

ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

GEMMA GRACIA ALEGRÍA

Letrada de la Administración de la Seguridad Social

Extracto:

LA escasa regulación de la figura del recargo por falta de medidas de seguridad contenida en el artículo 123 de la Ley General de Seguridad Social ha ocasionado que haya sido el Tribunal Supremo quien, mediante la jurisprudencia contenida al resolver los recursos de casación para unificación de doctrina, haya procedido a tratar cuestiones trascendentales como el tipo de responsabilidad empresarial ante la que nos encontramos en esta materia, la naturaleza jurídica del recargo, o cómo deben articularse los procedimientos administrativos de recargo cuando sobre los mismos hechos existe un procedimiento judicial en vía penal.

La jurisprudencia unificadora en esta materia es abundante y novedosa; en el último año y medio el Tribunal ha resuelto cuestiones básicamente procedimentales que afectan al cómputo del plazo de prescripción para solicitar el reconocimiento de un recargo, a cómo se ejecutan las resoluciones judiciales en esta materia, a la vinculación en el orden social de una sentencia contencioso-administrativa que anula el acta de infracción por la que se impuso un recargo, a la caducidad del expediente administrativo de recargo si no se resuelve en el plazo fijado normativamente, a la interrupción de la prescripción para su reconocimiento o al acceso al recurso de suplicación en materia de recargo, pero también se ha pronunciado sobre el comportamiento exigible a empresario y trabajador en materia de recargo de prestaciones.

El conjunto de estas sentencias aborda cuestiones novedosas y completa la jurisprudencia existente en la materia.

Palabras clave: recargo por falta de medidas de seguridad, jurisprudencia Tribunal Supremo.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Cómputo del plazo de prescripción.
- III. Ejecución de las resoluciones judiciales en materia de recargo.
- IV. Planteamiento de recurso de revisión frente a una sentencia del orden social cuando se ha anulado por sentencia contencioso-administrativa la sanción impuesta a la empresa.
- V. Caducidad del expediente administrativo de reconocimiento de recargo.
- VI. Interrupción de la prescripción para el reconocimiento de recargo.
- VII. Acceso al recurso de suplicación.
- VIII. Actuación de empresario y trabajador en materia de recargo de prestaciones.
- IX. Valoración final.

I. INTRODUCCIÓN

Han sido numerosos los pronunciamientos más destacados que el Tribunal Supremo ha efectuado recientemente en el controvertido tema del recargo por falta de medidas de seguridad, regulado en el artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social ¹.

El origen de esta figura se sitúa en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 que la contempló por vez primera; esta ley, además de fijar unas indemnizaciones con ocasión del fallecimiento del trabajador por accidente de trabajo, también contemplaba la prevención de riesgos al establecer el incremento de la cuantía de la indemnización en supuestos de carencia de aparatos de precaución en el trabajo. La figura del recargo se ha mantenido en la normativa de Seguridad Social, ampliándose a todas las prestaciones causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, y en la actualidad la encontramos en el citado artículo 123.

El recargo por falta de medidas tradicionalmente ha sido polémico por varias cuestiones, el hecho de que su regulación únicamente figure en un artículo de la ley ha ocasionado que se haya tenido que precisar por ejemplo, que no se trata de una responsabilidad objetiva que no sea necesario imputar a la empresa, sino que se trata de una responsabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa por vía de la culpabilidad. Esta labor de precisión ha correspondido al Tribunal Supremo mediante la resolución de los recursos de casación para unificación de doctrina.

Otra cuestión muy discutida y de especial trascendencia ha sido la naturaleza jurídica del recargo, en cuanto a si nos encontramos ante una prestación o ante una sanción, así el Tribunal Supremo en ocasiones ha entendido que el recargo tiene carácter de prestación como en el supuesto de com-

¹ Establece el artículo 123 que: «*Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador*».

putar el plazo de prescripción para reclamarlo ², y en ocasiones ha entendido que tiene carácter de sanción con finalidad preventiva, así para su inaplicación a mejoras voluntarias de prestaciones ³, para excluir el importe del recargo en el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios ⁴, o para excluir su aseguramiento público o privado ⁵; finalmente el Tribunal Supremo ha concluido que la naturaleza jurídica del recargo es compleja y que tiene matices de sanción, pero que se aparta de la sanción propiamente dicha, teniendo una naturaleza dual o mixta, puesto que desde la perspectiva del empresario se presenta como una responsabilidad sancionadora pero desde el punto de vista del beneficiario es una prestación sobreañadida de carácter indemnizatorio.

Apartándonos de cuestiones sustantivas y entrando en cuestiones procedimentales, la figura del recargo también ha planteado dificultades; el Tribunal Supremo tuvo que resolver que el hecho de existir un procedimiento penal sobre los hechos que dieron lugar al siniestro que origina la prestación sobre la que recae el recargo no suspende el procedimiento administrativo de reconocimiento del recargo por falta de medidas de seguridad ⁶. Otra cuestión procedimental sobre la que se pronunció el Tribunal fue sobre el hecho de que, al no tratarse de una prestación de Seguridad Social, no es necesario que el Instituto Nacional de la Seguridad Social presente certificación de comienzo de abono de la prestación para poder interponer recurso de suplicación o recurso de casación para unificación de doctrina ⁷.

La regulación del recargo se recoge en una normativa propia que genera una responsabilidad empresarial independiente de la responsabilidad civil, penal, administrativa y prestacional de Seguridad Social que se pueda generar por los mismos hechos ⁸. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales reconoce la compatibilidad de las responsabilidades que se generen por la aplicación de la citada ley con el recargo de prestaciones. Esa normativa propia y exclusiva que únicamente está recogida en un artículo de la Ley General de Seguridad Social ha ocasionado que la problemática acerca de la aplicación del recargo haya venido resolviéndose por medio de resoluciones judiciales que han ido perfilando las características de esta cuestionada figura recogida en un artículo legal pero que interacciona con multitud de normas de distintos campos jurídicos: civil, penal, contencioso-administrativo, laboral y Seguridad Social.

A continuación paso a examinar individualizadamente los pronunciamientos más recientes que ha efectuado el Tribunal Supremo acerca del recargo de prestaciones, agrupándolos en materias distintas, consecuencia de la cuestión debatida en cada una de las resoluciones judiciales pero exponiéndolas por orden cronológico; como se verá, estos últimos pronunciamientos tratan aspectos principalmente proce-

² Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1997, RCU 468/1997.

³ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1997, RCU 2730/1996 y 2 de octubre de 2000, RCU 2393/1999.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, RCU 2393/1999.

⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1993, RCU 953/1992 y 22 de abril de 2004, RCU 4555/2002.

⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004, RCU 3259/2003, 25 de octubre de 2005, RCU 3552/2004.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2004, RCU 4555/2002.

⁸ Así lo entendió el Tribunal Supremo en sentencias de 2 de octubre de 2000 RCU 2393/1999, 14 de febrero de 2001 RCU 130/2000 y 9 de octubre de 2001 RCU 159/2001, en las que se sostiene que la responsabilidad empresarial del recargo es distinta a la responsabilidad penal, civil, administrativa e incluso prestacional de Seguridad Social, y que siendo compatible con ellas se rige por distintas normas.

dimentales, pero en su razonamiento jurídico el Tribunal examina también cuestiones sustantivas del recargo que se encuentran en íntima conexión para poder resolver las diversas cuestiones planteadas.

II. CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

El primer pronunciamiento lo encontramos en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2006, RCU 4100/2004**, en la que el Tribunal fija el cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

Dio lugar al presente pronunciamiento el accidente ocurrido a un trabajador por el que la Inspección de Trabajo extendió acta de infracción y tras el que se reconocieron prestaciones de incapacidad temporal y gran invalidez con la imposición de un recargo empresarial por falta de medidas de seguridad del 40%. Frente al reconocimiento del recargo, las empresas condenadas solidariamente a su pago solicitaron el reconocimiento de su prescripción, manifestando que el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción era el 9 de agosto de 1996, fecha del accidente, y como el recargo se había solicitado en fecha 9 de abril de 2002, habría prescrito la posibilidad de su reclamación.

El Tribunal comienza su razonamiento partiendo de la prescripción y la fijación del *dies a quo* en reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios en accidentes de trabajo, manifestando que en este supuesto solo puede comenzar el cómputo del plazo de prescripción cuando se fijen las dolencias y secuelas producidas a raíz del accidente, para ello cita la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2002 (RCUD 2231/2001) y la sentencia de 6 de mayo de 1999 (RCUD 2350/1997), que a su vez remite a las sentencias de 10 de diciembre de 1998 (RCUD 4078/1997) y 12 de febrero de 1999 (RCUD 1494/1998).

Para el Tribunal es absolutamente indispensable el conocimiento del alcance de las secuelas para poder reparar el daño, en el supuesto del recargo por falta de medidas si lo que se persiguiera exclusivamente fuera resarcir el orden jurídico vulnerado, como la infracción se conoce al producirse el accidente sería razonable establecer el *dies a quo* en la fecha del accidente, pero como el recargo en materia de prestaciones ostenta una naturaleza especial por la que el beneficiario del recargo es quien ha sufrido el daño, hay que adaptar la naturaleza indemnizatoria para trasladarla a las prestaciones cuya cuantía se ve mejorada con el recargo, y solamente se puede establecer como día inicial del cómputo de la prescripción de la acción para exigir el recargo de prestaciones la fecha en que finaliza el último expediente incoado ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social en reclamación de prestaciones de Seguridad Social, es decir, cuando el reconocimiento de la prestación adquiere firmeza.

La interpretación de los artículos 43⁹ y 123 de la Ley General de Seguridad Social en relación con el artículo 1.969¹⁰ del Código Civil obligan a entender como causa de interrupción de la pres-

⁹ El artículo 43.2 establece que: «La prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del artículo 1.073 del Código Civil y, además, por la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate».

¹⁰ El artículo 1.969 del Código Civil dispone que: «El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

cripción la reclamación del reconocimiento del recargo ante la Administración de la Seguridad Social, pero esa reclamación solamente cabe a medida que se van conociendo las consecuencias dañosas producidas en el afectado.

Aunque no lo especifica el Tribunal, remontarse a la fecha del accidente para fijar el inicio del cómputo del plazo de prescripción para reclamar el reconocimiento del recargo sobre las prestaciones de Seguridad Social que se pudieran reconocer como consecuencia del accidente, ocasionaría una actitud preventiva del trabajador ante lo que pudiera acaecer como consecuencia del siniestro sufrido, lógicamente hasta que no se fijen los daños físicos ocasionados, las secuelas consecuencia del siniestro y se reconozca la oportuna prestación de Seguridad Social ante la merma física producida y su posible incapacidad para el trabajo, no se puede exigir al trabajador que pretenda el reconocimiento de un recargo sobre unas prestaciones que todavía no han sido fijadas.

En el mismo sentido se ha pronunciado la **sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2007, RCU 4491/2005**, en la que también se debate la determinación del día inicial del plazo de prescripción de cinco años para reclamar el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, y el Tribunal debió resolver si el día inicial es el día del accidente de trabajo o la fecha del reconocimiento de cada una de las prestaciones que se derivan del citado accidente de trabajo.

El Tribunal recuerda que la cuestión ya fue abordada por la sentencia de 9 de febrero de 2006, y que en esa sentencia se remitía a la doctrina sentada por la Sala en supuestos de reclamación de daños y perjuicios¹¹. Matiza el Tribunal una cuestión que no recoge la sentencia anterior, y que consiste en el hecho de que con el recargo por falta de medidas se busca principalmente resarcir al beneficiario de la prestación del perjuicio que ha sufrido por no haberse respetado el ordenamiento jurídico, debido a la especial naturaleza del recargo, como existe una dependencia entre la petición del recargo y la prestación, solo a partir del reconocimiento de la prestación se puede reclamar la imposición del recargo, ello conduce a que se establezca como día inicial del cómputo del recargo la fecha en que finalizó por resolución firme el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones.

III. EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE RECARGO

La **sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006, RCU 1333/2005**, se pronuncia acerca de la ejecución de las resoluciones judiciales que anulan un recargo reconocido mediante resolución administrativa.

¹¹ Dice textualmente que «en cuanto al tema de fijación del día a quo del plazo prescriptivo [...] la acción no puede considerarse reconocida antes de que se dictase la sentencia del Juzgado o la Sala de lo Social declarativa de invalidez pues solo hasta ese momento se supo con certeza cuales eran las dolencias y secuelas que el actor padecía a consecuencia del accidente, sin que sea óbice que la resolución del INSS en vía gubernativa sea muy anterior; ya que la misma no fue firme hasta que recayó sentencia en vía judicial y sólo desde su firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo».

Antes de entrar en la cuestión controvertida que resuelve la sentencia debemos tener en cuenta que las Resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social ¹² son inmediatamente ejecutivas, pero ello no significa que su ejecución esté exenta de dificultades; son numerosas las cuestiones que se han planteado y que deben resolverse en cuanto a la ejecución de la Resolución administrativa que reconoce un recargo por falta de medidas de seguridad.

Un ejemplo lo encontramos cuando, reconocido un recargo por Resolución administrativa del INSS y concedida por la Tesorería General de la Seguridad Social ¹³ a la empresa responsable el aplazamiento de la capitalización, se plantea si debe iniciarse o no el abono del recargo al trabajador, ante este supuesto se inicia el pago del recargo siempre que la empresa haya garantizado la deuda con aval.

También se ha planteado la procedencia de abonar el recargo por falta de medidas cuando una sentencia judicial lo reconoce *ex novo* o incrementa el recargo que se reconoció por resolución administrativa y el empresario recurre la sentencia. En un principio se entendió que, consignado el recargo en la TGSS, se iniciaba el abono del recargo al trabajador y continuaba mientras se sustanciaba el recurso, y si este prosperaba, al empresario solo se le reintegraba la parte sobrante de deducir lo abonado al beneficiario en ejecución provisional. Sin embargo, en la actualidad, ante este mismo supuesto si el empresario recurre, aunque consigne en la TGSS el capital, no se inicia el abono del recargo durante la sustanciación del recurso, salvo que así lo decida el órgano judicial en aplicación de ejecución provisional. Existen pronunciamientos judiciales ¹⁴ que consideran que en el caso de sentencias condenatorias al pago del recargo no resulta aplicable el régimen de ejecución provisional de los artículos 192 ¹⁵ y 292 ¹⁶ de la Ley de Procedimiento Laboral, sin perjuicio de que se pueda aplicar la consignación genérica del artículo 228 ¹⁷ de la ley, y la ejecución provisional de los artículos 287 y 288 ¹⁸ que prevén el reintegro por parte del trabajador de lo percibido durante la ejecución. No ocurre así cuando se trata de un recargo reconocido por resolución administrativa confirmada por sentencia recurrida por el empresario, en ese caso se abona el recargo debido a la ejecutividad de la resolución administrativa (salvo que el órgano judicial disponga otra cosa).

¹² En adelante INSS.

¹³ En adelante TGSS.

¹⁴ Entre otras la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de abril de 2005 rec. 1502/2004, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de julio de 2005 rec. 527/2005, y Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de mayo de 2005, rec. queja 637/2005.

¹⁵ El artículo 192 en la regulación del recurso de suplicación contempla la ejecución provisional de las sentencias de Seguridad Social durante la sustanciación del recurso de suplicación, estableciendo la obligación de abonar la prestación reconocida durante la tramitación del recurso.

¹⁶ El artículo 292, al regular el recurso de casación, establece la ejecutividad de las sentencias recurridas condenatorias al pago de prestaciones de pago periódico, estableciendo la obligación de abonar la prestación durante la tramitación del recurso y eximiendo del reintegro si la sentencia fuese revocada.

¹⁷ Dispone el artículo 228 de la ley en las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación que *«cuando la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, será indispensable que el recurrente que no gozare del beneficio de justicia gratuita acredite, al anunciar el recurso de suplicación o al preparar el recurso de casación haber consignado [...] la cantidad objeto de condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario»*.

¹⁸ Los artículos 287 y 288 de la ley regulan la ejecución provisional de las sentencias condenatorias al pago de cantidades reconociendo la posibilidad de solicitar el anticipo de las cantidades de las condenas favorables siempre que se garantice el reintegro.

Este último supuesto es precisamente el que se discutió y dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006, que tuvo por objeto decidir el alcance de la obligación de reintegro de la TGSS del importe de un recargo por falta de medidas de seguridad en el trabajo reconocido por resolución administrativa y posteriormente anulado en vía judicial.

En la cuestión controvertida, el INSS impuso un recargo del 30% y la empresa responsable ingresó el capital coste en la TGSS, pero el INSS comenzó a abonar el recargo y tras presentar demanda solicitando la anulación del recargo impuesto se dictó sentencia dejándolo sin efecto, en ejecución de la sentencia la empresa solicitó la devolución de la cantidad que había ingresado y la TGSS devolvió la cuantía restante detrayendo la cantidad satisfecha al beneficiario.

El Tribunal resolvió entendiendo que resulta aplicable el artículo 91 del Real Decreto 1637/1995 que regula el Reglamento de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social (en la actualidad el art. 71 del RD 1415/2004) que establecía que *«cuando por sentencia firme se anulare o redujere la cuantía de los derechos reconocidos por resolución administrativa o judicial... la empresa recurrente tendrá derecho a que se le devuelva la totalidad o parte alícuota, 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»*.

La sentencia entendió que la referencia a prestaciones comprendía también los derechos aunque no sean prestaciones, y así sucede con el recargo por falta de medidas de seguridad. Esta interpretación del Tribunal no sería necesaria con la actual normativa, porque el artículo 71 del Real Decreto 1415/2004 establece que el derecho a la devolución es a la totalidad o parte alícuota de la prestación o del capital ingresado, más el recargo, el interés de demora, en su caso, y el interés legal que proceda, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan exentos de efectuar restitución alguna. Literalmente establece este artículo que *«en los supuestos en que como consecuencia de sentencia firme, se anule o reduzca la responsabilidad de la Mutua o empresa declarada responsable por resolución administrativa, estas tendrán derecho a que se les devuelva la totalidad o parte alícuota respectivamente, de la prestación o capital ingresado, más el recargo, el interés de demora, en su caso, y el interés legal que proceda, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan exentos de efectuar restitución alguna»*. La actual referencia a prestación o capital ingresado no deja lugar a dudas puesto que en la citada referencia se entiende incluido el recargo de prestaciones.

En el mismo sentido se aplicó el artículo 71 del Real Decreto 1415/2004 en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2005, RCUUD 4772/2004 en la que se reconoció el derecho de una Mutua a ser reintegrada de las cantidades abonadas, siendo el reintegro a cargo del presupuestado de la Entidad Gestora.

El artículo 71.1 está ubicado sistemáticamente en el Título II del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, en este Título se regula el procedimiento de recaudación en período voluntario, incluyendo la recaudación por la Tesorería General de la Seguridad Social de los capitales coste de pensiones y el importe de las prestaciones de cuantía fija o periódica no vitalicia

y de tanto alzado a cargo de las empresas y Mutuas declaradas responsables, incluyendo aquellas cantidades que han de ser satisfechas directamente a los beneficiarios por la entidad colaboradora o el empleador, cuando concurra impago y haya habido o no anticipo por parte de la Entidad Gestora. Mediante este precepto se reconoce el derecho de Mutuas y empresas a reintegrarse aquellas cantidades satisfechas en virtud de la ejecutividad de las resoluciones administrativas que posteriormente, al ser impugnadas judicialmente son anuladas o reducidas, porque la Mutua o empresa responsable de una prestación periódica o a tanto alzado, si recurre la resolución administrativa que reconoce la prestación, está obligada a consignar el importe correspondiente para que comience a abonarse la prestación al beneficiario; así, si ese importe que comienza a abonarse es dejado sin efecto o reducido en virtud de resolución judicial, el reintegro del importe ingresado se hace con cargo a los presupuestos del INSS, no estando el beneficiario obligado a reintegrar las cantidades satisfechas hasta ese momento.

IV. PLANTEAMIENTO DE RECURSO DE REVISIÓN FRENTE A UNA SENTENCIA DEL ORDEN SOCIAL CUANDO SE HA ANULADO POR SENTENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA LA SANCIÓN IMPUESTA A LA EMPRESA

La sentencia del **Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2006, RCU 41/2005**, ha resuelto el recurso de revisión planteado frente a una sentencia del Orden Social que confirmó un recargo por falta de medidas de seguridad impuesto a una empresa, cuando posteriormente por sentencia del contencioso-administrativo se anuló la sanción administrativa impuesta a la empresa por infracción de las normas de prevención de riesgos, al entender la sentencia contencioso-administrativa que el accidente se debió a culpa exclusiva del trabajador. Como la procedencia del recargo exige la existencia de infracción de normas en materia de seguridad, y en este caso la sentencia del Orden Contencioso aplica la culpa exclusiva del trabajador, se solicitó la revisión de la sentencia del Orden Social.

La relación de hechos tiene su comienzo cuando un trabajador sufre un accidente de trabajo tras el que se reconoce subsidio de incapacidad temporal y baremo por Lesiones Permanentes No Invalidantes. Con posterioridad el INSS declaró responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el accidente e impuso un recargo del 30% en las prestaciones de Seguridad Social reconocidas al trabajador, el recargo impuesto fue confirmado por sentencia del Juzgado de lo Social que ganó firmeza por no ser recurrida en suplicación.

Paralelamente a estos hechos, la Inspección de Trabajo levantó Acta de Infracción imponiéndose a la empresa una sanción de 5.000 euros por infracción en materia de prevención de riesgos laborales, la sanción fue dejada sin efecto por sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo debido a la falta de culpabilidad de la empresa sancionada en el accidente acaecido.

Basándose en la sentencia contencioso-administrativa, la empresa presentó demanda de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo impugnando la sentencia del Juzgado de lo Social, fundamentándose en que el artículo 510.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige documento públi-

co para la revisión de la sentencia, y precisamente la sentencia del contencioso-administrativo es documento público y esta sentencia dejó sin efecto el acta de infracción en la que se basó la sentencia del Orden Social para declarar a la empresa responsable del recargo por falta de medidas de seguridad.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestimó la demanda de revisión presentada por los motivos siguientes:

- La jurisprudencia de la Sala de lo Social exige para que prospere una demanda de revisión que se hayan agotado los recursos jurisdiccionales previstos por la ley, con ello se garantiza la subsidiariedad y excepcionalidad en el acceso al recurso de revisión. Sin embargo, en este supuesto, la empresa no había agotado los medios de impugnación previstos legalmente, puesto que contra la sentencia de instancia confirmatoria del recargo no interpuso recurso de suplicación ¹⁹.
- El artículo 510.1 dispone haber lugar a la revisión de sentencia firme cuando, después de pronunciada, se recobran u obtienen documentos decisivos, de los que no se hubiese podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. Por tanto, siendo de fecha posterior la sentencia contencioso-administrativa a la sentencia del Orden Social, no puede estimarse la revisión planteada ²⁰ porque no puede hablarse de una sentencia que haya sido recobrada o retenida porque la resolución judicial no existía en la fecha en la que se dictó la sentencia que se pretende revisar, y por ello tampoco puede entenderse que el documento-sentencia haya sido retenido por fuerza mayor o por obra de las partes demandadas.
- Considera el Tribunal que, aun prescindiendo de los motivos anteriores, no podría prosperar la demanda de revisión porque no encaja en el supuesto del artículo 510.1 de la Ley, porque lo que ocurre es que sobre los mismos hechos se han dictado dos sentencias judiciales que han concluido de modo diverso puesto que, si bien la sentencia del Orden Social entiende que el accidente se debió a la omisión de medidas de seguridad por parte de la empresa, la sentencia del Orden Contencioso-administrativo sostiene que el accidente se debió a culpa exclusiva del trabajador. Como ninguna norma legal impone la preponderancia de una sentencia sobre la otra, cada una de ellas produce plenos efectos dentro de su campo de acción, pero no se puede rescindir una de ellas porque la otra haya concluido de forma contraria ²¹.

¹⁹ Dice literalmente la sentencia que *«la empresa [...] no puede acudir al remedio extraordinario y excepcional del proceso de revisión, cuando abandonó voluntariamente la prosecución del proceso al no interponer el recurso normalmente previsto por la ley contra la decisión de instancia»*.

²⁰ Como cita la sentencia, no pueden calificarse como documentos recobrados las sentencias de cualquier Orden Jurisdiccional recaídas con posterioridad a la que se quiere rescindir, así se ha sostenido en sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1995, RCU 1190/1994 y 29 de abril de 1997, RCU 3234/1996 en relación con sentencias del Orden Contencioso-administrativo.

²¹ Dice la sentencia textualmente que *«el distinto enjuiciamiento de unos hechos que llevan a cabo dos sentencias firmes distintas, constituye sin duda una grave patología jurídica, pero hoy por hoy en nuestro ordenamiento no existen remedios que den solución a tal anomalía»*.

Aunque la discordancia se refiriese a los hechos declarados probados en ambas sentencias, ninguna de ellas podría prevalecer sobre la otra porque las pruebas practicadas en ambos litigios pueden ser distintas, el artículo 42.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, estableció la preponderancia de las declaraciones fácticas de las sentencias firmes del Orden Contencioso-administrativo al disponer que vinculaban al Orden Social, pero esta norma fue derogada por la disposición derogatoria única número 2-c del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. De todos modos, hay que tener en cuenta que la discrepancia en el supuesto de autos no se encuentra en la relación de hechos probados de las resoluciones judiciales sino en las valoraciones jurídicas que contienen ²².

- Recuerda además la sentencia que en un supuesto idéntico se desestimó la revisión planteada, fue mediante sentencia de 7 de febrero de 2005 (recurso n.º 56/2003), y en esa sentencia se manifestaba la consciencia de la Sala en cuanto a la divergencia que se produce entre el principio de seguridad jurídica y el de justicia del caso concreto.

Además se puede añadir una circunstancia que no contempla la sentencia, el artículo 27 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social, establece la legitimación de la Inspección de Trabajo mediante informe-propuesta para iniciar el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad. Este artículo recoge que, si se ha practicado acta de infracción y hubiera recaído resolución de la autoridad laboral, dicha resolución se aportará al expediente de iniciación, pero si no se ha practicado acta de infracción en el informe-propuesta se razonará tal circunstancia. Normativamente se permite que la Inspección de Trabajo pueda iniciar expediente administrativo para declarar una responsabilidad empresarial en un recargo por falta de medidas sin necesidad de acta de infracción, siempre que dicha circunstancia se razone, esta previsión normativa sería suficiente para entender que el devenir de un acta de infracción y su posible anulación no es impedimento para el reconocimiento de un recargo por falta de medidas, siempre que exista circunstancia razonada que permita la viabilidad del procedimiento de declaración de recargo.

V. CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE RECONOCIMIENTO DE RECARGO

La sentencia del **Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2006, RCU 3279/2005**, ha resuelto el controvertido tema de la caducidad del expediente administrativo de reconocimiento del

²² Esta manifestación de la sentencia fue suprimida posteriormente mediante Auto de fecha 22 de octubre de 2006 de aclaración a la sentencia manifestando que se refería a un error material o de transcripción puesto que aunque constaba en el borrador de la sentencia en el debate para la aprobación y pronunciamiento se dispuso su eliminación debido a que el Tribunal consideraba que el contenido no era acertado. Aclara el Tribunal que la supresión de esa parte de la sentencia no altera el signo del fallo ni los argumentos para la desestimación de la demanda de revisión.

recargo de prestaciones, si el INSS tiene obligación de resolver en el plazo de 135 días, so pena de que el expediente se considere caducado, o si puede resolver sin estar vinculado por el plazo citado.

La figura del recargo de prestaciones por infracción de normas en medidas de seguridad está recogida en el artículo 123 de la Ley General de Seguridad Social, ya se ha hecho referencia a la circunstancia de que se trata de una figura cuya regulación es muy parca, y por ello ha sido la jurisprudencia la que ha ido estableciendo su perfil. La declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene aparece recogida muy brevemente en el artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del Sistema de Seguridad Social la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, este artículo no hace referencia al plazo para dictar Resolución administrativa en la tramitación de estos procedimientos. En cambio, el Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social, sí establece en su anexo que el plazo máximo de resolución de los recargos de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional será de 135 días.

Mediante la sentencia de 9 de octubre de 2006, el Tribunal Supremo ha resuelto el discutido tema de la caducidad del expediente, puesto que las decisiones adoptadas por los distintos Tribunales Superiores de Justicia sobre esta materia habían sido divergentes incluso en resoluciones del mismo Tribunal; en cuanto a entender caducado el expediente administrativo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ²³, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga ²⁴, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla ²⁵, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja ²⁶, y el Tribunal Superior de Justicia de Valencia ²⁷ habían resuelto que el INSS venía obligado a resolver los expedientes administrativos de recargo por falta de medidas de seguridad en el plazo de 135 días, superado ese plazo el expediente había caducado, en cambio otros Tribunales como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ²⁸, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla ²⁹, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ³⁰, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/

²³ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 1 de febrero de 2001, rec. 7405/2000, 3 de marzo de 2004, rec. 2174/2003.

²⁴ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga 12 de diciembre de 2003, rec. 716/2003, 28 de abril de 2005, rec. 2717/2004, 7 de septiembre de 2005, rec. 787/2005, 1 de diciembre de 2005, rec. 1732/2005, 10 de noviembre de 2005, rec. 1528/2005.

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 1 de septiembre de 2004, rec. 4770/2004.

²⁶ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 13 de julio de 2004, rec. 206/2004, de 30 de diciembre de 2005, rec. 297/2005.

²⁷ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 13 de octubre de 2005, rec. 2413/2005, 15 de noviembre de 2005 rec. 2746/2005.

²⁸ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de mayo de 2004, rec. 778/2004; 9 de noviembre de 2004, rec. 3822/2004, 21 de febrero de 2005, rec. 5865/2004, 9 de mayo de 2005, rec. 684/2005, 23 de mayo de 2005, rec. 920/2005.

²⁹ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/ Sevilla 26 de febrero de 2004, rec. 387/2002, 14 de mayo de 2004, rec. 4118/2003, 30 de septiembre de 2004, rec. 4244/2003.

³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de enero de 2006, rec. 2480/2005.

Burgos ³¹, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ³², y el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ³³ estimaban que la superación del plazo de 135 días no comportaba la caducidad sino la desestimación por silencio administrativo.

Son varias las sentencias del Tribunal Supremo que sobre esta misma cuestión se han pronunciado a continuación, la **STS de 21 de noviembre de 2006, RCU 1079/2005**, **STS de 5 de diciembre de 2006, RCU 2531/2005**, **STS de 5 de febrero de 2007, RCU 75/2005**, **STS de 12 de febrero de 2007, RCU 3147/2005**, **STS de 12 de febrero de 2007, RCU 5542/2005**, **STS de 14 de febrero de 2007, RCU 5128/2005**, **STS de 26 de marzo de 2007, RCU 345/2006**, **STS de 27 de marzo de 2007, RCU 639/2006**, **STS de 17 de abril de 2007, RCU 756/2006**, **STS de 18 de abril de 2007, RCU 5322/2005**, **STS 29 de mayo de 2007, RCU 1549/2007**, **STS de 6 de junio de 2007, RCU 922/2996**, **STS de 3 de julio de 2007, RCU 1330/2006**, **STS de 12 de julio de 2007, RCU 1145/2006**, **STS de 17 de julio de 2007, RCU 813/2006** y **STS de 24 de julio de 2007, RCU 3414/2006**.

La fundamentación jurídica recogida en todas ellas se puede exponer del modo siguiente:

- Se denunciaba para solicitar la declaración de caducidad del expediente la infracción de los artículos 14 y 16 de la Orden de 18 de enero de 1996, que establecen respectivamente el plazo de 135 días para resolver los expedientes administrativos de incapacidad y las declaraciones de recargo por falta de medidas de seguridad, también se denunciaba la infracción del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece la obligación de la Administración de resolver en todos los procedimientos, el artículo 47 de la misma norma en el que se fija la obligatoriedad de los términos y plazos y el artículo 92.4 que establece la posibilidad de no aplicar la caducidad, así como la disposición adicional 6.^a que hace referencia a la impugnación de los actos de Seguridad Social.

El Tribunal resuelve el asunto planteado recordando la figura de la caducidad como institución dirigida a preservar la seguridad jurídica, y a su vez establecida en beneficio de los interesados, remite al apartado 2 del artículo 42 de la Ley 30/1992 en el que se establece que *«el plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea»*, en este caso la norma reguladora establece un plazo de 135 días y considera el Tribunal que respeta el plazo máximo de seis meses fijado por la norma de rango superior.

- El efecto de dejar transcurrir el plazo sin dictar resolución administrativa es el silencio administrativo negativo, en ese caso la solicitud se entiende desestimada y el interesado puede ejercitar las acciones del artículo 71 de la Ley de Procedimiento Laboral, podrá

³¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/Burgos de 19 de enero de 2006, rec. 883/2005.

³² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de octubre de 2004, rec. 8078/2003.

³³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de junio de 2004, rec. 541/2004.

interponer reclamación previa, pero como los procedimientos en materia de recargo en ocasiones se inician de oficio por la propia actuación de la Inspección de Trabajo, recuerda el Tribunal que se trata de un procedimiento del que puede derivarse el reconocimiento de derechos o la constitución de situaciones jurídicas individualizadas, en este caso, quien ha comparecido al procedimiento puede entender desestimada su pretensión por silencio administrativo quedando abierta la vía judicial, el artículo 44 de la Ley 30/1992 regula las consecuencias de la falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio, estableciendo que el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver produciendo los siguientes efectos: 1. En el caso de procedimientos en los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos y otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo. 2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, o en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad.

La caducidad se produce únicamente en los procedimientos en los que se ejercitan potestades sancionadoras, y el procedimiento de imposición de recargo no tiene exactamente esa naturaleza jurídica, el recargo deriva de un incumplimiento de las obligaciones que el empresario asume como consecuencia de un contrato de trabajo ³⁴.

- Atendiendo a la regulación de la Ley 30/1992, la caducidad del expediente por el transcurso del tiempo máximo legalmente previsto únicamente se contempla en dos supuestos, en el artículo 92 para los procedimientos iniciados a solicitud del interesado y de paralización imputable al mismo, y el artículo 44.2 referido a las actuaciones iniciadas de oficio en las que la Administración ejercite potestades sancionadoras o susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen. En el caso del procedimiento administrativo para la imposición de recargo por falta de medidas de seguridad, aunque se haya iniciado de oficio, no se puede considerar como simple sanción o acto de gravamen ³⁵.

³⁴ Esta referencia es importante puesto que aquí el Tribunal aborda el difícil tema de la naturaleza jurídica de la figura del recargo, dice textualmente en la sentencia de 5 de diciembre de 2006 que la finalidad del recargo es *«de una parte, disuasoria para obtener el mayor grado de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, de otra, incrementar el importe de unas prestaciones debidas en virtud de la relación del trabajador empresa cuando esta no ha dispensado las medidas de protección que el contrato de trabajo impone»*.

³⁵ Trata nuevamente la sentencia de 27 de marzo de 2007 la naturaleza jurídica del recargo diciendo que concurren una serie de notas que alejan al recargo de una naturaleza estrictamente sancionadora: a) el fundamento de la sanción se encuentra en el incumplimiento de un deber tipificado y el recargo de prestaciones exige no solamente la infracción de un deber genérico de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo, sino también la producción causal de un resultado lesivo, b) el recargo no figura en el texto refundido de la LISOS que tiene como finalidad agrupar e integrar en un texto único las diferentes conductas reprochables contrarias al orden social, c) en materia de infracción de riesgos laborales la LISOS atribuye la imposición de sanciones al Director Provincial de Trabajo, al Director General o al Ministro de Trabajo (en función de la cuantía de la sanción), pero no la atribuye a las Entidades Gestoras, d) no aparece el principio de tipicidad del artículo 129 de la ley 30/1992 al no identificarse con precisión las conductas reprochables y las sanciones correspondientes, e) el trabajador ostenta interés que le atribuye cualidad de parte, f) el importe del recargo no se ingresa en el Tesoro Público sino que se incorpora al patrimonio del beneficiario, de forma que si no existe beneficiario no hay recargo, algo impensable en una sanción, g) el procedimiento de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 no es propiamente sancionador, por carecer de las garantías que debe reunir todo procedimiento de naturaleza punitiva y porque

- El procedimiento del recargo no se desarrolla en el marco de una relación bilateral entre la Administración y el empresario infractor, sino en el marco de la actividad arbitral de la Administración en la que esta decide la controversia entre dos privados, el empresario infractor y el perjudicado, y por ello se debe aplicar el artículo 44.1 de la Ley 30/1992, que establece que en el caso de que pudiera derivarse el reconocimiento, o en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.
- Además, señala el Tribunal que el tenor literal de la norma no establece que el efecto de la no resolución del expediente en el plazo de 135 días sea la caducidad, esa es una consecuencia que no podría establecer una Orden Ministerial sin la cobertura de una norma de rango superior.
- En aquellos procedimientos de recargo iniciados a instancia de la comunicación de la Inspección de Trabajo al INSS, de no dictarse la correspondiente resolución el trabajador afectado puede instar la vía judicial³⁶. Recuerda el Tribunal que la relación jurídica del recargo de prestaciones es una relación triangular en la que aparece la Entidad Gestora como administración, el empresario afectado y el trabajador beneficiario del importe del recargo, al trabajador no le puede afectar la inactividad de la Administración y por ese motivo, transcurrido el plazo puede instar la vía judicial, el plazo de 135 días establecido en el artículo 14.3 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 tiene por objeto dejar expedita la vía judicial, como se trata de un procedimiento del que se puede derivar el reconocimiento o la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hayan comparecido en el procedimiento pueden entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo, y en todo caso, si tardíamente se dicta resolución expresa se abre para el interesado el plazo para ejercitar en vía judicial las acciones pertinentes.

VI. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE RECARGO

La **sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2007, RCU 4099/2005**, aunque desestima el recurso de casación por falta de contradicción plantea el alcance de la interrupción de la prescripción en función de la interpretación del artículo 43.2 de la Ley General de la Seguridad

es muy semejante al procedimiento para el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social. Concluye esta sentencia reconociendo la naturaleza dual o mixta del recargo que desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora (aunque no sea propiamente una sanción) y desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional de carácter indemnizatorio que permite que en el tema de la caducidad del expediente no se pueda considerar como una sanción.

³⁶ El procedimiento administrativo para el reconocimiento del recargo de prestaciones se puede iniciar de oficio mediante informe-propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o a instancia de parte mediante la presentación de la correspondiente solicitud, en ambos casos la Entidad Gestora dictará un acuerdo de iniciación que se notifica a los interesados en el procedimiento. Criterio administrativo del INSS 2006/15.

Social por el que la prescripción se interrumpe, aparte de por las causas ordinarias del artículo 1.973 del Código Civil, por la reclamación ante la Seguridad Social y en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso que se trate.

La sentencia recurrida se basaba en la valoración de un Acta de infracción de 24 de noviembre de 1995 que apreció responsabilidad empresarial por accidente de trabajo, y a partir de esa fecha comienza a contar el cómputo de la prescripción.

Recuerda el Tribunal que aunque él mismo ha manifestado en sentencias de 17 de mayo de 2004, RCU 3259/2003, de 8 de octubre de 2004, RCU 4552/2003 y de 25 de octubre de 2005, RCU 3552/2004, que la iniciación de un proceso penal para depurar responsabilidades derivadas de un accidente de trabajo no suspende, pese a lo establecido en el artículo 16.2.2.º de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, el procedimiento administrativo de reconocimiento de un recargo de prestaciones, de ello no se deriva que ese procedimiento penal o el procedimiento administrativo para sancionar las responsabilidades administrativas por incumplimiento de las normas de prevención, no suspendan el plazo de prescripción para reclamar el abono del recargo.

Por tanto, según lo manifestado en la sentencia de 12 de marzo de 2007, el procedimiento penal y el procedimiento administrativo para la imposición de sanción por infracción de medidas de seguridad interrumpen el plazo de prescripción.

VII. ACCESO AL RECURSO DE SUPPLICACIÓN

La **sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007, RCU 609/2006**, resuelve el tema del acceso al recurso de suplicación en los supuestos en los que se debate acerca del reconocimiento o no de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

En los hechos que dieron lugar al proceso había sido impuesto un recargo del 30% por falta de medidas como consecuencia de un accidente en el que el trabajador estuvo de baja médica desde el 23 de febrero de 1999, fecha del accidente, hasta el 26 de febrero de 1999, fecha en que fue dado de alta por curación. La empresa responsable interpuso demanda que fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social. Ante la citada sentencia la empresa interpuso recurso de suplicación pero el Tribunal Superior de Justicia de Murcia declaró de oficio la incompetencia funcional para conocer del recurso porque la cuantía del recargo era inferior a los 1.803 euros fijados en el artículo 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, puesto que el importe de la condena ascendía a 21,10 euros, ya que según los cálculos del hecho sexto de la demanda, la base de cotización por accidente en el mes anterior a la baja médica fue de 968,83 euros, y el importe de lo devengado durante los tres días de incapacidad temporal sería de 70,32 euros, cuyo 30% son 21,10 euros.

Para llegar a su conclusión y resolver el recurso planteado, el Tribunal aborda dos cuestiones. La primera de ellas es la innecesariedad de aportar sentencia contradictoria cuando lo que se

plantea es el acceso al recurso de suplicación por razón de la cuantía, esta materia puede ser examinada de oficio por la Sala puesto que afecta al orden público procesal y a la propia competencia del Tribunal Supremo que no puede quedar vinculado por la decisión adoptada en trámite de Suplicación³⁷. La segunda cuestión es la de la naturaleza jurídica del recargo como institución específica y singular de la normativa de Seguridad Social, con matices propios y que no tiene carácter de prestación sino que se trata de 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.

Como el recargo tiene un carácter propio y específico no se puede aplicar la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 29 de junio de 2001, RCU 4620/2000 que distingue entre los pleitos que versan sobre el reconocimiento o denegación de una prestación de Seguridad Social y aquellos otros pleitos que se suscitan sobre aspectos de la prestación como pueden ser diferencias entre la cuantía reconocida por la Entidad Gestora y la cuantía reclamada por el beneficiario de la prestación; cuando se discute sobre el reconocimiento o no de una prestación se permite el acceso al recurso de suplicación en todo caso, cuando lo que se discute son diferencias de la prestación únicamente se permite el acceso al recurso de suplicación cuando el importe anual de las diferencias supera los 1.803 euros.

Concluye el Tribunal afirmando que la reclamación de reconocimiento o denegación de un recargo por falta de medidas es una pretensión de cuantía indeterminada³⁸ y conforme al artículo 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral ha de concederse el acceso al recurso de suplicación.

VIII. ACTUACIÓN DE EMPRESARIO Y TRABAJADOR EN MATERIA DE RECARGO DE PRESTACIONES

La **sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, RCU 938/2006**, plantea cuál es el comportamiento exigible a empleador y trabajador en materia de recargo.

Los hechos que dan lugar a la sentencia surgen ante un accidente de trabajo que dio lugar a la correspondiente acta de infracción y a la imposición por parte del INSS de un recargo del 40% sobre el subsidio de incapacidad temporal y la prestación de incapacidad permanente total reconocida tras el accidente. El accidente se produjo cuando el operario intentó retirar manualmente y con la máqui-

³⁷ Cita la sentencia otras sentencias recientes del Tribunal Supremo, entre ellas 25 de febrero de 2004, RCU 3490/2002; 1 de abril de 2004, RCU 397/2003; 23 de abril de 2004, RCU 1162/2003; 15 de junio de 2004, RCU 3049/2003; 22 de mayo de 2006, RCU 4124/2004, y 18 de octubre de 2006, RCU 2533/2005.

³⁸ Dice textualmente la sentencia que *«la reclamación se contrae al reconocimiento o denegación del recargo sobre prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de Seguridad, que es autónomo e independiente de la prestación de Seguridad Social, que expande o proyecta unos efectos indeterminados, más allá de la pretensión de reclamación de cantidad ejercitada»*.

na en funcionamiento una cinta de plástico que había quedado adherida en el extremo de un cilindro, ante tal maniobra la mano derecha del trabajador fue arrastrada y atrapada entre los dos cilindros de la máquina en funcionamiento.

Aunque la sentencia de instancia reconoció la responsabilidad empresarial en el recargo, rebajó este al 30% al apreciar la existencia de cierta negligencia en la actuación del trabajador, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia revocó el recargo impuesto al apreciar que no constaba que se hubiera omitido ninguna medida de seguridad concreta, produciéndose el accidente por una imprudencia del trabajador que debió parar la máquina que estaba provista de una parada de emergencia.

El Tribunal Supremo llega a una conclusión contraria entendiendo que existe responsabilidad de la empresa en el recargo, efectuando los siguientes razonamientos:

- El artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social contempla la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de Seguridad Social, la responsabilidad empresarial también se contempla en el artículo 42.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la misma norma ³⁹. También el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo, de 22 de junio de 1981, impone al empleador la obligación de garantizar que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores. También se recuerda en la sentencia que el artículo 40.2 de la Constitución obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo, y que las Directivas europeas y los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español obligan a promover medidas para la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores.

Recuerda el Tribunal que la doctrina jurisprudencial exige para la concurrencia de responsabilidad empresarial en materia de recargo que: a) la empresa cometa alguna infracción por incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado, b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del empleador y c) que exista relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, aunque esta conexión puede romperse cuando la infracción sea imputable al propio interesado.

- En el supuesto de la sentencia el Tribunal no aprecia que se haya roto el nexo causal entre infracción y daño por una conducta imprudente de trabajador, pues si bien la empresa impartió instrucciones escritas a los trabajadores en las que se prohibía «intentar meter las manos en los cilindros del laminador cuando se caiga un cuerpo extraño», en la evaluación de ries-

³⁹ El artículo 42.3 dispone que las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con el recargo de prestaciones. El artículo 14.2 establece que el empresario debe garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. El artículo 15.4 dice que la efectividad de las medidas preventivas debe prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Finalmente, el artículo 17.1 recoge que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos.

gos que efectuó el Servicio de Prevención se identificó como uno de los riesgos el atrapamiento por o entre objetos, advirtiendo de la necesidad de dotar a la máquina de dispositivos de protección para impedir la accesibilidad a los cilindros, y que a raíz del accidente sufrido por el trabajador la Inspección de Trabajo practicó requerimiento a la empresa a efectos de proteger los cilindros de la máquina.

Atribuye el Tribunal a la conducta omisiva del empresario la ausencia de protección de los cilindros como causa del daño producido al trabajador ⁴⁰.

Citando a la sentencia de 8 de octubre de 2001, RCU 4403/2000, el deber de protección del empresario es incondicionado, y prácticamente ilimitado, debiendo adoptar las medidas de protección que sean necesarias.

- Añade el Tribunal que en ocasiones la conducta del trabajador puede determinar la graduación o exoneración de la responsabilidad del empleador, pero en este caso la conducta del trabajador no reúne el carácter de temeraria, la imprudencia profesional o el exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la obligada a garantizar a los trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene ⁴¹. Otra cuestión es la repercusión que la infracción del trabajador puede tener en la graduación del porcentaje del recargo entre un 30 o un 50%.

El Tribunal analiza en esta sentencia cuál es la conducta a tener en cuenta por parte del empresario y por parte del trabajador, al empresario le exige un deber de protección respecto al trabajador prácticamente ilimitado, con una actuación preventiva *a priori* del accidente, y al trabajador para exonerar de responsabilidad al empleador le requiere de una conducta temeraria puesto que la imprudencia profesional la considera insuficiente para excluir de la infracción a la empresa.

IX. VALORACIÓN FINAL

El conjunto de las resoluciones judiciales examinadas permiten reconocer la importancia de la labor clarificatoria que en esta materia corresponde al Tribunal Supremo. La figura del recargo está regulada únicamente en el artículo 123 de la Ley General de Seguridad Social, contemplada someramente en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y la declaración del recargo figura en el artículo 16 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, a partir de ahí, cualquier interpretación

⁴⁰ Dice literalmente la sentencia: «Fue, pues, la conducta omisiva del empresario consistente en no llevar a la práctica la medida de protegerse el trabajador respecto de los cilindros de la máquina, la causa eficiente y determinante del daño producido al trabajador, acontecimiento que no se hubiera producido de haberse cumplido por el empleador *a priori* y no *a posteriori* del accidente, las condiciones mínimas de seguridad a que antes se ha hecho referencia».

⁴¹ Para el Tribunal la empresa es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, siendo de resaltar que incluso la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador.

de estas normas puede dar lugar a resoluciones contradictorias que finalmente deba revisar el Tribunal Supremo, afortunadamente al entender que el recargo es de cuantía indeterminada, cualquier controversia sobre él siempre podrá ser examinada, en última instancia, mediante la resolución del recurso de casación para unificación de doctrina.

La escasa regulación en la materia origina una abundante jurisprudencia que compromete al Tribunal Supremo hasta tal punto que en esta materia me atrevo a afirmar que no solamente efectúa una labor de intérprete sino que también está procediendo a efectuar una labor casi de legislador, al resultar obligado el Tribunal a resolver cuestiones que la norma no aborda directamente, y a estar permanentemente atento a la jurisprudencia que sobre esta materia se ha dictado anteriormente, de ahí que en las sentencias en materia de recargo se remita constantemente a la jurisprudencia unificadora ya existente, y a resolver cuestiones que no habían sido planteadas con anterioridad.