

Sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de las prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas (aseguramiento y acumulación) (1)

Erik Monreal Bringsvaerd
(TU Universidad islas Baleares)

Actualidad Laboral, Nº 3, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Feb. 2011, tomo 1, Editorial LA LEY
LA LEY 718/2011

Este trabajo es trascendente porque permite entender que el recargo de las prestaciones de Seguridad Social es compatible tanto con la sanción administrativa como con la indemnización resarcitoria, lo que de suyo supone responder a cuestiones problemáticas como la eventual asegurabilidad del recargo o su acumulación o descuento de la indemnización por daños

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La intervención de nuestros Poderes públicos en el terreno de los de accidentes de trabajo (AT) y enfermedades profesionales (EP) arroja como resultado un preocupante panorama de frustraciones y de dudas. Las primeras quedan conectadas con el principio de conjunta consideración de las contingencias protegidas, con independencia de su origen. Este principio está pendiente de cumplimiento, lo que entre otras consecuencias provoca que a día de hoy los siniestros profesionales sean objeto de una protección privilegiada frente a los de origen común. Las dudas, por su parte, son todas relativas a la coordinación de los distintos tipos de responsabilidades que el AT o la EP pueden acarrear para el empresario. En este escenario tan someramente descrito sobresale una figura, el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social, al menos por dos motivos. En primer lugar, porque su régimen jurídico queda delimitado mediante normas procedentes de distintos sectores del ordenamiento jurídico —Seguridad Social, Prevención, Derecho Administrativo y Derecho Procesal—, circunstancia que obliga al operador jurídico a efectuar complicadas operaciones interpretativas cuyos resultados no siempre son previsibles. En segundo lugar, porque la figura en sí aglutina o condensa la esencia de los elementos que aquejan al meritado sistema de protección frente a los riesgos del trabajo, por lo que profundizar en su análisis conlleva inevitablemente adentrarse en la más amplia problemática que rodea al entero régimen de responsabilidad empresarial por riesgos laborales.

La institución que hoy se conoce como recargo de las prestaciones de Seguridad Social fue alumbrada en 1900 por la Ley Dato, de Accidentes de trabajo. Esta norma estableció un sistema de responsabilidad objetiva frente a los siniestros laborales y lo declaró incompatible con una eventual acción de responsabilidad civil por daños. Esto dice mucho sobre el fundamento del recargo en tanto en cuanto quedó expresamente concebido como una indemnización cuya finalidad era precisamente compensar, a través del incremento de la prestación, la imposibilidad de entablar una acción de responsabilidad civil aunque el AT se hubiere producido mediando incumplimiento culpable del empresario de las medidas de seguridad. Este equilibrio entre protección objetiva por riesgo profesional y protección subjetiva por culpa empresarial, a través del recargo, quebró definitivamente cuando la Ley articulada de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 consagró un triple sistema de reparación a

favor del trabajador accidentado (2) , como se sabe basado en las prestaciones de Seguridad Social, en el recargo de su importe y en la indemnización por daños. A la quiebra de ese equilibrio, por lo demás, contribuyeron intervenciones normativas como la de la Ley de Accidentes de trabajo de 1922, que introdujo la prohibición de asegurar el recargo, o la del Reglamento de Accidentes de trabajo de 1956, que rectificó la concepción normativa del recargo y pasó a considerarlo como una sanción.

En la actualidad, la institución que centra estas páginas está regulada en el artículo 123 LGSS (3) , que establece un recargo de las prestaciones de Seguridad Social originadas por AT o EP mediando culpa empresarial que oscila entre el 30 y el 50 por ciento del importe de la prestación, y que obviamente corre por cuenta del empresario incumplidor. Se ha afirmado que el instituto del recargo de prestaciones ha sido testigo cualificado de la evolución de la legislación de accidentes de trabajo (4) . Y con ser ello cierto, sin embargo, también lo es que el papel desempeñado por este instituto ante la evolución de esta legislación, terreno donde por encima de todo hay que referirse a la aprobación de la Ley 31/1995 (LA LEY 3838/1995), de Prevención de riesgos laborales (LPRL), ha sido el del convidado de piedra, que no ha movido un solo dispositivo de su aparato normativo para adaptarse, ni en la forma ni en el fondo, a los nuevos principios que inspiran la dinámica protectora de los Poderes públicos en la materia en cuestión.

Como es sabido, el AT o la EP producidos con ocasión de un incumplimiento del empresario de las medidas de seguridad puede conllevar para este contratante la exigencia de responsabilidad penal, administrativa, civil y el recargo de las prestaciones —arts. 123.3 LGSS, 127.3 LGSS y 42.1 LPRL—. La mayoría de estas responsabilidades, de acuerdo con el artículo 42.3 LPRL (5) , son compatibles entre sí. Pues bien, la cabal coordinación de la responsabilidad empresarial por recargo con el resto de responsabilidades eventualmente exigibles pone sobre el tapete problemas que ya son clásicos en el acervo doctrinal y jurisprudencial engendrado en torno a esta institución. Entre estos problemas, destacan los originados por la concurrencia del procedimiento penal con el de recargo, que a su vez impone atender al artículo 3 LISOS a propósito de la concurrencia entre los órdenes penal y administrativo sancionador; la articulación entre los órdenes social y contencioso administrativo de cara a ventilar la compatibilidad entre la responsabilidad empresarial administrativa y en materia de recargo, problema que remite al artículo 42.5 LISOS; la necesidad de zanjar definitivamente el debate relativo al eventual aseguramiento del recargo por entidades mercantiles; o la concreción de los efectos del reconocimiento previo del recargo sobre la cuantía de una posterior indemnización por daños eventualmente reconocida al trabajador, asunto irresuelto legalmente pero no en unificación de doctrina.

Las páginas que siguen atenderán con carácter particular a los dos últimos problemas señalados —aseguramiento del recargo y compatibilidad con indemnización por daños—. Ello no obstante, la solución a todos y cada uno de esos problemas pasa inevitablemente por aclarar, y éste es el asunto que constituye el principal objetivo de este trabajo, cuáles son el fundamento de la norma del recargo y la consiguiente naturaleza —indemnizatoria o sancionadora— de la propia institución.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECARGO

Mucho se ha escrito en torno a la críptica naturaleza jurídica de esta figura, lo que obedece con seguridad a que se trata de una cuestión que no está satisfactoriamente resuelta ni en la ley ni en la jurisprudencia.

1. Dato legal

Por lo que respecta al dato legal, el art. 42.3 LPRL —transcrito más arriba— alude de forma enrevesada pero literalmente a esta figura como una indemnización (6) . Esta conceptualización está en armonía tanto con el fundamento originario de la institución como con el Anteproyecto de Ley de Prevención de riesgos laborales (LA

LEY 3838/1995) de 1992, y tiene el claro propósito de escapar al juego del principio *non bis in idem* —art. 25 CE—, que se activaría de catalogar el recargo como una sanción por incumplimiento de la normativa preventiva laboral (7) . A mayor abundamiento, de esta interpretación literal y de su conexión con el art. 15.5 LPRL (8) , que autoriza al empresario a concertar operaciones de seguro cuyo ámbito de cobertura sea la previsión de los riesgos del trabajo, se sigue que el recargo de las prestaciones de Seguridad Social constituye una indemnización que como la mayoría, es susceptible de ser asegurada (9) . A ello, sin embargo, se le puede objetar que la Ley 31/1995 (LA LEY 3838/1995) no solo no deroga el artículo 123 LGSS —su apartado 2 prohíbe asegurar el recargo—, sino que además su disp. adic. 1.ª mantiene vigente el régimen jurídico previsto en materia de Seguridad Social para AT y EP (10) . Desde esta perspectiva, y a juicio de parte de nuestra doctrina científica (11) , la conceptualización que hace el art. 42.3 LPRL del recargo como una indemnización respondería a una deficiente redacción legal y por tanto constituye un concreto tipo de responsabilidad empresarial que no puede asegurarse, quedando así indemne la función preventiva del recargo.

2. Dato jurisprudencial

Por lo que respecta al dato jurisprudencial, el máximo intérprete de la Constitución viene lidiando con impugnaciones relativas a la vulneración del art. 24 CE (LA LEY 2500/1978) producidas en algún momento de los procesos administrativos o judiciales que sirven de base para imponer el recargo al empresario (12) . Los problemas se originan como consecuencia de la desconexión entre las distintas fases de estos procedimientos, algo que básicamente pone de relieve que existe una alarmante ausencia de reglas procedimentales cabales y homogéneas. En algún caso, a mayor abundamiento, la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional incidiendo en los esquizofrénicos resultados de la interconexión de la normativa en vigor ha determinado la correspondiente rectificación legislativa. Esto sucedió con la STC 158/1985 (LA LEY 10531-JF/0000), que no obstante declarar el carácter puramente sancionador del recargo, lo hizo *obiter dicta* y por tanto no puede utilizarse para acuñar una doctrina en torno a la naturaleza jurídica del recargo. Del resto de sentencias del Tribunal Constitucional interesa la STC 143/2000 (LA LEY 8969/2000) (13) , pues camina en una dirección evidentemente contraria a la anterior cuando conecta la infracción administrativa del empresario con el derecho subjetivo al recargo del trabajador (14) , incidiendo por tanto de forma implícita, en doctrina observada *mutatismutandi* por STC 69/2003 (LA LEY 2078/2003), en la naturaleza indemnizatoria del recargo.

Similares resultados contradictorios ofrece la jurisprudencia ordinaria. El Tribunal Supremo ha defendido la naturaleza sancionadora del recargo, entre otras ocasiones (15) , para justificar la inaplicación de la figura a las mejoras voluntarias (16) ; para justificar la prohibición de aseguramiento (17) ; o para mantener que la compatibilidad entre indemnizaciones —art. 42.3 LPRL— implica que la víctima de AT o EP mediando omisión empresarial de medidas de seguridad acumula a la indemnización civil por daños el importe del recargo (18) , aunque tal comporte una sobre-indemnización, pues así se consigue que para el empresario sea más caro indemnizar que prevenir los accidentes. El Tribunal salva en su razonamiento una de las más graves objeciones que cabe oponer a su construcción argumental, relativa a la vulneración del principio *non bis in idem* que puede comportar en la práctica la conceptualización del recargo como una sanción, manifestando al respecto que «... es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde la misma perspectiva de defensa social, pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario—perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer protección a los trabajadores» (19) .

La sentencia que declaró originalmente que el recargo es una sanción y que su compatibilidad con la indemnización civil implica que el accidentado acumula el importe de ambas —STS 2 de octubre de 2000— adolece del punto

flaco de contar con un voto particular diametralmente opuesto firmado por siete magistrados, favorable a la naturaleza indemnizatoria del instituto (20) . Tal supuso una carga de profundidad contra la línea de flotación de esa sentencia con claras consecuencias en sentencias posteriores del mismo Tribunal, que ha abandonado la conceptualización del recargo como sanción para acercarse al ámbito de la indemnización, como enseguida habrá de verse. Con carácter previo, no obstante, interesa remarcar que varios de los argumentos de ese voto ya se contenían de alguna manera en jurisprudencia anterior que perfiló extremos relativos al plazo de prescripción de la acción de recargo (21) . Con esto se quiere expresar que la idea del recargo como sanción pura no solo es discutible a la luz de una interpretación histórica de su normativa reguladora (22) , sino que también es muy controvertida en nuestra jurisprudencia.

En efecto, jurisprudencia ordinaria posterior ha profundizado en las peculiaridades del plazo de prescripción de la acción de recargo desde la consideración implícita de esta figura como una indemnización, y ello como consecuencia fundamentalmente de que el importe del recargo no lo percibe el Estado sino el trabajador o sus causahabientes (23) . El Tribunal Supremo también se ha distanciado de la acepción del recargo como sanción cuando ha explicado que el procedimiento de recargo no tiene carácter sancionador y por tanto queda al margen de la orden de paralización contemplada en los arts. 3.2 LISOS y 16.2 OM 18 de enero de 1996 caso de tramitación simultánea de proceso penal (24) ; o cuando ha dicho que si la Administración cumple su deber de dictar resolución expresa, la interrupción del plazo de prescripción de cinco años se prolonga durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga (25) .

A todos estos pronunciamientos del Tribunal Supremo han de sumarse bastantes otros de rabiosa actualidad que abandonan definitivamente la conceptualización del recargo como sanción y apuestan por una concepción híbrida del recargo, en ocasiones próxima o, incluso, hasta coincidente con la figura de la indemnización (26) . Así, por un lado, este Tribunal se ha servido de la «naturaleza mixta del recargo, en su faceta de indemnización adicional satisfecha en forma prestacional atípica —no cabe desplazamiento de responsabilidad de la empresa a la aseguradora—», para declarar que la imposición de esta medida al empresario se halla sujeta a lo que establece el art. 43.3 LGSS, en el sentido de que el proceso penal o el administrativo eventualmente iniciados con ocasión de la falta empresarial relativa a las medidas de seguridad suspenden el plazo de prescripción de la acción para que el accidentado o sus herederos reclamen el abono del recargo (27) .

Por otro lado, buen número de sentencias del mismo Tribunal explican por qué el expediente de recargo no caduca aunque el INSS no dicte su resolución en el plazo de 135 días que tiene reconocido para ello —anexo RD 286/2003 (LA LEY 636/2003)—. El motivo radica en que en el procedimiento de recargo no se ejercita una potestad sancionatoria sino de reconocimiento de derechos —art. 44.1 Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992)—. Todas estas sentencias siempre hacen referencia a la titularidad del recargo (28) , privada —del trabajador accidentado— y no pública —del Estado—, incidiendo asimismo en la dicotomía público—privado cuando vinculan el recargo al incumplimiento por el empresario más de una obligación contractual que de un deber público (29) . Con ocasión de este mismo asunto —transcurso del plazo que tiene el INSS para resolver—, en fin, el Tribunal Supremo inició en 2007 una línea de razonamiento muy próxima a la del antecitado voto particular, en el sentido de que conceptúa el recargo de las prestaciones de Seguridad Social como una «indemnización con función disuasoria o punitiva» (30) . Entendimiento este último que por cierto coincide con otras sentencias actuales del Tribunal Supremo que delimitan otros extremos del régimen jurídico del recargo, por ejemplo al establecer que producida indebidamente la suspensión del expediente de recargo por seguirse actuaciones penales, el transcurso de los plazos de resolución no perjudica el derecho del beneficiario al recargo (31) .

III. SOBRE EL RECARGO DE PRESTACIONES COMO INDEMNIZACIÓN PECULIAR, NO

RESARCITORIA

Desde la perspectiva empresarial el recargo de las prestaciones del sistema de Seguridad Social supone un acto de gravamen económico que explicaría consecuencias como que no pueda asegurarse; que se acumule a la indemnización por daños; que su cuantía se fije en atención a la gravedad de la falta —no del daño—; la competencia del INSS para imponer el incremento de la prestación; que la responsabilidad empresarial sea directa, sin anticipo de prestaciones ni principio de automaticidad; o que caso de inexistencia de beneficiario el capital coste del recargo quede ingresado en los fondos de la Seguridad Social. Todos estos son argumentos que justificarían la naturaleza sancionadora del recargo (32) . Por el contrario, y para desconcierto del intérprete, desde la perspectiva del trabajador el recargo supone una cobertura adicional de corte indemnizatorio que aclararía, entre otras, cuestiones como que la sanción que supone para el empresario carezca de tipificación legal —la figura no está recogida en la LISOS sino ubicada en la legislación de seguridad social— o el hecho mismo de que el nacimiento de esta responsabilidad quede anudado no tanto al incumplimiento empresarial en sí de las medidas de seguridad o salud laboral cuanto a la efectiva producción de un daño en la persona del trabajador.

1. La doble cara del recargo

Esta doble cara del recargo de prestaciones propicia la ocasión para presentarlo como una institución de naturaleza híbrida, algo con lo que parece estar de acuerdo el Tribunal Supremo cuando recientemente ha manifestado que de la formulación positiva del recargo se obtiene una naturaleza compleja —mixta— que explica satisfactoriamente los distintos aspectos de su régimen jurídico (33) . Así entendido, el recargo constituye una figura con cuerpo de sanción y alma de indemnización que se beneficia de las cualidades del corcho, porque permanece siempre a flote y a salvo de turbulencias. Sin embargo, elementales motivos de seguridad jurídica determinan, a mi juicio, que resulte inexcusable decantarse por una de las dos alternativas —sanción o indemnización—, evitando con ello que la oscura naturaleza legal de este instituto sea un elemento manejado al gusto por el operador jurídico de turno para extraer aquellos resultados que en cada caso resulten más ajustados al fondo del problema planteado. Respondiendo a esta cuestión, hay quien afirma que la norma del recargo contiene una sanción, aunque la misma no cumple una función exclusivamente represiva sino también reparadora, en forma indemnizatoria (34) . Se trataría de una sanción pública especial (35) o, similarmente, de una sanción civil indirecta cuya función es tutelar los derechos subjetivos de los particulares pero también controlar la efectividad de las normas jurídicas objetivas (36) . Mi impresión, al respecto, es que tanto el dato legal como el jurisprudencial apuntan hacia el recargo como indemnización, de carácter particular, en efecto, pero indemnización (37) .

Repárese en que el art. 123 LGSS omite cualquier alusión a la naturaleza de la institución que regula. Por este motivo, la confirmación de la vigencia de este precepto por parte de la Ley de salud laboral afectaría a lo sumo a la prohibición de asegurar el recargo pero de ningún modo a su naturaleza indemnizatoria. La interpretación literal del art. 123 LGSS en relación con la disp. adic. 1.ª LPRL, por consiguiente, ante todo pone de manifiesto que el recargo es una indemnización. Cosa distinta es que sea posible interpretar que constituye una indemnización no asegurable —igual que la responsabilidad civil *ex delictu* (38) —, esto es, que lo que en realidad está prohibido es que el empresario asegure las consecuencias económicas del incumplimiento de las medidas de seguridad (39) . A ello puede objetársele que la necesidad de asegurar el efecto útil del art. 15.5 LPRL cuando dispone que los riesgos del trabajo son asegurables, así como la configuración legal expresa del recargo como indemnización constituyen argumentos para afirmar lo contrario (40) . Esto último, por otra parte, fundamentalmente beneficiaría al trabajador accidentado caso de insolvencia empresarial, dado que el recargo queda en estos casos fuera de la garantía que supone la cobertura subsidiaria del INSS (41) . Incluso el propio Tribunal Supremo, en esta línea, ha

dicho que la condición de sanción del recargo veda su aseguramiento a través del sistema de Seguridad Social, pero al parecer sin prejuzgar la posibilidad de que el seguro se concierte con entidades mercantiles (42) . El aseguramiento del recargo, como se ve, es una cuestión polémica y abierta que más adelante se ha de retomar.

La conceptualización del recargo como indemnización se contiene implícita, como se ha visto, en el art. 42.3 LPRL y además es la opción interpretativa más razonable que puede inferirse de nuestra jurisprudencia. En mi opinión, ésta es la conclusión más adecuada puesto que la responsabilidad derivada del incumplimiento empresarial de las medidas de seguridad es una responsabilidad privada, de índole contractual. En el marco del contrato de trabajo, en efecto, el empresario es deudor de seguridad. Por este motivo, en un sistema de responsabilidad contractual como el que delimita genéricamente el art. 1101 CC (LA LEY 1/1889) todo incumplimiento empresarial de medidas de seguridad acompañado de AT o EP constituye un incumplimiento contractual que genera perjuicios para el otro contratante, esto es, el trabajador accidentado. Por otro lado, una de las ideas fuerza sobre la que se apoya la configuración del recargo como sanción radica en que no se viola el principio *non bis in idem* porque la función del recargo no es otra que crear una relación indemnizatoria empresario/perjudicado. A la postre, este razonamiento no deja de ser contradictorio con la propia idea del recargo como sanción (43) . Además, circunstancias como la intervención del INSS en el expediente de recargo no son decisivas para conceptualizar el recargo como una sanción en tanto que el hecho mismo de que éste quede anclado a —y suplemente— la prestación pública de Seguridad Social, que es una indemnización, explica el rol que cumple este organismo. Hay, incluso, quien advierte que la atribución de semejante competencia al INSS no está recogida en el artículo 123 LGSS, por lo que el precepto que la reconoce —art. 1.e) RD 1300/1995 (LA LEY 3077/1995)— es una norma *ultravirus* (44) .

2. El recargo de las prestaciones como indemnización punitiva

El recargo de las prestaciones del sistema público de Seguridad Social constituye una indemnización que para el trabajador víctima de AT o EP producidos con ocasión de la omisión empresarial de medidas de seguridad comporta conceptualmente una sobre-indemnización, excediendo los límites de la *restitutio in integrum*. Se sitúa, por tanto, más allá de la ratio de nuestro Derecho de daños, que ex art. 1902 CC (LA LEY 1/1889) tiene por función directa resarcir a la víctima. En este contexto, la indemnización recogida en el art. 123 LGSS actúa en términos generales al modo como lo hacen las penas privadas, las cuales se imponen en el marco de un proceso civil —entendido en sentido contrapuesto a proceso penal— y por un importe que en la práctica puede exceder el de la indemnización puramente compensatoria (45) . La función de esta indemnización peculiar referida al campo de los siniestros profesionales, así pues, es prevalentemente preventiva —función que también desarrolla algún otro mecanismo igualmente incrustado en el sistema de Seguridad Social, como el art. 108.3 LGSS— y viene referida a castigar al agente del siniestro, enseñarle que no debe volver a cometer la conducta que ha causado el daño y disuadir con el ejemplo a otros potenciales agentes —o empresarios— incumplidores (46) .

El imposible encaje de la indemnización que constituye el recargo de prestaciones en los moldes de la indemnización por daños, así como su finalidad y mecánica normativa, son circunstancias que emparejan esta figura con lo que en el ordenamiento anglosajón se conoce como *exemplary damages* o *punitive damages* (47) , esto es, un supuesto específico entre nosotros legalmente previsto de forma expresa de daños punitivos o, más exactamente, de indemnización punitiva (48) . Tanto la indemnización resarcitoria clásica como este particular supuesto de indemnización punitiva presentan en común que ambas previenen frente al incumplimiento de la normativa sobre salud laboral. Función preventiva que desarrolla de forma directa la indemnización punitiva, e indirecta la indemnización la resarcitoria (49) . Esta similitud al margen, una diferencia fundamental entre ambas indemnizaciones estriba en la forma de cuantificarlas, pues mientras que la indemnización resarcitoria atiende al

daño —emergente y lucro cesante—, la punitiva atiende a la entidad de la falta cometida por el empresario. Esta directriz legal —gravedad de la falta— es de corte objetivo, esto es, no tiene nada que ver con la problemática de la culpabilidad empresarial —entendida como relación psicológica de causalidad entre agente y resultado punible— y obliga al operador a cuantificar el recargo utilizando pautas como la peligrosidad de las actividades, el número de trabajadores afectados, la actitud o conducta general seguida por la empresa o las instrucciones impartidas por la misma sus trabajadores en materia preventiva (50) .

Que este tipo de indemnización no tenga larga tradición entre nosotros no significa que el legislador carezca de capacidad para darle carta de naturaleza en determinados supuestos, si así lo cree conveniente y por descontado siempre que la figura creada encaje sin fricciones en el ordenamiento jurídico. El recurso legal a esta suerte de indemnización punitiva como forma de incentivar a los empresarios para que cumplan con la normativa laboral sobre seguridad e higiene en el trabajo, de otra forma dicho, será válido y eficaz en tanto en cuanto este expediente se ajuste exquisitamente a los principios y reglas que dominan sendas parcelas de nuestro ordenamiento con las que el recargo guarda una relación muy próxima. Me estoy refiriendo al Derecho público sancionador, en particular el Derecho Administrativo sancionador del Trabajo, y al Derecho privado de daños. A mi modo de ver, la clave para esclarecer si y, en su caso, hasta qué punto es posible entender que el recargo de prestaciones se compagina armónicamente con estos conjuntos de principios y reglas hay que buscarla en la gran particularidad de la indemnización punitiva como especie del género indemnización. Esta particularidad radica en que se trata de una indemnización que adopta la perspectiva del agente incumplidor —el empresario—, en lugar de la perspectiva de la víctima a indemnizar (51) —el trabajador—. Donde hay que detenerse, por tanto, es en la dinámica de las claves aplicativas del recargo y poner en relación dicha dinámica con la problemática jurídica que plantea la operación de imputar al sujeto agente el incumplimiento de la norma laboral, esto es, fundamentalmente con la problemática de la culpabilidad empresarial.

3. La compatibilidad del recargo con la sanción administrativa y con la indemnización resarcitoria: sus condiciones de aplicación

El recargo de las prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social coincide con la sanción administrativa en que se impone a un sujeto, el empresario, que ha cometido un incumplimiento de la normativa sobre salud laboral, desarrollando por tanto —como la sanción administrativa— una función preventiva directa. Por su parte, el recargo coincide con la indemnización resarcitoria en que es una responsabilidad que nace a consecuencia del daño generado en la víctima, el trabajador, desarrollando también —como la indemnización por daños— una función que incide en esfera económica personal del trabajador.

A la vista de semejantes similitudes, necesariamente tiene que existir algún elemento del régimen jurídico del recargo que explique y justifique su compatibilidad con la sanción administrativa y con la indemnización por daños. Pues bien, dicho elemento hay que buscarlo, a mi juicio, en las condiciones de aplicación que se derivan de su naturaleza de indemnización punitiva. Repárese, en este sentido, en que si los resortes jurídico normativos que están en la base de la aplicación del recargo fuesen los mismos que los de la sanción administrativa por incumplimiento de la norma preventiva, entonces no sería fácil para el intérprete argumentar que el art. 25 CE (LA LEY 2500/1978) queda indemne a resultas de la doble sanción impuesta al empresario. En la misma línea, las claves aplicativas de esta indemnización punitiva que constituye el recargo tampoco pueden coincidir con las de la indemnización clásica, la resarcitoria, pues en tal caso nuevamente resultaría complicado justificar por qué el importe del recargo se acumula a —y no se descuenta de— la indemnización por daños. En estas condiciones, me parece que la única manera de poder justificar la compatibilidad del recargo con esas otras responsabilidades empresariales pasa obligatoriamente por interpretar las normas que delimitan su régimen jurídico de acuerdo con

cánones que no pueden ser absolutamente coincidentes ni con los que guían la interpretación de la normativa administrativa sobre infracciones y sanciones laborales, ni con los que hacen lo propio con el régimen jurídico de la indemnización resarcitoria clásica.

La idea que se acaba de apuntar pone sobre la mesa una serie de reflexiones generales. Como no puede ser de otra forma, son reflexiones que surgen al hilo del conocido proceso de objetivación de la responsabilidad administrativa y civil del empresario caso de AT o EP producidos a consecuencia de la omisión empresarial de medidas de seguridad. En definitiva, un proceso evidente e imparable de objetivación de la culpa del empresario —culpa administrativa y culpa civil—, que también afecta —y éste es el dato a subrayar— al recargo de las prestaciones de nuestro sistema público de Seguridad Social (52) .

En el terreno de las infracciones y sanciones administrativas existe una responsabilidad empresarial que se mide en términos prácticamente objetivos cuando se trata de incumplimientos de la normativa sobre seguridad e higiene (53) . De alguna manera, la culpabilidad del empresario no es elemento esencial para la existencia de la infracción administrativa porque lo que se sanciona es el mero incumplimiento de los preceptos normativos (54) . Por este motivo, parece sensato interpretar que más allá de este mero incumplimiento, lo que sanciona la norma del recargo es la producción del siniestro profesional y el hecho en sí de que tal haya sido debido a una voluntad del agente deliberadamente rebelde al cumplimiento de la normativa preventiva. Desde este punto de vista, aunque la característica diferencial del recargo con respecto de la sanción administrativa radica en la producción de un daño, también hay que considerar que la imposición del recargo presupone —lo que no siempre sucede con la sanción administrativa— la existencia de una estricta responsabilidad subjetiva y por culpa del empresario. De cara a exigir responsabilidad por recargo, por consiguiente, no cabría imputar al empresario argumentando únicamente que éste ha incumplido el deber general de no dañar a otro —*neminem laedere* o *alterum non laedere*— o, directamente, culpa *in vigilando* o *in contraendo*. Eventuales infracciones empresariales del deber genérico de seguridad consagrado en el art. 15 LPRL acompañadas de AT o EP, por consiguiente, darán lugar con seguridad a la imposición de la correspondiente sanción administrativa (55) , aunque en mi opinión no necesariamente tienen que dar lugar en todo caso a la imposición del recargo.

De otro lado, la posibilidad de exigir una indemnización resarcitoria está condicionada a que exista incumplimiento empresarial, daño real y nexo de causalidad entre ambos. Pues bien, de forma similar al proceso de objetivación de la responsabilidad administrativa del empresario, en el ámbito de la indemnización por daños derivados del trabajo también se está produciendo este proceso de objetivación de la responsabilidad empresarial (56) , algo que obviamente beneficia al trabajador. Tal sucede, por ejemplo, cuando los tribunales reconocen que el nivel de diligencia exigible al empresario en el cumplimiento de estas obligaciones de corte preventivo es el más alto tecnológicamente posible; cuando obligan al empresario a demostrar que el accidente se ha producido pese a que ha existido un cumplimiento escrupuloso de las medidas de seguridad, es decir, aplicando una inversión de la carga de la prueba; o, en fin, cuando interpretan, de acuerdo con la Ley de salud laboral, que el empresario responde por la causación de este tipo de daños incluso cuando el siniestro profesional mediando omisión empresarial de medidas de seguridad se haya producido con ocasión de una imprudencia no temeraria del propio trabajador accidentado (57) .

A mi modo de ver, y entre otras actuaciones, la depuración de la dinámica de la exigencia al empresario de responsabilidad por recargo está obligando a poner en cuarentena clásicas afirmaciones de nuestra jurisprudencia relativas a que la responsabilidad empresarial por recargo es cuasi objetiva, con escasa incidencia de la conducta del trabajador (58) . La trascendencia de la conducta del trabajador en el campo de la indemnización punitiva que supone el recargo, por el contrario, es muy grande. Adviértase que esta figura no se justifica en la transgresión de

deber objetivo de cuidado alguno sino que supone una sanción al empresario por el daño que con ocasión de su incumplimiento ha infligido a un trabajador concreto y determinado. A no otra cosa se refería el Tribunal Supremo cuando manifestó que el recargo es una sanción pero que se desenvuelve en el marco de la relación indemnizatoria trabajador/empresario. Por este motivo, considero que las circunstancias personales del trabajador en el momento de la producción del accidente habrán de ser muy cuidadosamente valoradas de cara a formular un juicio cabal sobre el grado de reprochabilidad que merece la conducta empresarial y poder decidir sobre la eventual procedencia del recargo. Caso de AT o EP mediando omisión empresarial de medidas de seguridad, en consecuencia, el hecho de que también haya existido imprudencia profesional del trabajador no impedirá caer en el ámbito de la responsabilidad administrativa ni por supuesto exonerará al empresario de indemnizar los daños producidos, aunque creo que ésta es una circunstancia central que afecta a la culpabilidad del empresario y que por encima de todo deberá ser tomada en consideración por el intérprete para valorar si procede o no aplicar el recargo.

Reconducido de esta forma el recargo a una muy estricta concepción de responsabilidad subjetiva por culpa del empresario, con exclusión de cualquier atisbo de objetivación de este tipo de responsabilidad empresarial, es posible responder a aquellas dos cuestiones que se plantearon inicialmente, al hilo de la naturaleza jurídica del instituto en cuestión. Así, en primer lugar, el debate sobre la procedencia o no de asegurar el recargo puede entenderse zanjado en sentido negativo. Esto es así porque la esencia del aseguramiento radica en el campo de la salud laboral en precaver las consecuencias económicas negativas que una responsabilidad por riesgo apreciada en términos objetivos o cuasi objetivos puede generar para el empresario, pero nunca puede consistir en precaver las consecuencias económicas de los incumplimientos empresariales absolutamente culpables de las medidas de seguridad en el medio de trabajo. En segundo lugar, la acumulación del importe del recargo al de la indemnización por daños eventualmente reconocida al trabajador se antoja asimismo una razonable opción del política del Derecho, dada la función preventiva directa que cumple la figura en cuestión y la entidad del bien jurídico que centra el objeto de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA

La oportunidad de mantener en nuestro ordenamiento una figura tan controvertida como el recargo de las prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social es asunto que divide a nuestra doctrina científica. Hay quien manifiesta que tal representa una respuesta más eficaz, en términos generales, que las medidas represivas tradicionales (59) . Otros, por el contrario, entienden que el recargo ya no cumple función protectora alguna y debe desaparecer, subsumiendo los aspectos represivos en las sanciones administrativas y los resarcitorios en la responsabilidad civil (60) . A mi juicio, dado que nuestro índice de siniestralidad laboral pone de manifiesto que no es únicamente el recargo sino el completo sistema de protección por AT y EP lo que no está incentivando de forma adecuada el cumplimiento empresarial de las normas preventivas, cualquier planteamiento sobre el recargo tiene que ponerse en relación con la más amplia problemática de la eventual reforma del régimen de responsabilidad empresarial en el terreno de la salud laboral.

En este contexto, es sabido que actualmente el coste económico de los accidentes es constante e invariable para el empresario cualquiera que sea su política preventiva (61) , lo que de suyo aconseja corregir el sistema actualmente en vigor de tarifa única de primas de actividad por ejemplo vinculando dichas primas al índice de siniestralidad de cada empresa (62) . No ha sido éste el camino por el que ha optado el RD 404/2010 (LA LEY 6076/2010), que más modestamente se ocupa de fijar un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que contribuyan a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. Sin embargo, pese a sus insuficiencias (63) , dicho Real Decreto al menos tiene el mérito de ser una

normativa pionera en este campo. En todo caso, merece la pena considerar que el preámbulo del RD 404/2010 (LA LEY 6076/2010) hace referencia expresa a que los aspectos sancionadores o punitivos frente al incumplimiento de la normativa preventiva ya están tratados en otras instituciones como la norma del recargo y las sanciones administrativas, lo que a mi juicio trasluce la opción legal a favor del mantenimiento del recargo en futuros escenarios.

Al hilo de esta alusión a futuros escenarios en la protección por AT o EP, existe cierto convencimiento a propósito de que el criterio del riesgo profesional tiene capacidad para alumbrar una vertiente autónoma de la responsabilidad civil (64) . En estas condiciones, y de forma cabal con la concepción del recargo como indemnización punitiva, compatible en los términos vistos con la sanción administrativa y acumulable a la indemnización civil por daños, parece razonable plantear la viabilidad de mantener esta figura como elemento disuasorio y, al tiempo, de mejora de la situación económica del trabajador accidentado o, en su caso, de sus herederos. Por descontado que este mantenimiento exigiría tener muy claro que los presupuestos de aplicación del recargo son más rígidos que los de la sanción administrativa y que los presupuestos de la indemnización resarcitoria. En un contexto en el que tanto la responsabilidad administrativa del empresario en materia de salud laboral como la responsabilidad civil por daños de este mismo contratante vienen siendo objeto de un imparable proceso de objetivación y el Estado recuerda a los empresarios mediante normas jurídicas como el art. 15.5 LPRL que la responsabilidad civil por daños es asegurable, la culpa grave del empresario en la producción de AT o EP daría lugar a una indemnización con plena vocación preventiva, pues no podría asegurarse y se acumularía a la multa administrativa y también a las indemnizaciones reparadoras de la Seguridad Social y a la resarcitoria del ordenamiento común.

- (1) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación DER-2009-09705.

[Ver Texto](#)

- (2) Vid., A. Desdentado Bonete: «El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate», RDS, núm. 21, (2003), pág. 12.

[Ver Texto](#)

- (3) Art. 123 LGSS: «1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. 2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. 3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción».

[Ver Texto](#)

- (4) Vid., J. L. Monereo Pérez: El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, Madrid, 1992, pág. 18.

[Ver Texto](#)

- (5) Art. 42.3 LPRL: «Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema».
- [Ver Texto](#)
-
- (6) Vid., S. González Ortega: Las responsabilidades y sanciones en la Ley de Prevención del riesgos laborales, Junta de Andalucía, 1997, pág. 14.
- [Ver Texto](#)
-
- (7) Con A. Desdentado Bonete y A. De La Puebla Pinilla: «Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones», en AA.VV., Cien años de Seguridad Social, B. Gonzalo González y M. Nogueira Guastavino, (Dres.), Madrid, 2000, pág. 651.
- [Ver Texto](#)
-
- (8) Art. 15.5 LPRL: «Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal».
- [Ver Texto](#)
-
- (9) Vid., C. Carrero Domínguez: «Compatibilidad de responsabilidades y recargo de prestaciones», TL, núm. 63, (2002), pág. 117.
- [Ver Texto](#)
-
- (10) Vid., M.^a E. Casas Baamonde: «Derecho público y salud laboral: El régimen jurídico sancionador», en AA.VV., Seguridad y salud en el trabajo, M.^a E. Casas Baamonde, M. C. Palomeque López y F. Valdés Dal-Ré (Coords.), Madrid, 1997, pág. 139.
- [Ver Texto](#)
-
- (11) Vid., entre otros, J. García Murcia: «Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo», en AA.VV., Seguridad y salud en el trabajo, cit. pág. 210; C. L. Alfonso Mellado: «El recargo de las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene», TrS, núm. 101, (1999), pág. 16; A. Ojeda Avilés: «Responsabilidad aquiliana versus recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica», RL, Tomo II-2000, pág. 360; M. Iglesias Cabero: «El recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional», RMTAS, núm. 78, (2008), pág. 208.
- [Ver Texto](#)
-
- (12) Vid., SSTC 163/1993, 81/1995, 135/1999, 143/2000, 118 y 211/2002, 69/2003, 16/2008 y 48 y 192/2009.
- [Ver Texto](#)
-
- (13) Esta sentencia admite un recurso de amparo contra STSJ Cataluña (cont.-admvo.) 19/7/95, que anuló la sanción

administrativa previamente impuesta a una empresa. El trabajador, recurrente en amparo, alegó la omisión del emplazamiento personal al que tenía derecho por ser titular de un interés legítimo en el proceso, y el Tribunal reconoció que dicha actuación implicaba vulnerar el art. 24 CE.

[Ver Texto](#)

(14) STC 143/2000: «... resulta claro que el trabajador víctima del accidente y titular del derecho al recargo de prestaciones tenía un interés legítimo, directo y muy cualificado para defender en el proceso en el que se cuestionaba el mantenimiento de la sanción, interés que le legitimaba para ser llamado al mismo».

[Ver Texto](#)

(15) Vid., SSTS 8 de marzo de 1993; 12 de febrero, 23 de marzo y 22 de septiembre de 1994, aludiendo al carácter sancionador del recargo para justificar la responsabilidad única, directa y exclusiva del empresario.

[Ver Texto](#)

(16) Vid., SSTS 20 de marzo y 11 de julio de 1997.

[Ver Texto](#)

(17) Vid., STS 22/4/04.

[Ver Texto](#)

(18) Vid., SSTS 2/10/00, 14/2 y 9/10/01 y 21/2 y 22/10/02.

[Ver Texto](#)

(19) F.j. 5º STS 2/10/00.

[Ver Texto](#)

(20) Varios son sus argumentos: a) No solo las sanciones sino todo sistema de reparación cumple una función preventiva; b) La función represiva pura puede cumplirse en algunos sistemas mediante lo que se conoce como indemnizaciones punitivas, aunque en el nuestro tal función pura se actúa mediante el sistema de sanciones penales y administrativas; c) Un principio del Derecho de daños es que la indemnización no debe superar el perjuicio que repara, por lo que si el recargo no se descuenta de la indemnización y, sumado a ella, excede de la reparación del daño se convierte en una sanción punitiva, afectada por el principio non bis in idem; c) La vía para mantener la constitucionalidad del recargo es aceptar su carácter de indemnización y descontarlo de la que corresponda en concepto de daños.

[Ver Texto](#)

(21) Vid., SSTS 12 de diciembre de 1997 y 10 de diciembre de 1998: «Por estar en presencia de una prestación de la S.S., para exigir la misma los posibles beneficiarios tendrían a su favor un plazo de 5 años».

[Ver Texto](#)

(22) Ya se ha dicho que el Reglamento de Accidentes de trabajo de 1956 introdujo la novedad de prever que el recargo había de considerarse como una sanción, prohibiendo bajo pena de nulidad su seguro. Pues bien, hay quien interpreta que la norma no decía que el recargo fuese sanción sino que decía que el recargo había de ser considerado como una sanción, lo que sería indicativo de que la sanción quedaba en realidad ceñida a la prohibición

de asegurar el recargo. Vid., al respecto, I. Duréndez Sáez: «El recargo de prestaciones», REDT, núm. 108, (2001), pág. 861.

[Ver Texto](#)

-
- (23) Vid., resolviendo sobre el dies a quo del plazo de prescripción, STS 9 de febrero de 2006. Interesa señalar que en la sentencia late un posicionamiento claro en favor de la naturaleza indemnizatoria del recargo, derivado de que «... la compensación no la reciba el Estado sino quienes han recibido sobre sí el segundo grado de consecuencias, el *damnum*». En este sentido, el Tribunal afirma que si la infracción empresarial únicamente supusiera una vulneración del orden jurídico —en cuyo caso a mi juicio la única interpretación posible sería que el recargo es una sanción— «... sería razonable no trasladar el dies a quo para el cómputo de la prescripción a otra fecha que no fuera la del accidente». Sin embargo, «... tan especial naturaleza como la que posee el recargo (...) requiere alterar aquella base del compromiso indemnizatorio amoldándolo a los objetos que le servirán de medida, es decir, a las prestaciones cuya cuantía se va a ver incrementada».

[Ver Texto](#)

-
- (24) Vid., SSTS 17 de mayo y 18 de octubre de 2004: «... la orden de paralización afecta exclusivamente al procedimiento sancionador, que es el regulado en dicha norma, y el de imposición de medidas de seguridad no tiene esta consideración...». Posteriormente, STS 2 de octubre de 2008.

[Ver Texto](#)

-
- (25) Vid., STS 27 de diciembre de 2007: «... el recargo no deriva de la potestad sancionadora de la Administración —esa potestad se manifiesta en la imposición de la correspondiente multa—, sino de un incumplimiento de las obligaciones que el empresario asume como consecuencia del contrato de trabajo...».

[Ver Texto](#)

-
- (26) Vid., STS 14 de noviembre de 2007: «... el recargo (...) no es ni una sanción ni un gravamen sino una indemnización...».

[Ver Texto](#)

-
- (27) Vid., STS 2 de octubre de 2008.

[Ver Texto](#)

-
- (28) Vid., STS 6 de junio de 2007: «... el recargo no implica (...) la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios...».

[Ver Texto](#)

-
- (29) Vid., SSTS 5 de diciembre de 2006, 12 de febrero, 26 de marzo, 18, 25 y 27 de junio, 17 y 24 de julio de 2007.

[Ver Texto](#)

-
- (30) Vid., SSTS 20 de diciembre de 2007 y 13 de febrero de 2008, aludiendo a «... una indemnización con función disuasoria o punitiva...». Más extensamente, SSTS 27 de marzo, 17 de abril, 26 de septiembre de 2007, 8 de julio de 2009, aludiendo a una naturaleza «... dual o mixta, pues si bien desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora (...) desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio...».

[Ver Texto](#)

(31) Vid., STS 18/10/07.

[Ver Texto](#)

(32) Vid., L. Fernández Marcos: «La agravación de responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional en la doctrina del Tribunal Constitucional», REDT, núm. 25, (1986), pág. 110; L. Pérez Capitán: «El "non bis in idem" en el derecho sancionador laboral. La jurisprudencia de la última década», base de datos West law, BIB 1994/130; Á. Cea Ayala: «El recargo en las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: criterios jurisprudenciales y administrativos», AL, 1994-II, pág. 372; A. L. De Val Tena y J. J. Román Castillo: 'La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en orden a las prestaciones de Seguridad Social: criterios jurisprudenciales', base de datos West law, BIB 1996\48; J. A. Martínez Lucas: La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional, Valencia, 1996, págs. 50 y ss; S. Olarte Encabo: «Artículo 123», en AA.VV., Comentario a la Ley general de la Seguridad Social, J. L. Monereo Pérez y M.^a N. Moreno Vida (Dres.), Granada, 1997, pág. 1150; J. Cruz Villalón y C. Jover Ramírez: «La responsabilidad de Seguridad Social en materia de seguridad y salud en el trabajo», TL, núm. 50, (1999); M. Cardenal Carro y F. J. Hierro Hierro: El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable, Albacete, 2005, pág. 34; R. Roqueta Buj: «Prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo: conexiones y efectos de los incumplimientos en materia de seguridad y salud laborales», en AA.VV., Accidentes de trabajo y mutuas, E. Borrajo Dacruz, (Dir.), Madrid, 2008, pág. 14.

[Ver Texto](#)

(33) Vid., STS 8/7/09, razonando a propósito de «... una naturaleza compleja que explica satisfactoriamente las consecuencias deducidas en diversos órdenes por la unificación de doctrina».

[Ver Texto](#)

(34) Vid., J. L. Monereo Pérez: El recargo de prestaciones..., cit. pág. 28.

[Ver Texto](#)

(35) Vid., matizando que este tipo de sanciones públicas no quedan restringidas a las establecidas en la LISOS y en el Código Penal, J. L. Monereo Pérez: «Artículo 42. Responsabilidades y su compatibilidad. Parte I. Responsabilidad civil y responsabilidad de Seguridad Social», en AA.VV., Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales y sus desarrollos reglamentarios, J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M.^a N. Moreno Vida, (Dres.), Granada, 2004, pág. 459.

[Ver Texto](#)

(36) Vid., C. Molina Navarrete: «Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de medidas sobre prevención de riesgos: la nueva "modernidad" de una institución jurídica clásica», REDT, núm. 79, (1996), pág. 810.

[Ver Texto](#)

(37) Con similar sentido, M. A. Purcalla Bonilla: El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral, Granada, 2000, pág. 69.

[Ver Texto](#)

(38) Como interpreta M. A. Purcalla Bonilla: El recargo de prestaciones..., cit. pág. 70.

[Ver Texto](#)

(39) Vid., M. Iglesias Cabero: «Comentario al artículo 42 de la Ley de Prevención de riesgos laborales (I y II)», base de datos West law, BIB 2008/3384 y 3385.

[Ver Texto](#)

(40) Vid., argumentando a favor del aseguramiento del recargo, A. Desdentado Bonete: «El recargo de prestaciones...», cit. págs. 19 y ss.

[Ver Texto](#)

(41) Vid., explicando que la STS 8 de marzo de 1993 dio un giro de 360° con respecto a la situación anterior y suprimió la responsabilidad subsidiaria del INSS, Á. Cea Ayala: «El recargo...», cit. pág. 367. El argumento para reconocer esta responsabilidad subsidiaria del INSS radicaba en que este organismo asumió las funciones del extinto Fondo de garantía de accidentes de trabajo desde 1978, y entre ellas la de sustituir las obligaciones de los patronos no asegurados que las incumplan así como responder de la insolvencia de las entidades aseguradoras, con apoyo tanto en el art. 94 LGSS 66 como en el art. 124 Reglamento de accidentes de trabajo.

[Ver Texto](#)

(42) Vid., STS 22 de abril de 2004: «... aunque se admitiera que el artículo 15.5 LPRL permite en la actualidad el aseguramiento del recargo, este aseguramiento tendría que realizarse por entidades aseguradoras mercantiles, pues el seguro de la responsabilidad empresarial que se establece a través de la Seguridad Social (...) únicamente cubre la responsabilidad objetiva del empresario...».

[Ver Texto](#)

(43) Vid., similarmente, C. Carrero Domínguez: «Compatibilidad de responsabilidades...», cit. pág. 107; S. Del Rey Guanter y C. Gala Durán: «Responsabilidades administrativas del empresario y de los servicios de prevención ajenos en materia de prevención de riesgos laborales», en AA.VV., Responsabilidades y responsables en materia de prevención de riesgos laborales, J. Vega López, (coord.), Gran Canaria, 2004, pág. 284.

[Ver Texto](#)

(44) Vid., E. Desdentado Daroca: «Procedimiento administrativo y protección social. Algunas perturbaciones recíprocas: recargo de prestaciones y declaración de incapacidad permanente, caducidad y prescripción», RDS, núm. 40, (2007), pág. 35.

[Ver Texto](#)

(45) Vid., P. Salvador Cooderch: «Punitive damages», InDret, núm. 1, (2000), pág. 3 de 17.

[Ver Texto](#)

(46) Vid., B. Fernández Gregoraci: «Recargo de las prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de punitive damages», ADC, tomo LXI, (2008), pág. 133.

[Ver Texto](#)

- (47) Como ya señalara M. Alonso Olea: «Sentencia 158/1985, de 26 de noviembre», en Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social, Tomo III, Madrid, 1986, pág. 227.

[Ver Texto](#)

- (48) Con A. Desdentado Bonete: «El recargo de prestaciones...», cit. pág. 24. También, E. Roca Trías: «Concurrencia de indemnizaciones en los accidentes de trabajo», en AA.VV., Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales, CGPJ, MFC, núm. 43, (2007), pág. 45, manifestando que se trata de un supuesto de daños punitivos en la medida en que constituye una cantidad añadida a la indemnización, independiente de la misma, que comparte la naturaleza de la multa penal.

[Ver Texto](#)

- (49) Sobre la función preventiva de la responsabilidad de Derecho común, J. R. Mercader Uguina: Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y Derecho de daños, Madrid, 2001, pág. 133.

[Ver Texto](#)

- (50) Criterios que coinciden con los previstos en la LISOS para graduar las sanciones por incumplimiento de la normativa preventiva. Vid., al respecto, R. Roqueta Buj: «Prevención de riesgos laborales...», cit. pág. 16.

[Ver Texto](#)

- (51) Vid., B. Fernández Gregoraci: «Recargo de las prestaciones...», cit. pág. 133.

[Ver Texto](#)

- (52) Vid., J. Lahera Forteza: «Artículo 42», en AA.VV., Ley de prevención de riesgos laborales, F. Pérez De Los Cobos (Dir.), Madrid, 2010, pág. 877.

[Ver Texto](#)

- (53) Vid., al respecto, S. González Ortega: Las responsabilidades y sanciones en la Ley de Prevención del riesgos laborales, Junta de Andalucía, 1997, pág. 23; C. Tolosa Tribiño: «Criterios de graduación de las sanciones», en AA.VV., Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, A. V. Sempere Navarro (coord.), Navarra, 2003, pág. 390.

[Ver Texto](#)

- (54) Vid., I. Duréndez Sáez: «El recargo...», cit. pág. 873.

[Ver Texto](#)

- (55) Éste, a mi juicio, es el sentido que hay que dar a la afirmación relativa a que solo en contadas ocasiones es imaginable que pueda producirse un daño y que el empresario quede exento de responsabilidad, vid., F. Pérez De Los Cobos: «Artículo 14», en AA.VV., Ley de prevención de riesgos laborales, F. Pérez De Los Cobos, (Dir.), Madrid, 2010, pág. 248.

[Ver Texto](#)

- (56) Con detalle, J. García Murcia: «Régimen de responsabilidades...», cit. pág. 206.

[Ver Texto](#)

- (57) Con relación a las vía de objetivación de la responsabilidad civil por daños, vid., C. L. Alfonso Mellado: «La culpabilidad como fundamento de la responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral», base de datos West law, BIB 2003/1299.
- [Ver Texto](#)
-
- (58) Vid., entre otras, STS 2 de octubre de 20 de octubre de 2000.
- [Ver Texto](#)
-
- (59) Vid., J. L. Monereo Pérez: El recargo de prestaciones..., cit. pág. 25; L. Pérez Capitán: «El "non bis in idem"...», cit.; C. Molina Navarrete: «Otra vez a vueltas...», cit. pág. 794; J. Agustí Julià: «Panorama general de los mecanismos de prevención y reparación en materia de accidentes de trabajo», en AA.VV., Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales, CGPJ, MFC, núm. 43, (2007).
- [Ver Texto](#)
-
- (60) Vid., A. V. Sempere Navarro y R. Martín Jiménez: El recargo de prestaciones, Navarra, 2001; A. Desdentado Bonete: «Problemas de coordinación en los procesos sobre responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo», en AA.VV., Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales, CGPJ, MFC, núm. 43, (2007), pág. 228.
- [Ver Texto](#)
-
- (61) Salvo precisamente cuando se activa el recargo, así como en otros supuestos particulares (arts. 195, 196 y 197 LGSS), como señala Y. Valdeolivas García: «La técnica bonus-malus aplicada a la prevención de riesgos laborales», RGDTS, núm. 1, (2003), pág. 5 de 19.
- [Ver Texto](#)
-
- (62) Vid., al respecto, A. Ojeda Avilés: «Responsabilidad aquiliana...», cit. pág. 362.
- [Ver Texto](#)
-
- (63) Vid., dudando de la eficacia de la norma, entre otros muchos motivos debido a la escasa cuantía de las bonificaciones previstas y a los dificultoso del acceso a las mismas, M.^a T. Igartúa Miró: «Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios. Reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones recientes (RD 337/2010 y RD 404/2010)», DL, núm. 88, vol. 1, (2010), pág. 117.
- [Ver Texto](#)
-
- (64) Vid., S. Cavanillas Múgica: La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia, Pamplona, 1987, pág. 121, citado por B. Gutiérrez-Solar Calvo: Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo, Madrid, 2004, pág. 24.
- [Ver Texto](#)
-