este siga toda la suerte de aquella (parece que la segunda postura participa de este argumento) pero entendemos que frente a la excepcionalidad del privilegio del artículo 292 de la LPL no cabe la fusión entre elementos de distinta naturaleza, y, por discutida que sea la naturaleza del recargo, sí hay acuerdo en que la equivalencia recargo = prestación *no* es correcta.

Se podría alegar en contra de nuestra tesis nada menos que una sentencia del Supremo, la reciente STS de 03-05-06 P. Sr. Martínez Garrido (RJ 2006\2338). Enfrentarse a una STS, por lo épico que resulta, puede tener una traslación mítica en una lucha con el Minotauro, y nos encomendamos a Atenea para salir bien librados. La STS de 03-05-06 resolvió la cuestión de si revocado el recargo, el empresario tiene derecho a recobrar las cantidades que ha venido percibiendo el trabajador. Tratar de la posible recuperación por la empresa de las cantidades por

recargo que hubiera ya abonado, resuelve también la cuestión del deber del trabajador de reintegrárselas o de su derecho para reclamarlas en caso de no haberlas percibido. Extractamos:

El objeto de la presente sentencia es decidir el alcance de la obligación de reintegro de la TGSS respecto al importe de un recargo por falta de medidas de seguridad de un accidente que había sido declarado en vía administrativa y anulado en la judicial. Los antecedentes de hecho y procesales se pueden resumir en los siguientes términos. El INSS, en vía administrativa, declaró la existencia de falta de medidas de seguridad en un accidente de trabajo, imponiendo el recargo. Se procedió a la exacción del capital por importe de 14.928,95 euros, cantidad que fue ingresada por la empresa en la Tesorería. Presentada demanda sobre la improcedencia del recargo, se dictó sentencia estimándola y dejando sin efecto el impuesto. En ejecución de esa sentencia la empresa actora solicitó la devolución de la cantidad ingresada, haciéndolo la Tesorería, pero detrayendo de la cantidad a entregar la suma de 10.836,45 euros que ya habían sido satisfechos al beneficiario.

No conforme la empresa con el importe recibido, planteó incidente en la ejecución que fue resuelto por auto del Juzgado de instancia que ordenó la devolución de la suma total que en su día entregó la empresa. La Tesorería interpuso recurso de reposición que fue desestimado por auto. La Tesorería interpuso recurso de suplicación frente al anterior auto. La Sala del TSJ de la Comunidad Valenciana lo desestimó por sentencia, resolución frente a la que hoy interpone el presente recurso de casación unificadora. En su sentencia, la Sala de Valencia ratifica el pronunciamiento de procedencia de la devolución íntegra de la suma abonada por la empresa en su día.

Para cumplir el presupuesto procesal de la contradicción, invoca la recurrente sentencia de la Sala del Tribunal de la Comunidad Autónoma de Murcia que, en supuesto idéntico de anulación por sentencia de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, declara que la Tesorería no está obligada a reintegrar la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas al beneficiario.

Denuncia la recurrente la infracción del artículo 96.1 del Real Decreto 1637/1995 (casi idéntico al actual art. 75.1 RD 1415/2004): «Las resoluciones del INSS en las que se declare la procedencia de recargos sobre las prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales originados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, conforme a lo previsto en el artículo 123 de la LGSS, serán comunicadas también a la TGSS para la recaudación por esta del importe de los mismos mediante la reclamación de deuda correspondiente incluidos, en su caso, los intereses de capitalización que procedan, aun cuando dichas resoluciones no sean definitivas en vía administrativa o estén sujetas a impugnación ante la jurisdicción competente y sin perjuicio de las devoluciones que, en su caso, procedan, si se redujeran o anularan los derechos reconocidos en la resolución administrativa inicial.»

Es evidente que no se cometió infracción de este precepto que ordena recaudar el capital necesario para satisfacer el importe de los recargos, «sin perjuicio de las devoluciones que, en su caso, procedan, si se redujeran o anularan los derechos reconocidos en la resolución administrativa ini-

cial». El mandato reglamentario obliga a recaudar y se recaudó. Y obliga a devolver, sin precisar quién deba hacerlo o en qué cuantía. Y es este precisamente el tema del litigio que no queda en absoluto resuelto con la aplicación de este precepto.

El artículo 91.3 del Real Decreto 1637/1995 establece que: «Cuando por sentencia firme se anulare o se redujere la cuantía de los derechos reconocidos por resolución administrativa o judicial, la Mutua o, en su caso, la empresa recurrente tendrá derecho a que se le devuelva la totalidad o parte alicuota, respectivamente, del capital que haya ingresado para satisfacer aquellos derechos, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan exentos de efectuar devolución alguna», precepto que ha sido reproducido con adiciones por el vigente artículo 71.1 del Real Decreto 1415/2004.

Los términos aparecen claros: si la sentencia definitiva anula la resolución administrativa que reconoció el derecho, hay que devolver la totalidad de lo ingresado, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, debiendo entenderse la referencia a prestaciones como comprensiva de los derechos aunque no fueran prestaciones, lo que sucede con el recargo por falta de medidas de seguridad.

Con el mayor respeto al Alto Tribunal, no compartimos tales razonamientos. Consideramos que ha incurrido en dos errores interpretativos:

1. Interpretar extensivamente el artículo 91.3 del Real Decreto 1637/1995 (actual 71.1 RD 1415/2004) y considerar que rige para algo más que estrictamente a las *prestaciones satisfechas*. *Prestación es prestación* y hemos repetido hasta la saciedad, que el recargo *no es prestación*. Es crucial que todo el artículo 91 tenga por objeto lo que debe hacerse cuando la resolución de la Entidad Gestora por la que se reconozcan PRESTACIONES de las que sean declarados responsables una mutua o una empresa fuera objeto de impugnación (art. 91.1). Este y ningún otro es el objeto de este artículo: cómo debe proceder la TGSS y el INSS respecto de resoluciones declarativas de prestaciones responsabilidad de Mutuas (cuando tienen la cobertura de la contingencia) o de empresas (como responsables conforme al art. 126 LGSS). Todo el artículo desarrolla los procedimientos que en distintos supuestos deben seguirse, pero siempre cuando se ha declarado responsable a la mutua o empresa del pago de una *prestación* (ojo, y no de un recargo... por otra parte, ¿cuándo son las mutuas declaradas responsables de un recargo?). Consideramos que la interpretación, a nuestro entender errónea, del TS, se facilita por el hecho de que tanto en las *prestaciones* periódicas responsabilidad de la empresa, como en los *recargos* sobre ellas impuestos, la TGSS actúa similarmente recabando un capital coste, pero el supuesto que se regula en el 91.3 es exclusivamente el primero.
2. Interpretar erróneamente el artículo 96.1 del Real Decreto 1637/1995 (actual art. 75.1 RD 1415/2004), no detectando qué *derechos reconocidos por la resolución inicial* no pueden ser otros que los de percibir el recargo, pues el artículo versa sobre las impug-

naciones de *resoluciones que declaren la procedencia de RECARGOS*, y estas crean un único derecho, que es precisamente el de ser beneficiado con el recargo. Y el final del texto establece con claridad lo que sostenemos, que es que si estos *derechos* (a percibir el recargo) se anulan o reducen judicialmente, entonces procederán las correspondientes *devoluciones*.

Lo cierto es que nuestra tesis es completamente armónica con lo que se ha razonado respecto del artículo 292 de la LPL como excepción a la regla general de devolución de lo percibido cuando el título judicial que fundamentó la recepción es revocado. El artículo 91.3 entendido como referido exclusivamente a *prestaciones*, y el 96.1 entendido como que *derechos* lo son para percibir un *recargo*, se complementan con el artículo 292 de la LPL, y ni chocan ni rozan con él.

La tesis contraria que sostiene la STS de 03-05-06, por la que se entiende el 91.3 en el sentido de qué *prestaciones* abarcan *recargo* presenta en cambio las siguientes dificultades, que como se comprobará, no son precisamente menores:

1. Extiende en virtud de una interpretación de un término de un artículo de un Real Decreto, un sistema *excepcional legalmente* consagrado de intangibilidad de lo recibido en virtud de una sentencia definitiva, ampliando por tanto mediante una norma *reglamentaria* las excepcionalísimas previsiones del artículo 292 de la *Ley* de Procedimiento Laboral, cuyos efectos valdrían tanto para *prestaciones* (que es lo que prevé) como para *recargos* (que no es lo que prevé). Y ello es contrario al principio de jerarquía normativa.
2. Si un recargo es (o viene a ser, o a aproximarse a) una sanción, la STS de 03-05-06 consagra que los efectos económicos perjudiciales para el sancionado que se han producido en virtud de una sanción revocada, y por tanto injustificada, se perpetúen. Esto nos aparece como contrario nada menos que a los principios de legalidad, de culpabilidad y de tipicidad en el ámbito sancionador.
3. Alternativamente, si un recargo es (o viene a ser, o a aproximarse a) una indemnización por daños culposos, la STS de 03-05-06 consagra que los efectos económicos perjudiciales para el condenado se perpetúen aunque haya sido comprobado que no se daba la conducta negligente causante del daño y que por tanto no había título alguno para la traslación monetaria declarada. Por tanto, y con el más absoluto respeto al Alto Tribunal, se está consagrando judicialmente un enriquecimiento injusto.
4. Desde otro punto de vista, cabe observar la nula virtualidad de la eventual sentencia revocatoria del recargo cuando este se haya extendido sobre prestaciones ya *abonadas* y *agotadas* (por ejemplo, incapacidad temporal y lesiones permanentes no invalidantes, cuyos recargos ya se hayan pagado cuando el recargo fue revocado). Objetivamente, en estos casos carece de sentido que la empresa acuda a juicio, ya que la eventual sentencia que le dé la razón no le procurará la recuperación de lo ya pagado al trabajador en concepto de recargo. Constitucionalmente, la posición criticada supondría una infracción

del principio de tutela judicial efectiva que, como es conocido, comprende el derecho a la ejecución de las sentencias firmes, es decir, a que su Fallo tenga eficacia en el mundo real.

Después de esta dura lucha con una STS, pasamos a recordar la ya citada más arriba STSJ de Cataluña de 26-04-05 P. Sra. Virolés Piñol (AS 2005\1680), que participa de la imperativa devolución del recargo indebido: el INSS impuso un recargo de prestaciones del 50 por 100 a la empresa «X»; esta interpuso demanda que se estimó en parte, pues mantuvo el recargo pero hizo extensiva la responsabilidad solidaria a la empresa «Z»; esta recurrió en suplicación y fue absuelta. «Z» solicitó a la TGSS que se le devolviera el capital coste que había consignado, lo que hizo salvo en la parte que había recibido el trabajador. «Z» interpuso demanda contra el trabajador y la empresa «X»; fue estimada la demanda de la empresa «Z» y se condenó solidariamente al trabajador y a «X»; el TSJ confirmó la Sentencia de instancia. Sobre esta última Resolución únicamente diremos que no nos parece correcta la condena solidaria del trabajador y la empresa «X», por cuanto esta está condenada al total pago del recargo, pero en otra ejecución, y no es de recibo que, además, tenga que pagar un dinero que se ha embolsado el trabajador (se le condena a pagar dos veces, por cuanto la TGSS, en su ejecución le requerirá por la totalidad); ver en idéntico sentido la STSJ de Aragón de 05-02-01 un par de páginas más adelante.

Lo que nos lleva a la cuestión del modo en que pueda instrumentar la empresa la reclamación de las cantidades percibidas indebidamente por el trabajador en concepto de recargo: si puede hacerlo pidiendo la ejecución en este sentido de una sentencia revocatoria de recargo (para que se dé este supuesto, necesariamente ha de haberse dictado una sentencia revocatoria de un recargo previamente declarado, ya administrativa, ya judicialmente) o si debe promover un proceso declarativo de reclamación de cantidad independiente (esta fue la vía elegida por la empresa en el supuesto de la arriba citada STSJ de Cataluña de 26-04-05).

La reclamación en ejecución de sentencia parece fácilmente viable si la empresa incluyó en el Suplico de su demanda contra el recargo la petición expresa de condenar al beneficiario a la devolución de las cantidades que haya percibido y/o a la TGSS a las cantidades recabadas pero todavía no entregadas al beneficiario: la cuestión se habría discutido en juicio, resuelto en sentencia y, si además estuviera determinada la cantidad, nada parecería obstar a que se requiriera directamente al beneficiario o a la TGSS en ejecución a devolver lo percibido (todo lo cual estaría previsto por el art. 521.3 de la LEC).

En el supuesto de que nada al respecto se haya consignado en el Suplico y en el Fallo, la cuestión se complica. La STSJ de Cataluña de 08-03-05 P. Sr. Sanz Marcos (AS 2005\1272) permitió que, aunque el Fallo de instancia revocando el recargo no condenara a ninguna devolución, se requiriera en la ejecución a la devolución de lo percibido a la TGSS y al trabajador. Lo consideramos procesalmente económico y en principio no debería producirse especial indefensión de ninguna de las partes si se ventilara en un incidente del artículo 236 de la LPL toda cuestión concreta acerca de las cantidades efectivamente entregadas y percibidas por cada parte, así como de sus intereses. Por otra parte, no sería ni mucho menos la primera vez que la jurisprudencia social

admitiría el uso de la ejecución para ventilar cuestiones no literalmente tratadas en el Fallo pero sí naturalmente derivadas del mismo: las SSTs de 29-03-88 P. Sr. Tuero Bertrand (RJ 1988\2401) y de 10-04-90 P. Sr. Gil Suárez (RJ 1990/3447), que en casos en que el INSS anticipa un pago a un empresario que es el responsable directo (por descubiertos de cotizaciones, etc.) entienden que no es necesario que el INSS tenga que ir a un nuevo declarativo, sino que pueden utilizar la misma Ejecución para resarcirse de la empresa. Incluso podemos ir más lejos, en Sentencia, por ejemplo por accidente de trabajo, en que se condena directamente a la empresa, a la Mutua a anticipar, y subsidiariamente al INSS y la TGSS; pues bien, una vez la Mutua ha anticipado, puede ir, en la misma ejecución, contra la empresa para su reintegro, y si esta es insolvente, también en la misma ejecución, puede ir contra el INSS y la TGSS, como continuadores del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

Sin embargo, no deja de existir el relevante óbice dogmático (y legal, art. 521.1 LEC) de la difícil ejecución de una sentencia que no sería en puridad *condenatoria* sino *constitutiva* (pues se limita a constituir una situación jurídica nueva en que una obligación —el pago del recargo— preexistente, deja de existir). Así lo entendió la STSJ de Murcia de 10-06-03 P. Sr. Rodríguez Gómez (ED 2003/60574): el Juzgado dictó Sentencia por la que se revocaba (sin más pronunciamientos) el recargo impuesto a una empresa; esta solicitó la ejecución contra la TGSS para el abono del capital costeado; el Juzgado la acordó pero en suplicación el TSJ revocó el auto recurrido denegándose la ejecución solicitada (dicha sentencia, por otra parte, razona el deber de devolución de capital costeado en caso de revocación del recargo, porque la norma de no devolución se refiere solo a prestaciones y el recargo no lo es). Por ello, en estos casos, *aconsejaríamos* para evitar posibles y molestas dilaciones acudir a la más segura vía de una demanda separada de reclamación de la cantidad (con reclamación previa en caso de querer dirigirse contra la TGSS).

Doblando otro recodo del laberinto, un principio básico que a veces se olvida en las resoluciones es la de que en ningún lugar de nuestro ordenamiento jurídico se establece ninguna suerte de responsabilidad solidaria ni subsidiaria ni del INSS ni de la TGSS (otra cosa como veremos es el Estado) respecto de las cantidades por recargo indebidamente percibidas por el beneficiario. Una cosa es que por imperativo legal la TGSS tenga una colaboración relevante en la ejecución judicial del recargo (obviamente de prestaciones de pensión vitalicia), calculando y recabando el capital costeado, y el INSS abonando al beneficiario. Otra cosa es que en caso de revocación del recargo, no hay precepto ni principio jurídico que permita sustentar que la TGSS deba devolver a la empresa más cantidad que la que haya recibido de ella y en ese momento *tenga en sus manos*, correspondiendo *en exclusiva* al beneficiario la restitución de las cantidades que ya haya percibido de la TGSS.

No es frecuente, pero sí posible, dar con entuertos como el «desfecho» por la STSJ de Cataluña de 29-10-94 P. Sr. de Prada Mendoza (AS 1994\3897) en que un Juez, ante la insolencia de la empresa para afrontar el recargo, había proveído, en craso error, requerir al INSS al pago de tal recargo *como continuador del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo* (lo que no tiene fundamento jurídico alguno pues tal Fondo no tuvo jamás la función de garantizar el recargo).

A veces se ha metido en el laberinto entre las doncellas-beneficiarios al propio INSS. Así, en el caso resuelto por la STS de 22-04-04 P. Sr. Desdentado Bonete (RJ 2004/4391), en que el INSS impuso un recargo a dos empresas. Hasta 1993 el INSS, siguiendo una práctica tradicional provocada por el criterio jurisprudencial existente, anticipaba el recargo al beneficiario, lo que hizo en este caso. Las empresas impugnaron la resolución del recargo y en la sentencia de instancia quedó como responsable únicamente una de las dos. Resultó insolvente y el INSS requirió a la beneficiaria la devolución de lo que había venido anticipando los últimos cuatro años. Es comprensible que demandara contra la resolución del INSS, lo que terminó con la STS que citamos, que concluyó (y estamos por completo de acuerdo con la decisión) que, si se deja sin efecto el recargo, la beneficiaria tiene que devolver lo percibido indebidamente en virtud del mismo, pues al no ser una prestación no es de aplicación el artículo 292 de la LPL.

Resulta interesante la STSJ de Aragón de 05-02-01 P. Sr. Bermúdez Rodríguez porque despeja la duda de cómo articular la devolución en supuestos de condena solidaria. Dos empresas habían sido condenadas solidariamente en sentencia a pagar un recargo. Una recurrió y mientras se tramitaba el recurso de suplicación fue ejecutada provisionalmente por el beneficiario. En suplicación se dio la razón a la empresa. Y surgió el conflicto de si el beneficiario debía o no devolver lo percibido, y también si la empresa debía reclamar lo entregado a la co-condenada solidaria. A la primera cuestión la STSJ de 05-02-01 contesta brevemente afirmando el deber del beneficiario del recargo de devolver lo percibido porque no se trata de una prestación sino de un recargo (como sostenemos nosotros). La respuesta a la segunda cuestión es más relevante: razona que la empresa que ha pagado el recargo indebidamente no tiene que reclamar lo entregado a la empresa condenada solidariamente en firme. La empresa puede y debe obtener la restitución exclusivamente de aquel que obtuvo la ejecución, y no de sujetos por completo ajenos a la ejecución en cuya virtud fue forzada a pagar, es decir, el obligado a devolver es el beneficiario ejecutante, sin perjuicio de que, obviamente, pueda este intentar obtener el recargo de la otra empresa condenada mediante una segunda ejecución contra esta. Compartimos por completo este razonamiento.

Una de las claves de nuestra posición es que si en el recargo el único obligado es el empresario, el acreedor *real* es el trabajador accidentado, que es el destinatario final del desplazamiento patrimonial a que se verá forzado el primero. Que tal desplazamiento se efectúe en virtud de una resolución del INSS y con la mediación legalmente prevista del INSS y la TGSS es una característica *instrumental* del recargo que no debería afectar a la contemplación de su esencia. La consecuencia de esta perspectiva es importante: si el trabajador accidentado percibe *efectivamente* cantidades por el recargo, solo él es el obligado a su eventual devolución. Esta es nuestra tesis y la de la jurisprudencia abrumadoramente mayoritaria que venimos examinando.

Pero resulta de interés la crítica (negativa) de alguna postura jurisprudencial que parte de un presupuesto que entendemos erróneo. Así, la STSJ de Cataluña de 16-02-06, que sigue una línea en que se hallan las SSTSJ de Cataluña de 06-03-02 y 08-03-05, y que parten de la tesis de que *el trabajador accidentado no es propiamente acreedor del empresario incumplidor que resulta condena-*

do al abono del recargo sino solo beneficiario de dicho recargo, pues el empleador, en virtud del recargo, asume en exclusiva una responsabilidad de Seguridad Social y, por ende, una deuda no con el trabajador sino con la propia Seguridad Social. Argumento formalmente impecable, pero simplemente contrario a la sustancia de la realidad, que fundamentó la inexistencia de obligación del trabajador de devolver las cantidades percibidas por un recargo revocado, y que además fundamentó que la TGSS, después de devolver a la empresa el capital coste que conservaba en su poder, fuera obligada *también* a devolver a la empresa las cantidades abonadas al trabajador, de modo que al final, de hecho, la TGSS pagó un recargo de prestaciones, cuando la intención de la Ley es que su único pagador posible sea el empresario. De vez en cuando dormita el bueno de Homero. Y en ejecución de recargo se sume en los más profundos sueños.

Ya terminando nuestro recorrido por este sector del laberinto, tenemos que hacer mención de una previsión legal que no hemos visto haya sido utilizada en las ciertamente muchas sentencias sobre ejecución de recargo que hemos estudiado. Según las normas generales de ejecución provisional, el accidentado perceptor provisional de las cantidades y *el Estado* responderían *solidariamente* de la devolución a la empresa de los anticipos recibidos en virtud de una sentencia de instancia estimatoria del recargo ulteriormente revocada por la sala, conforme a los artículos 288 y 290 de la LPL. No conocemos caso alguno de empresa que se haya dirigido contra el Estado en cuanto tal (hemos visto el supuesto anterior de condena simple y única de la TGSS, en que no se le permitía repetir contra el beneficiario). Pero en todo caso, nuestra tesis se sostiene: según el artículo 290.2 de la LPL, en caso de que el Estado pague por el ejecutante provisional, *siempre* puede dirigirse luego contra él para resarcirse. Y nada en la Ley distingue al ejecutante provisional en cuanto beneficiario de un recargo de cualquier otro ejecutante provisional. Por lo tanto, el accidentado beneficiado por un recargo provisionalmente ejecutado y luego revocado sigue respondiendo de la devolución de las cantidades percibidas.

Cabe finalmente, a modo de conclusión de este apartado y para cerrarlo con la esperanza-cita de más resoluciones cuyos razonamientos y decisión compartimos y seguimos, mencionar la STSJ de Cataluña de 26-10-05 P. Sr. De Prada Mendoza (Sent. n.º 8166/05, Rec. Supl. 84/05), que con remisión a las SSTS de 02-10-00 (RJ 2000\9673) y de 14-02-01 (RJ 2001\2521), sostiene el carácter no prestacional sino sancionador del recargo, por lo que el trabajador debe devolver el recargo percibido indebidamente pues en caso contrario se ocasionaría un enriquecimiento injusto.

8. Recargo e intereses.

Buen número de las impugnaciones de los capitales coste calculados por la TGSS (que como ya hemos visto han de ser resueltas por el Juzgado de instancia) tiene que ver con la cuestión de los intereses. En una liquidación tipo de la TGSS figura el importe del capital coste, intereses de capitalización (desde la fecha de efectos de la prestación hasta el día en que se efectúa la liquidación; corren hasta que no se efectúe materialmente el ingreso en la Tesorería por un importe diario expresado) y

además se informa que de no efectuar el ingreso en el plazo reglamentario se producirán intereses de demora y se iniciará la vía de apremio. Cuando el recargo ha sido impuesto en vía administrativa no se presenta especial problema. Sin embargo, cuando la ejecución del recargo es judicial surge el problema de la compatibilidad de los intereses de capitalización y demora con los intereses de la sentencia del artículo 576 de la LEC.

Siguiendo la STS de 21-07-06 P. Sr. Souto Prieto (RJ 2006\8051), en una liquidación de la TGSS cabe distinguir dos tipos de intereses:

- a) Intereses de capitalización, que forman parte del propio capital coste, sirven para obtener su actualización y se calculan desde el hecho causante.
- b) Intereses de demora, que comprenden desde que recae resolución condenatoria hasta el pago. Estos intereses compensan la misma circunstancia (mora) que los previstos en el artículo 576 de la LEC, y por tanto son incompatibles. El hecho especial de ejecutar una sentencia ha de hacer preferir estos últimos a los que aparezcan en la liquidación administrativa.

La STSJ de la Comunidad de Madrid de 19-07-01 P. Sra. Calvo Ibarlucea (AS 2001\3995) limitó la liquidación de la TGSS a *los conceptos de los que directamente se va a beneficiar el pensionista y que fueron objeto de condena en la Jurisdicción Social y nunca añadiendo recargos que no son materia de prestación ni fueron expresamente impuestos por la sentencia de cuya ejecución se trata, pues constituyen sanciones objeto de gestión recaudatoria, por lo que ningún pronunciamiento deberá hacerse acerca de los mismos y en modo alguno pueden engrosar las cantidades a satisfacer al beneficiario debiendo acudir la TGSS a otro cauce procedimental para su exigencia [...] Ya se ha razonado anteriormente que el cálculo del capital coste de renta no es una decisión autónoma de la TGSS estando en todo supeditada al mandato judicial desde el punto de vista de los conceptos jurídicos, debiendo insistir en su naturaleza meramente instrumental por lo que reformado su resultado por la decisión judicial, no es necesaria la práctica de un nuevo requerimiento ya que ha quedado establecida la obligación de constituir el capital sobre la única base de la cuantía de la prestación y el recargo del 30 por 100. A pesar de esta contundencia, sostenemos que es siempre correcto que la TGSS haga constar intereses de capitalización porque suponen la actualización real del derecho del beneficiario.*

El artículo 576.1 de la LEC prevé un interés anual a favor del acreedor respecto de toda sentencia que condene al pago de una cantidad de dinero *liquida*. Por esta razón parece conveniente distinguir entre los casos en que no es necesario el cálculo de un capital coste (recargos sobre prestaciones de incapacidad temporal, por ejemplo), en que si la cantidad ya está fijada en sentencia empieza a correr desde esta, de aquellos en que por recargar una prestación de pensión sí es necesario recabar el capital coste a la TGSS. En estos últimos, solo queda liquidada la deuda para la empresa cuando le es notificada la resolución de cálculo, por lo que, a pesar del literal *desde que fuere dictada en primera instancia*, en realidad solo a partir de aquella notificación a la empresa deben

empezar a correr los intereses de la mora procesal. Así se han pronunciado la STSJ del País Vasco de 07-10-03 P. Sr. Díaz de Rábago Villar (AS 2003\3847) y la STSJ de Cataluña de 25-02-05 P. Sr. Palos Peñarroya (JUR 2005\117726).

Por lo tanto, en supuestos de ejecución judicial del recargo sobre una prestación de pensión, el Juzgado debe examinar la liquidación del capital coste una vez le sea remitida por la TGSS, deducir de ella, en su caso, los intereses por demora, requerir a la empresa al ingreso del capital, liquidar por sí mismo los intereses del artículo 576 de la LEC a partir del momento en que la empresa tuvo conocimiento de la liquidación y, una vez recabados si se han devengado, entregarlos a su destinatario legal que es el beneficiario.

Queda por examinar los supuestos en que no es necesario fijar el capital coste por la TGSS, pero la cantidad no está fijada en la sentencia porque sigue devengándose (por antonomasia, una prestación de IT todavía viva). En estos casos, y en tanto la empresa vaya pagando mensual y puntualmente el recargo sobre esa prestación, no se devengan intereses de la sentencia. Y si no lo hace, el interés debería computarse a partir de su impago (en realidad comienza con el impago de la mensualidad concreta; y no tiene sentido retrotraerla a la fecha de la sentencia si en el ínterin ha ido cumpliendo con las mensualidades anteriores). En cuanto al modo en que haga ese pago, lo más eficaz parece el ingreso directo en una cuenta del beneficiario, pues la gestión mensual de una consignación y entrega judicial es una carga sin sentido para el mismo.

9. La suspensión de la ejecución administrativa.

Una duda frecuente de Abogados, Graduados Sociales y Magistrados en materia de recargo es el de qué Orden jurisdiccional es el competente para detener la ejecución administrativa de la TGSS cuando el recargo se impuso en resolución administrativa pero ha sido impugnado judicialmente o revocado en sentencia de instancia no firme.

Los *vecinos* se pronuncian a favor del Orden Social, por ejemplo, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 06-04-05 P. Sr. Mora Alarcón (JUR 2006\234015), con fundamento en la STS de 01-02-02, que sostiene la exclusiva competencia del Orden Social para la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución de una resolución administrativa imponiendo el recargo que, como toda resolución administrativa, no deja de ser ejecutiva y como regla general ha de llevarse adelante en tanto no sea revocada.

El artículo 91.2 del Real Decreto 1637/1995 (Reglamento de recaudación derogado por el RD 1415/2004 que lo sustituyó) preveía zanjando el asunto que *la formulación de demanda ante el Juzgado de lo Social contra la resolución de la Entidad Gestora que decida sobre la reclamación previa no impedirá a la Tesorería General de la Seguridad Social continuar su procedimiento recaudatorio incluso en vía ejecutiva hasta la notificación de la sentencia recaída, salvo que el Juzgado de lo Social acordase antes, a instancias del actor, la suspensión del procedimiento administrativo y sin*

perjuicio, en todo caso, de que aquella deba ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que le correspondan para el cumplimiento voluntario o, en su caso, forzoso, sea provisional o sea definitivo, de cualquiera otra resolución judicial dictada al respecto.

La STSJ de Cataluña de 12-11-02 (ya de vuelta a nuestro Orden habitual) P. Sr. Valle Muñoz (JUR 2003\8722) revocó íntegramente una sentencia de instancia que dejó sin efecto la suspensión del abono del recargo comunicada por el INSS, reconoció el carácter ejecutivo de su resolución imponiendo un recargo del 30 por 100 y frente al que el beneficiario reclamaba el 50 por 100, y condenó a su pago a la empresa, que no había recurrido, y al INSS a *anticiparse*. Ya hemos visto que en materia de recargo no existe el menor asomo de responsabilidad subsidiaria o de anticipo o de cualquier otro tipo del INSS ni de la TGSS pues la responsabilidad es exclusiva de la empresa (tanto, de hecho, que no puede ni asegurar el riesgo); en este sentido estamos de completo acuerdo con la STSJ. Sin embargo, no creemos correcto que, corrigiendo a la instancia, haya paralizado la ejecución de un recargo que, en al menos el 30 por 100, era ya firme. Por ese porcentaje, la ejecución del INSS debería haberse dejado continuar como ejecución *parcial*, y no *provisional* como parece calificarla la STSJ; y en caso de ampliación judicial del porcentaje, ya se ampliaría dicha ejecución atribuyéndola finalmente al Juzgado, según hemos propuesto más arriba.

Es discutible que la TGSS suspendiera el procedimiento recaudatorio porque existían diligencias penales. Las STSJ de 15-09-98 de Andalucía/Sevilla de 24-01-03 P. Sra. Orellana Cano (JUR 2003\174283), entre otras, parte del artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (que establece una inequívoca incompatibilidad entre la sanción penal y la sanción administrativa) para concluir que no existe tal incompatibilidad entre la sanción penal y el recargo por falta de medidas de seguridad, por lo que no procede la suspensión de su imposición aunque exista una causa penal pendiente. Igualmente sostiene el TS en sus SSTs de 02-10-00 P. Sr. Salinas Molina (RJ 2000/9673), de 14-02-01 P. Sr. Fuentes López (RJ 2001/ 2521) y de 09-10-01 P. Sr. García Sánchez (RJ 2001/9595) que el recargo es independiente y compatible con las consecuencias de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción. En este caso el recargo era parcialmente firme y poco parece poder hacerse frente a una resolución judicial firme aparte de ejecutarla (o revisarla por el Tribunal Supremo, lo que no era el caso).

En cualquier caso, la decisión judicial de suspender la ejecución administrativa de un recargo no puede adoptarse sin dar previa audiencia al INSS y, por supuesto, al beneficiario, para que puedan expresar las razones contrarias que les convengan.

Por otra parte, la suspensión de la ejecución del recargo por el INSS puede producirse por resolución de oficio de la propia entidad en perjuicio del beneficiario, por ejemplo, porque de oficio suspende el pago de la pensión de incapacidad permanente total beneficiada con el recargo al entender que el trabajador ha vuelto a su anterior ocupación, cuestión compleja que queda fuera de los muros de nuestro laberinto. En este caso, parece que mejor que interesar del Juzgado de lo Social el levantamiento de la suspensión del recargo, sería pedir y obtener directamente la continuación de la percepción de la prestación recargada, lo que vendría a constituirse casi como una cuestión prejudicial respecto de la suspensión del pago del recargo en sí.

III. ESQUEMA DE LA EJECUCIÓN DEL RECARGO

Se intentará ahora sistematizar la previsión de todas las situaciones posibles que pueden presentarse en la ejecución de un recargo. Vamos allá.

1. El recargo no se impone ni por resolución administrativa ni, en caso de ser recurrida judicialmente, en ninguna de las instancias judiciales. Es el supuesto más simple, ya que no puede haber forma alguna de ejecución. No hemos entrado en el laberinto.

2. El recargo es impuesto en resolución administrativa y no es recurrido judicialmente. El recargo se ejecutará a instancia del INSS por la TGSS. Cabría discutir, si acaso, la liquidación que se practique por esta, en cuyo caso, como razonamos más arriba, sí habría intervención de la jurisdicción social para el control de dicha liquidación.

3. El recargo no se impone por resolución administrativa, el accidentado recurre judicialmente, la sentencia de instancia revoca la resolución imponiendo un recargo y no es recurrida, deviniendo firme. Como hemos visto, la ejecución en este caso corresponde al Juzgado de lo Social.

3.1. Si no existen prestaciones (es posible), no cabe ejecución alguna, sin perjuicio de que el eventual y ulterior nacimiento de una prestación causada por el accidente que fundamentó el recargo, posibilite una ejecución de la sentencia.

3.2. Si existen prestaciones que no requieren calcular capital coste, y obviamente salvo el infrecuente y legalmente innecesario caso de que la propia sentencia haya fijado la cantidad debida en concepto de recargo, cabe distinguir entre que estén agotadas (incapacidad permanente parcial e incapacidad temporal terminada), en cuyo caso el propio Juzgado debe hacer la suma de lo debido, aplicar el porcentaje del recargo y requerir a la empresa por el total resultante, devengando desde la notificación de este requerimiento los intereses de la sentencia; o puede existir una prestación que no requiere el cálculo de capital coste pero no está agotada (una incapacidad temporal viva), en cuyo caso el Juzgado habrá de 1) sumar las cantidades vencidas, aplicarles el recargo y requerir a la empresa a su ingreso, y además 2) calcular la cuota mensual y requerir a la empresa a su ingreso mensual futuro mientras viva la prestación (ya hemos razonado que entendemos posible y más eficaz si se hace directamente en la cuenta corriente del accidentado).

3.3. Si existen prestaciones que requieren el cálculo de capital coste (pensiones vitalicias de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez), se dirigirá un oficio a la TGSS para su cálculo (286.1 LPL por analogía) que habrá de contener el capital en sí y los intereses de capitalización pero no los de mora, teniendo en cuenta que el control de la corrección de la liquidación sigue correspondiendo al Juzgado de lo Social, se requerirá a la empresa para su ingreso en el Juzgado (art. 286.2 LPL) corriendo los intereses moratorios de la sentencia desde dicha notificación, y una vez sea ingresado en el Juzgado, se remitirá a la TGSS para ir efectuando por el INSS los correspondientes pagos.

3.4. Si existen varias prestaciones, unas de las cuales no requieren cálculo de capital coste y otras sí, procédase conjuntamente conforme a los puntos 3.2 y 3.3 respecto de cada una de ellas.

4. El recargo no se impone por resolución administrativa, el accidentado recurre ante el Juzgado de lo Social, este impone el recargo en sentencia y dicha sentencia es recurrida en suplicación. Cabe distinguir dos grupos de situaciones:

4.1. Respecto de la formalización del recurso de suplicación:

4.1.1. Si no existen prestaciones, para la viabilidad del recurso no será necesario más que la consignación ordinaria del depósito del artículo 227 de la LPL, necesaria por lo demás, en todos los supuestos de suplicación.

4.1.2. Si existen prestaciones pero no requieren el cálculo del capital coste, y obviamente salvo el infrecuente y legalmente innecesario caso de que la propia sentencia haya fijado la cantidad debida en concepto de recargo o esta pueda calcularse por operaciones aritméticas sencillas, para el cumplimiento de la consignación del artículo 228 de la LPL, el Juzgado efectuará el cálculo del monto total de la condena aplicando el porcentaje del recargo a las cantidades que se hayan devengado *hasta el momento* en que se efectúe el cálculo (la consignación para la suplicación se efectúa en un momento procesal *único* y ni por ello parece correcto ni sin duda alguna es práctico, en el caso de que la prestación sea una incapacidad temporal viva, pretender ir completándola en el futuro con las cantidades que se vayan devengando de la misma). Por necesaria analogía con el artículo 192.3 de la LPL, solo cuando el Juzgado haya practicado esa liquidación la empresa (que no tiene por qué conocer qué prestaciones concretas percibe el accidentado ni por tanto la cantidad que debe) será requerida al ingreso de la cantidad objeto de la condena.

4.1.3. Si existen prestaciones que necesitan del cálculo de capital coste, procederá por necesaria analogía con el artículo 192.2 y 3 de la LPL que el Juzgado dirija una petición a la TGSS para su cálculo. Recibida, se notificará a la empresa para que esta consigne el porcentaje de recargo sobre dicho capital en la propia TGSS, tras lo cual aportará el resguardo justificativo al Juzgado.

4.1.4. Si existen varias prestaciones, unas de las cuales no requieren cálculo de capital coste y otras sí, procédase conjuntamente conforme a los puntos 4.1.2 y 4.1.3 respecto de cada una de ellas.

4.2. Respecto de la ejecución provisional mientras se tramita el recurso:

El artículo 287 de la LPL permitirá al accidentado beneficiado por sentencia no firme con un recargo de prestaciones pedir provisionalmente anticipos de la eventual condena definitiva con un límite de la mitad de la cantidad reconocida (para su fijación vale todo lo dicho en 4.1.2 y 4.1.3) y hasta el límite del doble del salario mínimo interprofesional anual. Los artículos 288 y 290 de la LPL establecen que de la eventual obligación de devolución de tales anticipos responderán *solidariamente* el solicitante y el *Estado*, sin perjuicio de que conforme al artículo 290.2 de la LPL el Estado pueda luego dirigirse contra el beneficiario para resarcirse.

Cabe el problema de que el aval que haya presentado la empresa para consignar *no sea ejecutable*, en cuyo caso, habida cuenta de que el accidentado tiene el derecho a la ejecución provisional,

lo correcto sería dar a la empresa la opción de consignar cantidad líquida o avalar con instrumento ejecutable y en caso de no hacerlo, embargar, en todo caso con la previsión de hacerlo por la cantidad necesaria para cubrir el año siguiente, término razonable porque suele ser el tiempo en que se resolverá la suplicación.

En caso de que la prestación requiera cálculo de capital coste, se ordenará por el Juzgado a la TGSS (que es la que *tiene* la consignación) la entrega mensual al accidentado de la cantidad que corresponda con los límites del artículo 287.

5. Por resolución administrativa no se impuso el recargo, en sentencia de instancia se impuso, se recurrió y finalmente en sentencia de sala se confirma la de instancia, que deviene firme.

5.1. Si no hubo ejecución provisional, y la prestación no requirió capital coste, procederá una vez la sentencia sea firme la entrega de la cantidad consignada más sus intereses, requiriendo a la empresa en su caso a completar la cantidad que pueda haber quedado pendiente tras la consignación en casos de prestaciones de incapacidad temporal vivas, en todo caso, con intereses moratorios de la sentencia sobre el total debido. Si la prestación requiera capital coste, se comunicará al INSS la firmeza de la sentencia para que comience los pagos del recargo. El INSS no deberá haber comenzado a hacer los pagos porque carece de título administrativo inicial (este Instituto no había impuesto el recargo).

5.2. Si hubo ejecución provisional, y la prestación no requería el cálculo del capital coste, se entregará al accidentado el restante (completando en su caso la empresa tras requerimiento judicial las prestaciones no consignadas conforme se prevé en el punto 5.1) calculando y recabando los intereses moratorios de la sentencia. Y si la prestación requería capital coste, se comunicará al INSS para que complete en su caso los pagos efectuados e inicie los pagos ordinarios que correspondan.

6. No se reconoció el recargo en resolución administrativa, sí se reconoció en sentencia de instancia, pero la sentencia de sala la revoca extinguiendo el recargo.

6.1. Si no hubo ejecución provisional, procederá la simple devolución a la empresa de las cantidades que haya consignado en el Juzgado (si no se requería capital coste) o que obren en la TGSS (sí se requería capital coste). No entendemos que en absoluto la empresa pueda reclamar cantidad alguna al accidentado en concepto de intereses porque su consignación es legalmente imperativa, se funda en un título judicial favorable al accidentado y este no se ha beneficiado en modo alguno de tales cantidades ya que no las ha percibido ni siquiera provisionalmente.

6.2. Si hubo ejecución provisional, procederá idéntica devolución a la empresa de las cantidades que *obren* en el Juzgado o en la TGSS. El accidentado perceptor provisional de las cantidades y el Estado responderían solidariamente de la devolución de la cantidad anticipada (parece que nada más) a la empresa conforme a los artículos 288 y 290 de la LPL sin perjuicio de que conforme al artículo 290.2 el Estado pueda dirigirse luego contra el beneficiario para resarcirse. No parece que sea aplicable (dada la previsión especial y detallada de esta materia por los artículos 287 a 291 LPL) el artículo 533 de la nueva LEC que prevé en caso de revocación de la sentencia de instancia que el

ejecutado tendrá derecho a reclamar el interés legal e incluso todos los daños y perjuicios que haya sufrido por la ejecución provisional y que pueda probar. Por si acaso, no aconsejamos a los Letrados de los accidentados que ejecuten provisionalmente las resoluciones o sentencias de recargo recaídas a su favor.

7. No se reconoció el recargo por resolución administrativa, se recurrió y la sentencia de instancia tampoco lo reconoció, recurrido en suplicación la sala acaba imponiendo el recargo. La ejecución se llevará a cabo por el Juzgado de instancia, sin que hallemos diferencia alguna respecto a lo previsto en el punto 3, al que nos remitimos.

IV. CONCLUSIONES

El agotamiento causado por esta continua huida del Minotauro por los tétricos pasajes de la ejecución del recargo no ha de impedir que hagamos un último esfuerzo para levantar nuestra espada y agitarla desde la desesperación en dirección a la esperanza.

Nuestro primer grito desde estos enmarañados pasadizos clama por la demolición hasta sus cimientos del laberinto (derogación del art. 123 LGSS y supresión total de la institución del recargo). No somos los únicos en elevar tal súplica a Zeus Acumulador de Nubes (el legislador). Ni desde luego somos los mejores: nos sumamos a las razones de DESDENTADO BONETE (léase su breve pero lúcido artículo «El recargo de prestaciones y el complejo de Robin Hood», *Diario, La Ley*, n.º 5687, que analiza el sinsentido jurídico que es hoy en día la institución del recargo, al que se tiene por indemnización cuando no hay que deducirlo de las sanciones, y por sanción cuando no hay que deducirlo de las indemnizaciones).

En resumen, consideramos que la infracción de una norma de seguridad en el trabajo debe tener siempre su respuesta adecuada en defensa del orden público mediante una sanción administrativa proporcional a la infracción y siempre disuasoria de continuar descuidando la seguridad de los operarios. Por otra parte, si por negligencia en las medidas de seguridad se da un accidente de trabajo con lesiones, estas habrán de ser indemnizadas por el empresario. La forma de indemnización actual, tras las recientes SSTs de 17-07-07 (que reajustan el modo en que deben compensarse las prestaciones de Seguridad Social con las indemnizaciones debidas de un modo que entendemos más razonable que la compensación simple que regía hasta ahora), se corresponderá justamente con la lesión, por lo que el trabajador será justamente reparado (al menos económicamente) por sus lesiones.

A partir de aquí, la institución del recargo es extraña, jurídicamente inubicable, y no parece justificar su pervivencia más que por la comprensible e inevitable impopularidad política que acarrearía su supresión a quien lo decidiera. Pero no existe nada parecido al recargo en otros campos del Derecho, ni siquiera en el Orden Penal en que la voluntariedad (y por tanto mayor reprochabilidad) en la causación de lesiones de igual entidad a las de un hipotético accidente de

trabajo no entrañarán jamás nada más que la sanción penal que corresponda y la indemnización por responsabilidad civil derivada del delito... ¿no es paradójico que el empresario pueda llegar a responder más por lesiones causadas por imprudencia en el orden laboral, que por iguales lesiones causadas por dolo en el orden penal?... o dicho de otro modo, un legislador coherente establecería un recargo del 150 por 100 a todas las prestaciones de Seguridad Social que se deriven de un delito doloso.

Nuestro grito subsidiario consiste en una propuesta de modificación de la legislación para dar a nuestros justiciables un tenue hilo de Ariadna. Sería tan breve como que en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se añada que *se entenderán incluidos en el anterior párrafo los recargos por falta de medidas de seguridad e higiene, en todos sus trámites, incluida la ejecución, tanto judicial como en las impugnaciones de la administrativa* y que en el artículo 2 b) de la LPL se añada que *se entenderán incluidos en el anterior párrafo los recargos por falta de medidas de seguridad e higiene, en todos los trámites, incluida la ejecución tanto judicial como en las impugnaciones de la administrativa*.

A la espera, y ya podemos aprender de Penélope, de que estas propuestas que empiezan a ser un clamor se mediten y acuerden, no sabemos si en este momento el lector y nosotros nos encontramos en lo profundo del laberinto a merced del Minotauro de la inseguridad jurídica o si por esfuerzo, fortuna, o intervención de Atenea hemos conseguido salir afuera con vida. Sí esperamos que, en cualquier caso, y aunque las meditadas *soluciones* que proponemos sean incorrectas o insuficientes, al menos hayamos contribuido a exponer los *problemas* principales o más frecuentes en la ejecución del recargo de prestaciones. E identificar un problema es por lo menos el presupuesto de su solución.