

## El recargo de prestaciones: una mirada en atención a su función Benefit surcharges: a look at their function

CARLOS L. ALFONSO MELLADO

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDA SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

### Resumen

En el presente artículo se aborda el régimen jurídico del recargo de prestaciones derivado de responsabilidad empresarial por incumplimiento de normas preventivas.

El análisis replantea y actualiza algunos de los debates clásicos en torno a este recargo que se configura como un complemento a las prestaciones de seguridad social, no asegurable y a cargo del empresario infractor.

Reiteradamente se debate acerca de la naturaleza del recargo de prestaciones y de los problemas que plantea su régimen jurídico, que han llevado a algunas posiciones a postular su desaparición, pero en este trabajo se intenta buscar una respuesta actual que tenga en cuenta la función jurídica, y en consecuencia social, que cumple el recargo de prestaciones, como institución destinada no a sancionar al empresario ni a indemnizar al accidentado, aunque puedan producirse ambos efectos, sino esencialmente a garantizar el cumplimiento de las normas preventivas y a incentivar en consecuencia la lucha contra los riesgos laborales.

Esa función es la que debe dar coherencia al régimen jurídico del recargo y así se defiende en el presente trabajo.

### Abstract

This article deals with the legal procedure regarding benefit surcharges arising from corporate responsibility for non-compliance with preventive regulations.

This analysis rethinks and updates some of the classic debates surrounding this surcharge which is designed as a complement to social security benefits, uninsurable and under the responsibility of the offending employer.

There is repeated debate about the nature of the benefit surcharge and the problems posed by its legal system, which have led some to postulate its disappearance, but in this paper we try to find a contemporary answer which takes into account the legal, and consequently social function, performed by benefit surcharges. Here we look upon it as an institution intended not to penalize the employer or to compensate the injured party, although both effects may occur, but rather a method to ensure compliance with the preventive regulations and to thus encourage the fight against occupational hazards.

This function is what should give a sense of logic to the legal system of the surcharge and is thus defended in this paper.

### Palabras clave

Accidente de trabajo; seguridad y salud; prevención de riesgos laborales; responsabilidad; recargo de prestaciones

### Keywords

Work accident; safety and health; prevention of occupational hazards; responsibility; benefit surcharges

## 1. LA FUNCIÓN JURÍDICA DEL RECARGO DE PRESTACIONES

La protección de la vida, salud e integridad física del trabajador debe hacerse, no sólo desde una óptica reparadora que atienda a las consecuencias del accidente o enfermedad, sino también desde una óptica preventiva que busque que el daño no se produzca. A este efecto, el elenco de responsabilidades del empresario por los daños que sufra el trabajador como consecuencia de su actividad debe servir, sobre todo, para incentivar el cumplimiento de las normas preventivas.

Ello permite, además, diferenciar dos vertientes sobre las que luego volveré: una, la protección de la víctima o sus familiares una vez producido el accidente, es, pues, una

vertiente individual; otra, que me parece esencial, la protección del colectivo de trabajadores expuestos al riesgo, es, pues, una vertiente colectiva y preventiva.

Para situar el recargo debe tenerse en cuenta que la legislación de Seguridad Social no sólo establece unas prestaciones que atienden a la situación contingencial derivada del daño profesional, sino que contempla otras previsiones destinadas a conseguir el grado más elevado posible de cumplimiento de las normas sobre seguridad y salud laboral; de estas previsiones, la más importante es la que establece el artículo 164 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en la redacción del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en lo sucesivo TRLGSS) que prevé un recargo de entre un 30% y un 50% en las prestaciones económicas de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando la lesión se haya producido 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 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 del trabajo, habida cuenta de sus características, y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

El elevado número de situaciones en que se discute la aplicación de este recargo y los problemas que en torno a él se plantean aconsejan unas reflexiones centradas en los problemas aplicativos que los situé desde la perspectiva de la función que cumple este recargo lo que permite dar una solución coherente y sistemática a esos problemas.

### 1.1. El recurrente debate sobre la naturaleza del recargo

Se ha discutido ampliamente si este recargo es de naturaleza punitiva o indemnizatoria<sup>1</sup>.

Cada una de las posturas podría tener consecuencias en cuanto a la forma de interpretar su aplicación y a la compatibilidad con otras responsabilidades. Por ejemplo, si se le atribuye carácter sancionador, ¿cabe otra sanción adicional: penal o administrativa? Si se le atribuye naturaleza indemnizatoria, ¿qué indemniza?; si indemniza los daños sufridos por el trabajador, ¿cabe otra indemnización en concepto de responsabilidad civil?

---

<sup>1</sup> Para ver un amplio resumen del debate doctrinal al respecto, consúltese entre otros y por todos, MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas” en VV.AA. *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA G. (dirs.) Tomo I, Murcia, Laborum, 2017; ROMERO RODENAS M. J. *El recargo de prestaciones en la doctrina judicial*, Bomarzo, Albacete, 2010; PURCALLA BONILLA, M. A. *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, Granada, Comares, 2000; HURTADO GONZÁLEZ, L. “La naturaleza resarcitoria del recargo de prestaciones por incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales”, en VV.AA. “La ley de Prevención de Riesgos Laborales” ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), Sevilla, *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, 1997, pp. 631 y ss. y MOLINA NAVARRETE, C. “Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos: la nueva modernidad de una institución jurídica clásica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 79/1996, pp. 787 y ss., y la doctrina citada en todos ellos.

Los órganos judiciales, en general, se pronunciaban por el carácter sancionador<sup>2</sup>. En ese sentido son claras la STC 158/1985, de 26 de noviembre y la STS (Social) 8-4-93, RJ 1714.

Además, el recargo ya era conocido anteriormente y el Reglamento de accidentes de trabajo, aprobado por Decreto de 22-6-56, expresamente lo calificaba de sanción para el empresario.

También parecen conducir a esa conclusión su tasación independiente de los daños reales y la necesidad de que se reconozca por una autoridad pública y mediante el correspondiente procedimiento administrativo, que puede ser instado por el Inspector de Trabajo (art. 22.9 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y art. 27 del Reglamento aprobado por RD 928/1998, de 14 de mayo –que sigue en vigor hasta que se produzca un nuevo desarrollo reglamentario en la materia–), así como la imposibilidad de aseguramiento.

Si todo lo anterior parecía incidir en la vertiente punitiva, se plantea una duda que suscita la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) que, en el art. 42.3 parece incluir al recargo entre las indemnizaciones, al señalar que las responsabilidades administrativas “serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social”, pero entiendo que no debe atribuirse a esa afirmación más importancia que la de una mera imprecisión que no puede alterar, por sí sola, unas conclusiones ampliamente asentadas acerca del carácter de este recargo ni prevalecer sobre el régimen específico legalmente previsto para el mismo, cuestión sobre la que volveré.

En todo caso, el carácter predominantemente punitivo que se reconocía no excluía que el recargo tuviese una naturaleza compleja, mixta, similar con los “daños punitivos” del derecho anglosajón<sup>3</sup>, participando de muchos elementos propios de las indemnizaciones.

Se entendía que se vendría así a indemnizar unos daños, pero con carácter sancionador y esa sanción serviría también para jugar un papel disuasorio e incentivador del cumplimiento de las normas de prevención, papel que parece esencial y que es el que debe retenerse, en mi opinión.

Más modernamente la jurisprudencia ha venido reconociendo que el recargo tiene una naturaleza compleja, pudiendo distinguirse hasta tres componentes diferentes.

Así se razonará por el Tribunal Supremo que: *“pese a que seguimos manteniendo la existencia de aquella faceta preventivo/sancionadora en el marco de una naturaleza compleja, por presentar tres finalidades diversas [preventiva, sancionadora y resarcitoria] y*

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, SSTSJ (Galicia) 30-1-98, 20-2-98, 31-3-98, AS 283, 120 y 1037 y 11-10-96, AS 3605; (Valencia) 1-10-96, AS 2995; (Navarra) 30-7-96, AS 2672; (Cataluña) 16-4-98 y 21-5-98, AS 2369 y 2082 y 4-7-96, AS 2908; (Andalucía/Málaga) 13-3-98, AS 978; (Asturias) 15-5-98, AS 1446; (País Vasco) 17-3-98 y 15-4-98, AS 1302 y 2026, etc.

<sup>3</sup> Naturaleza compleja que ya se razonó por MONEREO PÉREZ, J. L. en “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo”, Madrid, Civitas, 1992 y más recientemente en la obra anteriormente citada.

*articularse su gestión –reconocimiento, caracteres y garantías– en forma prestacional”. Se razona sobre los datos normativos que inclinan en la actualidad a hacer prevalente el aspecto prestacional y a este efecto señala “la Sala ha entendido más adecuado mantener la naturaleza plural del recargo –resarcitoria y preventivo/punitiva– sin inclusión en ninguna categoría jurídica novedosa, por considerar que ello no solamente podría dar lugar a disfunciones imprevisibles, sino que es innecesario a los efectos aquí tratados, en tanto que la Sala se decanta ... por rectificar su anterior doctrina y entender que a los efectos de que tratamos –la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo– ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva”<sup>4</sup>.*

Incluso, como se verá, en la jurisprudencia más reciente se hace prevalecer la faceta prestacional, especialmente cuando se analizan aspectos relativos a los efectos económicos hacia la persona destinataria de la prestación (prescripción, retroacción de los efectos, sucesión en la deuda, etc.).

De todas formas, el problema de su naturaleza no tiene tantas consecuencias prácticas, pues la ley y la jurisprudencia abordan ampliamente los problemas aplicativos del recargo, por lo que incluso el Tribunal Constitucional ha considerado en algún caso ocioso entrar en el debate acerca de su naturaleza<sup>5</sup>.

Desde luego, no parece que en el estado actual, pueda ampararse una interpretación y aplicación en los términos estrictos establecidos en la ley y de carácter restrictivo amparada en una naturaleza punitiva que, como se ha visto, es más compleja.

Lo que sí puede sostenerse es que la aplicación e interpretación del recargo y su régimen jurídico, se haga atendiendo a su finalidad esencial y ahí los aspectos preventivos deben ser los determinantes, como razonaré seguidamente.

## **1.2. La función del recargo**

Si entendemos que en la materia el elemento esencial que hace mantener el recargo en la actualidad es la incentivación de la prevención, ello permite concluir que no es la regulación la que debe adaptarse a la supuesta naturaleza que se atribuya al recargo, sino, al contrario, esa naturaleza debe adaptarse a la regulación y si hace falta habrá que convenir que la naturaleza responde a una categoría mixta, compleja, novedosa si se quiere, creada por el ordenamiento positivo, algo que obviamente este puede hacer.

Desde esa perspectiva no será la naturaleza la que nos permita solventar los problemas interpretativos y aplicativos, pues al ser compleja permitiría sostener interpretaciones contradictorias.

---

<sup>4</sup> Al respecto SSTS 20-4-2017, Rec. 1826/2015; 8-6-2016, Rec. 1103/2015, etc. Normalmente se cita la jurisprudencia y doctrina judicial que ha dado origen a una línea interpretativa, o que es ejemplo de los problemas expuestos, o que se produjo en los momentos próximos o inmediatamente posteriores a los cambios legislativos en materia preventiva, actualizándola en los casos en los que se han producido evoluciones normativas o jurisprudenciales.

<sup>5</sup> Véase STC 81/1995, de 5 de junio (BOE 8 de julio) en la que se analizaba cuestión tan polémica como la extensión de responsabilidad en los supuestos de contrata.

La solución a esas cuestiones, por otra parte, no es un problema grave pues el régimen jurídico-positivo es bastante completo y los problemas en su mayor parte pueden solucionarse atendiendo al mismo, lo que ha evitado, además, que las propuestas de reforma o desaparición del recargo encontrasen fundamento en problemas aplicativos generalizados o de excepcional intensidad<sup>6</sup>.

Pese a lo que acabo de exponer, es cierto que hay problemas que deben ser abordados de forma coherente y ello obliga a reflexionar que, como dije, la solución no puede venir de la posición en torno a la naturaleza del recargo, sino de la función esencial que este cumple y de la técnica que utiliza para garantizar esa función.

Me parece difícil discutir que la función esencial del recargo es, como avancé, la de garantizar e incentivar la prevención colectiva; es decir, incentivar al empresario, que es el deudor de seguridad por excelencia en las relaciones laborales, a cumplir su deuda de seguridad con la mayor atención posible; se potencia así la vertiente colectiva, la de protección del colectivo sujeto a riesgo, mediante una prevención eficaz; desde esa perspectiva no importa tanto el accidentado, la víctima, como la evitación del accidente, la protección frente al riesgo.

Para conseguir esa finalidad la técnica que se utiliza es actuar sobre la relación entre los costes de la prevención y los costes de la no prevención, elevando estos mediante un recargo de prestaciones –que es innegablemente caro–, lo que disminuye y abarata –relativamente y por comparación con los primeros– los costes de la prevención, que ciertamente existes y pueden desincentivar el recurso a medios caros aunque posibles.

Para influir sobre esos costes se ha buscado un método original, establecer una indemnización adicional –y por ello compatible– a favor de personas concretas, las que han padecido las consecuencias del accidente y que, por ello, tendrán interés en reclamar ese incremento prestacional, lo que facilita que el mismo se produzca y se exija, dándole así la mayor eficacia desde la intencionalidad de que el empresario advierta claramente que el coste de la no prevención puede resultar muy caro.

La función es, pues, colectiva, la protección de todos los trabajadores; la técnica incide en la vertiente individual, garantizar el percibo de unas cantidades a los dañados mediante un recargo de sus prestaciones de seguridad social.

Tener en cuenta esa función colectiva y su garantía mediante una técnica inividualizada, permite dar coherencia al recargo y los problemas que plantea su aplicación cotidiana, lo que en buena parte ha sido percibido por la solución judicial a los mismos; a la hora de valorar cuándo se debe aplicar el recargo, los sujetos responsables, la valoración de

---

<sup>6</sup> Como paradigma de estas propuestas véase VV.AA. *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España: estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención*, DURÁN LÓPEZ, F. (ed.), Madrid, Ministerio de Presidencia-BOE, 2001; en otras opiniones, con similar conclusión sobre la posibilidad de supresión entendiendo que las actuales reglas sobre el proceso laboral permitirían una adecuada protección del trabajador mediante la indemnización de daños, con reparación íntegra de los mismos, por todos Valdeolivas García, Y. “La responsabilidad por daños en la Seguridad Social”, en AEDTSS *La responsabilidad por daños en las relaciones de trabajo*, Madrid, Cinca, 2013, especialmente pp. 302 y 303.

la imprudencia del trabajador, etc., lo esencial es atender a la función del recargo y contemplar esos problemas desde la vertiente colectiva, lo que nos lleva a buscar la solución que más garantice el cumplimiento de las obligaciones preventivas y más proteja al colectivo en riesgo; cuando abordemos problemas concretos de la técnica aplicada, es decir la vertiente individual, la compensación adicional a la víctima, es lógico que apliquemos soluciones coherentes con la técnica aplicada y nos situemos en lo que utiliza el legislador, la dinámica propia de las prestaciones de la Seguridad Social, por lo que problemas como la base sobre la que debe girar el recargo, su capitalización, su fecha de efectos, el plazo de prescripción, etc., deben ser resueltos mediante la aplicación de las soluciones apropiadas a estas prestaciones.

Si se actúa así, es fácil solucionar cualquier problema aplicativo o entender la lógica del legislador e incluso de muchas actuaciones judiciales que son coherentes con cuanto acabo de exponer.

El mantenimiento o supresión del recargo no vendrá, pues, de los problemas aplicativos que plantea, que realmente o no existen o tienen solución adecuada, sino, en su caso, de que se entienda que sigue siendo necesaria la función jurídica y social que cumple y, por desgracia, las estadísticas de siniestralidad laboral parecen conducir a entender que en la actualidad sigue siendo necesario.

## **2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL RECARGO DE PRESTACIONES**

Los elementos configuradores que me parecen esenciales son los que a continuación se analizarán.

### **2.1. Presupuestos para su imposición: incumplimiento y prueba del mismo**

Es claro que el recargo lo es sobre prestaciones de la Seguridad Social y éstas nacen de una responsabilidad empresarial objetivada, pero el recargo responde a la existencia de culpa empresarial y por ello hay que tomar cuenta las siguientes circunstancias:

1ª) Para su reconocimiento ha de existir un previo incumplimiento de las obligaciones preventivas del empresario que siempre se habrá debido a dolo o negligencia; por tanto, si no puede imputarse a la empresa dolo o negligencia, no debe reconocerse el recargo<sup>7</sup>.

De hecho, además, no debe identificarse incumplimiento empresarial de obligaciones preventivas, que es lo que motiva el recargo, con infracción administrativa, que es lo que motiva la sanción administrativa y responde a una exigencia de tipicidad; el concepto de incumplimiento normalmente lleva aparejada una infracción pero, en sí, es más amplio y es el operativo a efectos de este recargo<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Por todas, STS 25-4-18, Rec. 711/2016, y en la doctrina judicial, por ejemplo, SSTSJ (Valencia) 12-7-94, AS 3233 y 16-4-96, AS 1976; (Cataluña) 16-4-98, AS 2369 y 17-1-95, AS 328; (La Rioja) 25-5-95 y 5-12-95, AS 1798 y 4606; (Extremadura) 15-11-95, AS 4247 y 10-7-95, AS 2711; (Navarra) 30-7-96, AS 2672; (País Vasco) 17-6-97, AS 1883; (Andalucía/Sevilla) 18-12-97, AS 5000, etc.

<sup>8</sup> STS 25-4-18, Rec. 711/2016.

2ª) Debe entenderse superado el debate acerca de si la infracción debe ser de alguna norma expresa o concreta o puede considerarse suficiente el incumplimiento de obligaciones generales del empresario; la actual doctrina judicial, con pleno acierto, pues es lo más coherente con la función preventiva que, como he dicho, parece la esencial del recargo, considera que basta la inobservancia de medidas generales a las que todo empresario está obligado pues ha de garantizar la máxima eficacia y la más perfecta organización de la debida prevención de riesgos, lo que se ajusta a la regulación de la vigente LPRL, conduciendo a un deber casi incondicionado y prácticamente ilimitado, que en mi opinión puede resumirse señalando que el empresario debe hacer todo lo que sea posible en atención a los riesgos previsibles, por lo que, para no incurrir en responsabilidad, el empresario deberá acreditar que el resultado lesivo se ha debido a fuerza mayor, caso fortuito, negligencia exclusiva y no previsible del trabajador o culpa exclusiva de terceros no evitable por él<sup>9</sup>, criterios que, como se analizará, se asumen en la actualidad en el art. 96.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Ley 36/2011, de 10 de octubre (LRJS).

3ª) Aunque es una responsabilidad tasada, no tiene una cuantificación absolutamente rígida, sino que se cuantifica entre un máximo (50%) y un mínimo (30%) en atención a la gravedad del incumplimiento, pero sin que ello suponga un automatismo o relación de proporcionalidad directa con la calificación de la infracción administrativa y el grado de la sanción impuesta, como se verá.

4ª) No basta la existencia de daños e infracción, sino que hay que probar el nexo causal entre ellos, es decir que la infracción ha ocasionado o agravado el accidente o que, de no haber concurrido, el accidente no se hubiese producido o se hubiesen minorado sus consecuencias<sup>10</sup>. En este sentido, el caso paradigmático que demuestra que el nexo causal no radica tanto en que la infracción haya desencadenado el accidente o la enfermedad, como en el hecho de que la falta de medidas preventivas pueda haber ocasionado un incremento de los daños o influido en los mismos, se da en las sentencias que han contemplado supuestos de atraco lo que, al estar el trabajador en el puesto de trabajo conduce ya a un presupuesto de causalidad, constituyendo el atraco un riesgo profesional<sup>11</sup>, sobre el que lógicamente el trabajador debería haber recibido formación e información lo que puede explicar la existencia de responsabilidad empresarial ante un hecho que, ciertamente es inevitable, pero no imprevisible<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Al respecto, por todas, STS 30-6-10, Rec. 4123/2008. En parecidos términos, por ejemplo, SSTS 24-1-12, Rec. 813/2011; 9-6-14, Rec 871/2012, etc. Ya con anterioridad se entendía así en otras sentencias, por ejemplo STS 26-3-99, Rec. 1727/1998.

En la doctrina, dando cuenta de la evolución jurisprudencial, por ejemplo, MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas”, op. cit. pp. 611 y 612.

En algunas opiniones se resalta que esa interpretación se ajusta a la necesidad de un enjuiciamiento riguroso de las vulneraciones de normas preventivas, en atención a la importancia de estas últimas; al respecto, por todos, RODRÍGUEZ PASTOR, G. “El recargo de las prestaciones de seguridad social encaso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en VV.AA. *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*, Pérez Alonso, M.A. (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, especialmente pp. 146 y 147.

<sup>10</sup> Al respecto, refiriéndose a ese nexo causal y/o a la relación que debe haber entre la infracción y el accidente, la doctrina judicial es muy amplia; véanse, entre otras muchas, SSTSJ (Valencia) 12-7-94, AS 3233; 27-1-95, AS 358 y 1-10-96, AS 2995; (País Vasco) 17-3-98, AS 1302; 4-7-95, AS 3137; 13-2-96, AS 269 y 14-5-96, AS 3121; (Cataluña) 6-2-96, AS 406; (Navarra) 30-7-96, AS 2672; (Galicia) 11-10-96, AS 3605; (Castilla y León/Burgos) 26-1-98, y 6-4-98, AS 37 y 1366; etc.

<sup>11</sup> Al respecto, por ejemplo, SSTS 12-6-13, Rec.793/2012.

<sup>12</sup> STS 25-6-08, Rec. 70/2007.

Ese nexo puede quedar destruido por las conductas del trabajador que puedan ser calificadas de imprudencia temeraria que excluye el concepto de accidente de trabajo y, por tanto, el recargo. Incluso, si el accidente se debió exclusivamente a imprudencia del trabajador, sin que concurriese infracción empresarial, hasta ahora se entendía que no procedía reconocer el recargo<sup>13</sup>, y lo mismo cuando los daños se debían a imprudencia exclusiva –o concurrente con la del propio afectado– de otro trabajador<sup>14</sup>. No obstante lo anterior, ahora hay que tener en cuenta, en ambos casos, la obligación empresarial de prever los descuidos o imprudencias no temerarias del trabajador –de cualquier trabajador no solo del accidentado– (art. 15.4 LPRL), por lo que habrá que extremar el rigor a la hora de exonerar de responsabilidad al empresario en estos supuestos, de conformidad igualmente con lo que se deriva del actual art. 96.2 de la LRJS<sup>15</sup>.

5ª) No puede presumirse la existencia de infracción. Por tanto, si no constan las circunstancias en que sobrevino el accidente, no podrá establecerse el recargo, sin que tampoco pueda presumirse la causa del accidente, salvo que, pese a ignorarse con absoluta certeza como ocurrió, resulte claro que se omitieron medidas preventivas que hubiesen evitado o minorado los daños<sup>16</sup>.

6ª) En principio, la carga de la prueba debería recaer sobre quien reclame el recargo por entenderse que deriva, claramente, de la culpa empresarial<sup>17</sup>, pero esto en la actualidad

<sup>13</sup> Al respecto, SSTS (Social) 6-5-98, RJ 4096, 21-4-88, RJ 3010 y 20-3-85, RJ 1356. Pero claro es, como se matiza, la imprudencia temeraria no es equiparable a la mera confianza profesional que conduce a un simple descuido ni exonera de responsabilidad al empresario cuando, aun concurriendo ese descuido o imprudencia simple del trabajador, exista también una infracción preventiva atribuible al empresario como resuelven modernamente, por ejemplo, SSTS 4-5-2015, Rec. 1281/2014 y 9-6-14, Rec. 871/2012, entre otras y en la doctrina judicial, SSTSJ (Cataluña) 21-10-16, JUR 32999, Rec. 4398/2016; (Andalucía/Sevilla) 14-12-17, AS 2018/80, Rec. 3820/2016; (Galicia) 19-6-15, AS 1182, Rec. 4741/2014 –importante pues analiza la posibilidad de una medida de prevención no obligatoria pero que hubiera sido recomendable y la consideración de que los excesos de velocidad normales no son imprudencia temeraria–.

<sup>14</sup> En este sentido, por ejemplo, SSTSJ (Galicia) 20-2-98, AS 120; (Valencia) 25-3-96, AS 564; (Navarra) 30-7-96, AS 2672; (País Vasco) 19-11-96, AS 3766. Por el contrario, más acertadamente, no entiende que exonere de responsabilidad la concurrencia de imprudencia de otro trabajador, STSJ (Madrid) 23-2-95, AS 833. En mi opinión, nuevamente el debate debe reconducirse a la obligación empresarial de prevención sobre los descuidos o imprudencias no temerarias de cualquier trabajador.

<sup>15</sup> Lo que ha permitido a cierta doctrina volver a afirmar que prácticamente solo la imprudencia temeraria del trabajador exonera de responsabilidad en estos casos al empresario, tal como razonan LUQUE PARRA, M. y GINÉS FABRELLAS, A. “Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 2/2014, p. 11.

<sup>16</sup> En la doctrina se hace referencia a esta conclusión en relación con riesgos como los producidos por el amianto; en muchos casos es imposible establecer directamente un principio de causalidad, pero sí que, al menos, se omitieron medidas que podían haber impedido que los daños se produjesen en todo o en parte. Al respecto RODRÍGUEZ PASTOR, G. “El recargo de las prestaciones de seguridad social, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, op. cit. pp. 149 y 150, con cita y coincidiendo con jurisprudencia como SSTS 16-1-12, Rec. 4142/210 y 18-5-11, Rec. 2621/2010. También puede aludirse aquí a riesgos como los derivados del acoso y en general a todos los riesgos psicosociales en los que lo fundamental, como razona STSJ (Cataluña) 10-7-12, Rec. 5037/2011, confirmada por STS 4-3-14, Rec. 788/2013, es si se adoptaron las medidas preventivas necesarias, faltando en el caso concreto la evaluación de riesgos psicosociales. Sobre la posibilidad del recargo en situaciones de acoso, con cita de otras opiniones doctrinales y doctrina judicial a la que remito, puede verse específicamente MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas”, op. cit. p. 610.

<sup>17</sup> MOLINER TAMBORERO, G. “La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, nº 19/1996, p. 397, defendió el carácter objetivo de esta responsabilidad, si bien, como matiza más adelante, en el sentido en

(...)



debe ser muy matizado; ya antes los criterios tradicionales sobre la carga de la prueba podían revisarse, especialmente aplicando las reglas sobre “facilidad de la prueba” que deben conducir a que esta recaiga sobre el empresario, que será quien deberá probar el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, sin que, desde luego, deba exigirse al trabajador la prueba de que su conducta tuvo toda la diligencia necesaria, pudiendo además admitirse que, salvo prueba en contra, el trabajador no es el causante de los daños que ha sufrido. Abunda en esta idea la obligación que pesa en la actualidad sobre el empresario de investigar y aclarar las consecuencias de cualquier daño laboral sufrido por los trabajadores (art. 16.3 LPRL). Es más, hacer recaer la prueba del cumplimiento sobre el empresario es lo lógico si atendemos a su situación de deudor de seguridad, que cabe extender a cualquier otro sujeto obligado a adoptar medidas preventivas hacia el trabajador. Únase a ello que el empresario dirige el proceso productivo y se entenderá que es natural que, si ha cumplido razonablemente sus obligaciones, le resultará fácil probarlo, mientras que al trabajador le puede resultar harto difícil probar el incumplimiento cuando ni dirige el proceso productivo ni controla las obligaciones preventivas.

Además en los casos en los que hubiese existido, como es lo normal, actuación de la Inspección de Trabajo, los hechos constatados por el Inspector gozan de presunción de veracidad, como se especifica con toda claridad, reproduciendo normas precedentes, en el art. 23 de la Ley 23/2015, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ya citada.

Por todas esas razones, en la actualidad, la revisión de los criterios tradicionales en materia de prueba viene impuesta por el artículo 96.2 LRJS que opta por una auténtica inversión de la carga de la prueba, exigiendo en todos los procesos por responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, y por tanto también en los relativos al recargo de prestaciones, que los deudores de seguridad –empresario y otros sujetos obligados– y quienes hayan concurrido en la producción del resultado lesivo, prueben que adoptaron todas las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como los factores que puedan excluir o minorar su responsabilidad.

Además, se establece que la imprudencia no temeraria del trabajador o la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que el mismo inspira no serán causa de exoneración de las responsabilidades de los anteriores, cuestión esta última en la que me remito a lo ya expuesto.

En relación con la forma en que el deudor de seguridad debe demostrar que agotó su deuda preventiva han de tenerse en cuenta tres principios:

---

que lo interpreta alguna corriente doctrinal que habla de responsabilidad objetiva por no ser necesario probar la culpabilidad del infractor. La orientación jurisprudencial no parece ser esa y en realidad no se prescinde de la culpabilidad del infractor –véanse las sentencias que se citan al respecto en este apartado y otras muchas en idéntico sentido–. Claro que otros criterios interpretativos que mencionaré, conducen a que esta responsabilidad resulte bastante objetivada, si bien encuentra, y no prescinde de ese elemento, un referente final en la existencia de culpa en el empresario incumplidor. Por eso otras opiniones doctrinales señalan que cabe hablar de una responsabilidad cuasi objetiva pero no puramente objetiva; al respecto MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas”, op. cit. p. 613

1) El primero es el de la posibilidad, correspondiendo al empresario demostrar que adoptó todas las medidas posibles frente a los riesgos existentes.

2) El segundo es el de la aplicación del mejor medio técnico, de la obtención de la máxima seguridad técnicamente posible, sin que quepa argumentar en contrario razones de coste económico o de razonabilidad financiera, que no se admiten, como regla general, en nuestro ordenamiento.

3) El tercero es el de la previsión de las imprudencias normales y profesionales del trabajador que, en la medida que existen y se conocen, deben ser objeto de previsión por lo que las medidas preventivas deben intentar impedir las o minimizar los riesgos que puedan derivarse de ellas al máximo posible.

Claro, para aplicar estos principios hay que tener en cuenta otros que derivan de la propia LPRL.

El primero es el de la secuenciación preventiva, ya que el empresario no es libre de elegir cualquiera de las medidas posibles frente a un riesgo, sino que las ha de ir aplicando atendiendo al orden que se desprende del art. 15 LPRL; conforme al mismo las medidas deben secuenciarse como ahora expongo, de tal forma que no es posible pasar al siguiente grupo si pueden adoptarse medidas del anterior. El orden es: evitar lo peligroso (art. 15.1.a) LPRL); combatir el riesgo en origen si no es posible evitar lo peligroso (art. 15.1. c) LPRL); proteger a los trabajadores del riesgo si no es posible evitarlo ni combatirlo en origen, adoptando medidas de protección colectiva que se anteponen a las de protección individual (art. 15.1.h) LPRL); adoptar medidas de protección individual solo si las colectivas no son posible ni tampoco cabe evitar el peligro o combatir el riesgo en origen.

Incluso, cuando se acude a medidas de protección individual, facilitando al trabajador un equipo de protección individual (EPI), hay que tener en cuenta que el empresario ha de tomar en consideración las previsiones del art. 17 LPRL y de su desarrollo reglamentario operado a través del RD 773/1997, de 30 de mayo. Por ello el empresario debe acudir a los EPI solamente cuando no se puedan utilizar medidas colectivas o de otro tipo; es decir, su uso debe ser residual. Si se tienen que utilizar, el empresario ha de escoger un buen equipo, mantenerlo en buen uso, ordenar que se utilice y formar para ello y vigilar razonablemente que se utilice.

Así el empresario o, en su caso, el deudor de seguridad deberán demostrar que evitaron todos los riesgos evitables, evaluaron los restantes, adoptarán las medidas preventivas posibles, formaron e informaron al trabajador de ellas, vigilaron la actuación de este frente a sus posibles descuidos e imprudencias y, en definitiva, tuvieron una conducta proactiva en materia preventiva, integrando la misma en el propio proceso productivo; es un nivel de exigencia riguroso, pero lógico en atención a los bienes jurídicamente protegidos: la vida, salud e integridad de las personas, de los trabajadores.

7ª) Por otro lado, la concurrencia de culpas, o mejor dicho, de conductas, esto es, el descuido o mera imprudencia del trabajador no excluye la existencia de responsabilidad del empresario si también ha habido infracción por su parte, que puede consistir en la mera culpa

*in vigilando*<sup>18</sup>, aunque puede influir en la cuantificación a la hora de aplicar el porcentaje concreto de recargo sobre las prestaciones. En todo caso la vigilancia empresarial es exigible en términos razonables, los que se desprenden de la obligación legal de efectuar la previsión de los descuidos del trabajador, del nivel de vigilancia habitual de un empresario prudente, sin que se imponga una vigilancia constante y cuasipolicial que podría incluso atentar a la propia dignidad del trabajador<sup>19</sup>.

Por supuesto, si no se detecta infracción de obligaciones empresariales y la razón del accidente es exclusivamente la imprudencia del trabajador, no parece que quepa imponer el recargo de prestaciones<sup>20</sup>

8ª) En atención a todo lo anterior se puede señalar que, aunque se sostenga el principio de responsabilidad por culpa, ello no excluye admitir una gran amplitud en cuanto a los supuestos en que procede reconocer el recargo de prestaciones, a la vista del art. 164.1 TRLGSS que se refiere al incumplimiento de las medidas, tanto generales como particulares, en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Por eso, además de los defectos en la seguridad de equipos de protección y trabajo, en máquinas, productos e instalaciones, que constituyen el bloque de supuestos más característicos, pueden dar lugar al recargo, por ejemplo: 1) La omisión de reconocimientos médicos obligatorios –teniendo en cuenta lo establecido en el art. 22 LPRL– y siempre y cuando dicha omisión haya influido en los daños sufridos por el trabajador<sup>21</sup>; 2) la simple ausencia de órdenes concretas o de instrucciones sobre uso de los medios de protección y en general cualquier defecto de formación o información al trabajador<sup>22</sup>; 3) la realización de trabajos por personas que los tengan

<sup>18</sup> En este sentido, STS (Social) 6-5-98, RJ 4096, que razona además que el no ejercicio por el trabajador de su derecho a paralizar la actividad ante el riesgo existente ni implica culpa por su parte ni exonera de responsabilidad al empresario. Sobre la culpa empresarial en estos supuestos, entre otras muchas, por ejemplo STSJ (Cataluña) 6-5-13, AS 1888, Rec. 573/2013; como ejemplos de supuestos concretos: no utilización del casco que la empresa facilitaba, véase STSJ (Castilla y León/Valladolid) 30-5-95, AS 2058 y STSJ (País Vasco) 1-12-94, AS 4984; en el de no uso de las gafas de protección véase, razonando la culpa *in vigilando* del empresario, por ejemplo, SSTSJ (Cataluña) 23-3-98, AS 2468 y 14-11-94, AS 4372 y (Galicia) 11-2-98, AS 431; en el de no uso de cinturones véase, entre otras, SSTSJ (Asturias) 20-3-98, AS 849 y (País Vasco) 10-1-95, AS 108. También reconociendo el recargo en atención a la culpa *in vigilando* en diferentes supuestos, entre otras muchas, SSTSJ (Cataluña) 23-1-98 y 15-4-98, AS 558 y 2368; (Castilla y León/Burgos) 10-7-96, AS 3222; (Castilla y León/Valladolid) 11-10-94, AS 3788 y (País Vasco) 13-5-97, AS 1650. En definitiva, como señalan SSTSJ (País Vasco) 27-2-98, AS 886; 8-9-95 y 29-12-95, AS 3451 y 4769 y 13-2-96, 7 y 14-5-96, AS 269, 3109 y 3121 y (Asturias) 17-4-98, AS 897, entre otras, lo importante no es valorar si el trabajador accidentado, o incluso otra empresa, han contribuido a la producción del resultado dañoso, sino si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y ésta, de haberse cumplido, hubiese evitado o minorado el accidente. Es decir, como resume STSJ (Madrid) 26-10-94, AS 4137, si concurre imprudencia del trabajador pero también hubo infracción empresarial y ambas influyeron en los daños, debe reconocerse el recargo, aunque, en su caso, moderando el porcentaje a fijar, como razonaré.

<sup>19</sup> Como señala GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el trabajo” en VV.AA. *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 252 y 253. Sobre la imposibilidad de una vigilancia constante véase SSTSJ (Galicia) 20-2-98, AS 120 y (Castilla y León/Burgos) 26-1-98, AS 294.

<sup>20</sup> Al respecto STS 25-4-18, Rec. 711/2016, valorando que la falta de incumplimiento empresarial se razonó en sentencia firme del orden social al resolver sobre las sanciones administrativas impuestas. También STS 14-2-18, Rec. 205/2016, valorando la vinculación a los hechos probados de una sentencia del orden contencioso.

<sup>21</sup> Señalando que si la omisión de reconocimientos no influyó en la enfermedad o accidente no debe reconocerse el recargo, pueden verse, entre otras muchas, SSTSJ (Valencia) 27-1-95, AS 358 y (Cataluña) 10-5-95, AS 1957.

<sup>22</sup> Por ejemplo, véase: valorando defectos en formación, SSTSJ (País Vasco) 31-3-92, AS 1310; (Galicia) 8-6-96, AS 2391; aludiendo a defectos de información o falta de instrucciones concretas, entre otras, SSTSJ

prohibidos<sup>23</sup>; 4) la falta de adecuación entre el trabajador y el trabajo<sup>24</sup>; 5) la mera falta de vigilancia sobre el cumplimiento de las órdenes en materia de prevención de riesgos laborales o sobre el uso de los medios de protección existentes<sup>25</sup>; 6) la no comprobación del funcionamiento o instalación de los equipos de protección de las máquinas, pese a que las mismas contasen con los certificados de homologación<sup>26</sup>; 7) La no adopción de medidas ante situaciones organizativas, funcionales, directivas y ambientales que pueden dar lugar a supuestos de acoso o a patologías psíquicas del trabajador, entendiendo que, como expuse, la falta de evaluación y prevención de los riesgos psicosociales puede dar lugar a la imposición del recargo<sup>27</sup>.

## 2.2. Sujetos responsables

La determinación de los sujetos responsables del abono del recargo plantea notables problemas a los que me refiero a continuación.

### 2.2.1. Empresario

El sujeto responsable típico es el empresario del trabajador que es, en principio el deudor de seguridad y por tanto quien tiene obligaciones preventivas hacia el trabajador, sin que corresponda ninguna responsabilidad a la entidad gestora, ni exista obligación de pago adelantado y ni siquiera cabe responsabilidad subsidiaria del INSS en supuestos de insolvencia empresarial<sup>28</sup>.

Esta conclusión es lógica si atendemos a la función del recargo a la que me referí; si se pretende que el recargo garantice el cumplimiento de las obligaciones preventivas en

(Extremadura) 11-2-98, AS 919; Aragón 15-4-98, AS 1575; (Andalucía/Málaga) 13-3-98, AS 978; (Galicia) 13-2-98, AS 434; (Rioja) 27-9-94, AS 3316; (Cataluña) 26-11-94, AS 4406 y 21-7-97, AS 3571; (Madrid) 8-4-96, AS 2013; (Castilla y León /Burgos) 17-11-97, AS 4193, etc. Sobre órdenes inseguras e incorrectas, expresamente STSJ (Galicia) 30-1-98, AS 283. En este sentido la mera falta de advertencia o señalización de que una máquina estaba averiada es suficiente para dar lugar al reconocimiento del recargo, como razona STSJ (País Vasco) 27-2-98, AS 886.

<sup>23</sup> Así por ejemplo, analizando un supuesto de trabajo de menores infringiendo prohibición, véase STSJ (Madrid) 10-11-95, AS 4311.

<sup>24</sup> Por ejemplo, en supuesto en que no se impide el uso de maquinaria peligrosa por personas con deficiencias psico-físicas, como en el caso contemplado en STSJ (Castilla-La Mancha) 17-1-92, AS 1486, o cuando se encargan trabajos de riesgo a personas con falta de cualificación, como en el caso que contempla STSJ (País Vasco) 13-2-96, AS 269, o simplemente cuando se encargan trabajos a personas que no parecen las adecuadas y que no los realizaban habitualmente como en el supuesto que resuelve STSJ (La Rioja) 27-9-94, AS 3316.

<sup>25</sup> Al respecto, véanse las sentencias ya citadas al aludir previamente a la culpa in vigilando del empresario y, entre otras, por ejemplo, SSTSJ (Cataluña) 26-11-94 y 30-12-94, AS 4406 y 4860 y 13-6-95, AS 2384; (País Vasco) 1-12-94, AS 4984 y 1-7-97, AS 2318; (Castilla y León/Valladolid) 30-5-95, AS 2058; (Galicia) 8-6-96, AS 2391; (Castilla y León/Burgos) 10-7-96, AS 3222; (Asturias) 29-5-98, AS 1600. etc.

<sup>26</sup> Como en el supuesto resuelto en STSJ (Cataluña) 30-9-94, AS 3537. En general, sobre la insuficiencia de los certificados de homologación a efectos de exonerar la responsabilidad del empresario, véase STSJ (Cataluña) 9-5-96, AS 1638. No obstante, si la máquina estaba certificada y su funcionamiento se probó o revisó, no parece que pueda imputarse infracción alguna al empresario, pues la máquina podía considerarse segura, pese a que posteriormente se revelase algún defecto oculto, como razona STSJ (País Vasco) 17-3-98, AS 1302.

<sup>27</sup> Al respecto STSJ (Cataluña) 22-10-13, AS 3104, Rec. 7237/2012.

<sup>28</sup> Al respecto, por ejemplo, SSTS (Social) 8-3-93, AS 1714; 16-11-93, AS 9069; 31-1-94, AS 398; 12-2-94, AS 1030; 20-5-94, AS 4288, etc. y SSTSJ (Madrid) 24-6-94, AS 2742; (Cataluña) 8-7-94, 29-10-94 y 30-12-94, AS 3032, 3897 y 4859 y 27-6-95 y 13-7-95, AS 2426 y 3092; (Castilla y León/Burgos) 20-12-95, AS 4693; (Galicia) 10-6-96, AS 1771, etc.

términos colectivos, no es lógico que acabe respondiendo del recargo quien no pudo asumir esas obligaciones ni ostenta la posición de deudor de seguridad.

Ahora bien, realmente y precisamente por lo que acabo de exponer, conforme al art. 164.2 TRLGSS el sujeto responsable es el “empresario infractor” y ello permite analizar si en ciertos supuestos se puede considerar como tal a un sujeto distinto del propio empresario del trabajador, lo que será lógico cuando sea empresario – requisito normativamente exigido – y tenga obligaciones preventivas hacia el trabajador dañado, pues solo si las tiene puede incumplirlas y ser, por lo tanto, infractor, el otro requisito exigido normativamente. Es más, aunque no sea lo normal puede haber situaciones en las que el empresario directo del trabajador no sea responsable del recargo debiendo recaer el mismo sobre un tercero.

Entre los supuestos en los que cabe atribuir responsabilidad a otros empresarios hay algunos que parecen claros: en este sentido una primera posibilidad nos remite a todos aquellos casos en los que la propia legislación laboral considera a varios empresarios responsables solidarios frente al trabajador y, en consecuencia, con obligaciones solidarias hacia él, por entender que la condición de empresario cabe atribuirlo a más de un sujeto; estos supuestos se dan en las siguientes situaciones: grupo de empresas patológico, conforme a la construcción jurisprudencial al respecto existente; y cesión prohibida de trabajadores, conforme al art. 43.2 ET<sup>29</sup>.

Más problemas se plantean en los supuestos de sucesión de empresas, a los que me referiré específicamente y ello pese a las reglas contenidas en el art. 44 ET y el art. 168.2 TRLGSS<sup>30</sup>.

Pero además de este, hay también otros supuestos problemáticos a los que también me refiero a continuación.

### **2.2.2. Situaciones de descentralización**

En las situaciones de descentralización, como veremos, la legislación preventiva atribuye obligaciones en la materia a sujetos distintos del empresario del trabajador; si el recargo, como dije, tiene la función esencial de garantizar colectivamente el cumplimiento de esas obligaciones, es lógico que se extienda la responsabilidad del recargo hacia esos otros sujetos responsables, lo que ocurre es que las situaciones son distintas como analizaré; en mi opinión pueden diferenciarse las siguientes:

1<sup>a</sup>) Situaciones de contrata y/o subcontrata de propia actividad.

En general, en estos casos, sin perjuicio de que siempre podría haber una responsabilidad subsidiaria conforme al art. 168.1 TRLGSS, puede sostenerse que del recargo de prestaciones son responsables el empresario principal, el contratista y, en su caso, el subcontratista, en base a la responsabilidad que se establece en los arts. 42.1 y 2 ET y 24.3 y 42.2 LPRL.

---

<sup>29</sup> Un examen de los sujetos responsables en estos supuestos en relación con un recargo de prestaciones, en STSJ (Navarra) 22-12-97, AS 4853.

<sup>30</sup> A título de ejemplo, sobre responsabilidad en la materia en supuestos de transmisión de empresas, véase STSJ (Cataluña) 9-5-96, AS 1639.

Esta extensión de responsabilidad no resulta contraria a los principios constitucionales como el propio Tribunal Constitucional tuvo ocasión de señalar<sup>31</sup>, pero se admite cuando se trata de contratistas de la propia actividad del empresario principal y de hechos acaecidos en sus locales.

En estos supuestos, la jurisprudencia<sup>32</sup> establece el principio de solidaridad en la responsabilidad pues, si todos esos sujetos están obligados, por lo menos, a vigilar las condiciones de trabajo para que sean seguras y saludables, en caso contrario, todos ellos, salvo supuesto excepcional, incumplen sus obligaciones y son empresarios infractores, doctrina que ha sido seguida ya en general por los órganos jurisdiccionales<sup>33</sup>, si bien la solidaridad no puede prescindir de la existencia de algún elemento que permita atribuir culpa o negligencia a los empresarios infractores, aunque será excepcional el caso en que existiendo incumplimiento pueda alguno de los empresarios exonerarse de culpabilidad<sup>34</sup>.

Ahora bien el principio de solidaridad en la responsabilidad del recargo es indiscutible en las contratistas de propia actividad y que se desarrollen en el centro de trabajo del empresario principal. En ese caso se considera que este está obligado a vigilar las condiciones en que se presta el trabajo, además de garantizar la seguridad de sus instalaciones y coordinar la prevención (24.1, 2 y 3 LPRL); los fallos al respecto le son pues atribuibles, y no es excesivo hacerlo porque, al ser de propia actividad y en sus instalaciones, debe conocer perfectamente las tareas ejecutadas por la contratista y puede velar por la seguridad y salud de los trabajadores de esta, que a su vez es la obligada a cumplir las instrucciones de coordinación y garantizar la seguridad de sus propios trabajadores, situación que cabe extender, en su caso, a toda la cadena de contratistas. Lo anterior explica la solidaridad pues cada empresario es infractor: por no coordinarse, por no vigilar, por no dar los medios de seguridad, etc. y como el recargo es único, todos los incumplidores que tengan la condición de empresario, aunque no lo sean del trabajador accidentado, responderán solidariamente del recargo.

<sup>31</sup> Al respecto STC 81/1995, de 5 de junio, BOE 8 de julio.

<sup>32</sup> Por todas STS 18-4-92, RJ 4849, unificando doctrina al respecto, y las que se citan en nota posterior.

<sup>33</sup> Por ejemplo, entre otras: STS 20-3-12, Rec. 1470/2011; SSTJS (País Vasco) 7-6-16, AS 1449, Rec. 1083/2016; 2-12-14, JUR 2012/21548, Rec. 1939/2014 y una larga serie de sentencias que viene de hace ya mucho tiempo y en las que entre otras, y sólo a título de ejemplo, pueden citarse las siguientes SSTSJ: (Aragón) 21-7-93, AS 3280; (Asturias) 9-1-98 y 29-5-98, AS 134 y 1600 y 22-7-94, AS 2802, 29-9-95, AS 3218 y 24-1-97, AS 759; (Extremadura) 26-10-94, AS 3817 y 2-10-95, AS 4052; (Castilla-La Mancha) 18-5-95, AS 129; (Castilla-León/Valladolid) 28-2-95, AS 642; (País Vasco) 14-2-95, AS 519, 10-5-96, AS 3117 y 24-6-97 y 22-7-97, AS 1890 y 2153; (Andalucía/Granada) 19-9-95, AS 3370; (Navarra) 10-5-96, AS 1488; (Andalucía/Sevilla) 9-6-97, AS 4836; (Galicia) 14-7-97, AS 2550; (Cataluña) 29-7-97, AS 3144 y (Murcia) 18-11-97, AS 4494, etc.

<sup>34</sup> Por eso las soluciones judiciales exoneran de responsabilidad a alguno de los empresarios implicados en la relación de contrata cuando consideran que el mismo no tuvo culpa alguna en la infracción. En este sentido, por ejemplo, SSTSJ (Cataluña) 4-6-94, AS 2542 y (País Vasco) 14-2-95, AS 519 y 24-9-96, AS 3597.

En definitiva el presupuesto para admitir la responsabilidad del empresario principal - o de cualquier otro - es que se le pueda considerar "empresario infractor", como razona, entre otras, STSJ (País Vasco) 4-7-95, AS 3134, lo que ocurrirá, fundamentalmente, según STSJ (País Vasco) 16-1-96, AS 200, cuando tenga alguna intervención en la falta de medidas preventivas; en parecidos términos, STSJ (Aragón) 11-2-98, AS 702. Por ello, cuando no sea posible atribuirle ese carácter de "empresario infractor", no le alcanza responsabilidad, como establece STSJ (Castilla-La Mancha) 10-6-94, AS 276. Similar solución en SSTSJ (Cataluña) 14-6-97, AS 2691 y (Andalucía/Sevilla) 30-4-97, AS 2781.

Los problemas en este supuesto se plantean a la hora de delimitar lo que significan los conceptos de “propia actividad” y “centro de trabajo”.

En cuanto al concepto de propia actividad cabe remitirse a la construcción que en general se ha establecido al respecto, que es plenamente asumible<sup>35</sup> y que conduce a una identificación bastante casuística, aunque puede resolverse en muchos casos en atención a la doctrina unificada que al respecto existe<sup>36</sup> y huyendo de las dos posiciones maximalistas a que alude alguna doctrina<sup>37</sup>, esto es, la que identifica “propia actividad” con “misma actividad” y la que identifica “propia actividad” con “todas las actividades que una empresa realiza o puede realizar por sí”, si bien, desde luego, si se atiende a la finalidad protectora de la norma, la delimitación de lo que signifique “propia actividad” debería acercarse más a la interpretación amplia que a la restrictiva.

En segundo lugar, la mención al “centro de trabajo” no debe tomarse en sentido literal, sino en un sentido finalista, entendiendo por tal, no el concepto del art. 1.5 ET, sino un concepto más material, asimilable al lugar de trabajo, porque sólo de este modo se consigue un nivel eficaz de protección en sectores en los que es muy habitual el trabajo bajo la forma de contrata: tendido de líneas eléctricas y telefónicas, montajes, construcción, contratas ferroviarias, etc.<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Al respecto, expresamente, véase GOERLICH PESET, J. M. “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral* n.º. 8/1997, pp. 142 y 143.

<sup>36</sup> Partiendo de la STS 18-1-95, RJ 514. La citada sentencia se refiere a “las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa”. La doctrina unificada se completa en STS (Social) 15-7-96, RJ 5990, que, en relación con las contratas de servicios, entiende que se consideran de la propia actividad aquellos servicios que tienen por objeto “la consecución de fines enmarcados en el área de la competencia” de la empresa principal.

En los pronunciamientos judiciales se entiendan excluidas, conforme a lo indicado, actividades como las siguientes: - custodia y vigilancia (STS 18-1-95, RJ 514); construcción y reparación (STSJ (Cataluña) 21-4-95, AS 1596, sobre pavimentación de centros de trabajo, salvo que se presten a otras empresas dedicadas a la construcción; mantenimiento industrial (STSJ (Andalucía/Sevilla) 6-2-95, AS 741, aunque el simple mantenimiento de la propia maquinaria, sí que se ha considerado propia actividad en STSJ (Asturias) 29-9-95, AS 3218, como también el mantenimiento de las instalaciones - labores de pintura necesarias - en STSJ (País Vasco) 24-6-97, AS 1890); actividades comerciales en relación con otras productivas (venta de materiales y construcción) (STSJ (Murcia) 23-11-95, AS 4401). A ellos cabe añadir otros que no resultan conflictivos como los de restauración (cafeterías, comedores, etc.), transporte, etc.

<sup>37</sup> Véase GOERLICH PESET, J. M. “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, op. cit. p. 143. Por contra, por ejemplo, y ya desde los inicios de la LPRL y buscando un mayor nivel de protección del trabajador GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta, 1996, p. 269, defendieron un concepto amplio para entender lo que significa “propia actividad”.

<sup>38</sup> Por todos, véase Moliner Tamborero, G. “La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales”, op. cit. p. 407 y GOERLICH PESET, J.M. “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, op. cit. p. 128. Esa es la interpretación que casa también con las normas comunitarias e internacionales y que parece consolidada doctrinalmente, pudiendo verse más recientemente, entre otros, en MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas” op. cit. p.614 y RODRÍGUEZ PASTOR, G. “El recargo de las prestaciones de seguridad social en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, op. cit. p. 156. También jurisprudencialmente parece doctrina consolidada, por ejemplo, en SSTS 22-11-02, Rec. 3904/2001; 26-5-05, Rec. 3726/2004; 10-12-07, Rec. 576/2007, etc., en todas las que se mantiene un concepto extensivo del centro de trabajo aunque técnicamente el espacio donde ocurrió el accidente no pudiera calificarse como tal a otros efectos.

Debe recordarse que la responsabilidad solidaria es eludible en materia de seguridad social, conforme al procedimiento establecido en el art. 42.1 ET, pero ello ni excluiría la responsabilidad subsidiaria en el pago de las prestaciones a que hubiese sido condenado el contratista al amparo del art. 168.1 TRLGSS, ni debe evitar la solidaridad en este marco concreto de las obligaciones relativas a la seguridad y salud laboral.

## 2ª) Restantes situaciones de contrata.

El problema no parece estar, pues, en las contratas citadas, en las que el principio general de solidaridad en la responsabilidad parece claro<sup>39</sup>; el problema lo plantean las restantes situaciones de contrata y subcontrata, y especialmente aquellas en que, conforme al art. 24.4 LPRL, el empresario principal ha de asumir en relación con los trabajadores del contratista –que no trabajan en sus locales, pero utilizan maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles suministrados por el empresario principal– las obligaciones correspondientes a los fabricantes, importadores y suministradores (art. 41 LPRL).

En ellas es difícil sostener el criterio general de solidaridad, y sólo parece que, si el empresario principal incumpliese esas obligaciones a que se ha hecho mención, cabría entenderle como responsable directo o solidario de cuantas obligaciones se impusiesen, incluso del recargo, en la medida que puede entenderse que éste se impone al “empresario infractor” (164.2 TRLGSS), que en estas situaciones no necesariamente ha de ser el empresario del trabajador<sup>40</sup>, sino que puede ser el propietario de las instalaciones, máquinas, etc. que carezcan de la seguridad adecuada (164.1 TRLGSS). En todos estos casos lo normal es que, como el empresario principal incumpliría sus obligaciones, pero también el contratista que debe garantizar, por supuesto, la seguridad y salud de sus trabajadores, ambos responderían solidariamente.

En los restantes supuestos de contrata también puede alcanzar responsabilidad al empresario principal respecto de los trabajadores del contratista o subcontratista y en general en otros empresarios de la cadena, pero la solución no es tan clara cuando existen una empresa contratista –o varias, o contratistas y subcontratistas– que trabaja en el mismo centro con la empresa principal aunque no sea en la propia actividad de esta.

En efecto, como se ha puesto de relieve<sup>41</sup>, en este caso deben jugar los apartados 1 y 2 del art. 24 LPRL, conforme a los que, cuando varias empresas trabajen en un mismo local, deberán coordinar sus actividades preventivas y, además, el empresario propietario del local debe adoptar las medidas precisas para que los restantes empresarios reciban información sobre los riesgos existentes en el local y las medidas de prevención y protección existentes, así como sobre las medidas de emergencia, para que las trasladen a sus trabajadores.

<sup>39</sup> En cuanto a la cadena de responsabilidad que implica que el contratista responde, junto al empresario principal, de los incumplimientos del subcontratista, cuenta también con precedentes jurisprudenciales en materia de prestaciones de la Seguridad Social, como STS (Social) 17-5-96, RJ 4472 y parece ya indiscutible.

<sup>40</sup> Esta idea de que el empresario infractor no necesariamente ha de ser el empresario del trabajador puede verse también ya desde los inicios de la LPRL, por ejemplo, entre otros, en GONZÁLEZ LABRADA, M. *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Barcelona, CEDECS, 1996, p. 570. y la doctrina jurisprudencial ya citada en materia de contratas y específicamente, por ejemplo, STS 16-12-97, RJ 9320.

<sup>41</sup> Véase expresamente y por todos GOERLICH PESET, J. M. “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, op. cit. pp. 139 y ss.



En definitiva, en estos casos las empresas deben coordinarse y el empresario propietario del local debe suministrar unas informaciones y, si no lo hace, los restantes empresarios deben recabárselas y trasladarlas a sus trabajadores.

Si alguna de estas obligaciones se incumple, todos los empresarios que lo hayan hecho, es decir, los que no se coordinen, el que no transmita la información, los que debiendo recibirla no la reciban y no la reclamen y, por último, los que no la trasladen a sus trabajadores, incurrir en infracciones laborales tipificadas e incumplen sus obligaciones preventivas.

Pues bien, si en estos casos el incumplimiento de las normas de prevención se extiende a otro empresario distinto del que lo sea del trabajador, tanto el empresario del trabajador como ese otro u otros empresarios incumplidores deberán responder solidariamente de cuanto procede en la materia que se analiza, ya que a todos ellos puede extenderse la noción de “empresario infractor” que es el concepto al que se remite el art. 164.2 TRLGSS, como ya antes se señaló.

Lo esencial, pues, es que el accidente se produzca en un medio que cualquier empresario al que se pretenda atribuir responsabilidad pudo y debió controlar y, al no hacerlo, omitió obligaciones preventivas<sup>42</sup>.

### 3ª) Trabajo en empresas de trabajo temporal (ETT).

Salvo supuestos excepcionales, como la responsable de la seguridad y salud del trabajador en el desarrollo de su actividad es la empresa usuaria (art. 28.5 LPRL y 16.2 Ley 14/1994), el propio art. 16.2 Ley 14/1994, hace a esta responsable del pago del posible recargo de prestaciones.

Esta solución reafirma lo que se dijo en el supuesto de contratas, en el sentido de que el concepto de “empresario infractor” no necesariamente ha de identificarse con el de “empresario del trabajador” cuando la prestación de servicios presente la complejidad en cuanto a la figura empresarial que se da en estas situaciones.

Ahora bien, la afirmación legal hay que matizarla pues la responsabilidad por la seguridad y salud de los trabajadores de las ETT está repartida entre la empresa usuaria y la de trabajo temporal; en efecto, el art. 28.5 LPRL atribuye a la ETT ciertas obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud de sus trabajadores, por ello, cada empresa debe responder por la infracción de las obligaciones que la ley le atribuye. En este sentido no es descartable que en algún supuesto el concepto de “empresario infractor” deba ser atribuido a la ETT, en cuyo caso, pese a la afirmación legal, ella debe ser la responsable del recargo de prestaciones.

Por otro lado, aunque ciertamente el empresario cliente es el que recibe la prestación de trabajo del empleado de la ETT y lo hace en su proceso productivo y en su centro y, por

---

<sup>42</sup> Se produjo, en consecuencia, en un proceso productivo parcial o totalmente bajo su control –o que debió ejercerlo–. Así lo entiende la jurisprudencia, por ejemplo en SSTS 5-5-99, Rec. 3656/1997; 11-5-05, Rec. 2291/2004; 10-12-07, Rec. 576/2007, etc.

ello, es quien directamente debe controlar las condiciones de realización de ese trabajo y garantizar las medidas de seguridad y salud laboral en los términos indicados, no creo que ello lleve necesariamente a la exoneración de la ETT en todos los supuestos; es más, no creo que debe exonerarse de responsabilidad cuando pudo conocer las condiciones de inseguridad y no hizo nada; ningún empresario puede desentenderse de las condiciones en las que presta su actividad su empleado, aunque lo haga para otro. Por ello, en los actuales términos y a la vista de las obligaciones preventivas generales y de las reglas del art. 96.2 LRJS, el agotamiento de diligencia por la ETT exige que la ETT pruebe que no pudo conocer la inseguridad del trabajo pese a mantener un cierto control sobre la forma de desarrollo de la actividad, pero, en caso contrario, si se desentendió de esto, omitiendo así sus obligaciones generales como empleador, debería ser responsable solidaria con el empresario cliente del recargo que pudiera imponerse.

#### 4ª) Empresas que trabajan en el mismo centro y las denominadas multiservicios.

Aquí, si existe una relación de contrata, cabe remitirse a cuanto se expuso y esa es la situación normal en la que deberían encontrarse las empresas multiservicios que, en caso contrario, incurrirían en cesión ilegal de trabajadores, en cuyo caso también hago remisión a lo expuesto y a la responsabilidad solidaria que les alcanzaría.

Si no hay situación de contrata o cesión, sino varias empresas que comparten espacio de trabajo, la posible extensión de responsabilidad a empresarios distintos del que lo sea del trabajador sólo podrá aparecer considerando que, aunque entre estas empresas no exista ninguna relación de contrata, la obligación de coordinación establecida en el art. 24 LPRL subsiste y, en consecuencia, puede aplicarse la solución de entender que existe responsabilidad solidaria entre todos los empresarios que hayan incumplido esta obligación de coordinación, tal como se expuso al abordar la situación de contrata.

Propiamente no sería una situación de descentralización productiva, pero las soluciones en cuanto a sujetos responsables pueden ser, como se ha visto, idénticas o muy próximas a las expuestas en los casos de propia descentralización.

#### 5ª) Fabricantes, importadores y suministradores.

Es claro que todos estos sujetos, conforme al art. 41 LPRL tienen unas obligaciones muy concretas: garantizar la seguridad de máquinas, productos, equipos, etc., además de obligaciones en materia de etiquetado y envasado e información. En consecuencia, en principio, pueden ser responsables por el incumplimiento de esas obligaciones, pero por falta de tipificación, al menos clara, no parece que esa responsabilidad llegue a constituir, en general, una infracción en el ámbito laboral y en consecuencia se hace difícil considerarlos empresarios infractores en los términos del art. 164 TRLGSS y, por ello, considerarlos responsables en cuanto al recargo de prestaciones. Además, el concepto de empresario infractor, que debe estar en la base de la imputación de la responsabilidad sobre el recargo, parece hacer referencia solamente a quien sea titular de los medios de producción –locales, instalaciones, herramientas, máquinas, etc.– lo que en los supuestos de descentralización productiva, e incluso en los supuestos de uso compartido de un mismo lugar de trabajo, permite, como se ha visto, extender la responsabilidad a sujetos distintos del empresario laboral del trabajador pero no permite extender dicha condición a quien no es titular de

aquellos elementos o instalaciones, aunque haya sido su fabricante, constructor o distribuidor. No quiere decir ello que este sujeto esté exento de responsabilidad, sino que la que le alcanzará lo será en otros ámbitos, incluso mediante acciones de repetición que pueda dirigir contra él el empresario del trabajador dañado sobre el que recaerá, en su caso, la responsabilidad del recargo de prestaciones. Solución que me parece coherente con la finalidad jurídica –potenciar la prevención– del recargo que, por tanto, debe recaer esencialmente sobre quienes directamente dirigen o pueden influir en el proceso productivo a efectos de garantizar condiciones de trabajo seguras y saludables –empresarios en los términos analizados–.

### 2.2.3. Sucesión de empresas

La doctrina y jurisprudencia<sup>43</sup> entendía tradicionalmente que el recargo de prestaciones no podía transmitirse al empresario sucesor del que había incumplido las normas preventivas, único empresario que podía ser considerado infractor y que, por tanto, en atención a la dimensión preventiva y punitiva del recargo de prestaciones podía ser responsable del mismo.

Es cierto que tanto la legislación laboral (art. 44 ET), como la específica de seguridad social (actualmente el artículo 168 TRLGSS), podían llevar a entender lo contrario, pero sistemáticamente se entendía que esas reglas generales quedaban excluidas en atención al concepto de empresario infractor que excluía la posibilidad de ampliar a otros sujetos esa responsabilidad, argumento que nunca me resultó convincente, especialmente porque las reglas específicas debían considerarse las relativas a la transmisión de empresa y porque esa solución olvidaba que, en ciertos supuestos de sucesión empresarial, la personalidad del empresario infractor –no solo su patrimonio activo y pasivo– era objeto también de sucesión, no desapareciendo la antigua personalidad –la del empresario infractor– que pasaba a ser ostentada por la entidad sucesora.

Incluso en esos casos, la tesis de que el empresario infractor era exclusivamente el anterior no era correcta, porque la continuidad de la personalidad, siquiera integrada en una nueva entidad, permitía atribuir a ésta la condición de empresario infractor.

Lo cierto es que, no en atención a esos argumentos, sino en atención a criterios mercantiles derivados de normas europeas (Directiva 78/855/CEE, interpretada por la STJUE 5-3-15, C-343/13, relativa a la transmisión de una infracción administrativa a una sociedad absorbente de otra que era la infractora), la jurisprudencia alteró sus conclusiones tradicionales, entendiendo que eran aplicables las específicas previsiones de seguridad social que hacían al empresario sucesor responsable de las prestaciones causadas, término amplio que comprendía, para esta jurisprudencia, no solo las prestaciones sino también los recargos sobre las mismas y no solo las ya reconocidas sino también las ya generadas y en vía de reconocimiento. Entiende el tribunal que la regulación general del recargo no contempla

---

<sup>43</sup> En la doctrina, por todos, MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas”, op. cit. p. 619 y RODRÍGUEZ PASTOR, G. “El recargo de las prestaciones de seguridad social, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, op. cit. p. 157; en la jurisprudencia, por ejemplo, SSTS 28-10-14, Rec. 2874/2013 y 18-7-11, Rec. 2502/2010.

reglas sobre su transmisión lo que genera una laguna legal a completar con las reglas específicas<sup>44</sup>.

La doctrina, establecida en un supuesto de fusión por absorción, parecía general pues las sentencias citadas la extendían a múltiples supuestos de sucesión empresarial, lo que motivó alguna perplejidad doctrinal entendiéndose que esa solución general conducía a complicar aún más, el debate en torno a la naturaleza del recargo de prestaciones y al régimen jurídico concreto que lo regula<sup>45</sup>.

Lo cierto es que posteriormente la jurisprudencia aclararía que la solución sobre la transmisión del recargo no alcanza a todos los supuestos de posible sucesión empresarial conforme a las normas laborales<sup>46</sup>, apuntando que: *“Muy diversamente, en la decisión ahora recurrida aunque el supuesto es relativo a sucesión de empresa y no consta exactamente el título del correspondiente negocio de transmisión, lo cierto es que constando en los hechos declarados probados que «... SA» se encuentra en situación concursal, es obvio que tal dato obsta la posibilidad de que nos hallemos no sólo ante es específico supuesto contemplado en nuestra sentencia referencial –fusión por absorción–, sino también en cualquiera de los casos de sucesión empresarial a la que atribuimos –con doctrina general– la transmisión de responsabilidad imputable al recargo de prestaciones. Recordemos que en la indicada la STS 23/03/15 [rcud 2057/14 ] afirmamos que «3.- Proyección general de nuestro cambio de doctrina.- No parece estar de más resaltar que aunque el caso examinado por el TJUE se hubiese limitado a un supuesto de fusión por absorción y éste sea también el caso de autos, desde el momento en que su jurisprudencia tiene la trascendencia extra litigio más arriba destacada, y por otra parte nuestra sentencia de contraste no iba referida a supuesto de fusión de empresas y además contenía una doctrina de general aplicación, parece razonable ofrecer el mismo alcance –general– a la rectificación de criterio que ahora hacemos. 3.- Es más, en el sentido que acabamos de referir incluso cabría añadir que ni tan siquiera concurre –entre las decisiones comparadas– contradicción plena entre las doctrinas mantenidas por ambas sentencias, siendo así que la nuestra referencial no mantuvo que en todo supuesto de sucesión de empresa hubiese de apreciarse la transmisión de responsabilidades por infracciones atribuidas a la empresa primitiva, sino que limitamos tal consecuencia a determinados negocios jurídicos, claramente inexistentes en los presentes autos. Así, concretamente indicamos en aquélla [FJ Quinto. 3]: «Proyección general de nuestro cambio de doctrina.- No parece estar de más resaltar que aunque el caso examinado por el TJUE se hubiese limitado a un supuesto de fusión por absorción y éste sea también el caso de autos, desde el momento en que su jurisprudencia tiene la trascendencia extra litigio más arriba destacada, y por otra parte nuestra sentencia de contraste no iba referida a supuesto de fusión de empresas y además contenía una doctrina de general aplicación, parece razonable ofrecer el mismo alcance –general– a la rectificación de criterio que ahora hacemos. En este sentido, por ejemplo y entre otros, hemos de indicar que: a).- Igualmente alcanza a los supuestos de fusión por constitución, habida cuenta de la plena equiparación de efectos que establecen tanto la normativa española [ art. 23 LME] como la*

<sup>44</sup> STS 23-3-15, Rec. 2057/2014, seguida por otras como SSTS 25-2-16, Rec. 846/2014; 20-4-2017, Rec. 1826/2015; 25-4-17, Rec. 3190/2015.

<sup>45</sup> Al respecto MONEREO PÉREZ, J. L. “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas”, op. cit. p. 621.

<sup>46</sup> Específicamente STS 25-4-17, Rec. 3190/2015.

*comunitaria [ art. 23 Directiva 78/855 ]. b).- También a los de escisión, habida cuenta de que por disposición legal tiene idéntico régimen jurídico –en cuanto a los efectos sobre el activo y pasivo– que la fusión [art. 73 LME]. c).- Con mayor razón ha de sostenerse la solución en todos los fenómenos de «transformación» [arts. 3 a 21 LME], pues a pesar de que en ellos la sociedad adopta un tipo social diverso, en todo caso conserva su propia personalidad jurídica, de forma que ni tan siquiera es sostenible que se haya producido subrogación de la empresa, sino que con tal transformación únicamente se alcanza una novación formal de la sociedad que deviene irrelevante a los efectos de que tratamos. d).- También en el caso de «cesión global de activo y pasivo» [arts. 81 a 91 LME], fenómeno por virtud del cual se transmite en bloque –por sucesión universal– todo el patrimonio de una sociedad inscrita a cambio de una contraprestación, pues mutatis mutandis son aplicables las mismas consideraciones que efectuamos en el caso de la fusión; y con mayor motivo ha de mantenerse el criterio cuando la cesión se realiza a favor de los propios socios, por cuanto que los mismos no resultarían ajenos a los incumplimientos empresariales determinantes de las patologías a que el **recargo de prestaciones** atiende.»*

Puede verse que la solución se extiende esencialmente a supuestos de sucesión de empresas que conllevan transmisión de la personalidad empresarial: fusión, absorción, escisión, transformación de sociedades. También se alude a supuestos de cesión global de activo y pasivo, aunque con el matiz de señalar que ello es especialmente aplicable –aunque no parece que únicamente– a aquellos casos en los que la cesión se efectúa a favor de los propios socios que, por tanto, no son ajenos al incumplimiento producido.

Esa afirmación y la pervivencia de personalidad, siquiera transformada, que se da en general en los otros supuestos, permiten mantener la noción de empresario infractor en la sociedad sucesora.

Por otro lado, el supuesto se aplica esencialmente en los fenómenos societarios aunque podría extenderse a supuestos similares relativos a personas físicas, pero no parece generalizable a todos los supuestos de sucesión de empresas, como, por ejemplo y posiblemente, supuestos de transmisión parcial en los que no desaparezca la actividad y personalidad de quien fue considerado empresario infractor.

Desde esta perspectiva no parece que la solución rompa con una aplicación lógica y coherente con la función preventiva del recargo de prestaciones y, desde luego, si en la dimensión colectiva puede sostenerse, también en la dimensión individual –prestaciones– en relación con el beneficiario, pues podía ser relativamente ilógico que existiese transmisión de la responsabilidad sobre una prestación pero no sobre el recargo aplicado a la misma.

### 2.3. Cuantía del recargo

La cuantía del recargo plantea esencialmente dos problemas: la determinación de la misma y la influencia que sobre esa determinación pueda tener la concurrencia de conductas imprudentes por el propio accidentado. Adicionalmente, y por la posible influencia que podría tener en dicha cuantificación, debe analizarse también la compatibilidad entre el recargo y otras posibles responsabilidades que puedan recaer sobre el empresario infractor aunque, como se verá y ya anticipo, esta cuantía es inmune a lo que ocurra en esas otras responsabilidades.

### 2.3.1. Determinación de la cuantía

En principio la cuantía se fija por el órgano administrativo y, de existir demanda judicial –que en el caso de cuestionarse la cuantía puede ser interpuesta por el beneficiario o por el empresario responsable–, por el Juzgado de lo Social.

El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, ha admitido la posibilidad de reconsiderar, mediante la interposición del correspondiente recurso de suplicación, la cuantía en que se haya fijado el recargo<sup>47</sup>, pudiendo discutirse normalmente el porcentaje del recargo, pero también la base sobre la que gira el mismo. Es más, entre las cuestiones revisables en suplicación, está determinar si concurrió negligencia del trabajador, pues en tal caso existiría un factor que permite modificar la cuantía del recargo reconocida en la instancia, cuestión que ya avancé y sobre la que volveré específicamente.

Por otro lado, a la hora de valorar la cuantía es importante determinar cómo se establece el porcentaje del recargo pues este, como se dijo, puede oscilar desde el 30% hasta el 50%. Ya avancé que no existe un automatismo con la gravedad que a efectos administrativos haya merecido la calificación de la infracción (leve, grave o muy grave), como también la posible influencia de la concurrencia de culpa por parte del trabajador y la conclusión de que fundamentalmente corresponde al órgano de instancia la determinación del correspondiente porcentaje.

Ahora bien, al determinar ese porcentaje, ese órgano de instancia ha de tener en cuenta los elementos concurrentes y la mención legal a la gravedad de la falta, que debe entenderse remitida, no a la calificación administrativa, sino a los propios condicionantes que para ella establece el art. 164 TRLGSS, pudiendo valorarse elementos como la magnitud del incumplimiento empresarial, la peligrosidad de las actividades que se realizaban, el número de trabajadores expuestos, etc.<sup>48</sup>

Esta interpretación parece lógica si atendemos, como ya dije, a la función jurídica del recargo, que no es otra que incentivar la prevención, lo que, más allá del resarcimiento del afectado, tiene una dimensión colectiva, la protección del conjunto de los trabajadores, introduciendo un importante factor de disuasión del incumplimiento preventivo por el coste que el mismo puede tener; en ese sentido, es lógico que entren en la valoración del porcentaje de recargo esos elementos colectivos (actividad, número de expuestos, etc.).

El recargo recae sobre la prestación reconocida, sea esta del tipo que sea (incapacidad, viudedad, favor de familiares, etc.), del grado de incapacidad que sea (gran invalidez, absoluta, total, parcial, etc.), y ya sea permanente o temporal, pues el recargo recae sobre la prestación económica de la Seguridad Social (164.1 TRLGSS).

---

<sup>47</sup> Al respecto, STS 19-1-96, RJ 112. Siguiendo ya la doctrina unificada, por ejemplo en la doctrina judicial pueden verse, SSTSJ (País Vasco) 14-5-96, AS 3121; (Castilla y León/Valladolid) 13-1-98, AS 836 y (Asturias) 20-3-98, AS 849. También, STSJ (Cataluña) 4-7-96, AS 2908, que procede a fijar directamente el porcentaje de recargo al resolver el recurso interpuesto contra sentencia que había confirmado resolución del INSS en que se denegaba éste. Lógicamente la reconsideración en el recurso de la cuantía del recargo, exige la articulación de un motivo que aporte y razone las bases jurídicas sobre las que se postula dicha pretensión, como recuerda, por ejemplo, STSJ (Asturias) 17-4-98, AS 897.

<sup>48</sup> Al respecto SSTS 14-3-17, Rec. 1038/2015; 26-4-16, Rec. 149/2015; 4-3-14, Rec. 788/2013

Ha resultado igualmente debatida la cuestión acerca de si el recargo debía imponerse a una pensión de viudedad causada por una persona que percibía el recargo antes de fallecer como consecuencia de una pensión de incapacidad (en el caso gran invalidez). En este sentido, aplicando la presunción de que el fallecimiento se debe a la misma causa que motivó la pensión precedente, y sin perjuicio de probar lo contrario, el recargo debe aplicarse igualmente a la pensión de viudedad –y por las mismas razones a cualquier otra derivada del fallecimiento–, lo que además obligará a constituir un capital coste renta nuevo distinto del constituido en su día a efectos de la pensión de incapacidad<sup>49</sup>.

También era polémica la cuestión de si el recargo debía aplicarse en las mejoras complementarias que las empresas pudieran tener establecidas, pero el Tribunal Supremo unificó doctrina en sentido contrario, considerando que el recargo sólo procede sobre las prestaciones que abona la Seguridad Social pública, en aras a una interpretación estricta de lo legalmente establecido al tratarse de una norma punitiva<sup>50</sup>, lo que casa mal con la función de incrementar los costes de la no prevención, pero puede entenderse para no introducir un factor disuasorio en el establecimiento de estas mejoras complementarias. En todo caso, el pacto o convenio que establezca una mejora puede disponer que la misma se incremente en el mismo porcentaje que un posible recargo pero técnicamente eso influiría sobre la cuantía exigible como mejora, no sobre el recargo en sentido propio.

### 2.3.2. Influencia de la concurrencia de culpas

Como se dijo, la concurrencia de culpa del trabajador no exonera de responsabilidad al empleador. Normalmente solo la imprudencia exclusiva de la víctima que además no fuese previsible exonerará al empleador y ello, en general, es predicable de imprudencias temerarias porque en las demás, sin excluir supuestos límites e imprevisibles, la obligación de vigilancia del empleador así como la prever los descuidos o imprudencias profesionales al adoptar medidas preventivas. Generará, en su caso, una concurrencia de conductas culpables, la de víctima y la del empleador siquiera por omisión del deber de vigilar.

En ese caso, y por lo tanto, no será imposible reconocer el recargo pero se permite modular su cuantía, conduciéndola normalmente a la escala inferior aunque no, desde luego, por debajo del mínimo legal del 30%<sup>51</sup>.

Eso sí, la aplicación de este supuesto requerirá ponderar adecuadamente las conductas concurrentes para determinar el grado en su caso de compensación relativa entre ellas y, por tanto, el porcentaje adecuado del recargo.

<sup>49</sup> Al respecto STS 9-6-15, Rec. 36/2014 y STSJ (Andalucía/Sevilla) 14-12-17, AS 2018/80, Rec. 3820/2016.

<sup>50</sup> Al respecto SSTS (Social) 20-3-97, RJ 2591 y 11-7-97, RJ 6258 y SSTSJ (Galicia) 21-3-96, AS 601; (Navarra) 26-3-96, AS 1177; (Castilla y León/Valladolid) 28-5-96, AS 1535. Muestra de sentencias anteriores que aplicaban el recargo sobre las mejoras voluntarias puede encontrarse en STSJ (Extremadura) 23-1-95, AS 16.

<sup>51</sup> Por ejemplo SSTS 20-1-2010, Rec. 1239/0922-7-10, Rec. 3516/2009; en la doctrina judicial, por ejemplo, SSTSJ (Galicia) 19-6-15, AS 1182, Rec. 4741/2014; (Cataluña) 6-5-13, AS 1888, Rec. 573/2013. En la doctrina, por todos y como ejemplo del estudio sobre criterios de cuantificación e influencia de la imprudencia del trabajador, puede verse MARTÍNEZ MARTÍ, M. “Estudio jurisprudencial de la modulación del recargo de prestaciones de la seguridad social por imprudencia profesional del trabajador”, *Iuslabor* n° 2/2016, pp. 1-12.

Por otro lado, en coherencia con las reglas sobre prueba del artículo 96.2 LRJS, cuando un deudor de seguridad pretenda alegar la imprudencia del trabajador, esta no se supondrá y deberá en su caso ser objeto de prueba por quien la alegue.

### 2.3.3. Compatibilidad con otras responsabilidades empresariales

Este recargo es compatible con cualquier responsabilidad, tal como establecen en general el art. 164.3 TRLGSS, el art. 42.3 LPRL en relación con la responsabilidad administrativa y, como norma de desarrollo, el art. 27 del Reglamento anteriormente citado, aprobado por RD 928/1998.

Esa regulación no resulta inconstitucional y es admisible pues, aunque el recargo tenga en parte naturaleza sancionatoria, dentro de esa naturaleza compleja a la que me referí, sus efectos se producen en el plano privado, diferenciándose claramente de las sanciones de carácter público<sup>52</sup>.

Esa naturaleza, parcialmente distinta de las sanciones públicas, se convierte en algunos pronunciamientos judiciales en la base esencial para defender la compatibilidad entre aquellas y el recargo<sup>53</sup> y, por supuesto, conduce a que, a la vista de la independencia entre estos, haya de entenderse que las incidencias que afecten a la sanción administrativa no deben repercutir necesariamente en el reconocimiento del recargo sobre prestaciones.

Si no se duda de la constitucionalidad de las penas accesorias públicas, no parece que deba objetarse este recargo que sería, desde la perspectiva punitiva presente en su naturaleza, una especie de pena accesoria de efectos, como se ha dicho, en el orden privado.

Mayores problemas se plantean en cuanto a la compatibilidad con las sanciones penales porque la Orden de 18 de enero de 1996, dictada para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, dispone en su art. 16.2 que el procedimiento administrativo dirigido al reconocimiento del recargo quedará paralizado, de existir en curso un procedimiento penal por los hechos que podrían motivar el reconocimiento del recargo, hasta que este finalice con sentencia o resolución firme. Esta disposición podría conducir a un retraso considerable en el reconocimiento del recargo, desincentivar el recurso a la vía penal y se compagina mal, no con el carácter compatible del recargo –que no cuestiona directamente–, pero sí con el carácter independiente de cualquier otra responsabilidad que le atribuye el art. 164 TRLGSS que, por otro lado, conduce a que las calificaciones jurídicas y valoraciones del orden penal no vinculen al orden social en esta materia en los términos que se analizarán. Por todo ello, y por la falta de amparo legal para esa disposición, la jurisprudencia ha acabado concluyendo en la inaplicabilidad de dicha paralización, solución que parece acertada<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Lo que de todas maneras no deja de ser polémico doctrinalmente. Al respecto, por ejemplo, NAVAS PAREJO ALONSO, M. “La aplicación del principio «non bis in idem» en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Temas Laborales* nº 124/2014, especialmente pp. 90 a 94.

<sup>53</sup> Véase ese razonamiento, por ejemplo, en SSTSJ (Castilla-La Mancha) 15-9-95, AS 3589; (Madrid) 5-10-95, AS 3891 y (Asturias) 15-5-98 y 29-5-98, AS 1446 y 1600.

<sup>54</sup> Por ejemplo SSTS 18-10-07, Rec. 2812/2006 y 17-7-13, Rec. 1023/2012.



El recargo tampoco excluye la responsabilidad civil ordinaria porque no cubre todos los daños producidos, sino que recae exclusivamente sobre las prestaciones de la Seguridad Social, que atienden únicamente a la situación de necesidad derivada de una contingencia producida y reconocida legalmente. No se impide, pues, que puedan existir otras reparaciones que recaigan sobre otros daños. De este modo, el recargo no indemniza ni la totalidad de los daños, ni daños diferentes de los que se reparan por las prestaciones de la Seguridad Social.

Por supuesto, la compatibilidad conlleva el efecto de que a la hora de fijar la cuantía del recargo no pueda deducirse, ni tomarse en consideración para minorarla, las cantidades satisfechas al trabajador por daños y perjuicios en atención a otra responsabilidad, específicamente la indemnización de daños reclamable igualmente ante el orden social<sup>55</sup>.

#### **2.4. Prohibición de aseguramiento**

Conforme al art. 164.2 TRLGSS esta responsabilidad no es asegurable, siendo nulo cualquier pacto al respecto, lo que se justifica, además, en la naturaleza punitiva del mismo y a efectos de garantizar su efecto disuasorio e incentivador del cumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales.

La conclusión anterior se podría cuestionar en atención al art. 5.5 LPRL que establece que se podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo. Pero, en contrario de la posibilidad de aseguramiento, cabe argumentar la prohibición expresa del art. 164.2 TRLGSS que sería norma especial no derogada por la LPRL, la realidad de que permitir el aseguramiento privaría del efecto disuasorio e incentivador del cumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral, y la aplicación de la disposición adicional primera de la LPRL, que mantiene en vigor expresamente las previsiones de la normativa de Seguridad Social en cuanto al régimen jurídico establecido en esa materia en relación con los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Para resolver la cuestión habría que atender a la finalidad de la norma y asumir la interpretación que mejor la garantice. En este sentido, si tenemos en cuenta que la finalidad principal del recargo no es la de indemnizar los daños, ni siquiera la de sancionar al empresario infractor, sino la de fomentar el cumplimiento de las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales y disuadir el incumplimiento de las normas establecidas en la materia, parece que como mejor se cumple esta finalidad es impidiendo el aseguramiento del recargo, lo que resulta, además, coherente con su naturaleza compleja y, desde luego, se ajusta a la literalidad de la norma.

Es más, el aseguramiento impediría la técnica utilizada para ese fin, que no es otra que la de incrementar considerablemente los costes de los defectos preventivos, fomentando así la inversión en prevención y haciendo más llevadero el coste de la misma. Si el recargo fuese asegurable, el coste sería el mismo para el empresario cumplidor que para el

---

<sup>55</sup> Al respecto SSTS, 2-10-00, Rec. 2393/1999; 14-2-01, Rec. 130/2000 y 21-2-02, Rec. 2239/2001, entre otras y concretando la doctrina 23-6-14, Rec. 1257/2013

incumplidor pues, normalmente, todos asegurarían esa responsabilidad con independencia de su mayor o menor respeto hacia las obligaciones preventivas.

Por otro lado, la prohibición de aseguramiento es absoluta y no puede eludirse mediante mecanismos aseguratorios que, sin hacer mención del recargo, cubran, por ejemplo, cualquier responsabilidad patrimonial del empresario por accidente. Esa operación sería nula y no exigible en cuanto al recargo, además de poder constituir una infracción de sus obligaciones en el plano aseguratorio por la entidad que asegurase esa responsabilidad.

Claro es que la prohibición tiene un elemento débil, pues rige para entidades sujetas al ordenamiento español, pero no para seguros que se concierten con entidades extranjeras y en contratos aparentemente no sujetos a este ordenamiento. Ahora bien, esas operaciones no serán exigibles en territorio español; aquí serían actos nulos por contrarios a una norma prohibitiva.

Parece, pues, coherente la solución de entender que no cabe aseguramiento alguno del recargo bajo ninguna fórmula y que cualquier operación que pretenda esa cobertura es nula y no exigible en el territorio español.

### **3. RECONOCIMIENTO ADMINISTRATIVO E IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL RECARGO. PRESCRIPCIÓN**

Aunque el recargo se concreta en una cuantía que recibe el trabajador accidentado o sus causahabientes, su determinación conlleva un previo expediente administrativo que concluye con una resolución administrativa, susceptible de recurso jurisdiccional ante el orden social.

La aplicación del recargo requiere un previo reconocimiento administrativo y su cuantía no es totalmente tasada, sino que oscila entre un 30% y un 50% de las prestaciones económicas procedentes, correspondiendo al empresario capitalizarlo y a la entidad gestora abonarlo una vez producida esa capitalización.

El reconocimiento se efectúa por las Direcciones Provinciales del INSS (art. 16 de la O.M. de 18 de enero de 1996, dictada para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social), en expediente administrativo en materia de seguridad social que puede ser iniciado a solicitud de persona interesada o de la Inspección de Trabajo tal como ya se analizó.

Por supuesto el reconocimiento sólo podrá hacerse si la responsabilidad empresarial en esta materia no ha prescrito, debiendo regir al respecto los plazos de prescripción establecidos con carácter general para las prestaciones de la Seguridad Social (art. 53.1 TRLGSS), cuestión sobre la que volveré.

Las resoluciones recaídas en ese expediente son recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional social, pero la ejecución de la resolución administrativa se lleva a efecto, en su caso, en vía administrativa por la Tesorería de la Seguridad Social<sup>56</sup>.

La necesidad del reconocimiento previo impide que el interesado reclame directamente del empresario infractor la aplicación del recargo pero, desde luego, no le impide impugnar en sede judicial, ante los órganos del orden social, la resolución administrativa que deniegue el recargo.

Por otro lado, cualquier persona declarada como responsable del recargo, incluso en condición de responsable solidario, está legitimado para impugnar el reconocimiento del recargo<sup>57</sup>.

Como el presupuesto de hecho del recargo es que haya existido un incumplimiento de obligaciones, es posible que esa infracción empresarial haya merecido la correspondiente sanción en vía administrativa laboral. En épocas precedentes, de haberse impuesto la sanción y el recargo, existía la posibilidad de sentencias contradictorias, pues del recurso contra el recargo se encargaba la jurisdicción social y del recurso contra la sanción la jurisdicción contencioso-administrativa. La LPRL intentó aportar una solución al establecer en su art. 42.5 que: *“la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de las prestaciones de la Seguridad Social”*. Pero la solución no resultaba plenamente satisfactoria y desde luego la existencia de sentencias aparentemente contradictorias no era una mera posibilidad teórica<sup>58</sup>, aunque ciertamente la

<sup>56</sup> Al respecto, por ejemplo, el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 3-11-98, AL 350/1999 y SSTSJ (Asturias) 31-1-97, AS 216 y (País Vasco) 4-11-97, AS 4647.

<sup>57</sup> Por ejemplo, entre otras, STSJ País Vasco 2-12-14, JUR 2015/21548, Rec. 1939/2014.

<sup>58</sup> De hecho, la jurisprudencia, por todas STS 25-4-18, Rec. 711/2016, razona señalando que: *“En ese contexto, y excluida la eficacia prejudicial de la cosa juzgada de la sentencia emitida por un órgano de otro orden jurisdiccional, el ordenamiento jurídico arbitró una medida tendente a evitar pronunciamientos contradictorios en lo que respecta a la fijación de los hechos, con una finalidad de coherencia y seguridad jurídica ( ATC 74/2004 y 76/2004, de 9 de marzo ), conforme a la cual el órgano de la jurisdicción social debe asumir como ciertos los hechos declarados tales por el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, lo que como señala la TC 16/08 y es doctrina reiterada de esta Sala (TS 13-3-12, rec. 3779/10; 10-7-12, rec. 2980/11; 14-9-16, Rec. 846/15), no supone que el juez social no goce de libertad para valorar todas las pruebas que se practiquen en el proceso sobre recargo de prestaciones y que a la vista de su resultado no pueda separarse motivadamente de los hechos fijados en sede contencioso-administrativa, exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen la divergencia. En todo caso, la vinculación a los hechos probados de la sentencia del orden contencioso-administrativo, con el alcance señalado, no afecta a su enjuiciamiento y calificación en el plano jurídico, que los órganos de la jurisdicción social pueden realizar de manera independiente, y con resultado dispar, como consecuencia de aplicar normativas diferentes.”*

En la doctrina judicial, por ejemplo, STSJ (Castilla y León/Burgos) 10-7-96, AS 3222, contempla un supuesto en el que el empresario fue absuelto en el orden penal, en el civil, e incluso en el contencioso-administrativo se anuló la sanción que había impuesto la autoridad laboral, pero se acaba reconociendo la concurrencia del recargo de prestaciones por considerar que de los hechos probados se aprecia que concurrió culpa empresarial, siquiera “in vigilando”; Otro ejemplo parecido (absolución en el orden penal y revocación de la sanción en el contencioso-administrativo, pero condena en el social al abono del recargo) puede encontrarse en STSJ (Andalucía/Málaga) 13-3-98, AS 978.

vinculación a los hechos probados debía respetarse y, si no se discrepaba fundadamente de los mismos, había que estar a resultados congruentes con esa vinculación<sup>59</sup>.

La situación podía haber mejorado ya hace tiempo, pues la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, daba, en su disposición adicional quinta, una nueva redacción al art. 3 de la LPL –vigente en aquél momento–, en la que se preveía, en su nuevo apartado 2 a), la atribución de competencia al orden social para conocer de las impugnaciones presentadas por los particulares contra las actas de la Inspección de Trabajo, pero la entrada en vigor de dicha disposición quedó diferida por la disposición adicional vigésima cuarta de Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Ha sido la LRJS la que definitivamente ha atribuido la competencia en toda la materia relativa al accidente de trabajo al orden jurisdiccional social, con la única excepción de lo correspondiente al orden penal. El orden jurisdiccional social se convierte así en el orden natural para resolver todas las cuestiones derivadas del accidente de trabajo y la enfermedad profesional ya que, no solo entiende de las reclamaciones indemnizatorias incluso de cualquier empleado público o trabajador autónomo económicamente dependiente (art. 2 d) y e) LJSS), sino de todas las relativas a las prestaciones de la Seguridad Social (art. 2 o) LJSS), incluido el recargo de prestaciones existente en esta materia, y de las reclamaciones y recursos contra actuaciones sancionadoras derivadas de las actas de la Inspección de Trabajo en la materia (art. 2 n) LJSS).

Esta regla competencial, que unifica la competencia en el orden social, evita el peregrinaje jurisdiccional y permite un tratamiento más uniforme e integrado de todas las cuestiones relativas al accidente de trabajo y la enfermedad profesional, especialmente si se cumplen las reglas sobre acumulación y reparto establecidas en la LJS, en las que no me puedo detener y que pretenden que todos los litigios sobre un mismo accidente se solventen en el mismo juzgado o tribunal social (arts. 25.4, 28.2 y 30 LRJS).

Solo dos cuestiones quedan fuera de la competencia del orden social; una, la excepción a la competencia que se contiene en el art. 3 b) LJS, que excluye las acciones que en esta materia se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con él las obligaciones preventivas y entre cualquiera de ellos y las entidades que han asumido la obligación de organizar los servicios de prevención. Se trata esencialmente de litigios entre empleadores en los que se discute la responsabilidad que cada uno de ellos haya tenido en los daños ocasionados y, por tanto, la parte de indemnización que deba asumir en las relaciones entre ellos.

La segunda excepción hace referencia al orden penal; en efecto, cuando el accidente o la enfermedad profesional hayan generado actuaciones penales, el órgano que resuelva las mismas es competente igualmente para establecer la responsabilidad indemnizatoria por los daños derivados de la conducta penalmente relevante, aunque no en cuanto al recargo de prestaciones, remitiéndome a lo que diré.

---

<sup>59</sup> Como razona claramente STS 14-2-18, Rec. 205/2016.

Vigente la unificación competencial, la vinculación del propio orden jurisdiccional social a lo resuelto por él mismo en un proceso distinto al del recargo parece superior pues entraría en juego plenamente el efecto de cosa juzgada, razonando la jurisprudencia<sup>60</sup> que *“la posible eficacia vinculante de lo resuelto en el referido litigio, en el que debe ser emplazado el trabajador accidentado (art. 151.4 LRJS), como efectivamente lo fue en el presente procedimiento, en el seguido en materia de recargo de prestaciones dimana del art. 222.4 LEC , a lo que no es óbice la diversidad de objetos de uno y otro proceso, pues el efecto positivo de la cosa juzgada no exige la completa identidad que es propia del efecto negativo, bastando con que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actué en el posterior como elemento condicionante o prejudicial.”*

No obstante lo anterior, no todos los problemas en esta dirección estarían resueltos, pues, de momento, no se establece vinculación alguna con lo resuelto en el orden penal y la jurisdicción penal puede haber intervenido, como avancé, en la punición de la conducta del empresario, lo que motiva la paralización del procedimiento administrativo dirigido a sancionar esa misma conducta que está en la base del reconocimiento del propio recargo. Esta regla sobre paralización, debe conducir a que el reconocimiento del recargo se vincule en cuanto a los hechos, en su caso, a lo resuelto en la posible sentencia penal, lo que también disminuiría la posibilidad de sentencias contradictorias.

Una cuestión adicional es la determinación de los efectos del reconocimiento, sobre todo a efectos económicos, esto es, desde cuándo debe abonarse el recargo una vez reconocido, ya sea en sede administrativa o, en su caso, en sede judicial.

De nuevo en esta cuestión renace el problema de determinar las reglas aplicables en atención a la compleja naturaleza del recargo, y de nuevo, una vez más, los órganos judiciales se han decantado por la importancia de la vertiente prestacional, lo que en cuanto a efectos económicos puede tener pleno sentido, pues los mismos se expresan mediante una mejora prestacional.

En este sentido, la jurisprudencia ha unificado doctrina<sup>61</sup>, entendiendo que tanto el plazo de prescripción, como el de retroacción de efectos, deben regirse por las reglas existentes en materia de prestaciones de la Seguridad Social, por lo que la posibilidad de prescripción estaría sujeta al plazo de 5 años<sup>62</sup> y los efectos se retrotraen a los 3 meses anteriores a la solicitud de reconocimiento del recargo, sin que pueda demorarse ese efecto a la fecha del reconocimiento, pero sin que tampoco pueda equipararse a la solicitud del recargo la de la prestación normal, porque el recargo tiene una dinámica propia en relación con ella, pudiendo existir la misma sin recargo, o de la otras responsabilidades reclamadas por el trabajador que son compatibles pero independientes, por lo que su reclamación no conlleva necesariamente la del recargo.

---

<sup>60</sup> La ya citada STS 25-4-18, Rec. 711/2016, que marca claramente la diferencia entre la situación precedente a esta atribución competencial y la actual.

<sup>61</sup> Al respecto, STS 20-9-2016, RJ 4891

<sup>62</sup> Además de la citada, véanse SSTS 9-2-2006, Rec. 4100/2044; 19-7-2013, Rec. 2730/212; 12-11-2013, Rec. 3117/2012; 18-12-2015, Rec. 2720/2014, etc.

A su vez, el expediente administrativo de reconocimiento del recargo, lógicamente interrumpe la prescripción, aunque en principio y salvo causa justificativa de lo contrario, solo durante el plazo que tiene la administración para resolver pues, a partir de dicho momento, el expediente puede entenderse resuelto en sentido negativo.

Por otro lado, el procedimiento administrativo para reconocimiento del recargo se rige por las reglas generales ya mencionadas y por las aplicables con carácter general a todos los procedimientos administrativos, reglas cuya aplicación podrá ser alegada y resuelta por el órgano del orden jurisdiccional social que entienda en la materia que lo hará, normalmente, a través del proceso en materia de Seguridad Social (arts. 140 y ss. LRJS)

#### **4. CONCLUSIONES: ¿CABE REPLANTEAR EL RECARGO DE PRESTACIONES?**

Como se ha visto, el recargo de prestaciones tiene una función evidente: incentivar el cumplimiento de las normas preventivas; desde esa perspectiva y visto el grado de incumplimiento de las mismas, que sigue siendo elevado; la tasa de siniestralidad laboral, que sigue muy alta, y nuestra estructura empresarial con una gran extensión de la pequeña empresa e incluso de la micro empresa, a la que los costes de la prevención le resultan molestos en no pocos casos, no parece que haya llegado el momento para un replanteamiento general del recargo y menos para su supresión.

Se ha podido ver que los problemas aplicativos tampoco son graves, y que puede darse una cierta coherencia al régimen jurídico del recargo de prestaciones desde su función socio-jurídica y diferenciando entre esa función, de dimensión colectiva, incentivando el cumplimiento de las obligaciones destinadas a garantizar la vida, salud e integridad de los trabajadores, y la técnica utilizada, basada en la incidencia en los costes de la no prevención mediante una compensación de naturaleza compensatoria-prestacional, con beneficiarios individualizados que, por tanto, están directamente interesados en su aplicación lo que garantiza la exigencia de esta responsabilidad.

En estos términos, y aunque puedan repensarse aspectos particulares del régimen jurídico, entiendo que el recargo puede mantenerse y su regulación no necesita de grandes transformaciones pues, además, cuenta con una aplicación ya con larga tradición en muchas cuestiones y que cabe entender como plenamente consolidada.