



EL RECARGO DE PRESTACIONES EN CASO DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Autor/a:

ADRIÁN NÚÑEZ FERNÁNDEZ

ÍNDICE GENERAL

Prólogo.....

01 El recargo de prestaciones.

- Su concepto y regulación.
- Naturaleza jurídica.
- Requisitos para su imposición.

02 Reconocimiento y cuantía del recargo.

- Reconocimiento del recargo.
- Fijación de la cuantía.
- Concurrencia del recargo con otras prestaciones e indemnizaciones.

03 Sujetos responsables.

- Supuesto general.
- Supuesto especial en contratatas y subcontratatas de obras y servicios.
- Supuesto especial en Empresas de Trabajo Temporal, (ETT).

04 Prohibición de aseguramiento del recargo.

05 *Non bis in ídem*.

- La prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho.
- Concurrencia de procedimientos sancionadores atribuidos al conocimiento de distintos órganos jurisdiccionales.

06 Prescripción y caducidad.

- Prescripción: Plazo, cómputo e interrupción.
- Caducidad: Afectación al expediente de recargo.

07 Conclusiones.

Anexo.....

- Estadísticas.
- Formularios.
- (Etc...)



Acerca del autor, D. Adrián Núñez Fernández:

Licenciado en Derecho por la Universidad de A Coruña, (año 2.009). En la actualidad compatibiliza el ejercicio de la abogacía con el Máster Profesional en Asesoría Jurídico-Laboral, con la finalidad de profundizar en materia laboral y de Seguridad Social y buscar con ello una especialización como abogado laboralista.

Prólogo.....

El presente estudio pretende contener un análisis de una institución clásica en nuestro ordenamiento jurídico, el recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, rodeada de una amplia problemática, que afecta principalmente a su propia naturaleza a caballo entre las indemnizaciones y las sanciones administrativas, su compatibilidad con otras responsabilidades y su posible aseguramiento, aspectos que son tratados en el presente trabajo, acompañados de un análisis de la jurisprudencia y de la doctrina judicial y científica. Se incide también en los requisitos constitutivos del recargo, su reconocimiento y cuantía. Asimismo, y dada la variedad de problemas aplicativos e interpretativos que plantea la figura jurídica del recargo, el estudio recoge, a modo de conclusión, las distintas propuestas de solución adoptadas por la doctrina científica.

01 El recargo de prestaciones.

- Su concepto y regulación.

Como indica su expreso nombre, nos encontramos ante una figura jurídica que consiste en mejorar las prestaciones de Seguridad Social, mediante el recargo de las mismas con un porcentaje que será abonado, exclusivamente, por el empresario empleador que haya infringido una norma de seguridad, siempre que tal infracción haya sido determinante del accidente. Aunque pudiera parecer que esta institución jurídica es hija de estos tiempos, en los que los accidentes de trabajo han despertado la conciencia social y se busca disminuirlos, se trata de una figura antigua en nuestra legislación. Ya la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 enero 1900, estableció que las indemnizaciones determinadas por la misma, se aumentarían en la mitad más de su cuantía, cuando el accidente se produjera en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carecieran de los aparatos de precaución establecidos legalmente (art 5, regla 5a). Similar disposición se ha contenido en la normativa posterior.



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

- Naturaleza jurídica.

Cabe pensar, en principio, en tres hipótesis de trabajo para fijar la naturaleza jurídica del recargo: una sanción, una indemnización o compensación de daños y perjuicios y una prestación de Seguridad Social. También, cabría una naturaleza mixta, al participar de la naturaleza de varias de esas figuras.

Todas las posturas al respecto son aceptables inicialmente. La calificación del recargo como sanción viene avalada por el texto legal que lo impone directamente sobre el empresario infractor y prohíbe el aseguramiento de esa responsabilidad, lo que muestra que se requiere infringir una norma y que sólo responde del pago el infractor. Su naturaleza indemnizatoria la avala el hecho de que sea el beneficiario del recargo el perjudicado por la infracción, esto es, quien puede reclamar la indemnización por daños y perjuicios del art 1.101 del Código Civil. Su consideración como prestación de la Seguridad Social se basaría en que se fija en atención a una prestación, no se reconoce sin el previo devengo de una prestación del Sistema, complementa la prestación previamente reconocida, se paga junto con ella y es reconocida y abonada, finalmente, por la misma entidad gestora.

El problema no es baladí, pues la solución que se adopte será determinante para resolver otras cuestiones. Tales como la de la aplicación del principio non bis in ídem, si se estima que es una sanción o la de su compatibilidad con la indemnización por daños y perjuicios a cargo del patrono.

La cuestión ha sido abordada por el Tribunal Supremo (IV), entre otras, en sus sentencias de 2 de octubre 2000, 14 febrero y 9 octubre 2001. La doctrina jurisprudencial que sientan puede resumirse, diciendo:

A) El recargo tiene carácter sancionador y, por ende, la norma que lo impone debe ser interpretada restrictivamente. Manifestación de esa interpretación restrictiva es que el recargo no se aplique a las mejoras voluntarias de Seguridad Social.

B) El recargo *“es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y, cuya imputación sólo es atribuible en forma exclusiva a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo”*.

C) Se trata de una responsabilidad empresarial cuasi-objetiva, con escasa incidencia en ella de la conducta del trabajador.

D) Su abono es directamente a cargo del empresario infractor, quien no puede asegurar la responsabilidad que de la infracción que comporta el recargo deriva.

E) Para determinar la responsabilidad empresarial en caso de contrata y subcontratas, se atiende, principalmente, a la idea del empresario infractor, al que atribuye responsabilidad el art 123.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

F) La finalidad del recargo en una sociedad con altos índices de siniestralidad laboral es la de evitar accidentes originados por la infracción de normas de seguridad. Para ello, se impulsa coercitivamente el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando la responsabilidad del patrono infractor, con el fin de que no resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para prevenir riesgos. Por ello, el recargo constituye un plus sobre el total de la indemnización a pagar, ya que su carácter, sancionador impone que el recargo se perciba por encima de las prestaciones e indemnizaciones ordinarias de forma, que caso de daños idénticos, sea mayor la cantidad a pagar por quien infringió normas de seguridad, que la que debe abonar quien no lo hizo.

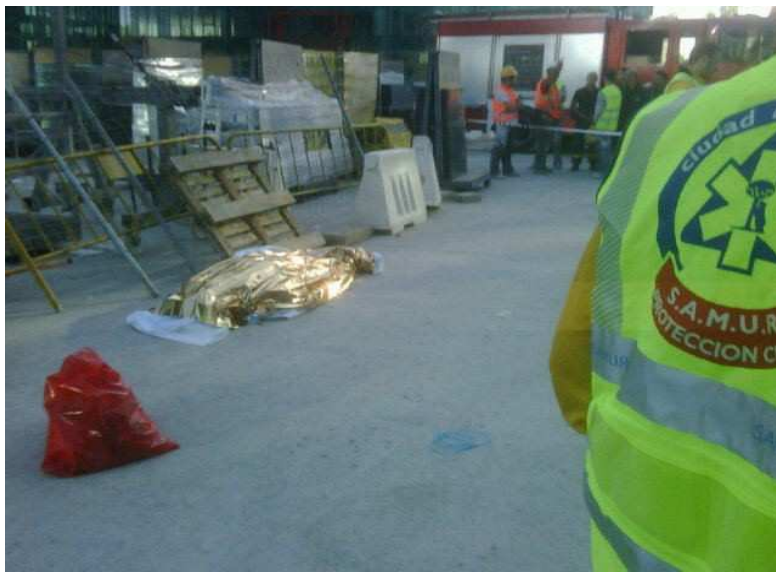
- Requisitos para su imposición.

1.3.1. Producción de un siniestro que dé lugar al reconocimiento de una prestación.

El primer requisito exigido es la producción de un siniestro, sea accidente de trabajo, sea enfermedad profesional, que haya causado un daño por causa del que se haya reconocido una prestación de Seguridad Social. Como se ve, no basta con la producción de un daño, sino que es preciso que por causa del mismo se reconozca una prestación de Seguridad Social. Cualquier prestación económica puede conllevar

el reconocimiento del recargo, pues el art 123 Ley General de la Seguridad Social, habla de todas las prestaciones que tengan su causa en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional. La

jurisprudencia, sentencias del Tribunal Supremo (IV), de 20 marzo y 11 julio 1997 y 14 febrero 2001, entre otras, con base en el carácter sancionador del



precepto, ha entendido que el recargo sólo se impone a las prestaciones básicas del sistema y no a las complementarias que tienen su origen en una mejora voluntaria de las mismas. Por ello, estarán comprendidas tanto aquellas prestaciones en las que el beneficiario es el perjudicado por el siniestro, como de la incapacidad temporal y la invalidez permanente, como aquellas otras en que los beneficiarios son sus causahabientes, supuesto de las prestaciones de viudedad, orfandad y a favor de otros familiares. El previo reconocimiento de una prestación será requisito básico para la procedencia del recargo, motivo por el que deberán reunirse por los interesados los requisitos exigidos por la norma para causar cada una de las prestaciones a recargar. Recordar que entre tales requisitos no se encuentra el de cubrir un determinado período de carencia o estar de alta en la Seguridad Social, por cuanto, conforme a los arts. 124.4 y 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social, cuando se trata de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional, aunque los empresarios hayan incumplido sus obligaciones de alta y cotización, se causarán las prestaciones, pues los trabajadores se consideran de pleno derecho en situación de alta, a estos efectos, y no les es exigible período previo de cotización, para causar las prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

1.3.2. Infracción de una norma de seguridad y salud en el trabajo.

El segundo requisito es que se haya infringido alguna norma de seguridad y salud en el trabajo. Si no se ha incumplido la normativa de seguridad y salud en el trabajo, si no se ha violado la normativa sobre prevención de riesgos laborales, no cabe imponer el recargo, pues, como su denominación indica, el recargo sanciona la infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo, infracción sin la que no procede su imposición. El problema es determinar cuándo ha existido infracción de medidas de seguridad y cuándo no. Concretamente, la cuestión es precisar si debe incumplirse una norma legal o reglamentaria o basta con haber infringido normas de seguridad previsibles y razonables, para evitar un riesgo fácilmente imaginable.

El carácter sancionador del precepto ha llevado a algún sector doctrinal y a algunas sentencias a entender que debe incumplirse una norma legal o reglamentaria concreta. Pero el fin perseguido por la norma y la generalidad de sus términos abonan la tesis contraria, esto es, la de que la infracción se comete cuando no se han

observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo adecuadas a las circunstancias de tiempo, lugar y circunstancias del trabajo realizado y personas intervinientes.

1.3.3. Existencia de un nexo causal.

El tercer requisito exigido es que el resultado lesivo haya sido consecuencia de la infracción o infracciones cometidas, que exista el necesario nexo causal entre el siniestro y la infracción imputada. Así pues, el accidente causante de la lesión debe tener su causa en la infracción de normas de seguridad, de forma que si aquellas se



hubieran cumplido el siniestro no habría ocurrido o no habría tenido tan graves consecuencias. La relación de causalidad sólo la rompen la fuerza mayor extraña al trabajo, el acto de tercero ajeno a la empresa y la imprudencia temeraria del trabajador lesionado. Como el empresario es deudor de seguridad, el art 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social, parte de que las carencias o defectos de seguridad son imputables al empresario a cuyo servicio se

encontrara el accidentado al acaecer el accidente. Por ello, el patrono no se ve liberado por el acto de tercero, por el hecho de que haya sido otra persona la que haya incumplido la norma de seguridad, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer contra el infractor. Si el infractor ha sido un empleado del patrono que por descuido o negligencia ha desobedecido órdenes y realizado actos causantes del siniestro, es claro que responde el empleador, no sólo como responsable de los actos de sus empleados por mandato del art 1903 del Código Civil, sino principalmente, porque su deuda de seguridad no se agota, como señala la Sala III del Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 y 27 marzo 1998, con dar a sus empleados instrucciones y medios de protección, sino que, además, viene obligado a vigilar que se cumplan sus instrucciones con el fin de prevenir los riesgos derivados de la actividad y de las negligencias profesionales de sus empleados. Por lo dicho, sólo el obrar doloso de otro empleado rompería el nexo causal, al ser imprevisible tal proceder. Si el tercero no es empleado del patrono responsable, pero tiene alguna relación con él, tampoco quedará aquél liberado frente a su empleado por la acción del mismo, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar contra él. Sólo queda liberado cuando se trata de la acción dolosa e imprevisible del tercero o de la culposa del tercero ajeno a su empresa, pero no en los casos de un obrar culposo imputable a personas relacionadas con su empresa. Así, responde frente a sus empleados de los defectos de fabricación de las máquinas que utiliza en su proceso productivo o de que las mismas no guarden alguna norma de seguridad. También responde en los supuestos de infracciones cometidas por aquellos a quienes contrató, sea el caso de contratatas y subcontratatas,

sea el caso de la contratación de servicios de prevención externos, como luego se estudiará con mayor detalle.

Quedan por examinar los supuestos de ruptura del nexo causal por hecho imputable al trabajador accidentado. Inicialmente, puede decirse que la conexión entre la infracción y el daño producido se rompe cuando la infracción es imputable al propio trabajador accidentado, como señaló ya el Tribunal Supremo (IV) en sentencias de 20 marzo 1983 y 21 abril 1988. Pero esta doctrina de exonerar al empresario infractor cuando ha existido un obrar negligente por parte del perjudicado debe precisarse y matizarse, habida cuenta que el estudiado art 123, no establece la posibilidad de liberar de responsabilidad al empresario infractor, cuando el daño causado guarda relación con la infracción. Además, teniendo en cuenta la evolución de la normativa legal en la materia y la sensibilidad social que actualmente existe en materia de prevención de riesgos laborales, de la que es simple muestra el art 15.4 de la Ley 31/1995, al obligar al empresario a prever, incluso, las negligencias no temerarias del trabajador, cabe concluir que la liberación de recargo sólo se producirá en los casos de imprudencia temeraria del trabajador, pero no en los de simple negligencia o imprudencia profesional del mismo. Tal solución viene avalada tanto por las sentencias de la Sala III del Tribunal Supremo de 22 octubre 1982 y 3 y 27 marzo 1998, donde se señala que el empresario infractor debe ser sancionado aunque haya mediado la culpa del empleado, como por la más reciente doctrina de la Sala IV. Así, la sentencia de esta Sala de 6 mayo 1998 viene establecer la procedencia del recargo cuando el accidente es imputable a la inobservancia empresarial de medidas de seguridad, aunque concurra algún tipo de culpa del accidentado, pues el nexo causal no lo rompería la conducta de éste, cuando ha existido una infracción de la patronal la causante del siniestro. También, añade que, aunque pudiera reconocerse al trabajador un derecho a negarse a trabajar en condiciones inseguras, el no uso de ese derecho no constituye culpa concurrente que pueda compensar la del patrono, pronunciamiento interesante, porque se trataba de un trabajador empleado en labores de seguridad y vigilancia. La Sentencia de 8 octubre 2001 va más allá y dice: *“(...) el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador”*.

02 Reconocimiento y cuantía del recargo.

- Reconocimiento del recargo.

La competencia tanto para declarar la responsabilidad por falta de medidas de seguridad como para fijar el porcentaje aplicable del recargo está atribuida al Director Provincial del INSS, quien para ello debe ajustarse al procedimiento regulado en la Orden de 18 de enero de 1996. La tramitación del expediente de recargo puede iniciarse bien de oficio, a instancia de la Inspección de Trabajo, o bien a instancia del propio interesado o de su representante legal. En todo caso, se requerirá de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el informe-propuesta sobre los hechos y circunstancias concurrentes, disposición infringida, causa concreta, de las enumeradas en el art. 123 del TRLGSS, que motive el aumento de la cuantía de las prestaciones y el porcentaje de éste que se considere procedente. Iniciado el expediente, el INSS tiene el deber de poner en conocimiento de los interesados la apertura del mismo. Posteriormente se dará trámite de audiencia al empresario, presunto responsable, para que en un plazo de diez días formule alegaciones y presente los documentos que

estime pertinentes, poniendo fin al procedimiento la resolución de la Dirección Provincial del INSS. El plazo máximo para resolver el expediente de recargo es de 135 días hábiles, desde la fecha del acuerdo de iniciación del procedimiento de oficio o de la recepción de la solicitud de iniciación del mismo, transcurrido el cual sin que recaiga resolución expresa, la solicitud se entiende desestimada y el interesado podrá ejercitar las reclamaciones judiciales oportunas.

La resolución que ponga fin al procedimiento deberá de ser motivada, con expresión de las circunstancias concurrentes, disposición infringida, causa concreta de las enumeradas en el art. 123 del TRLGSS y el porcentaje sobre la cuantía de las prestaciones que resulte procedente. El empresario declarado responsable debe consignar el capital-coste del recargo ante la Dirección Provincial de la TGSS, dentro del plazo que finaliza el último día del mes siguiente al de la notificación de la reclamación de la deuda por la TGSS. Ingresado el capital-coste del recargo, la TGSS lo comunicará al INSS para que éste proceda al abono del mismo al beneficiario. Si el empresario no ingresa el capital-coste en período voluntario, la TGSS iniciará la vía ejecutiva. El empresario viene también obligado a constituir el capital-coste cuando el trabajador fallecido en accidente de trabajo no deje beneficiarios de prestaciones. La resolución de la Dirección Provincial del INSS es susceptible de revisión por la jurisdicción social, si bien es necesario que los interesados interpongan reclamación previa a la vía judicial. Por otro lado, por los mismos hechos de los que trae su causa el recargo suele levantarse acta de infracción, y la posible impugnación de la sanción administrativa por infracción de medidas de seguridad y salud en el trabajo, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Finalmente, el reconocimiento del derecho a percibir el recargo sólo procede si la responsabilidad en esta materia no ha prescrito. Sobre el plazo de prescripción para reclamar el recargo no existe disposición legal expresa, por lo que caben las siguientes posibilidades: aplicar el plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo, es decir un año, en base al llamado deber de seguridad o deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores, recogido en los arts. 4.2 d) y 19.1 del ET94; el plazo de prescripción de las infracciones a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales; o bien, el plazo de prescripción previsto con carácter general para el reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social, cinco años.

A nuestro juicio, por razones de afinidad y sistemática legislativa, le resulta aplicable el plazo de prescripción de cinco años, iniciándose el cómputo de dicho plazo desde la fecha de la declaración del derecho a la prestación de que se trate. En este sentido se viene manifestando la doctrina judicial y un amplio sector de la doctrina científica.

- Fijación de la cuantía.

Por lo que se refiere a la cuantía del recargo, el art. 123.1 del TRLGSS señala que oscilará entre un 30 y un 50% *“según la gravedad de la falta”*. El importe del recargo lo fija el INSS, en vía administrativa, o los Juzgados de lo Social, en caso de existir demanda judicial. En cualquier caso, el importe fijado por el juez de instancia, puede ser reconsiderado en suplicación para comprobar si excede o no del margen de apreciación que le es consustancial; y lo mismo cabría decir, y por la misma razón, de las propias resoluciones en la materia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia revisables por el cauce del recurso de casación para la unificación de doctrina.



El art. 123.1 del TRLGSS no contiene unos criterios de graduación precisos para la determinación de la cuantía porcentual del recargo, limitándose a indicar una directriz general que es la «gravedad de la falta», lo que supone dejar un amplio margen de apreciación al órgano resolutor para la concreción del mismo. No obstante, como vienen admitiendo nuestros Tribunales, la fijación del

recargo se lleva a cabo tomando circunstancias adicionales a la mera gravedad de la falta o la infracción de medidas de seguridad, tales como peligrosidad de las actividades, número de trabajadores afectados, actitud o conducta general de la empresa en materia de prevención, instrucciones impartidas por el empresario en orden a la observación de estas medidas reglamentarias, etc... En este sentido, numerosa doctrina de suplicación modera el importe del recargo cuando el Juzgado de Instancia no había valorado la conducta negligente del trabajador accidentado. En cualquier caso, del tenor literal de la norma, se desprende que la misma se dirige a adecuar el recargo con el mayor o menor grado de gravedad de la infracción cometida, por lo que parece que el órgano resolutor tendría que fijar el recargo en función de estos entornos legales. En este sentido, lo lógico sería que se aprovecharan los tres tipos de infracciones administrativas (leves, graves y muy graves) para adjudicarles, respectivamente, los tres porcentajes usuales (30, 40 y 50%). Además, a efectos de poder romper con la inercia de utilizar sólo los porcentajes divisibles por diez, se deben valorar las circunstancias concurrentes, para determinar el tramo intermedio de porcentaje que corresponda dentro de cada nivel.

- Concurrencia del recargo con otras prestaciones e indemnizaciones.

El art 123.3 de la Ley General de la Seguridad Social, declara *“La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”*.

La compatibilidad del recargo con otras sanciones administrativas y con la indemnización por daños y perjuicios es corroborada por el art 42.3 de la Ley 31/1995, así como por el art. 43 de la LISOS en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 5/2000.

La compatibilidad ha planteado problemas doctrinales, habida cuenta, que según la jurisprudencia, sentencia del Tribunal Supremo (IV) de 10 diciembre 1998, por ejemplo, si existe un solo daño que compensar o indemnizar, debe existir también un límite en la reparación del mismo, ya que, aunque puedan plantearse distintas reclamaciones ante jurisdicciones diferentes, la indemnización global debe ser única, doctrina de la que se derivaría la necesidad de fijar una indemnización única que coincidiría con lo percibido por los perjudicados por los diferentes conceptos. El problema consiste en determinar si, calculada la cuantía global del quantum indemnizatorio, proceder á deducir del mismo el importe del recargo o sumárselo. Las opiniones contrapuestas se fundan en la distinta naturaleza jurídica que dan al reparto, pues, si se considera que tiene carácter indemnizatorio, procederá descontarlo de la indemnización total para evitar un enriquecimiento injusto, mientras, que si se

considera que tiene naturaleza sancionadora, vendrá a incrementar el total de la indemnización, supuesto en el que se planteará la duda de si con ello se viola el principio non bis in ídem. La cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo (IV) en sentencias de 2 octubre 2000, 14 febrero y 9 octubre 2001, entre otras, en el sentido de que el recargo es una institución específica y singular de nuestra normativa de Seguridad Social, independiente y no subsumible en otras figuras típicas, lo que excluye la compensación del mismo con parte de la indemnización total que no puede verse disminuida en el importe del recargo, sino, por el contrario, incrementada por él. La jurisprudencia ha optado por esa solución con base a los siguientes argumentos:

A) Que el recargo persigue prevenir los riesgos laborales en una sociedad con altos índices de siniestralidad.

B) Que ese fin se consigue sancionando al empresario una vez incumplida de normativa de seguridad de forma directa con la obligación de pagar una cantidad no asegurable.

C) Que, caso de darse al recargo carácter indemnizatorio, resultaría que recibiría igual trato el empresario infractor de normas de seguridad que aquél que en igual caso hubiese cumplido expediente administrativo normativa, pues ambos pagarían idéntica cantidad. Mientras que la Ley lo que quiere es que en casos similares pague más quien no ha observado las normas de seguridad.

D) Que tal solución no viola el principio non bis in ídem, ya que el mismo no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes.

Creo que la solución dada es correcta, ya que, el recargo tiene más carácter preventivo y profiláctico que indemnizatorio, pues trata de incentivar la protección del trabajador, estableciendo una sanción para el empresario infractor, que tiene un contenido económico a favor del perjudicado. El hecho de que el importe de la sanción no vaya al Tesoro Público, sino al bolsillo del trabajador, nos muestra que estamos ante una institución singular y especial de nuestra normativa, que tiene una naturaleza híbrida, tanto de sanción como de indemnización, naturaleza especial que justifica el que la interpretación dada no suponga violación del principio non bis in ídem, al tener la sanción carácter indemnizatorio también, sin que comporte, por otro lado, un enriquecimiento injusto, ya que se trata de un plus sobre la indemnización global que se establece como sanción, al haberse incumplido el deber de proporcionar seguridad, al igual que acaece en las obligaciones con cláusula penal de los arts. 1152 y siguientes del Código Civil, en los que el cumplimiento del contrato se incentiva, estableciendo una pena que se paga cualquiera que sea el importe del daño.

03 Sujetos responsables.

- Supuesto general.

El art. 123.2 del TRLGSS atribuye la responsabilidad del pago directamente al empresario infractor, señalando la prohibición de su aseguramiento y la nulidad de cualquier pacto o contrato que se realice para cubrir, compensar o transmitir esta responsabilidad. En consecuencia, el sujeto responsable de abonar el recargo es única y exclusivamente el empresario incumplidor de las medidas de seguridad e higiene, sin que exista responsabilidad subsidiaria del INSS, como reiteradamente ha señalado el TS, afirmando que el recargo no constituye en modo alguno *“una forma o modalidad de prestación que justifique su asunción por la Entidad Gestora correspondiente”*. En tal sentido, la STS 8 marzo 1993 (cit.) sostiene que no cabe invocar, con consistencia jurídica alguna, un posible desamparo del trabajador que no alcance a percibir el recargo por falta de medidas de seguridad, a causa de insolvencia

de la empresa, directamente condenada a su abono, pues «el principio de protección social proclamado por el art. 41 de la Constitución Española no puede tener un alcance ilimitado sino, que, como es obvio, ha de desenvolverse dentro de ciertos límites y en el marco de las disponibilidades financieras del propio régimen de Seguridad Social adoptado. Finalmente, tampoco cabe el anticipo del recargo por parte de la Entidad Gestora. No obstante, aunque la responsabilidad se atribuye al empresario infractor, existen supuestos especiales en los que concurren una pluralidad de empresarios, lo que plantea la cuestión de determinar el sujeto responsable del pago del recargo.

- Supuesto especial en contrata y subcontrata de obras y servicios.

El problema reside en esclarecer a qué empresa o empresas alcanza la responsabilidad del abono del recargo, cuando el trabajador siniestrado pertenecía a una empresa contratista o subcontratista de otra principal. La mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales venían excluyendo del ámbito de la responsabilidad solidaria el recargo de prestaciones en base a que la obligación en materia de seguridad e higiene correspondía en todo caso al empleador del trabajador, incluso cuando los servicios se presten en los locales de la empresa principal.

Sin embargo, a partir de la STS de 18 abril 1992 (R.Ar. 4849), se admite la eventual responsabilidad solidaria de la empresa principal, contratista y/o subcontratista, sobre la base de la propia noción de «empresario infractor» utilizada por el art. 93.2 de la LGSS (hoy 123.2 del TRLGSS), cuya determinación en estos casos «se complica sobremanera, surgiendo siempre en cada supuesto la interrogante de si alcanza sólo al empresario directo o propio, o sólo al principal, o a ambos a la vez». En tal sentido señala que *“es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños al empleado de la contrata e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por este, por lo que no parece correcto excluir, por sistema y en todo caso, de responsabilidad a la empresa principal”*. El art. 42.3 de la LISOS en conexión con el art. 24.3 de la LPRL parece optar por la responsabilidad solidaria, al señalar que «la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas o subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que dicha infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicha empresa principal». Es indiscutible que los empleados de la empresa contratista o subcontratista mantienen su vínculo laboral exclusivamente con ésta. Por lo que siendo la empleadora directa está obligada a garantizar la salud y la integridad física de sus trabajadores como obligación contractual. Además, el empresario principal está sujeto a un deber de vigilancia respecto a la aplicación de las normas preventivas por parte de los empresarios que participan en la contrata. Por ello será la omisión o negligencia en la vigilancia, la que de producirse infracciones de seguridad e higiene acarreará la responsabilidad solidaria de la empresa principal o titular del centro de trabajo. En base a esta obligación conjunta que tienen las dos empresas de vigilar y velar



por la seguridad de los trabajadores, parte de la doctrina judicial y un sector importante de la doctrina científica declaran que cabe la responsabilidad solidaria en el pago del recargo. En todo caso, la responsabilidad solidaria parece que se restringe al quedar condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos:

1º.- Que las obras o servicios contratados correspondan a la propia actividad del empresario principal. El concepto de propia actividad no es fácil de delimitar; si bien cabe entender como tal aquellas actividades en las que se advierta una conexión directa o indirecta con el proceso productivo de la empresa, que constituyen una labor complementaria esencial. No obstante, la STS de 16 diciembre 1997 (cit.) relativiza el criterio de propia actividad, dando prioridad al hecho de que el accidente se haya producido «por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad». Por encima del criterio de la propia actividad hay que tener en cuenta en primer lugar el art. 123, en cuyo número 2 se dispone que la responsabilidad del pago del recargo «recaerá directamente sobre el empresario infractor».

2º.- Que la infracción en materia de seguridad e higiene se haya producido en el centro de trabajo de la empresa principal. Por lo que si el accidente no se produce en centro o dependencia alguna de la empresa principal, no procede imputar a ésta solidariamente con la contratista el recargo. Este requisito plantea la cuestión de si quedan fuera del ámbito de la responsabilidad solidaria los supuestos particulares de descentralización productiva, en los que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no prestan servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, si bien operan con maquinarias, equipos, productos, materias primas o útiles de trabajo proporcionados por la empresa principal. En estos casos, el empresario principal tiene que proporcionar a los contratistas o subcontratistas, y éstos recabar de aquéllos, la información necesaria para que la utilización y manipulación de la maquinaria, equipos y útiles de trabajo se produzca sin riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, así como para que los empresarios puedan cumplir con sus obligaciones de información respecto de sus trabajadores.

3º.- Que la infracción se haya cometido durante la vigencia de la contrata.

En definitiva, el fundamento de la responsabilidad solidaria está en que la inobservancia del deber de vigilancia de la empresa principal haya contribuido a la producción del daño. Así, como mantiene un sector de la doctrina, existen supuestos particulares en los que no se da una responsabilidad solidaria a pesar de que coexistan dos o más empresas:

- La empresa contratista o subcontratista no responde solidariamente con la principal de una infracción sólo a ésta imputable, cualquiera que sea la adscripción empresarial del trabajador. El responsable único del pago del recargo será el empresario principal si la infracción a él imputable ha sido la causa determinante de la lesión.
- No existirá responsabilidad solidaria de la empresa principal en aquellos casos en los que la lesión sea consecuencia exclusiva del incumplimiento de las medidas preventivas por parte de la contratista. El pago del recargo recaerá sólo sobre el contratista, por ser el empresario infractor.
- La empresa principal responde solidariamente con la contratista cuando el incumplimiento conjunto de ambas empresas ha contribuido en la producción del resultado dañoso. Para que se proyecte la responsabilidad en la empresa principal es necesario que la falta de seguridad originadora del accidente le sea también imputable. No sería, pues, suficiente con alegar sin más el art. 42.3 de la LISOS para imputar la responsabilidad solidaria a la empresa principal. De lo expuesto podemos concluir que el responsable del pago podrá ser

indistintamente el empresario principal, el contratista o ambos, dependiendo de aquél a quien le sea imputable el incumplimiento de la normativa relativa a la prevención de riesgos laborales. Todo ello, en base a que el artículo central en esta materia es el art. 123.2 del TRLGSS, que debe prevalecer sobre el art. 42.3 de la LISOS, por lo que la responsabilidad del empresario principal ha de ser matizada, vinculándola a la idea de empresario infractor.

Una vez determinada, en su caso, la responsabilidad solidaria, el reparto del importe del recargo se debe realizar atendiendo al grado de participación o responsabilidad en la producción del resultado dañoso de cada una de las empresas implicadas. De forma que si, debido a la solidaridad, uno de los empresarios hubiera hecho frente al pago del recargo en su totalidad, podrá repetir contra el otro u otros por el importe que a cada uno correspondiera. Finalmente, los pactos o cláusulas que se introduzcan en el contrato de ejecución de obra para hacer recaer la responsabilidad por recargo exclusivamente en la contratista o en la empresa principal, deben entenderse como pactos «contra legem», y por tanto sin efectos jurídicos.

- Supuesto especial en Empresas de Trabajo Temporal, (ETT).

En el caso concreto de las ETT, la única responsable parece ser la empresa usuaria y no la de trabajo temporal, y ello en base a que es la empresa usuaria la que interviene en las condiciones directas de ejecución de los trabajos. En este sentido, el art. 16.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal (en adelante LETT), considera que la empresa usuaria es responsable del recargo de prestaciones de Seguridad Social en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene. No obstante, condicionante legal para la imposición del recargo, es la comisión de una infracción en materia de seguridad, de modo que solo cabe la imposición del recargo cuando conste la condición de empresario infractor. Ello supone que a la empresa usuaria no se le puede imponer el recargo respecto de aquellos incumplimientos que sean imputables a la ETT. Por ello, la empresa de trabajo temporal debería ser la responsable directa del pago del recargo, en aquellos casos en los que el incumplimiento de sus obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud de sus trabajadores haya sido la causa determinante del daño, por tener la condición de sujeto infractor. Pues en caso contrario, en los incumplimientos imputables a la empresa de trabajo temporal no se puede hacer responsable del recargo a ninguna de las empresas implicadas en la relación triangular. Además, cabe la posibilidad de extender la responsabilidad del abono del recargo con carácter solidario a la empresa usuaria y a la ETT, cuando el incumplimiento conjunto de ambas empresas haya contribuido a la causación del siniestro, en los mismos términos en los que nos hemos pronunciado en materia de contratatas y subcontratatas. No obstante, un sector de la doctrina mantiene que, dada la relación triangular y la existencia de obligaciones para ambas partes, cabría pensar en una responsabilidad subsidiaria de la ETT en relación a la empresa usuaria.

04 Prohibición de aseguramiento del recargo.

Conforme al art. 123.2 del TRLGSS la responsabilidad en el pago del recargo no es asegurable, siendo nulo cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. Sin embargo, la redacción confusa del art. 15.5 de la LPRL ha planteado algunas dudas sobre si la cobertura del recargo es asegurable, al establecer que la empresa respecto de sus trabajadores podrá concertar operaciones

de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo. La mayoría de la doctrina considera, opinión que compartimos, que la prohibición de aseguramiento contenida en el art. 123.2 del TRLGSS no ha sido derogada implícitamente por la LPRL.

La posibilidad de asegurar el recargo supondría privarlo del efecto disuasorio e incentivador del cumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral. No obstante, un sector de la doctrina se decanta por la prohibición de aseguramiento, pero con matizaciones, consideran que el legislador debería levantar el veto, en cuanto a garantizar el cobro, por parte del trabajador accidentado o sus beneficiarios, en supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, concurso de acreedores o quiebra empresarial, sin perjuicio del eventual derecho de repetición que la entidad aseguradora pudiera reservarse frente al empresario en cuestión; otros, estiman que en aquellos supuestos en los que el empresario haya organizado la prevención como se ordena en la LPRL y haya cumplido con todas las obligaciones específicas que recaen sobre su persona, debería permitirse la concertación de un seguro que responda ante la imposición de un recargo que tenga su causa en un incumplimiento de las obligaciones o por la actuación negligente de las entidades que actúan como servicio de prevención ajeno o como entidad auditora, lo que terminaría de solventar el grave problema de la insolvencia empresarial.



A mi juicio, si bien ambas matizaciones son correctas en su formulación, supondrían desnaturalizar el recargo, al concebirlo como una simple indemnización, en cuyo caso no tendría razón de ser, pues para reparar el daño está la indemnización por daños y perjuicios. Además, la última matización parece ignorar los numerosos pronunciamientos que imponen el recargo en base a la «culpa in

vigilando» del empresario. Por contra, para algún sector de la doctrina la LPRL parece indicar que el recargo puede asegurarse y, por tanto, al permitir el aseguramiento de esta peculiar responsabilidad, estaría incorporando una novedad esencial que vendría a derogar el art. 123.2 del TRLGSS. En esta línea, señalan que la Ley se estaría decantando por otorgarle naturaleza indemnizatoria, postergando su carácter sancionador.

05 Non bis in ídem.

- La prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho.

El principio non bis in ídem, o de que nadie puede ser sancionado dos veces por lo mismo tiene su base en el art 25.1 de la Constitución Española, donde se establece el principio de legalidad del que deriva, según doctrina constitucional. Reflejo del mismo es el art 3 de la LISOS en su texto articulado actual, cuyo número 1, establece que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. Como ya quedó de manifiesto con anterioridad, el art 43.1 de la LISOS y el 42.3 de la Ley 31/1995, resuelven la cuestión, declarando la compatibilidad del recargo con otras sanciones penales o administrativas que puedan imponerse, así como con las demás responsabilidades que puedan declararse. Y las sentencias del

Tribunal Supremo de 2 octubre 2000 y 14 febrero y 9 octubre 2001, expresamente, declaran que no vulnera el principio non bis in ídem el hecho de que se imponga el recargo por unos hechos que ya han sido sancionados penal o administrativamente, por cuanto, cabe que un mismo hecho sea sancionado por autoridades de distinto orden que lo contemplen desde perspectivas diferentes, razón por la que, como sanción administrativa o penal y recargo no contemplan el hecho desde la misma perspectiva de defensa social, cabe la compatibilización del recargo con la imposición de otra sanción penal o administrativa. Tal solución es la acogida por el citado art 3.1 LISOS, al dejar fuera de la prohibición de sancionar dos veces el mismo hecho, aquellos casos en que acumulativa se aprecie identidad de sujeto de hecho o de fundamento.

- Concurrencia de procedimientos sancionadores atribuidos al conocimiento de distintos órganos jurisdiccionales.

La posible intervención en unos mismos hechos de diferentes órganos jurisdiccionales (penal, contencioso-administrativo, civil y social) plantea problemas derivados de la forma de evitar que se dicten fallos contradictorios. La cuestión ha sido abordada por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 3 octubre 1983 y 11 octubre 1999, donde se ha señalado que el principio non bis in ídem busca impedir no sólo la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, sino también evitar que recaigan eventuales pronunciamientos contradictorios. Por nuestro más alto Tribunal se admite la posibilidad de que unos mismos hechos puedan ser enjuiciados y calificados por órganos judiciales diferentes que apliquen normativas distintas, pero no que la valoración de los hechos sea distinta, pues es claro que unos mismos hechos, no pueden existir y dejar de existir. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 158/1985, de 26 noviembre, dictada en un supuesto de recargo por falta de medidas de seguridad en el trabajo, cuando el ordenamiento jurídico admite una dualidad de procedimientos y, en cada uno de ellos se enjuician y califican con independencia unos mismos hechos, como es aquí el caso, no es admisible la autonomía entre tales procedimientos, llámese por un lado Procedimiento de Recargo de Sanciones y por el otro Procedimiento Administrativo Sancionador, pues resulta del todo claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, de tal modo que repugna a la razón jurídica que unos mismos hechos ocurrieran o no o que una persona fuera autora de los mismos y no lo fuera, según el criterio usado en cada caso. Tal doctrina es complementada por la de las sentencias del mismo Tribunal números 182/1994, 151/2001 y 200/2003. En atención a lo expuesto, el art 42.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, al igual que lo hacía el art 42.5 de la Ley 31/1995, dispone: La declaración de hechos probados que contengan una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción de 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 la prestación económica del Sistema de Seguridad Social. El juego de este mandato, junto con el del principio de cosa juzgada material del art 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obligaría a respetar la declaración de hechos probados de la sentencia de la jurisdicción penal o contencioso-administrativa, así como el pronunciamiento de ésta sobre si se cometió determinada falta de medidas de seguridad. Pero no vincularán pronunciamientos como el de no se ha probado que sucediera tal hecho o que se incumpliera tal norma, por cuanto en el posterior proceso sí se puede probar y la contradicción se da, cuando en un proceso se afirma la realidad de un hecho y en otro se niega esa certeza, pero no cuando en el primero se

dice que un hecho no consta probado, mientras que en el segundo, a la vista de nueva prueba, se estima acreditado. Asimismo, el pronunciamiento sobre si se cometió o no determinada falta vinculará al orden jurisdiccional social, pero cabrá el que el mismo valore de forma distinta los hechos aceptados y estime que los mismos son constitutivos de una falta diferente, de una falta cuya existencia y sanción no fue objeto del procedimiento previo, máxime cuando nos movemos en un ámbito distinto, donde la culpa se valora de forma muy diferente por tratarse del incumplimiento de un deber contractual.

06 Prescripción y caducidad.

- Prescripción: Plazo, cómputo e interrupción.

De nuevo, para resolver las cuestiones relativas a la prescripción y caducidad del derecho al recargo o a la prescripción y caducidad de la infracción, debe acudirse a la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa. Su naturaleza mixta, cual se dijo antes, va dar lugar a que no se apliquen los plazos que las normas sancionadoras establecen para la prescripción de las infracciones y sanciones. Por ello, aunque la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, conforme al art 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, se encuentre sometida al plazo de prescripción que establece el art 4.3 del vigente Texto Refundido de la LISOS, aprobado por el Real Decreto Legislativo de 5/2000, donde se establece que las faltas leves prescriben al año y, las graves a los tres años y las muy graves a los cinco años, entiendo que tales plazos prescriptivos no son aplicables al recargo. Como el recargo, aparte su naturaleza sancionadora, tiene un carácter indemnizatorio y prestacional, ya que, revierte a favor del perjudicado por la infracción incrementando las prestaciones de Seguridad Social que va a percibir, se viene estimando que es de aplicar el plazo de prescripción de cinco años que el art 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social, establece para la prescripción del derecho a las prestaciones de Seguridad Social. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (IV) en sentencias de 12 diciembre 1997 y 10 diciembre 1998.

Para fijar el dies a quo para el cómputo de la prescripción, debemos estar a lo dispuesto en el art 1.969 del Código Civil, sobre que el tiempo para la prescripción, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. De lo expuesto se deriva en primer lugar, que mientras no se haya reconocido por resolución firme el derecho a una prestación básica de la Seguridad Social, no empieza a correr el plazo de la prescripción de las acciones para reclamar el recargo, ya que, como vimos, el recargo requiere como elemento constitutivo para su reconocimiento, el previo reconocimiento de una prestación del Sistema de Seguridad Social. Pero, deberá tenerse en cuenta en segundo lugar, que conforme a los arts. 43.3 de la Ley General de la Seguridad Social y 16.2 de la Orden de 18 enero 1996, la existencia de un proceso penal por los mismos hechos contra el empresa responsable, suspenderá el curso del plazo prescriptivo que empezará a correr de nuevo cuando se notifique el sobreseimiento del proceso penal o recaiga sentencia firme en el mismo. Consiguientemente, el dies a quo para el cómputo de la prescripción, que nos ocupa viene dado por lo general, por la fecha de la resolución firme que reconoció las prestaciones a recargar, salvo que en la misma exista causa penal por los mismos hechos, supuesto en el que la prescripción no empezará a correr hasta que termine el proceso penal en la forma antes dicha. El curso de la prescripción se interrumpe, como señala el art 43.2 de la Ley General de la Seguridad Social por las causas ordinarias del art 1.973 del Código Civil, así como por la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social y por el expediente de infracción que tramite

la Inspección de trabajo. Así pues, el inicio por la Inspección de trabajo de actuaciones a efecto de imponer el recargo y la apertura por el Instituto Nacional de la Seguridad Social de expediente al efecto, de oficio, a instancia de la Inspección de Trabajo, o del interesado.

- Caducidad: Afectación al expediente de recargo.

De lo antes señalado se deriva que no caduca, sino prescribe el derecho al recargo, ni la posibilidad de sancionar con el mismo a la empresa que infringió las normas de seguridad determinantes del accidente. Se ha planteado, no obstante, la caducidad de la facultad de sancionar de la Administración, al no dictarse la resolución sancionadora en plazo legal, conforme a los arts. 42 y 44.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, y a ello vamos a dedicar el estudio del presente apartado. Como el art 44.2 de la Ley 30/1992, dispone que, cuando la Administración ejercite potestades sancionadoras, susceptibles de producir efectos desfavorables o gravamen, se producirá la caducidad, transcurrido el plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa que ponga fin al expediente, sostienen algunos, que transcurrido el plazo máximo de seis meses que establece el art 42.2 de la Ley citada en relación con el art 20.3 del Real Decreto 928/1998, de 14 mayo. Esa teoría es rechazable, porque conforme a la Disposición Adicional Séptima de la Ley 30/1992, los procedimientos para imponer sanciones del orden social se regirán por su normativa específica, normativa que viene constituida por los arts. 1.1.e) y 6 del Real Decreto 1300/1995, de 21 julio y, 1.1, 7.1.d), 14 y 16 de la Orden de 18 enero 1996. El citado art 14 de la Orden de 18 enero 1966, dispone en su número 3, que el transcurso del plazo de 135 días establecido para resolver el procedimiento no eximirá a la entidad gestora de su deber de resolver. Tal mandato nos muestra que no estamos ante un plazo de caducidad del expediente, ni del derecho a sancionar, pues, al reiterar la obligación de resolver, la norma nos enseña que el plazo no es de caducidad, sino que el mismo se establece a fin de facilitar el acceso a los Tribunales del interesado, motivo el que se dispone que el transcurso del plazo supondrá el que se tenga por denegada la petición a ese fin. Lo cual no es una novedad, sino estricta transposición reglamentaria del art 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuya regla general y la regla primera son las aplicables en el presente caso. Es cierto que el recargo tiene naturaleza sancionadora, pero, como viene señalando la jurisprudencia que resalta ese carácter sancionador, para denegar la posibilidad de que el importe del recargo se descuenta del monto total de la indemnización a pagar al perjudicado, la sanción en que consiste el recargo es especial y diferente de las ordinarias, por cuanto, aunque la impone un órgano de la Administración por infracción de normas de seguridad, el beneficiario de la misma no es el Tesoro Público, sino el perjudicado por la falta sancionada. Por ello, dada la naturaleza mixta del recargo, al ser una sanción que genera derechos económicos para el perjudicado por la falta, debe estimarse que no es de aplicar la regla del n.º 2 del citado art 44, sino la general que establece el mismo en relación con su n.º 1, norma que, igualmente, insiste en que, cuando de la resolución administrativa se derive el reconocimiento de derechos a favor de los administrados, el transcurso del plazo para dictar resolución no eximirá a la administración de su obligación legal de resolver. Pero, además, aunque no se estimaran los razonamientos anteriores, la solución sería la misma, por cuanto, conforme al art 7.5 del Real Decreto 928/1998, donde se regula el Reglamento para la imposición de sanciones por infracciones del orden social, norma aplicable en defecto de las anteriores, la caducidad del expediente sancionador no impide la iniciación de otro nuevo con identidad de sujeto, hechos y fundamentos, cuando la infracción denunciada no haya prescrito, mandato del que se

deriva que la caducidad del expediente no impide sancionar los hechos mientras no haya prescrito la infracción, lo que comportaría, igualmente, la posibilidad de imponer el recargo mientras no haya transcurrido el plazo prescriptivo de cinco años que antes se dijo.

07 Conclusiones.

El recargo es una figura jurídica que consiste en mejorar las prestaciones de la Seguridad Social, mediante el recargo de las mismas con un porcentaje, (de entre un 30 a un 50%), y que será abonado, exclusivamente, por el empresario empleador una vez que se declare que la lesión del trabajador a su cargo, se produce como consecuencia de haber infringido una norma de prevención. Concretamente, si la lesión se produce de alguna de las siguientes formas:

- por máquinas, artefactos o instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones.
- 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.

Así lo dispone el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad en su artículo 123.

Ha de existir una relación causa-efecto entre la omisión de las medidas de seguridad y el accidente acaecido.

No se aplica el recargo en el supuesto de caso fortuito, es decir, cuando el suceso es imprevisible o aún previsible, no se hubiera podido evitar.

La responsabilidad del pago del recargo recae directamente sobre el empresario infractor y no puede ser objeto de seguro. Estamos ante una medida sancionadora, y de ahí que la norma declare nulo de pleno Derecho cualquier pacto o contrato que se realice para asegurar, compensar o transmitir la responsabilidad del pago.

El hecho de que sea una medida sancionadora, hace que el legislador expresamente disponga que la responsabilidad del incremento de la prestación como consecuencia del recargo es independiente y compatible con el resto de responsabilidades que puedan derivarse de la infracción que provoca el recargo. Es decir, con independencia de que se reconozca el recargo por falta de medidas de seguridad, el empresario puede ser responsable tanto en el ámbito administrativo (sanción por infracción de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social), civil (indemnización por daños y perjuicios) como en el penal (sanción a quien intencionada o culposamente pudiera ser responsable de la ausencia de las medidas de seguridad determinantes del siniestro).

Y desde este punto de vista, podemos descartar el carácter indemnizatorio del recargo. La indemnización tiene como finalidad reparar el daño causado, y sin

embargo el recargo tiene como finalidad “sancionar” al empresario que no ha adoptado las medidas de seguridad oportunas.

El destinatario del recargo es el propio trabajador que ve incrementadas las prestaciones económicas reconocidas.

Corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas reconocidas al trabajador (art. 1 e) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio).

Si bien, la declaración de responsabilidad debe dictarse por el Director Provincial del INSS, la Inspección de Trabajo, tras su actuación en la investigación del accidente o de la enfermedad profesional, puede levantar Acta de Infracción contra la empresa y puede remitir un informe propuesta de recargo al INSS. En ese informe propuesta, la Inspección tipifica la infracción y propone el porcentaje del recargo.

El porcentaje del recargo, por tanto, viene condicionado por el tipo de infracción cometida, según la gravedad de la misma. La Resolución del INSS debe motivarse con expresión de las circunstancias concurrentes en el supuesto planteado, la disposición infringida, la causa concreta de las enumeradas en el art. 123 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el porcentaje sobre la cuantía de las prestaciones que se considera procedente. (*art. 16.2 de la Orden de 18 de enero de 1996*).

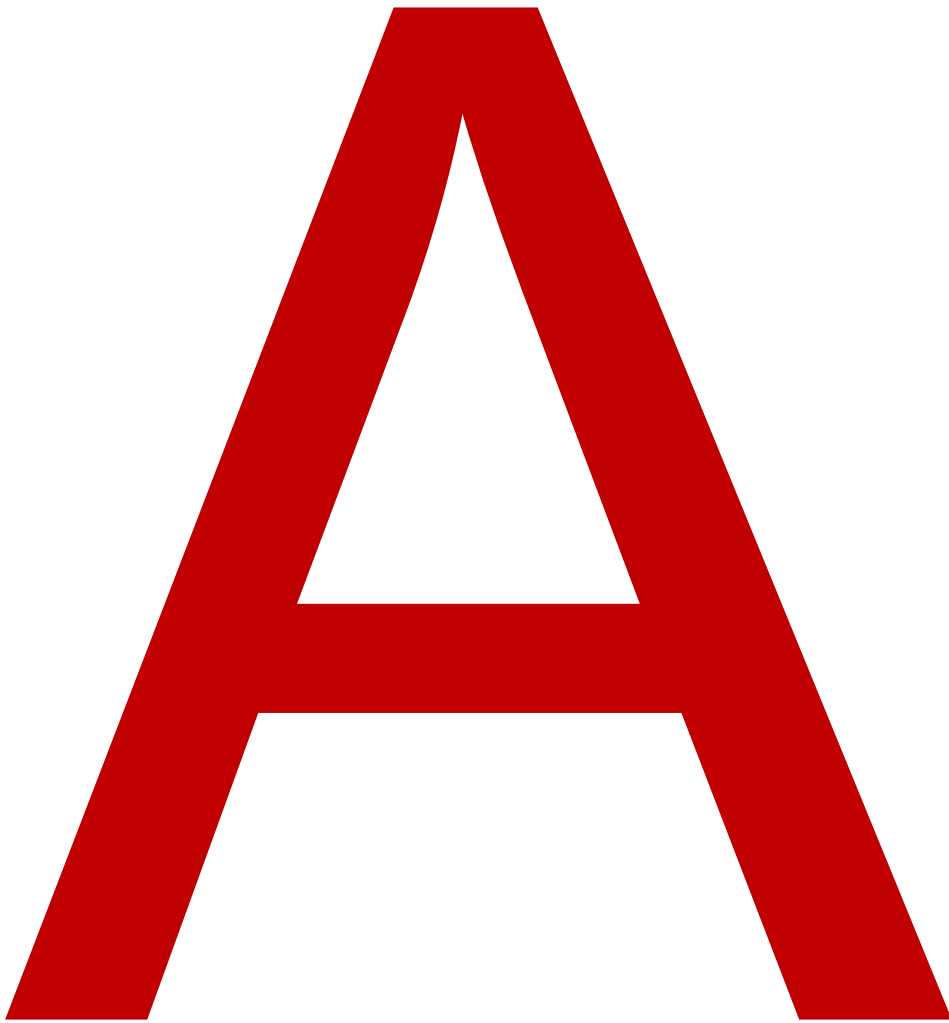
Respecto al orden jurisdiccional competente, al tratarse de un recargo sobre prestaciones de Seguridad Social, y debiéndose dilucidar las mismas en el orden social, el órgano competente es el Juzgado de lo Social. Por tanto, si el empresario está en desacuerdo con el recargo aplicado por el INSS, deberá interponer reclamación previa frente a la entidad gestora, y en su caso, demanda ante el Juzgado de lo Social.

Pero paralelamente a la impugnación de la Resolución administrativa que declara el recargo, el empresario debería impugnar el Acta de Infracción extendida por la Inspección de Trabajo.

En tal supuesto, es reiterada la doctrina jurisprudencial que viene reconociendo la independencia entre el procedimiento administrativo de imposición de sanción por infracción, y el procedimiento administrativo seguido ante el INSS para la imposición del recargo. Esa independencia puede provocar que no coincidan las valoraciones y calificaciones de las sentencias de los diferentes órdenes jurisdiccionales.

Finalmente debemos recordar, como así lo ha hecho el Tribunal Supremo, que en base al carácter punitivo del recargo, éste ha de ser aplicado en forma restrictiva, previa demostración de que se ha producido infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo, y que existe relación de causalidad entre dicha infracción y el resultado lesivo o dañoso.

Anexo.....



- Estadísticas.

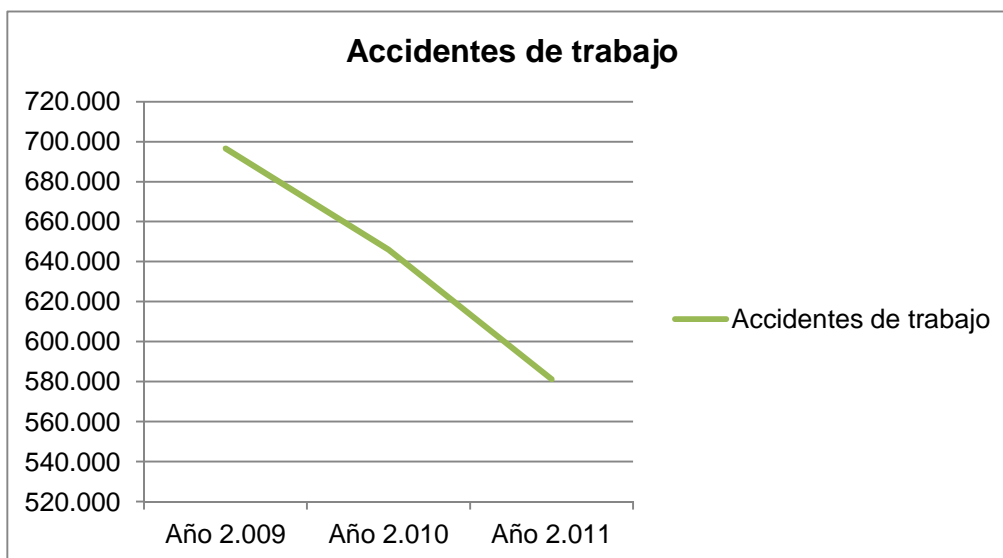
Según los datos aportados por la Subsecretaría de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social perteneciente al Ministerio de empleo y Seguridad Social el número de propuestas totales de recargo de prestaciones por dicha entidad ha seguido la evolución que se refleja en la siguiente tabla resumen:

AÑO 2.008	AÑO 2.009	AÑO 2.010	AÑO 2.011
3.991	2.791	3.344	3.217

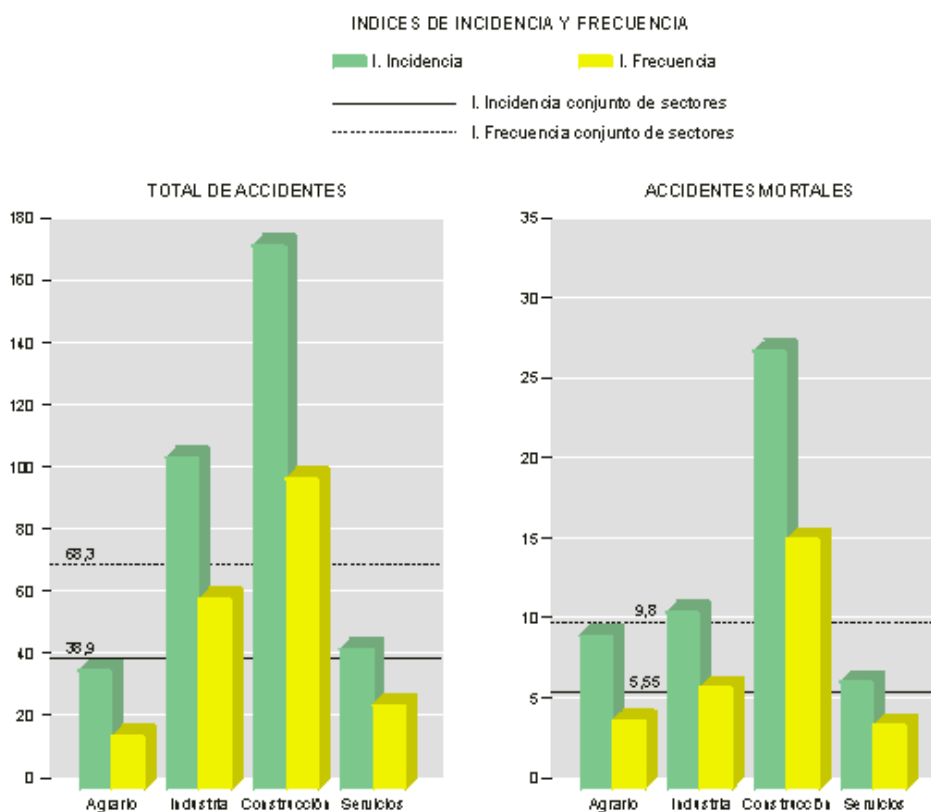
En el año 2009 se registraron 696.577 accidentes de trabajo con baja, de los cuales 617.440 fueron accidentes en jornada de trabajo y 79.137 fueron accidentes in itinere (11,4% del total).

En el año 2010 se registraron 645.964 accidentes de trabajo con baja, de los cuales 569.523 fueron accidentes en jornada de trabajo (88,2% del total) y 76.441 fueron accidentes in itinere (11,8% del total).

Durante el año 2011 se registraron en España 581.150 accidentes de trabajo con baja, de los cuales 512.584 fueron accidentes en jornada de trabajo (88,2% del total) y 68.566 fueron accidentes in itinere (11,8% del total). Esta distribución de accidentes es igual a la hallada el año anterior.



Por lo que se puede apercibir de los datos anteriores extraídos de las fuentes estadísticas públicas consultadas, a pesar de decrecer la siniestralidad laboral en los últimos años, las propuestas de recargo de prestaciones por la ITSS se han mantenido, de ahí que dicha institución jurídica mantenga su importancia en la actualidad.



Fuente: MTAS. S. G. de Estadísticas Sociales y Laborales. Estadística de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales

En lo que respecta a las Enfermedades Profesionales, (EP), aunque recientemente nuestra legislación ha renovado el listado de enfermedades profesionales, todavía podemos decir, que en España queda mucho trabajo por hacer en cuanto a enfermedades profesionales, pues **sigue existiendo una alta subdeclaración o subnotificación**. Es decir, muchas enfermedades profesionales se gestionan por la vía de la contingencia común, y otras muchas ni si quiera son notificadas o declaradas. La declaración de Enfermedades Profesionales en España no es uniforme. Se producen significativas diferencias entre Comunidades Autónomas, pero aún con ello se puede manifestar que lejos de aumentar el número de EP

declaradas, han descendido con la entrada en vigor del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

- Formularios.

(Informe/propuesta Recargo de Prestaciones)

AL DIRECTOR PROVINCIAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

D....., Inspector de Trabajo y Seguridad Social, con destino administrativo en la Inspección Provincial de....., con domicilio a efectos de notificación en la calle, de conformidad con lo previsto en el de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, formula escrito de iniciación del expediente administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo en favor de:

El trabajador D....., con número de afiliación a la Seguridad Social, número del Documento Nacional de Identidad:, nacido el 1.1.72, categoría profesional peón y domicilio en la C/.....

HECHOS

1º) Dicho trabajador sufrió el día de de, una baja por accidente de trabajo cuando prestaba servicios para la empresa SL, dedicada a la actividad de construcción con número de cuenta de cotización:, CIF: y domicilio en C/.....y con convenio de asociación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en la Mutua

2º) Que el trabajador de referencia sufrió una baja por accidente de trabajo en la fecha arriba indicada de cuyas resultas sufrió lesiones en dedo índice de la mano derecha (amputación).

3º) Como consecuencia de la actuación inspectora se ha comprobado la relación causal entre el citado accidente de trabajo con los hechos y las infracciones a la legislación de prevención de riesgos laborales que se mencionan en el Acta de Infracción que acompaña al expediente, considerándose sujeto responsable de este recargo a SL.

4º) Que por los mismos hechos NO tenemos conocimiento de la existencia de diligencias penales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1) Art. 123 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE del 29).

2) Art. 27 Real Decreto Legislativo 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE de 3.6.98).

3) Art. 1.1.e) del Real Decreto Legislativo 1300/1995 de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social.

4) Art. 16 Orden de 18 de Enero de 1.996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social (BOE del 26).

POR LO EXPUESTO

Se interesa de esa Dirección Provincial se declare la existencia de relación de causalidad entre las lesiones sufridas por el trabajador y la infracción al ordenamiento vigente en materia de Prevención de Riesgos Laborales al que se hace referencia en el número 2 de los fundamentos de derecho de este escrito, y que en consecuencia se imponga a la empresa responsable que se menciona en el acta de infracción con el abono de un recargo del 30% de todas las prestaciones económicas que se satisfagan por aplicación de las normas citadas y concordantes, previos los informes y alegaciones que procedan de todas las partes interesadas en la reclamación, rogando sea librado testimonio a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Vizcaya, de la Resolución que recaiga en el expediente que por este escrito se inicia.

En, a de de

EI INSPECTOR/ A DE TRABAJO Y SOCIAL

Fdo:

(Expediente sobre recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad).

ILMO. SR.DIRECTOR PROVINCIAL DEL INSS

D....., letrado, con despacho profesional abierto en, en nombre y representación de D., mayor de edad, con DNI nº, afiliado a la Seguridad Social con el nº, vecino de, según se acredita mediante copia de escritura de apoderamiento a mi favor otorgada, ante V.S.I comparezco y como mejor proceda en Derecho **DIGO:**

Que, mediante el presente escrito, y de conformidad con lo prevenido en el art. 123 del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio de 1.994, vengo a **solicitar se tramite expediente sobre recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad**, en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO.- Mi mandante sufrió un accidente de trabajo en fecha de de cuando prestaba sus servicios como oficial de primera, para la empresa SA, en una obra de construcción en

SEGUNDO.- En lo que se refiere a la descripción del accidente de trabajo, sus circunstancias y la mecánica de producción del mismo, nos remitimos al contenido del informe de (centro de asistencia técnica de la Comunidad Autónoma correspondiente) y a las actuaciones de al Inspección de Trabajo, copia de las cuales se adjuntan. En esencia, el accidente se produjo al derrumbarse la estructura o plataforma del tejado de la vivienda, por el fallo de los puntales dobles colocados.

TERCERO.- Lo que desencadenó el accidente fue la caída de la estructura por desplazamiento o rotura de los puntales que constituían el soporte de la misma. Al desplazarse o romperse aquellos, al estructura cedió provocando mi caída desde más de 3,5 metros.

CUARTO.- A criterio de esta parte, en la producción del accidente existió una clara vulneración de preceptos legales en materia de seguridad y salud en el trabajo, lo que permite sostener que el incumplimiento por parte del empresario del deber de protección general de los trabajadores frente a los riesgos laborales Ley 31/1995 de 8 de Noviembre de 1.995.

Las causas que originaron el accidente fueron las siguientes:

1) Utilización de materiales inadecuados: tanto la Ordenanza de Construcción en su artículo 183 (todavía vigente), como el RD 1627/1997, en su Anexo IV, PARTE A, punto 2º, establecen que los materiales y equipos tienen que tener una resistencia adecuada a los esfuerzos que han de estar sometidos, procurando su estabilidad, de cualquier elemento que en cualquier desplazamiento pudiera afectar a la seguridad y

salud de los trabajadores. La estructura de encofrado no cumplía las exigencias legales, dado que los puntales de sujeción no fueron resistentes, tal y como lo demuestra el hecho de que fallaran, produciéndose el hundimiento y tampoco su asentamiento era seguro y adecuado. Existen métodos más seguros que ese tipo de empalme como puede ser, entre otros, la utilización de puntales metálicos telescópicos.

2) Falta de equipos de protección: Es claro el alto riesgo de caída, así como la gravedad de la misma en su caso, que entrañan los trabajos en altura. Y para hacer frente al mismo, es de todo punto necesario fijar elementos de protección colectivos (barandillas o redes) y elementos de protección individual (cinturones de seguridad con anclaje). La exigencia de estos equipos de protección se regula en el art. 17 de la Ley 31/1995 de 8 de Noviembre de 1.995 y en particular, la OGSHT en sus arts. 192 y 193 y el RD 1627/1997, puntos 3º y 12º de la parte C del Anexo IV. En el presente caso, por la falta de puntos de anclaje no se dotó a los trabajadores de cinturón alguno o en su defecto, de equipo de protección individual alguno.

En definitiva, no se adoptaron las medidas de seguridad e higiene en el trabajo que resultaban necesarias y exigibles para la realización del trabajo que ejecutaba mi patrocinado, como resulta del acta de infracción levantada.

QUINTO.- A consecuencia de las secuelas residuales del accidente mi representado ha sido declarado afecto de Incapacidad Permanente Total, para su profesión habitual, por resolución de fecha 5 de octubre de 2003, copia de la cual se acompaña.

En su virtud,

DE V.S.I. SOLICITO: Que, admitido que sea el presente escrito, con su copia, se tengan por causadas las precedentes manifestaciones y conforma se solicita, se tramite expediente sobre recargo de prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo, por falta de medidas de seguridad, y en su día se resuelva en el sentido de condenar a la empresa,S.A. , a que, a su exclusivo cargo, abone un recargo del 50% sobre las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo sufrido el de de por D.....

Por ser de Justicia que se pide en, a de de

(Demanda de impugnación de resolución sobre recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad).

AL JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 1 DE

D., mayor de edad, con DNI n.º.....actuando en representación de la mercantil S.A., con domicilio y nº Patronal de Inscripción en la S.S, según acredito mediante poder, ante el juzgado comparece y como mejor procede en derecho,

DICE

Que por medio del presente escrito y formulo **demanda de impugnación de Recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad**, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social demanda que baso en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- En fecha de 21/07/2003, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona promovió Acta de Infracción por importe de 2.500 euros al entender que se había producido Infracción en materia de Seguridad en la obra que se estaba realizando y donde se produjo el fatal accidente de fecha 26-11-2002.

SEGUNDO.- Se estaba trabajando en una parte del tejado de una vivienda unifamiliar en la localidad de En concreto, habiéndose finalizado las tareas de hormigón sobre esta parte de la cubierta.

TERCERO.- Con fecha 2 abril de 2004 se nos dio traslado del escrito de iniciación de actuaciones en materia de responsabilidad por presunta falta de medidas de seguridad e higiene formulada por la Inspección de trabajo como consecuencia del accidente de trabajo sufrido por el trabajador D. el día 26 de noviembre de 2002.

CUARTO.- Frente al referido escrito fueron deducidas por esta parte las oportunas alegaciones que fueron desestimadas por resolución de 5 de mayo de 2004. Contra dicha resolución se interpuso reclamación previa, la cual fue desestimada por resolución de fecha 5 de junio de 2004.

QUINTO.- Esta parte entiende que no existió tal falta de medidas de Seguridad e higiene puesto que la altura existente entre el tejado y el suelo era de 5 m, por lo que se habían tomado las pertinentes medidas de seguridad tanto colectivas como individuales, la totalidad del perímetro de la cubierta se encontraba protegido mediante una barandilla protectora y los trabajadores disponían y llevaban colocado el reglamentario cinturón de seguridad de tipo paracaídas.

SEXTO.- El accidente se produjo al derrumbarse parte de la cubierta donde se había estado trabajando y en el instante preciso, en el que el trabajador se soltó el cinturón de seguridad al haber finalizado los trabajos cuando se dirigió al hueco para descender al suelo. La cubierta falló por una causa totalmente fortuita e imprevisible

por lo tanto para la empresa, ya que se habían observado todas las medidas de seguridad oportunas; por un lado, el mismo día del accidente había sido revisado el correcto estado en el armado del forjado por el aparejador encargado de la obra y por otro lado, se había dotado a los trabajadores de los necesarios equipos de protección individual tales como cinturones de seguridad, teniendo sus correspondientes puntos de anclaje.

SEPTIMO.- Por lo expuesto se considera que no hubo falta alguna que justifique la imposición del recargo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: Artículos 71 y 139 y siguientes.

Segundo.- Ley General de Seguridad Social, de 20 de junio: Artículo 123.

Tercero.- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales: Artículos 42 a 52.

Cuarto.- Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

Por todo lo expuesto,

Suplico al Juzgado de lo Social que, teniendo por presentado este escrito con sus copias y documentos que se adjuntan y poder que se acompaña, se sirva admitirlo, y tener por interpuesta demanda de impugnación de recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social y D. y, tras los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la cual estimando la presente demanda deje sin efecto la Resolución del INSS de fecha por la que se establece el recargo de prestaciones en el 30%, como consecuencia del accidente sufrido por el trabajador D. el día 26 de noviembre de 2002.

Es justicia que pido en a de de

Primer Otrosí DIGO: Que esta parte comparecerá a juicio asistido de Letrado o representado por Graduado Social colegiado.

Segundo Otrosí DIGO: Que se requiera al INSS para que remita el expediente administrativo.