

figura del recargo de prestaciones, los arts. 27 de la Ley de accidentes de trabajo de 22.6.1956, y 55 del Reglamento, promulgado en la misma fecha, que la desarrolla¹²⁹⁴. Resulta de ineludible alusión especialmente este último, por cuanto, como se ha señalado, mientras las distintas ordenaciones anteriores a la legislación de accidentes de 1956 consideraban al recargo, expresamente, como un puro aumento en las indemnizaciones debidas por el accidente de trabajo, “el art. 55 emite un terminante pronunciamiento sobre la naturaleza jurídica del recargo, íntegramente respetado en la nueva redacción que el Decreto de 6.12.1962 dio al precepto, según el cual este recargo a costa del patrono se considerará como una sanción para el mismo”¹²⁹⁵. En consecuencia, podemos ya introducir un dato fehaciente: hasta 1956 la regulación del recargo de prestaciones se contempla desde una vertiente estrictamente indemnizatoria, siendo la jurisprudencia la que abunda en señalar su carácter punitivo por mor de la interpretación restrictiva del mismo, mas no regulando el legislador hasta ese año, de modo expreso, la figura del recargo aludiendo al carácter sancionador del mismo¹²⁹⁶. En función de esa línea de tendencia, hay que convenir en que el Reglamento de accidentes de trabajo de 22.6.1956, a través de su art. 55, introduce por

¹²⁹⁴El texto de estos preceptos puede consultarse en la obra *Legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 362 y 386, respectivamente; también, en MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica...», op.cit., pág. 3361.

¹²⁹⁵MONTOYA MELGAR, A.: «Sanción e indemnización: el recargo...», op.cit., pág. 605. El párrafo cuarto del art. 55 de dicho Reglamento rezaba así: “Este recargo {se refiere al de prestaciones}, a costa del patrono, se considerará como una sanción para el mismo y queda prohibido bajo pena de nulidad su seguro”.

¹²⁹⁶MARÍN CORREA, J.M.: «Algunas puntualizaciones jurisprudenciales sobre el art. 55 del Reglamento de Accidentes del Trabajo», *Revista Iberoamericana de Seguridad Social* nº 1-1965, pág. 44.

vez primera (y última de modo literal en un texto normativo¹²⁹⁷) en nuestro Ordenamiento la conceptualización normativa expresa del recargo como sanción, truncando así la inercia terminológica de considerar a ese peculiar “aumento de indemnizaciones” como indemnización especial.

Sentado lo anterior, otra de las cualificadas pautas históricas que han marcado el carácter actual del recargo de prestaciones tiene su origen en la ampliación, en 1962, de su espectro normativo-objetivo de aplicación. En concreto, a través del Decreto 3250/1962, de 6 de diciembre (que modificó la redacción de los arts. 55 y 196 del Reglamento de Accidentes de Trabajo 1956¹²⁹⁸) se procedió a extender plausiblemente el alcance del precepto en cuanto al concepto de seguridad e higiene en el trabajo (marco objetivo tutelado de actuación o entrada en escena del recargo de prestaciones) al “sacarlo de los estrechos moldes reglamentarios anteriores (máquinas, mecanismos, aparatos de protección previstos en los Reglamentos)”, y dar entrada “a cualquier medio de prevención, aún no contemplado en los reglamentos, que la experiencia o el nivel de la técnica convierta en usual y elemental para el desarrollo de la actividad laboral de que se trate”¹²⁹⁹.

¹²⁹⁷ Porque con acierto se ha señalado que el término “sanción”, recogido por primera y única vez en la regulación del recargo de prestaciones por nuestro Ordenamiento, “no aparece en los textos legales posteriores”, aunque “tal vez pudiera considerarse implícito en la expresión «según la gravedad de la infracción» (art. 147.1 LSS de 1966) y «según la gravedad de la falta» (art. 93.1 LGSS de 1974)”. Cfr. PENDÁS DÍAZ, B.: *Responsabilidades en materia...*, op.cit., pág. 153.

¹²⁹⁸ PENDÁS DÍAZ, B.: *Responsabilidades en materia...*, op.cit., pág. 135.

¹²⁹⁹ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «La agravación de responsabilidad...», op.cit., págs. 104-105; MONTOYA MELGAR, A.: «Sanción e indemnización: el recargo...», op.cit., págs. 600-601; HERNÁINZ MÁRQUEZ, M.: «La sanción por falta de aparatos...», op.cit., págs. 354-356; PÉREZ BOTIJA, E.-PALANCAR, M.: «Nuevas normas sobre prevención de accidentes. La prevención coactiva», *Revista de Derecho del Trabajo* n° 55-1963, págs. 9-11;

En este “viaje diacrónico” a través de la regulación histórica del recargo de prestaciones, no podemos obviar, como preceptos normativos que se refundieron en el art. 93 LGSS-1974¹³⁰⁰, a los arts. 147 del Decreto 907/1966, de 21 de abril (por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social¹³⁰¹), 15 de la Ley 24/1972, de 21 de junio (sobre financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social¹³⁰²), y 24 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio¹³⁰³ (para aplicación de la Ley 24/1972 en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social)¹³⁰⁴. Los dos primeros preceptos mentados amplían el ámbito objetivo de la seguridad e higiene en el trabajo¹³⁰⁵, por lo que acrece cuantitativamente el posible marco aplicativo del recargo de prestaciones,

STS 24.3.1965 (Ar 2634), 18.6.1965 (Ar. 4277), 3.7.1967 (Ar. 3092), 8.4.1969 (Ar. 1912), 30.4.1970 (Ar. 3517). 6.4.1971 (Ar. 1925); STCT 29.1.1973 (Ar. 364). Esa ampliación del marco aplicativo del art. 55 del Reglamento de 1956, ya había sido defendida, con anterioridad a la reforma de 1962, por SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «El aumento a cargo del empresario en la indemnización por accidente de trabajo», Revista Iberoamericana de Seguridad Social nº 4-1961, especialmente en págs. 1117 a 1120.

¹³⁰⁰La LGSS-1974 se aprobó, como Texto refundido, por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (BOE 20 y 22.7.1974).

¹³⁰¹R. Ar. Legislación 1966-I, marginales 734 y 997.

¹³⁰²R. Ar. Legislación 1972, marginal 1166.

¹³⁰³R. Ar. Legislación 1972, marginal 1211.

¹³⁰⁴El aspecto más relevante que conviene reseñar sobre estos preceptos es, sin duda, que el art. 147 de la Ley de Seguridad Social de 1966, en su punto primero recoge, *por vez primera, el baremo oscilante del 30 al 50 % en la cuantificación del recargo, alterando el tradicional incremento en una mitad.*

¹³⁰⁵Con la introducción de las expresiones “salubridad en el trabajo” y “adecuación al trabajo”. Cfr. FERNANDEZ MARCOS, L.: «Seguridad e higiene», op.cit., pág. 38.

mientras el tercero aludía a la declaración inicial de procedencia del recargo (impugnable *ex post* en vía judicial) por las “Comisiones Técnicas Calificadoras”.

El art. 93 LGSS-1974 jalona el siguiente escalón en el *iter iushistórico* del recargo de prestaciones¹³⁰⁶. Su contenido original presentaba cuatro apartados:

- El primero extendía la aplicación del recargo a todas las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional¹³⁰⁷, y contemplaba su aumento de un 30 a un 50% según la gravedad de la falta¹³⁰⁸.

¹³⁰⁶Mas no de modo aislado, sino junto con el “grupo normativo” infraconstitucional vigente a la altura de 1992, expuesto con detalle por MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones...*, págs. 17-18 y nota a pie nº 7, a cuya siempre sugerente lectura, y más en este caso, remitimos.

¹³⁰⁷FERNANDEZ MARCOS, L.: *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación...*, op.cit., pág.176; PENDÁS DÍAZ, B.: *Responsabilidades en materia...*, op.cit., pág. 141; STCT 3.6.1980 (Ar. 3289), STSJ Cantabria 3.6.1993 (AS 2888) y STSJ Galicia 28.7.94 (Ar. 2868). La extensión del marco operativo del recargo a todas las prestaciones, recogida en el actual art. 123 LGSS-1994 (heredero del art. 93 LGSS-1974), debe su redacción al art.15 de la ley 24/1972, de 21 de junio, como subrayó con prontitud la STCT 15.12.1978 (Ar. 7162), resultando que dicha extensión ya había sido predicada por parte de la jurisprudencia en relación al propio art. 147 LSS-1966 (así, STS 11.12.1969, Ar. 5720 y STCT 14.3.1973, Ar. 1172).

¹³⁰⁸Requiriéndose la presencia del requisito objetivo (de tenor amplísimo) de que la causa del accidente de trabajo y/o enfermedad profesional obedezca a lesiones producidas “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”.

- El segundo fijaba la responsabilidad directa del empresario infractor y la imposibilidad de aseguramiento de la misma, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato realizado para cubrirla, compensarla o transmitirla.

- El tercero atañía a su compatibilidad con las responsabilidades “de todo orden, incluso penal” derivadas de la infracción.

- El cuarto y último, aludía a la competencia de las Comisiones Técnicas Calificadoras para declarar su procedencia en vía administrativa.

De los cuatro aspectos citados, únicamente éste último no forma parte del tenor del actual art. 123 LGSS-1994, dado que fue derogado por la Disposición Final 1ª del Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre¹³⁰⁹.

La última escala (hasta la fecha) en la travesía histórica del recargo de prestaciones, se inaugura con la entrada en escena del artículo 123 LGSS-1994, cuyo tenor acoge literalmente los mismos tres primeros puntos recién citados *supra* de su antecesor natural, el art. 93 LGSS-1974. Mas no debe considerarse dicho precepto como norma aislada, sino

¹³⁰⁹Sobre evaluación y declaración de las situaciones de invalidez en la Seguridad Social (BOE 19.10), dictada al amparo de la Disposición Final 2ª, punto 3º, del Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo (BOE 18.11). El art. 2.1.f del Real Decreto 2609/1982 (hoy también derogado por la Disposición Derogatoria única del RD 1300/1995, de 21 de julio) atribuyó al INSS la competencia para *declarar* la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene, y para *determinar* el correspondiente porcentaje de incremento de las prestaciones económicas. Asimismo, las Comisiones Técnicas Calificadoras fueron formalmente extinguidas por la Disposición Final 1ª, punto 3.2, del Real Decreto-Ley 36/1978 citado *supra*.

que debe sopesarse de modo sistemático en conexión con un grupo normativo¹³¹⁰ que se anuda a ella.

Ese grupo o bloque normativo vigente, que conforma el plano estructural sobre el que se nuclea el recargo de prestaciones, está integrado por los siguientes preceptos: arts. 9.5 y 96 RD 1637/1995, de 6 de octubre¹³¹¹, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, y art. 97 de la OM de 22.2.1996¹³¹² por la que se desarrolla dicho Reglamento¹³¹³; art. 1.1.e del RD 1300/1995, de 21 de julio¹³¹⁴ por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social la

¹³¹⁰Sobre el concepto de *grupo normativo* que aquí se sigue, VILLAR PALASÍ, J.L.: *La interpretación y los apotegmas...*, op.cit., págs. 53-54.

¹³¹¹BOE 24.10.1995.

¹³¹²BOE 29.2.1996.

¹³¹³El art. 9.5 del RD 1637/1995 reproduce los términos del art. 123.2 LGSS (empresario infractor como sujeto responsable del pago del recargo, no siendo asegurable tal responsabilidad). Los arts. 96 del RD y 97.2 de la OM establecen los *trámites recaudatorios* que debe seguir la TGSS, previo conocimiento de las resoluciones que el INSS le comunique sobre los recargos de prestaciones impuestos. *Interesa aquí retener que esos trámites recaudatorios* siguen las pautas del principio *solve et repete*, porque: A.- La TGSS debe proceder a la *recaudación* del importe (deuda principal más, en su caso, intereses de capitalización) del recargo de prestaciones, una vez haya recibido la resolución del INSS aunque ésta no sea firme en vía administrativa (por haber sido interpuesta reclamación previa) o haya sido impugnada ante la jurisdicción social (previo agotamiento de la vía administrativa); B.- El importe de los recargos debe ingresarse hasta el último día del mes siguiente al de la notificación de la reclamación de la deuda por la TGSS, dado que si no se abona en dicho período voluntario de pago se iniciará su *exacción por vía ejecutiva*, ex arts. 107-ss del Reglamento, con la fijación añadida de un 20% de recargo por mora; C.- Esa actividad recaudatoria se entiende sin perjuicio de la oportuna devolución que, en su caso y como consecuencia de la denegación de la procedencia del recargo (devolución total) o de la aminoración del porcentaje (devolución parcial) en vía administrativa o en vía jurisdiccional, deba producirse. Finalmente, el art. 97.1 de la OM establece que serán las resoluciones del INSS las que determinen el porcentaje del recargo que deba abonar el empresario responsable, sin que éste pueda asegurar dicha responsabilidad.

¹³¹⁴BOE 19.8.1995.

Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social¹³¹⁵; arts. 3.2, 4, 5 y 7.2.d de la Orden Ministerial de 18.1.1996¹³¹⁶, sobre procedimiento aplicable a la actuación de los Institutos Nacionales de la Seguridad Social y de Servicios Sociales para la evaluación y declaración de las situaciones de invalidez¹³¹⁷ (y, especialmente, también su art. 16¹³¹⁸); arts. 51 y 52 de la Orden de

¹³¹⁵El art. 1.1.e del RD 1300/1995 establece la competencia del INSS para “declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas”.

¹³¹⁶BOE 26.1.1996. La Disposición Derogatoria Única de esa OM procede a derogar en su integridad a la Orden de 23.11.1982 (BOE 25.11), que hasta 1996 era la norma ordenadora de la materia.

¹³¹⁷El art. 3.2 contempla la posible incoación de oficio del procedimiento declarativo del recargo de prestaciones (por interpretación sistemática con el art. 1.1.e del RD 1300/1995). Los arts. 4 y 5 recogen los trámites procedimentales de incoación del procedimiento administrativo declarativo del recargo de prestaciones, cuando éste se inicie, respectivamente, a instancia del interesado o de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. El art. 7.2.d dispone que “en las solicitudes de declaración de la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene, se requerirá de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el informe correspondiente sobre los hechos y circunstancias concurrentes, sobre la disposición infringida” y sobre la causa concreta “que motive el aumento de la cuantía de las prestaciones y el porcentaje de éste que se considere procedente”, debiendo expresar dicho informe “si también consta la iniciación de un procedimiento judicial penal referido a los mismos hechos”; resultando que si no existieran actuaciones previas de la Inspección (que debe elaborar, en todo caso, el informe correspondiente), el Director Provincial del INSS convocará, “para formar parte del Equipo de Valoración de Incapacidades correspondiente” (*órgano sustitutivo* de las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades, ex Disposiciones Adicionales 3ª y 4ª RD 1300/1995, pero no de aquellos propios de las Comunidades Autónomas, ex Disposición Transitoria Única RD 1300/1995) al experto en seguridad e higiene en el trabajo previsto en el art. 2.4.2 del RD 1300/1995. En contra del recurso a ese experto, por entender que es innecesaria su inclusión al cubrir suficientemente la Inspección de Trabajo “la apreciación de indicios de vulneración de normas sustantivas de seguridad e higiene en el trabajo en el acaecimiento de siniestros laborales”, BANDERA GALLEGO, J.C.: «El procedimiento administrativo de declaración de invalidez en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio», RL nº 21-1995, págs. 107-108.

¹³¹⁸Este precepto establece: A.- Que los Directores Provinciales del INSS tiene la competencia para declarar la procedencia del recargo, mediante resolución motivada que recoja las circunstancias concurrentes, disposición infringida, causa infractora y porcentaje que proceda; B.- Que si se tiene conocimiento de la existencia de procedimiento penal por los mismos hechos, debe suspenderse el expediente administrativo hasta que recaiga sentencia o resolución firme que ponga fin a ese procedimiento (en clara conexión sistemática con el art. 3º LISOS); C.- Que los

15.4.1969¹³¹⁹ por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez del régimen general de la Seguridad Social¹³²⁰; art. 83 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre¹³²¹, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social¹³²²; arts. 41¹³²³ y 44

“incrementos de pensión que impongan las declaraciones de responsabilidad empresarial se abonarán” una vez constituido el capital-coste por el empresario obligado, “sin que en ningún caso proceda el anticipo por la entidad gestora”, cuestión ésta sumamente polémica (que entronca, no obstante, con una acrisolada línea jurisprudencial dictada en unificación de doctrina por el TS), como se verá, al truncar, en relación al recargo, la operatividad del principio de automaticidad de las prestaciones de Seguridad Social ex art. 126.2 LGSS-1994.

¹³¹⁹BOE 8.5.1969.

¹³²⁰Preceptos que, según entiendo, *siguen vigentes* a la vista de su *no derogación expresa ni abrogación o derogación tácita* por el RD 1300/1995 y su OM de desarrollo (18.1.1996). El art. 51 de dicha Orden se asemeja en su tenor al art. 123.1 LGSS-1994 (con la matización de las prestaciones a las que se anuda el recargo: indemnizaciones a tanto alzado, pensiones vitalicias y cantidades tasadas en el baremo de lesiones no invalidantes), mientras el art. 52 de la OM es sustancialmente idéntico al art. 123.2 LGSS-1994 (responsabilidad del empresario infractor y prohibición de aseguramiento).

¹³²¹BOE 25.1.1996.

¹³²²Este precepto alude a la “liquidación de los recargos de prestaciones” (que, por cierto, *tiene tratamiento y anclaje sustantivo diferenciado* respecto al art. 82 del mismo texto reglamentario, que atañe a la “liquidación de sanciones”) reproduce, en su apartado primero, el tenor del art. 123.1 LGSS, mientras que su apartado segundo es un “eclectico refrito” de los arts. 123.1 y 123.2 LGSS (alude al porcentaje oscilante entre el 30 y el 50%, y a la gravedad de la falta como criterio de fijación de aquél), 96 RD 1637/1995 y 97 OM 22.2.1996 (en su mención al *solvo et repete* diseñado por éstos y ya comentado *supra* en nota a pie nº 789), remitiendo al art. 78 del propio RD 2064/1995 en cuanto a la fórmula liquidatoria del capital-coste a desembolsar (competencia de la TGSS, que debe determinar el importe de los intereses de capitalización y de los recargos). No obstante, también *hay que tener en cuenta* el art. 201 LGSS-1994, que establece normas específicas en punto a la constitución en la TGSS, por parte de la Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (en los términos previstos por los arts. 87.3 LGSS y 63 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de Mutuas de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, BOE 12.12.1995) o de las empresas responsables (en el pago del recargo), del capital-coste de las pensiones causadas por invalidez permanente o muerte debidas a accidente de trabajo.

¹³²³El art. 41 LISOS alude a las “normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo” pero que no tengan la “calificación directa de normativa laboral, legal, reglamentaria o paccionada de seguridad e higiene y salud laborales”, de modo que *su incumplimiento o transgresión causal entra en el presupuesto habilitante* de operatividad del recargo ex art. 123.1

LISOS¹³²⁴; arts. 3.3.e, 5.5, 15.1.g y 38 RPISE¹³²⁵; y, finalmente, arts. 1 (clara muestra del imparable proceso de expansión de las normas preventivas¹³²⁶, cuya infracción, anudada a un cualificado resultado lesivo: accidente de trabajo o enfermedad profesional, genera la

LGSS (cfr., en relación al art. 93.1 LGSS-1974, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones...*, op.cit., págs. 31 y 63). Por cierto, reténgase, para disipar de antemano toda duda al respecto, que el art. 41 LISOS *no ha sido derogado ni abrogado* por la LPRL.

¹³²⁴El art. 44 LISOS reconoce “la acumulación entre las sanciones que puedan imponerse a los distintos sujetos responsables en materia de Seguridad Social” --ex arts. 42 y 43 LISOS-- y la responsabilidad exigible a los mismos “de acuerdo con la LGSS y su normativa de desarrollo”, como es el caso del recargo de prestaciones (cfr. GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral...*, op.cit., pág. 166), conectando dicha compatibilidad ex art. 44 LISOS con los arts. 123.3 LGSS y 42.3 LPRL.

¹³²⁵El art. 3.3.e establece el recargo de prestaciones como *responsabilidad directa* de la empresa usuaria (en conexión sistemática con los arts. 16.2 LETT y 42.2, párrafo 2º, LPRL). El art. 5.5 reproduce la compatibilidad del recargo con el resto de responsabilidades, en plena sintonía con el art. 123.3 LGSS. El art. 15.1.g atribuye a la Inspección de Trabajo la facultad de instar la actuación del INSS para declarar el recargo de prestaciones. Por último, el art. 38 reitera, en su párrafo primero, el tenor del art. 15.1.g recién citado, y en su párrafo segundo, reproduce los términos del art. 7.2.d OM 18.1.1996 (*informe-propuesta que recoja hechos, disposiciones infringidas, causa y porcentaje que se estime procedente*), si bien introduce una matización adicional: el informe-propuesta “requerirá la previa extensión de acta de infracción”, por lo que debe conectarse sistemáticamente con los arts. 20-ss RPISE.

¹³²⁶El art. 1 LPRL, en su amplísimo espectro objetivo delimitador de la normativa sobre prevención de riesgos laborales (legales, reglamentarias, convencionales e, incluso, jurídico-técnicas cuando alude a prescripciones “susceptibles de producirlas en dicho ámbito”: así, MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad...*, op.cit., págs. 51-52, GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley...*, op.cit., pág. 52 y BERNARDO JIMÉNEZ, I.: «La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales», AL nº 23-1996, pág. 459; *contra*, SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., págs. 42-43) amplía notablemente el ámbito objetivo de las normas cuyo incumplimiento, unido causalmente a la concurrencia de accidente de trabajo y enfermedad profesional, genera esta peculiar responsabilidad conocida como recargo de prestaciones. En este sentido, es conveniente remarcar, desde el plano de la práctica jurídica, que la Inspección de Trabajo podrá actuar “para garantizar el cumplimiento de obligaciones contenidas en normas jurídico-técnicas cuya inobservancia tenga trascendencia para la seguridad y salud de los trabajadores” ex art. 9.1.a LPRL, dado que este tipo de norma, siempre y cuando tenga “influencia sobre la seguridad y salud de los trabajadores”, está comprendida “en el concepto legal de normativa de prevención de riesgos laborales y de su incumplimiento podría derivarse responsabilidad empresarial siempre que concudiesen en el caso el resto de los requisitos establecidos en el capítulo VII de la Ley” (cfr. «Orientaciones sobre la actuación...», op.cit., págs. 2-3).

operatividad del recargo a imponer sobre todas las prestaciones¹³²⁷) y 42 LPRL¹³²⁸.

Ése es el entramado normativo vigente (como puede verse, una auténtica “jungla” legislativa, acumulada en cascada por el legislador

¹³²⁷No pudiéndose imponer el recargo sobre las *mejoras voluntarias* de la acción protectora de la Seguridad Social pactadas en vía convencional, conforme ha remarcado la doctrina judicial: por todas, STSJ Galicia 21.3.1996 (AS 601); STSJ Navarra 26.3.1996 (AS 1177); STCT 22.2.1984 (Ar. 1650); STS --Sala de lo Social-- 10.3.1986 (Ar. 1563); STSJ Cataluña 4.3.1993 (AS 1496); STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Valladolid 26.5.1996 (AS 1536); *contra*, declara discutiblemente la procedencia del recargo sobre las mejoras voluntarias la STSJ Extremadura 23.1.1995 (AS 16). Sobre el concepto y caracteres de las mejoras voluntarias y su pactación en la negociación colectiva, véase BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «La responsabilidad respecto de mejoras por riesgos profesionales introducidas por convenio colectivo. El aseguramiento mercantil y su omisión», REDT n° 60-1993, págs. 497-ss; ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social...*, op.cit., págs. 509-514; REY GUANTER, S.-GALA DURÁN, C.: «Protección social y negociación colectiva», en AA.VV.: *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 251-ss; YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral*, Edersa, Madrid, 1995; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*, Tecnos, Madrid, 1996; en la jurisprudencia, véanse especialmente las STS --Sala de lo Social-- de 16.1.1990, Ar. 127, 19.7.1991, Ar. 6836 y 17.1.1996, RL n° 6-1996, ref. TS-181. Por otro lado, existen dos líneas de tendencia sobre la fijación del recargo en caso de prestación de gran invalidez: en sentido restrictivo, imponiendo el recargo sobre el 100 % de la prestación de invalidez permanente total o absoluta, STSJ Castilla y León 29.6.1993, AS 2818, en sentido amplio, imponiendo el recargo, a mi juicio de modo más acertado, sobre el total importe de la pensión de gran invalidez (150%, al incluirse el 50% adicional sobre la prestación reconocida ex art. 139.4 LGSS), STSJ Cantabria 3.6.1993, AS 2888. Desde una sugerente perspectiva de conjunto, un análisis de la responsabilidad empresarial en relación a las *mejoras voluntarias* se contiene en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs. 130-161.

¹³²⁸El art. 42 LPRL establece, en su punto 3º, la compatibilidad de responsabilidades administrativas “con las indemnizaciones por daños y perjuicios y de recargo de prestaciones económicas de Seguridad Social...”, y, en su punto 5º (tratando -- otra cosa, como se verá, es que *no ha sido*, a mi modo de ver, *una solución demasiado afortunada en cuanto a sus resultados prácticos*-- de alinearse con la doctrina del Tribunal Constitucional --STC 77/1983, de 3 de octubre, 62/1984, de 21 de mayo, 158/1985, de 26 de noviembre y 367/1993, de 13 de diciembre: “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir” para los diversos órganos judiciales--) ha establecido que “la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del Sistema de la Seguridad Social”.

como corolario en nuestros días de la evolución histórica desglosada), extenso y diseminado en múltiples normas fruto de su dislocada sistemática, en torno al cual se nuclean los cimientos estructurales del recargo de prestaciones. Sentado lo cual, hora es ya de abordar, a la vista de los datos hasta aquí aluvionalmente recogidos, los términos del problema que plantea, estructural y funcionalmente, la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones. Con la advertencia (discúlpeleme la licencia si puede parecer un tanto osada) de que cuanto sigue no pretende ser un espurio quehacer doctrinario que coloque “nuevos collares a los canes de siempre”, ni mucho menos una frenética lucha contra “molinos de viento” que no sean sino producto de la transtornada y desbocada imaginación de un caballero andante como aquél que describiera la magistral pluma de CERVANTES. Sencillamente se ha pretendido, al filo de una institución jurídica como el recargo, dar cumplida cuenta de esa “responsabilidad que pesa sobre los juristas académicos de tejer de continuo lo que la realidad social y los cambios normativos se encargan de destejer y desordenar”¹³²⁹; o, si se prefiere y en distendida imagen taurina que tomo prestada del excelente estudio de NIETO GARCÍA¹³³⁰, se ha tratado de llevar a cabo la reconducción, mediante los “cabestros” hermenéuticos oportunos, al “corral” adecuado a ese “toro bravo” tan arduo de lidiar como es, a no dudar, la poliédrica figura del recargo de prestaciones. Veámoslo.

¹³²⁹RIVERO LAMAS, J.: «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», REDT nº 80-1996, págs. 972-973.

¹³³⁰NIETO GARCÍA, A.: *Derecho administrativo sancionador*, op.cit., pág. 95, autor que utiliza un parecido (y mordaz) recurso taurino para definir la función de los Tribunales (“cabestros”) en punto a reconducir la actuación de la Administración (“toro bravo”) a los “corrales” del Estado de Derecho.

2.2.- La controvertida naturaleza jurídica del recargo de prestaciones (y otras cuestiones conexas): *excursus* sobre la bipolarización del debate en torno a los términos *sanción e indemnización*.

Doctrina y jurisprudencia mayoritarias han venido tradicionalmente encorsetando, desde sus respectivos foros hermenéuticos y con cierta dosis de familiaridad por su recurrente invocación, la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones en derredor a dos auténticos *clichés* en la terminología jurídica: sanción e indemnización. Así las cosas, todas las construcciones existentes hasta la fecha han basculado, bien que con diversas nomenclaturas, sobre esos poliédricos (y en ocasiones anfíbológicos) conceptos jurídicos, conformando un abanico de sugerentes argumentaciones que, como veremos, han permitido calificar, desde el punto de vista técnico-jurídico (en unos casos, de modo más riguroso que en otros, todo hay que decirlo), a la figura objeto de nuestro estudio de diversas formas.

A los efectos que aquí interesan y en orden a la economía de nuestra argumentación, el estudio de esta hosca cuestión requiere su vertebración sistemática en dos planos de análisis: en primer plano, agruparé en extracto sistemático los diversos criterios calificadorios (y sus correspondientes argumentos sustentadores) esgrimidos por la doctrina científica y por la jurisprudencia hasta la fecha (epígrafe 2.2.1); en segundo plano, analizaré el giro copernicano que hogaño puede plantearse sobre la cuestión ex art. 42.3 LPRL, ofreciendo nuestro punto de vista sobre el mismo, siempre sujeto a mejor parecer por pura honestidad intelectual, y los términos en los que deben desenvolverse, en mi opinión,

aquellas cuestiones enrevesadas que a dicha calificación se anudan
(epígrafe 2.2.2).

2.2.1.- El enfoque de la cuestión en las líneas de tendencia doctrinales y jurisprudenciales.

El correcto abordaje de este punto requiere, a efectos de didáctica expositiva, la introducción de un criterio temporal de escisión: la entrada en escena de la LPRL, como hipótesis-límite de la posible reformulación del tema por su proyección sobre el complejo entramado dispuesto en las normas de Seguridad Social y de Derecho Administrativo Sancionador (RPISE) en el ámbito social, que conforman de consuno el grupo normativo que la delimita. Así, en primer término comentaré, en sistematización estructurada, los planteamientos existentes con anterioridad a dicha norma legal, y en segundo término hilvanaremos los más recientes argumentos sobre el particular analizado aportados por doctrina y jurisprudencia tras la aparición de dicha norma.

A.- En cuatro bloques pueden sintetizarse, a mi modo de ver, los criterios doctrinales y jurisprudenciales esgrimidos con anterioridad a la LPRL:

a.1) Naturaleza sancionadora del recargo. En esta línea interpretativa se han pronunciado, en la doctrina, HERNÁINZ MÁRQUEZ (“el carácter de sanción es básico en este aumento de indemnización”¹³³¹), PENDÁS DÍAZ (el recargo de prestaciones es “una sanción o pena judicial por infracción de normas preventivas”¹³³²),

¹³³¹ «La sanción por falta...», op.cit., pág. 342.

¹³³² *Responsabilidades en materia...*, op.cit., pág. 154.

FERNÁNDEZ MARCOS (para quien el recargo es una “sanción administrativa especial, de naturaleza claramente punitiva y sancionadora, no reparadora”¹³³³), VIDA SORIA (“precepto de carácter claramente sancionador”, no encuadrable en “la mecánica propiamente aseguradora o de Seguridad Social”¹³³⁴), ALFONSO MELLADO (por la imposibilidad de aseguramiento deduce la naturaleza “punitiva o sancionadora (...) por lo menos en gran parte” del recargo¹³³⁵), PORRET GELABERT (para quien la naturaleza sancionadora del recargo para el empresario prima sobre el resultado compensatorio brindado al trabajador¹³³⁶), ALONSO OLEA (que ha ido modulando su criterio, si bien en la mayoría de ocasiones en que se ha pronunciado sobre la naturaleza de esta figura, ha defendido su carácter eminentemente sancionador¹³³⁷), GARCÍA NINET

¹³³³ *Ensayos sobre temas actuales...*, op.cit., págs. 8 ("norma claramente punitiva"), 175-177 (en las que contrapone las sanciones administrativas generales, previstas en la ley 8/88, a las sanciones administrativas especiales, previstas en la LGSS, entre las que incluye al recargo de prestaciones), 182 ("responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y de carácter punitivo o sancionador"), 188 ("carácter puramente sancionador y no indemnizatorio del recargo de las prestaciones"), y 257 ("sanción especial administrativa específica de seguridad e higiene"); el mismo criterio sostiene en «La agravación de responsabilidad...», op.cit., págs. 106 y 110, y en «Seguridad e higiene», op.cit., págs. 35-36, donde remarca la naturaleza sancionadora, no indemnizatoria del recargo, por cuanto entiende que “la mejora de las prestaciones del accidentado es incidental a la finalidad pretendida”.

¹³³⁴ «Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», RT nº 31-1970, pág. 25.

¹³³⁵ *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 91.

¹³³⁶ «El recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene laboral», *Revista Jurídica de Catalunya* nº 3-1995, págs. 71-72.

¹³³⁷ Abogando por la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones: ALONSO OLEA, M., «La responsabilidad por accidente de trabajo», *Revista Iberoamericana de Seguridad Social* nº1-1973, pág.58; ALONSO OLEA-TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Cívitas, 1995, 14ª ed., págs. 138 y 140; ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, FDUCM, 13ª ed., 1993, pág. 221. *Modulando este posicionamiento e introduciendo un componente indemnizatorio*, ha afirmado que “el

(para quien se trata de una figura sancionadora impuesta, a modo de porcentaje tasado, sobre la prestación económica reconocida a causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional¹³³⁸), ALARCÓN CARACUEL-GONZÁLEZ ORTEGA (para quienes el recargo de prestaciones, como norma que afianza de un modo singular el cumplimiento de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, tiene carácter de sanción administrativa ordinaria¹³³⁹) y ALMANSA PASTOR (que caracteriza al recargo como dotado de naturaleza sancionadora, considerando también la vertiente indemnizatoria como algo incidental, justificable por razones de “política social, al ser directamente perjudicado el beneficiario por la infracción”¹³⁴⁰).

La jurisprudencia, por su parte, ha venido otorgando con carácter abrumadoramente mayoritario naturaleza sancionadora al recargo de prestaciones, calificándolo bien como norma de contenido “sancionador”,

recargo no es simplemente una sanción, sino una *indemnización sancionatoria o punitiva*, que se añade a la indemnización resarcitoria de la prestación ordinaria de seguridad social por el accidente de trabajo; unos *punitive damages* adicionales a los *compensatory damages*”, en «Comentario a la STC 158/1985...», op.cit., pág. 229 (en parecidos términos ya se había manifestado CREMADES, B.M.: «La responsabilidad empresarial derivada del accidente de trabajo», RPS nº 88-1970, pág. 46 y nota 49, y se ha pronunciado literalmente la STSJ Cataluña 22.12.92, AS 6399), si bien en el mismo trabajo acaba caracterizando al recargo como “a la vez administrativa y laboral, por expresarme de alguna forma” (cfr. «Comentario...», op.cit., pág. 230).

¹³³⁸ «Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por omisión de medidas de seguridad (en tomo al art. 93 LGSS y la reciente jurisprudencia)», TS nº 2-1991, pág. 24.

¹³³⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R.-GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de la Seguridad Social*, 1991, 4ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 143.

¹³⁴⁰ *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit., pág. 353.

bien como precepto de contenido “punitivo”¹³⁴¹. La consecuencia directa de la configuración del recargo como sanción ha sido la interpretación restrictiva de la aplicación de esta figura¹³⁴², exigiendo la jurisprudencia, con carácter genérico, la expresa concurrencia de tres requisitos para declarar su procedencia:

¹³⁴¹ Abundando en su carácter sancionador: STCT 29.9.1981 (Ar. 5470); STCT 20.1.82 (Ar. 219); STCT 11.2.1982 (Ar. 788); STCT 15.12.1982 (Ar. 7381); STCT 22.3.1983 (Ar. 2321); STCT 22.6.1983 (Ar. 6002); STCT 25.5.83 (Ar. 4715); STCT 21.2.1984 (Ar. 1600); STCT 23.2.1984 (Ar. 1695); STCT 25.4.1985 (Ar. 2731); STCT 25.2.87 (Ar. 4171); STCT 10.2.1988 (Ar. 1674); STCT 1.2.89 (Ar. 1507); STSJ Madrid 7.6.1989 (Ar. 567); STSJ Navarra 8.3.91 (Ar. 2116); STSJ Comunidad Valenciana 17.4.91 (AS 2686); STSJ Cataluña 4.11.91 (AS 6415); STSJ Andalucía-Granada 21.1.92 (AS 151); STSJ Castilla-León-Valladolid 11.2.92 (AS 689); STSJ Cataluña 3.3.92 (AS 1668); STSJ Cataluña 6.4.92 (AS 2241); STS 30.6.92 (Ar. 4695); STSJ La Rioja 13.11.92 (AS 5411); STSJ Cantabria 27.11.92 (AS 5596); STS (Sala 4ª) 8.3.93 (Ar. 1714); STSJ Cataluña 24.5.93 (AS 2541); STSJ Asturias 17.6.93 (AS 2820); STSJ Andalucía-Granada 19.10.93 (AS 4322); STSJ País Vasco 18.10.93 (AS 4294); STS --Sala 4ª-- 22.9.1994 (Ar. 7171). Invocando su carácter punitivo, a efectos de interpretación restrictiva del precepto (no por atribuir al precepto carácter penal, sino por aplicar los criterios de interpretación restrictiva del derecho punitivo a las sanciones administrativas como es el caso del recargo): STS 15.10.1970 (Ar. 4488); STS 9.2.1972 (Ar. 490); STS 19.10.1972 (Ar. 4973); STS 20.3.1984 (Ar. 2588); STCT 2.12.1975 (Ar. 5419); STCT 9.5.1978 (Ar. 2757); STCT 10.12.1980 (Ar. 6514); STCT 20.1.1981 (Ar. 236); STCT 18.9.1981 (Ar. 5254); STCT 29.9.1981 (Ar. 5470); STCT 11.2.1982 (Ar. 788); STCT 23.4.1982 (Ar. 2387); STCT 15.12.1982 (Ar. 7381); STCT 22.6.1983 (Ar. 5989); STCT 21.2.1984 (Ar. 1600); STCT 20.3.1984 (Ar. 2588); STCT 30.6.88 (Ar. 4655); STCT 17.1.89 (Ar. 761); STSJ Cataluña 13.2.1991 (AS 485); STSJ Andalucía-Málaga 10.4.92 (AS 2210); STSJ Castilla-León-Burgos 20.5.92 (AS 2544); STSJ Extremadura 3.9.93 (AS 4081); STSJ Andalucía-Málaga 11.10.93 (AS 4423).

¹³⁴² Entre muchísimas otras, STSJ Cataluña 8.4.1993 (AS 1831), 24.5.1993 (AS 2541), 8.10.1992 (AS 5093); STSJ Asturias 17.6.1993 (AS 2820); STSJ Castilla-León-Valladolid 5.7.1991 (AS 4362), 25.9.1991 (AS 5033), 18.5.1993 (AS 2432); STSJ País Vasco 28.7.1992 (AS 3813); STSJ Castilla-León-Burgos 15.7.1992 (AS 3838), 11.3.1992 (AS 1110); STSJ Madrid 22.9.1989 (AS 1519), 13.3.1991 (AS 1862); STS 30.6.1992 (Ar. 4695); STSJ Andalucía 11.1.1996 (AS 112); STSJ Galicia 21.3.1996 (AS 601); STCT 26.4.1989 (Ar. 3040); STSJ La Rioja 15.11.1995 (AS 4247).

- La falta u omisión de medida-s de seguridad en el trabajo imputable, a título doloso o culposo, al empresario¹³⁴³. De donde resulta que cuando el empleador ha cumplido diligentemente con su obligación general de seguridad y no le es imputable incumplimiento alguno de obligaciones específicas de medios o de resultado, la responsabilidad en estudio no puede llegar a nacer¹³⁴⁴.

- La concreción de la medida preventiva “general o particular” vulnerada, requisito que ha generado un notable disenso interpretativo entre la doctrina jurisprudencial¹³⁴⁵, dado que si se concibe al recargo

¹³⁴³STS 12.5.1986 (Ar. 2530), 8.6.1987 (Ar. 4142) y 22.9.1987 (Ar. 6268); STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Burgos, 7.1.1991 (AS 294), 11.3.1992 (AS 1110), 15.7.1992 (AS 3838) y 19.10.1992 (AS 4780); STSJ Extremadura 27.5.1992 (AS 2571); STSJ Cataluña 24.3.1993 (AS 1550), 10.4.1996 (AS 1429); STSJ Madrid 5.7.1993 (AS 3664) y 14.9.1993 (AS 4179); STSJ Comunidad Valenciana 9.5.1996 (AS 1608); STCT 8.7.1981 (Ar. 4833), 15.12.1982 (Ar. 7381), 22.6.1983 (Ar. 5996), 20.11.1984 (Ar. 4332), 20.6.1985 (Ar. 4132), 28.1.1986 (Ar. 435), 20.2.1986 (Ar. 1071), 20.5.1986 (Ar. 3504), 20.6.1986 (Ar. 4767), 10.2.1988 (Ar. 1674), 22.2.1988 (Ar. 1683), 25.4.1989 (Ar. 3035).

¹³⁴⁴Otra cosa es que dicha responsabilidad pueda entenderse como *cuasi-objetiva* desde el momento en que la concurrencia del nexo causal *incumplimiento de medidas-siniestro acaecido* genera *ipso iure* la presunción legal de culpa del empresario infractor. Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad...*, op.cit., págs. 19-21; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones...*, op.cit., págs. 38-41.

¹³⁴⁵Existen así *dos líneas divergentes*: por un lado, numerosas sentencias han remarcado, desde una *interpretación restrictiva*, que “para que proceda el recargo es necesario que en los acontecimientos del siniestro se hubiese vulnerado o incumplido una medida de seguridad general prevista en la norma” de modo específico, concreto y determinado (STCT 4.2.1980, Ar. 573, 23.3.1983, Ar. 2321, 8.7.1983, Ar. 6864, 23.2.1984, Ar. 1695, 25.4.1985, Ar. 2731; STSJ Madrid 16.1.1991, AS 785; STSJ Cataluña 4.10.1991, AS 5615, 7.7.1992, AS 4018 y 24.3.1993, AS 1550, 24.5.1993, AS 2541; STSJ Aragón 1.7.1992, AS 3982; STSJ Castilla y León, Sala de lo Social de Burgos, 11.4.1994, AS 1361, 20.5.1992, AS 2544; STSJ Asturias 14.11.1991, AS 6039; y numerosísimas sentencias del TSJ Comunidad Valenciana, v.gr.: 17.4.1991, AS 2686, 12.6.1991, Boletín 1991, ref. 788; 31.3.1992, Boletín 1992, ref. 584; 4.3.1992, Boletín 1992, ref. 422; 6.2.1991, Boletín 1991, ref. 114; 13.2.1991, Boletín 1991, ref. 164; 17.4.1991, Boletín 1991, ref. 443; 10.5.1991, Boletín 1991, ref. 618; 3.7.1991, Boletín 1991, ref. 942; 4.3.1992, Boletín 1992, ref. 422; 21.4.1992, Boletín 1992, ref. 731; 9.5.1996, AS 1606; 21.5.1996, AS 2305); mientras otra línea jurisprudencial, desde una *posición interpretativa amplia*, considera que el carácter abierto y dinámico de la obligación de seguridad “no siempre reclama la existencia de una medida específicamente prevista e impuesta” cuya vulneración acarree la imposición del recargo,

como sanción administrativa los principios de legalidad y tipicidad deben ser respetados y no es posible la invocación de una cláusula indeterminada como la “obligación general de seguridad”, sino que debe detallarse la obligación específica y concreta que ha resultado violada¹³⁴⁶, mientras que si se concibe al recargo como indemnización no se despliega ipso iure tal efecto, bastando la concurrencia de un daño real y cierto en cuya causa radica la fehaciente omisión o dejación por parte del empresario de su papel de garante-deudor de seguridad (de forma que ese incumplimiento empresarial es sancionado por el Estado a través de una indemnización incrustada en el sistema de la Seguridad Social, impuesta a modo de incremento indemnizatorio de prestaciones mediante el procedimiento administrativo adecuado y tendente a la reparación, tasada en una horquilla porcentual con topes mínimo y máximo, del daño sufrido por el trabajador, en la forma y efectos determinados ex art. 123 LGSS y concordantes). Siendo preciso anticipar que, a mi modo de ver y en virtud

posición ésta que me parece más plausible y que se cimenta sobre el amplio deber de vigilancia o culpa *in vigilando* del empresario (así, STSJ Aragón 14.12.1989, AS 919; STSJ País Vasco 20.9.1991, AS 4900, 31.3.1992, AS 1310, 10.1.1995, AS 108, 21.11.1995, AS 4379, 13.2.1996, AS 269; STSJ Madrid 12.5.1992, AS 2701; STSJ Baleares 17.7.1992, AS 3924; STS –Sala de lo Social– 3.7.1992, Ar. 5576; STSJ Extremadura 27.5.1992, AS 2571, 10.7.1995, AS 2711; STSJ Castilla y León, Sala de lo Social de Valladolid, 16.4.1991, AS 2867, 22.4.1991, AS 2872, 7.7.1993, AS 3362, 30.5.1995, AS 2058, 26.7.1995, AS 2970; STSJ Castilla-La Mancha 28.2.1992, AS 1537; STSJ Cataluña 14.1.1992, AS 279, 10.1.1995, AS 108, 7.2.1995, AS 689, 13.6.1995, AS 2384; STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Burgos 7.7.1993, AS 3362, 19.12.1995, AS 4690; STSJ Galicia 8.6.1996, AS 2391).

¹³⁴⁶Reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha remarcado el desdoblamiento del art. 25.1 CE en dos garantías que deben respetarse por toda norma sancionadora: una “de orden material y alcance absoluto refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes (principio de legalidad); otra, “de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de rango adecuado en las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones (principio de tipicidad)”. Cfr., entre otras, STC 42/1987, de 7 de abril; STC 3/1988, de 21 de enero; STC 69/1989, de 20 de abril; STC 219/1989, de 21 de diciembre; STC 207/1990, de 17 de diciembre; STC 145/1993, de 26 de abril; STC 45/1994, de 15 de febrero.

de la naturaleza jurídica del recargo, desde el plano estructural, como indemnización legal y especial de Seguridad Social, tasada, causal y con trazas sancionatorias ligadas a su no-asegurabilidad y a su carácter acumulativo a otras responsabilidades (encuadrable a su vez, desde el plano funcional o teleológico, en el marco de las denominadas sanciones civiles indirectas, que se mueven, como se verá, a caballo entre las tradicionales técnicas sancionatorias jurídico-públicas y las no menos clásicas técnicas sancionatorias jurídico-privadas, criterio que aquí se defenderá), es esta última la posición más plausible¹³⁴⁷, habida cuenta del papel de garante-deudor de seguridad atribuido al empresario, privado o público, en el marco de la dinámica y mutable obligación general de resultado que le liga al trabajador a su servicio y que recaba de aquél la adopción diligente de “cuantas medidas sean necesarias en orden a la plena eficacia de la debida prevención de riesgos”¹³⁴⁸.

- Que resulte acreditado el correspondiente nexo causal entre la omisión de la medida preventiva y el resultado dañoso (accidente de trabajo o enfermedad profesional¹³⁴⁹), esto es, la presencia de una relación causa-efecto entre incumplimiento empresarial y siniestro

¹³⁴⁷En la doctrina, idéntico parecer sostienen MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones...*, op.cit., pág. 33; ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., pág. 137; SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad...*, op.cit., pág. 23; opinión contraria sostiene FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «La agravación...», op.cit., pág. 110.

¹³⁴⁸STS, Sala 3ª, Sección 1ª, 23.2.1994 (Ar. 2225); STS, Sala 3ª, Sección 4ª, 17.5.1995 (Ar. 4145); STS, Sala 3ª, Sección 4ª, 10.5.1996, Ar. 4116.

¹³⁴⁹Sobre los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, de obligada consulta resulta un clásico: ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., págs. 53-91 y 177-190.

profesional¹³⁵⁰. Siendo doctrina judicial mayoritaria consolidada, en sucinta exposición y en aras a la economía de nuestra argumentación, que:

- 1.- Las causas de inimputabilidad (caso fortuito y fuerza mayor) debidamente acreditadas rompen ese nexo causal¹³⁵¹;
- 2.- Si se desconocen las circunstancias en que se produjo el siniestro, pero se constata la infracción de medidas preventivas, entra en juego la sanción administrativa ordinaria¹³⁵² (antes, según lo previsto en la LISOS; ahora, conforme a lo contemplado en la LPRL) mas no procede la imposición del recargo¹³⁵³;
- 3.- La presencia del nexo causal debe probarse por el trabajador accidentado o sus derechohabientes¹³⁵⁴;
- 4.- La imprudencia

¹³⁵⁰STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Valladolid, 11.2.1992 (AS 689); STSJ Madrid 4.2.1992 (AS 948); STSJ Cataluña 5.2.1993 (AS 793), 24.3.1993 (AS 1550), 8.3.1994 (AS 1246), 27.4.1994 (AS 1492), 7.2.1995 (AS 689), 7.6.1995 (AS 2378), 13.6.1995 (AS 2384), 6.2.1996 (AS 406); STS 8.3.1993 Sala 4ª (Ar. 1714); STSJ Canarias-Santa Cruz de Tenerife 31.7.1995 (AS 2733); STSJ País Vasco 21.11.1995 (AS 4379); STSJ Galicia 23.3.1996 (AS 603); STSJ Comunidad Valenciana 16.4.1996 (AS 1976); FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad exigibles. Carácter sancionador del recargo exclusivamente para la empresa sin responsabilidad alguna del INSS. Comentario a la STS (Sala 4ª) de 8.3.1993», La Ley 1994-3, pág. 239.

¹³⁵¹Entre otras muchísimas, STS 25.10.1961, Ar. 4242, 30.4.1963, Ar. 2074, 1.6.1963, Ar. 3704, 18.4.1969, Ar. 1975, 23.10.1969, Ar. 4829, 22.4.1970, Ar. 2384, 11.2.1971, Ar. 926, 28.2.1972, Ar. 579, 22.1.1973, Ar. 521, 14.12.1981, Ar. 5081; STCT 5.3.1976, Ar. 1263, 22.3.1976, Ar. 1577, 28.6.1978, Ar. 4095, 28.2.1980, Ar. 1203, 2.7.1980, Ar. 4034, 20.1.1981, Ar. 236, 24.2.1981, Ar. 1241, 24.10.1983, Ar. 8766, 20.5.1985, Ar. 3270, 15.4.1986, Ar. 2488, 6.5.1986, Ar. 3104, 23.7.1986, Ar. 6801, 23.10.1986, Ar. 10156, 31.10.1986, Ar. 10705, 2.12.1986, Ar. 12974, 15.12.1986, Ar. 13791, 11.12.1986, Ar. 13593, 30.12.1988, Ar. 8403; STSJ Madrid 4.1.1991, AS 688, 10.3.1993, AS 1414; STSJ Andalucía-Granada 21.1.1992, AS 151; STSJ Cataluña 10.5.1995, AS 1957, 14.6.95, AS 2391 y 7.6.95, AS 2378; STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Burgos, 5.6.1991 (AS 4362); STSJ Comunidad Valenciana 1.10.1996 (AS 2995).

¹³⁵²STS, Sala 3ª, 13.9.1990, Ar. 6837; STSJ Castilla-León-Burgos 5.7.1991, AS 4362.

¹³⁵³STCT 23.10.1986, Ar. 10151; STSJ Madrid 12.2.1992, AS 993; STSJ Extremadura 3.9.1993, AS 4801; STSJ País Vasco 29.12.1995, AS 4769.

¹³⁵⁴STCT 14.4.1986, Ar. 2419; STCT 4.11.1986, Ar. 10944; STSJ Cataluña 10.12.1991, AS 6739; STSJ Andalucía-Sevilla 9.10.1991, AS 6955; STSJ Extremadura 3.9.1993, AS 4801; STSJ Madrid 12.2.1992, AS 993; STSJ Andalucía 11.1.1996, AS 112. En la doctrina, SEMPERE

acreditada del trabajador, tomada no en base a una suerte de compensación de culpas sino como conducta en la que concurran efectivamente dolo o imprudencia temeraria de aquél que rompan el nexo causal (lo que sucederá cuando esa conducta “deliberada y asumida de correr un riesgo innecesario”¹³⁵⁵, “alejada de toda racionalidad en el comportamiento humano”, consista en un actuar frente al que “ninguna medida adicional de seguridad” hubiera sido eficaz), exonera al empresario de esta singular responsabilidad¹³⁵⁶. Cuestión diversa es que una plausible línea jurisprudencial haya tenido en cuenta la imprudencia profesional del trabajador accidentado (distracciones o imprudencias no temerarias según la terminología ex art. 15.4 LPRL¹³⁵⁷) que responde a la

NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad...*, op.cit., pág. 22, y PORRET GELABERT, M.: «El recargo de prestaciones...», op.cit., págs. 667-668.

¹³⁵⁵STCT 11.12.1985 (Ar. 6928); STSJ Aragón 5.10.1989 (AS 830); STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Valladolid, 28.5.1990 (AS 3335).

¹³⁵⁶STSJ Galicia 16.11.1994 (AS 4477); STSJ Cantabria 27.11.1992 (AS 5595); STSJ Cataluña 9.3.1993 (AS 1514), 8.4.1993 (AS 1833), 20.5.1993 (AS 2527), 4.5.1994 (AS 2035), 7.2.1995 (AS 692), 14.6.1995 (AS 2391), 14.2.1996 (AS 1095), 29.2.1996 (AS 1114); STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Valladolid, 27.11.1990 (AS 3501), 11.10.1994 (AS 3788) y 15.11.1994 (AS 4428); STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Burgos 18.9.1996 (AS 2763) y 30.10.1996 (AS 3661); STSJ Madrid 13.3.1991 (AS 1863), 19.5.1992 (AS 2721); STSJ Andalucía 11.1.1996 (AS 112); STSJ Asturias 21.6.1996 (AS 2338); STSJ Comunidad Valenciana 17.4.1991 (AS 2686), 4.3.1992 (AS 1337), 21.4.1992 (AS 1986); STSJ Andalucía-Granada 7.12.1989 (AS 401); STSJ Andalucía-Málaga 21.2.1995 (Ar. 445), STS, Sala 1ª, 7.6.1989 (Ar. 4346); STCT 21.6.1985 (Ar. 4155), 5.7.1985 (Ar. 4796), 20.11.1985 (Ar. 6344), 26.2.1986 (Ar. 1269), 26.5.1986 (Ar. 3659), 18.6.1986 (Ar. 4632), 22.7.1986 (Ar. 6706), 8.10.1986 (Ar. 9172), 2.12.1986 (Ar. 12974), 11.12.1986 (Ar. 13592), 4.10.1988 (Ar. 6442), 14.11.1988 (Ar. 7574), 21.2.1989 (Ar. 1730), 4.4.1989 (Ar. 2936); STS, Sala de lo Social, 20.3.1985, Ar. 1356. También es causa de exoneración, según reciente jurisprudencia, la *concurrentia simultánea* de imprudencia no sólo del accidentado o finado, sino también de otro trabajador (así, STSJ Madrid 19.5.1992, AS 2719; STSJ Comunidad Valenciana 25.3.1996, AS 564; STSJ Navarra 30.7.1996, AS 2672)

¹³⁵⁷Señala gráficamente la distinción entre imprudencia temeraria, simple y profesional, la STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Valladolid, de 28.5.1990 (AS 3335), en su fundamento jurídico 2º, afirmando que la *imprudencia temeraria* “supone una conducta con manifiesto menosprecio de la propia vida o integridad física, aceptando voluntaria y deliberadamente correr un riesgo innecesario que ponga en peligro este bien, omitiendo las más elementales normas de

confianza y habitualidad que inspira el trabajo y que se traduce, las más de las veces, en una quiebra de la necesaria cautela o en la presencia de un descuido generador del siniestro¹³⁵⁸, como parámetro no exoneratorio, de suyo¹³⁵⁹, de la responsabilidad empresarial, pero sí atenuatorio o aminorador de la misma¹³⁶⁰.

prudencia y apartándose del comportamiento usual de cualquier persona; por tanto, para que la conducta negligente pueda reputarse de temeraria no basta con que exista una infracción de norma o precepto reglamentario sino que es necesario, además, que se omitan las más elementales normas de precaución exigibles a toda persona”, diferenciándose ésta de la *imprudencia simple* o no-temeraria “en que cuando se produce ésta, se observa que el sujeto no ha querido correr riesgo alguno aunque haya descuidado los medios para evitarlo” y de la *profesional* en que “ésta procede de la confianza y rutina que provoca el uso habitual de herramientas o instrumentos potencialmente peligrosos”. Esa línea interpretativa también ha sido seguida por la doctrina, sede en la que se ha señalado que la imprudencia profesional atañe a “los descuidos que son consecuencia de la confianza motivada en la práctica reiterada de un trabajo”, mientras la imprudencia temeraria implica “infracción grave de las normas más elementales de precaución”, de donde se deduce que la gravedad y la peligrosidad de la imprudencia temeraria “explica que el legislador dispense {ex art. 15.4 LPRL} al empresario de preverla” (cfr. MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad...*, op.cit., pág. 87).

¹³⁵⁸ STS --Sala de lo Social-- 9.5.1985 (Ar. 2685), 16.7.1985 (Ar. 3787); STCT 11.12.1985 (Ar. 6928); STCT 1.7.1986 (Ar. 5448).

¹³⁵⁹ Con todo, hay que señalar que una línea jurisprudencial minoritaria anterior a la LPRL remarca que la imprudencia profesional no-temeraria del trabajador comporta la exoneración del empresario en orden a la responsabilidad del recargo. Así, STSJ Comunidad Valenciana 4.3.1992 (AS 1137); STSJ Cantabria 27.11.1992 (AS 5595); STSJ Cataluña 24.5.1993 (AS 2541); STSJ Asturias 17.6.1993 (AS 2820); STSJ Andalucía-Málaga 4.3.1993 (AS 1326); STSJ Extremadura 2.10.1995 (AS 4052).

¹³⁶⁰ De suerte que la “conurrencia de conductas” (infracción empresarial/imprudencia no-temeraria del trabajador) tiene como efecto la aminoración, en vía judicial, del porcentaje o cuantía del recargo: así, entre otras, STSJ La Rioja 5.12.1995 (AS 4606); STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Valladolid, 15.10.1990 (AS 3440), 9.5.1991 (AS 3013) y 30.5.1995 (AS 2058); STCT 26.5.1986 (Ar. 3662); STSJ Madrid 19.5.1992 (AS 2720); STSJ Andalucía-Sevilla 17.6.1993 (AS 3103); STSJ País Vasco 30.7.1993 (AS 3396); STSJ Cataluña 9.5.1996 (AS 1638); STSJ Cantabria 29.3.1993 (AS 1593). Ese efecto reductor ha ido, en ocasiones y al hilo de la apreciación de la culpa “in vigilando” del empresario, acompañado de la frase “imprudencia del trabajador no obstaculizada o impedida por la empresa”, en el sentido de que “lo esencial para que entre en juego la responsabilidad empresarial (...) no radica en analizar si el trabajador accidentado, otro distinto o incluso un tercero ajeno a a la empresa, han contribuido a la producción del resultado dañoso con una actuación negligente o dolosa, sino que consiste en determinar si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y ésta, de haberse cumplido, lo hubiera evitado o minorado” (así, entre otras muchas, STSJ País Vasco 18.10.1993 --AS 4294--, 12.9.1995 --AS 3451--, 13.2.1996 --AS 269--; STSJ Madrid 19.5.1992 --AS 2720--).

a.2) Naturaleza dual o mixta, como híbrido a caballo entre la sanción y la indemnización. En este sentido se han pronunciado LLUIS y NAVAS (“el recargo por falta de medidas de seguridad es una figura cuya naturaleza es muy especial: sobre-prestación punitiva”, revistiendo “carácter complejo: sanción plasmada en un incremento de las prestaciones correspondientes a la víctima”¹³⁶¹), MILLÁN VILLANUEVA (para quien la predicada naturaleza “sancionadora” del recargo de prestaciones “se halla en crisis, al no estar recogido como medida preventivo-sancionatoria por la Ley 8/88”, y por concurrir en esta figura “el círculo uti singuli de beneficiarios del recargo -trabajador, derechohabientes- (lo que) hace quebrar el ámbito universal subjetivo de resarcimiento uti universi, propio de las sanciones e instrumentado a través del Tesoro público”¹³⁶²), MARÍN CORREA (“se distingue en el recargo indemnizatorio la duplicidad representada por estas dos palabras (...): de un lado, recargo, de otro, indemnizatorio”¹³⁶³), MONTOYA MELGAR (que califica al recargo como “sanción de naturaleza híbrida”, que persigue una doble función: “en cuanto sanción, la exigencia de una responsabilidad al empresario, cuya infracción de las normas de policía laboral ha provocado la producción de un accidente de trabajo (...), en cuanto indemnización, la compensación al trabajador víctima de un

¹³⁶¹ «La pluralidad de procedimientos...», op.cit., págs. 17 y 27. De “sobreprestación o indemnización adicional” a la prestación de Seguridad Social hablan las STCT 30.10.1975 (Ar. 4719), STS 9.2.1963 (Ar. 4213) y STS 4.10.1982 (Ar. 6101).

¹³⁶² «Vicisitudes jurídicas...», op.cit., págs. 386 y 388.

¹³⁶³ «Algunas puntualizaciones...», op.cit., págs. 44-45.

accidente debido precisamente al incumplimiento por parte del empresario de las normas sobre seguridad e higiene”¹³⁶⁴), MONEREO PÉREZ (que concibe al recargo como “sanción compleja unitaria de carácter intimidatorio”, de naturaleza eminentemente sancionadora por su componente punitivo-retributivo pero que, una vez impuesta, “se materializa en una prestación sobreañadida de Seguridad Social”¹³⁶⁵), REY GUANTER (que subraya su naturaleza dual remarcando la presencia del componente indemnizatorio junto al sancionatorio¹³⁶⁶) y GARCÍA MURCIA (autor que subraya la naturaleza híbrida y los fines variados, “sancionadores, indemnizatorios y preventivos” que reúne el recargo¹³⁶⁷).

En relación a la consideración de la naturaleza dual del recargo, hay que dejar constancia de que parte de la jurisprudencia siguió, bien que en menor medida, ese planteamiento¹³⁶⁸.

¹³⁶⁴«Sanción e indemnización...», op.cit., pág. 606.

¹³⁶⁵*El recargo de prestaciones...*, op.cit., pág. 89; *La responsabilidad empresarial en los procesos...*, op.cit., págs. 118-119. En idénticos términos, FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: «El empresario como sujeto responsable en el recargo de prestaciones: una perspectiva jurisprudencial», TL nº 34-1995, pág. 93.

¹³⁶⁶*Potestad sancionadora...*, op.cit., pág. 396.

¹³⁶⁷«El papel de la Seguridad Social en la prevención y protección de los riesgos profesionales», Revista Jurídica de Asturias nº 17-1993, págs. 44 y 47-48.

¹³⁶⁸Así, STSJ Cataluña 30.9.91 (AS 5609): “el legislador ha querido así que, sin perjuicio de la sanción administrativa que quepa imponer al empresario (...), y con ella (se genere) el plus en las prestaciones económicas (...) a favor de los trabajadores afectados...”; STSJ Castilla-La Mancha 24.2.92 (AS 1533): “el recargo no es simplemente una sanción sino una indemnización sancionatoria o punitiva que se añade a la indemnización resarcitoria de las prestaciones ordinarias de la Seguridad Social...”; STSJ Cataluña 22.12.92 (AS 6399): “ha sido calificado por la doctrina de indemnización sancionatoria o punitiva (los punitive damages adicionales a los compensatory damages, en la terminología anglosajona)”.

a.3) Naturaleza puramente indemnizatoria. En esta línea, se han pronunciado DEL VAL Y DE LA FUENTE (en su opinión, catalogar al recargo como sanción administrativa conculca el apotegma *non bis in idem*, y ex art. 3 LISOS descarta la naturaleza sancionadora del recargo y lo concibe como prestación indemnizatoria¹³⁶⁹), APARICIO TOVAR (que considera al recargo de prestaciones como indemnización especial de Seguridad Social, por cuanto, en primer lugar, es su finalidad “compensar al trabajador accidentado”, y, en segundo lugar, “no es el Tesoro Público el beneficiario de tales aumentos, resultando evidente que no es puramente una sanción”, por cuanto lo que caracteriza a la sanción es el castigo al desprecio que los sujetos muestren con sus conductas hacia el Ordenamiento, no “tratar de imponer beneficios a una persona concreta”¹³⁷⁰), GÓMEZ CABALLERO (“el recargo de prestaciones se incardina en el campo de la responsabilidad civil del empresario; pero en una parcela concreta, en la parcela de la responsabilidad contractual. Y dentro de ésta, puede considerarse que el recargo es una parte de lo que puede englobar la total responsabilidad contractual”¹³⁷¹) y CRUZ VILLALÓN (para quien “resulta difícilmente calificable el recargo como sanción en sentido estricto derivada de infracción administrativa”,

¹³⁶⁹ «Protección de la salud laboral», RCEF nº99-1991, págs. 109-110.

¹³⁷⁰ «Las obligaciones del empresario...», op.cit., págs. 734-735; «Chapter six: Spain», op.cit., págs. 187 y 190. Esta reflexión sobre el peculiar destino del recargo ya había sido apuntada por ALONSO OLEA, M.: «Derechos irrenunciables y principio de congruencia», ADC, 1962, tomo II, fasc. XV, pág. 317.

¹³⁷¹ «Concurrencia procedimental y recargo de prestaciones económicas del artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social», en VIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, 1991, págs. 261 y 271-274; reproduciendo idéntica argumentación, RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES, R.: «La responsabilidad civil derivada...», op.cit., págs. 333-335.

tratándose más bien de una “indemnización civil compensatoria de los daños y perjuicios ocasionados que sufren un incremento dado que vienen producidos directamente por un incumplimiento en materia de seguridad e higiene en el trabajo”¹³⁷²).

Reconoce únicamente carácter indemnizatorio al recargo de prestaciones, la STS (Sala 5ª) de 13.1.1989 (Ar. 169), al afirmar que " no tiene carácter sancionador la responsabilidad civil subsidiaria declarada a cargo de la empresa en actuaciones penales, ni tampoco los recargos en prestaciones a la Seguridad Social". En línea más comedida, pero con la misma intencionalidad, siquiera sea con argumentación un tanto más difuminada, se expresa la STSJ Valencia 25.9.91 "el recargo tiene naturaleza sancionatoria (únicamente) a efectos de su interpretación restrictiva, (si bien) fundamentalmente es indemnizatoria de las consecuencias del incumplimiento de las medidas de seguridad, y por tanto no es susceptible de incardinarse la resolución del INSS sobre recargo en las prestaciones en las sanciones administrativas"¹³⁷³.

a.4) Responsabilidad de naturaleza jurídica múltiple. PÁRAMO MONTERO ha señalado, desde una perspectiva sumamente ecléctica que

¹³⁷²Cfr. «Descentralización productiva...», op.cit., pág. 150.

¹³⁷³Boletín de Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (en adelante, Boletín), 1991, ref. 1139. Línea interpretativa reiterada por el TSJ Comunidad Valenciana en sentencias 4.10.1991 (Boletín, 1991, ref. 1223), 7.4.1992 (Boletín, 1992, ref. 647), 21.4.1992 (Boletín, 1992, ref. 731), 12.5.1992 (Boletín, 1992, ref. 918), 21.9.1992 (Boletín, 1992, ref. 1813) y 27.10.1992 (Boletín, 1992, 2199). Más recientemente, subrayan el carácter indemnizatorio del recargo las STSJ Cataluña 22.12.1994 (AS 4838), STSJ País Vasco 4.7.1995 (AS 3131) y STSJ País Vasco 29.12.1995 (AS 4769).

disuelve el problema pero, a mi entender, no lo resuelve en su integridad porque no entra en el fondo de sus cuestiones clave, que el recargo de prestaciones “parece reunir características o elementos propios del ámbito jurídico de la Seguridad Social, como prestación; del ámbito del derecho sancionador, como sanción económica o, incluso, del ámbito jurídico-civil, como indemnización de daños y perjuicios o resarcimiento de los mismos”¹³⁷⁴. Por esa razón entiende que se trata de una institución de naturaleza jurídica múltiple, que aúna caracteres de las prestaciones de Seguridad Social¹³⁷⁵, de las sanciones administrativas¹³⁷⁶ y de la indemnización civil¹³⁷⁷.

B.- Al cobijo de la LPRL y lejos de solventarse convenientemente la cuestión, se ha reavivado y recrudecido doctrinalmente la polémica en torno a la misma¹³⁷⁸, como demuestra el dato de que han llegado a

¹³⁷⁴Cfr. *Las responsabilidades empresariales...*, op.cit., págs. 112-113. En parecidos términos se ha manifestado este autor en «Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», RL nº 16-17/1996, págs. 23-25.

¹³⁷⁵Dichos caracteres los extrae de los arts. 40 (no puede ser objeto de retención, ni de cesión-compensación-descuento, ni tampoco devengará tasas la información o certificación que sobre el recargo se reclame) y 121 (crédito privilegiado) LGSS --cfr. *Las responsabilidades empresariales...*, op.cit., pág. 113--. Por su parte, atribuye naturaleza de prestación de Seguridad Social al aumento prestacional ex art. 93 LGSS-1974 la STSJ Murcia 3.12.1991 (AS 6539), cuando señala que “el incremento de prestaciones que se regula en el art. 93 LGSS no tiene carácter punitivo sino que se integra dentro del conjunto de garantías que establece la acción protectora de la Seguridad Social”.

¹³⁷⁶Remarca esos caracteres en base a argumentos jurisprudenciales (invocando las STC 158/1985, de 26 de noviembre y STS 8.3.1993 y 8.2.1994) y estructurales (responsabilidad culpable, no asegurable, directa e intransferible del empresario; naturaleza sancionadora y no de prestación de Seguridad Social, sino de “pena o sanción que se añade a la prestación”). Cfr. *Las responsabilidades empresariales...*, op.cit., págs. 113-114.

¹³⁷⁷Apuntando que, según una línea jurisprudencial (STS 13.1.1989, Ar. 169, y, en menor medida a su juicio, STS 18.4.1992, Ar. 4849), no es una institución sancionadora sino indemnizatoria, restitutoria o resarcitoria para la víctima del daño. Cfr. *Las responsabilidades empresariales...*, op.cit., pág. 114.

esgrimirse hasta seis posicionamientos dispares sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones:

b.1) Naturaleza mixta: sanción e indemnización. MONTOYA y PIZÁ¹³⁷⁹ han señalado que el recargo tiene una naturaleza mixta dado su componente indemnizatorio (su importe acrece la prestación a que tienen derecho el trabajador o sus derechohabientes) y su paralelo carácter sancionador (como “pena patrimonial no transmisible ni compensable”¹³⁸⁰). Idéntico parecer mantiene GONZÁLEZ BIEDMA

¹³⁷⁸Como con acierto se ha escrito, “una lectura (...) detenida y reflexiva” de la LPRL arroja “un significativo incremento de la tasa de indeterminación normativa y del nivel de problematicidad conceptual ya existentes anteriormente sobre esta cuestión”, de ahí que “los nuevos datos jurídicos, lejos de ayudar a zanjar definitivamente el problema de la naturaleza jurídica del recargo (...) contribuirán, sin duda, a perpetuar el debate doctrinal y jurisprudencial, «condenándolo» a permanecer siempre abierto y carente de una solución concluyente, de general y convencional aceptación, en cuanto amplía el abanico de interpretaciones posibles” (cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: «Otra vez a vueltas...», op.cit., pág. 791). Es decir, “pese a la voluntarista aclaración” de la LPRL, “las contradicciones de esta institución (...) permanecen tras la Ley” (cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.-CARDENAL CARRO, M.: «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales», Actualidad Jurídica Aranzadi nº 234, de 22.2.1996, pág. 6 y nota a pie nº 18).

¹³⁷⁹*Curso de seguridad...*, op.cit., págs. 310-311; MONTOYA MELGAR, A.: «El accidente de trabajo...», op.cit., pág. 3 (“(...) indemnización, en cuanto que su importe acrece la prestación a que tienen derecho el trabajador o sus derechohabientes, y sanción en cuanto que constituye una pena patrimonial no transmisible ni compensable”). Más ambiguamente ha defendido la naturaleza híbrida (sanción-indemnización) del recargo, pero calificándolo al tiempo como “indemnización derivada de responsabilidad civil objetiva accesoria a una previa responsabilidad de seguridad social”, MOLINER TAMBORERO, G.: «La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales», AL nº 19-1996, pág. 397.

¹³⁸⁰En parecida línea argumental parece apuntarse LLUIS y NAVAS, cuando señala que es una responsabilidad “jurídicamente punitiva, pero económicamente resarcidora”, si bien su criterio es difícilmente clasificable, por confuso, ambiguo y sesgado a mi modo de ver. Como muestra, reproduzco algunas de las variopintas afirmaciones que efectúa este autor: el “incremento de prestaciones” ex art. 123 LGSS “tiene naturaleza punitiva, penal en sentido lato si se prefiere”; “ciertamente el recargo es una medida represiva; pero, como acicate para su aplicación, origina un beneficio económico para el accidentado o sus causahabientes” siendo “la única finalidad de esta medida” el “estimular la adopción de prevenciones”, de donde resulta, a juicio de este autor, que “el beneficio del trabajador es un medio de lograr” dicha adopción de prevenciones, porque “no puede ser de otro modo, la falta de adopción de medidas no es un mérito del trabajador, hasta puede ser un

(para quien el recargo de prestaciones “tiene naturaleza mixta, mitad sanción y mitad compensación de tipo indemnizatorio”¹³⁸¹).

b.2) Sanción administrativa material y especial. En este sentido, MARTÍNEZ LUCAS¹³⁸² ha sostenido que el recargo de prestaciones se configura como una “sanción administrativa (con un régimen jurídico especial) desde el punto de vista teleológico”, porque procede de una autoridad administrativa (INSS), produce un efecto aflictivo (imposición de una sanción pecuniaria, cuyo montante porcentual oscila según la gravedad de la falta), prosigue a la realización de un ilícito (infracción administrativa), cumple una finalidad represora-aflictiva (sólo presenta un perfil preventivo-represivo, no procede el anticipo por automaticidad de la prestación-recargo, no existe responsabilidad subsidiaria del INSS y el aseguramiento de dicha responsabilidad está prohibido), y se impone a través de un procedimiento administrativo reglado (solicitud por los sujetos interesados, informe de la Inspección de Trabajo, comunicación y audiencia a las partes interesadas, fase de instrucción y resolución del INSS --manifestación ésta de autotutela declarativa que fija el porcentaje del recargo y de autotutela ejecutiva porque como acto administrativo se ejecuta en virtud de otro procedimiento administrativo sin necesidad de

relativo demérito (por no haberlas denunciado a la Inspección) y en estas circunstancias difícilmente estará justificado un propósito directo de premiarle”. Todas esas afirmaciones las vierte en *Derecho de seguridad e higiene...*, op.cit., págs. 310, 313, 317 y 319.

¹³⁸¹ «El sistema sancionador», en AA.VV.: *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Su incidencia en la empresa...*, op.cit., pág. 103.

¹³⁸² Cfr. *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal. Criterios jurisprudenciales*, ed. Práctica de Derecho, Valencia, 1996, págs. 48-54; también, del mismo autor, «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica...», op.cit., págs. 3371-3379.

acudir a los tribunales--). Con menor enjundia argumental, FERNÁNDEZ MARCOS ha defendido también, aun cuando más ambiguamente en su exposición, la naturaleza de sanción administrativa atípica y especial del recargo de prestaciones tras la LPRL¹³⁸³, e idéntico parecer han mantenido SALA FRANCO y ARNAU NAVARRO¹³⁸⁴.

b.3) Indemnización asegurable. GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR han sostenido recientemente, en base a la interpretación sistemática de los arts. 42.3 y 15.5 LPRL, la derogación tácita del art. 123.2 LGSS, de modo que catalogan al recargo como responsabilidad indemnizatoria especial de Seguridad Social, cuyo carácter prestacional le aleja de la naturaleza puramente sancionadora y le confiere una naturaleza indemnizadora que explica su compatibilidad con las sanciones administrativas ordinarias previstas en la LPRL¹³⁸⁵.

¹³⁸³Cfr. «La autonomía del Derecho de Seguridad e Higiene», AL nº 39-1995, págs. 683-684; *Comentarios a la Ley...*, op.cit., págs. 85 y 205-206. No obstante, en otro lugar ha titubeado notablemente al señalar, primero, que es una “sanción atípica” punitiva o sancionadora, para, posteriormente, afirmar que “se sustrae legalmente la calificación y naturaleza de sanción (...) para considerarla simple prestación económica de Seguridad Social, que entra en el patrimonio del trabajador víctima de accidente o enfermedad del trabajo o de sus causahabientes, condicionada a la presencia de determinados requisitos previamente declarados” (cfr. «El contenido de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: puntos críticos», AL nº 48-1995, págs. 837-838). Parecidos titubeos pueden encontrarse en SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la Ley...*, op.cit., págs. 186-187, y en CALVENTE MENÉNDEZ, J.: «Prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995): las responsabilidades administrativas y penales en materia de seguridad e higiene, infracciones y sanciones», RCEF nº 154-1996, págs. 74-75.

¹³⁸⁴Para quienes “se trata de una responsabilidad sancionatoria y no indemnizatoria”, pese a que reconocen que el art. 42.3 LPRL (en lapsus de transcripción, creo, aparece en el texto “art. 42.2”) “desliza ambiguamente el término «indemnizaciones» referido también a los recargos” (cfr. *Comentarios a la Ley...*, op.cit., pág. 188).

¹³⁸⁵GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., págs. 118, 266 y 273. En esta línea, las STSJ Cataluña 3.3.1992, AS 1667, STSJ País Vasco 4.7.1995, AS 3131, y STSJ Madrid 8.7.1996, AS 2633 han remarcado que el recargo de prestaciones tiene una “naturaleza distinta a las sanciones administrativas y penales”, de donde derivan que el recargo: A.- No vulnera el “non bis in idem”; B.- Participa de la naturaleza de las prestaciones de Seguridad Social, siendo un incremento de éstas, “operando desde perspectivas

b.4) Cláusula penal de origen legal. De reciente, GONZÁLEZ LABRADA ha planteado una, en apariencia, calificación singular en el panorama doctrinal. Mas sólo es aparente esa singularidad porque, en realidad, la consideración del recargo de prestaciones como cláusula penal no es sino fruto, a mi modo de ver, de una reconducción de su encuadre en en el seno de los moldes de la sanción: en efecto, señala este autor que estamos ante una figura (el recargo como «cláusula penal») que es, en realidad, una sanción privada (no administrativa)¹³⁸⁶, que tiene carácter aflictivo (elemento objetivo) y finalidad represiva (elemento teleológico). Asimismo, señala que el recargo como cláusula penal tiene origen legal, y una triple función: preventiva (mecanismo disuasorio del incumplimiento empresarial), coercitiva (recae sobre el empresario, bajo la amenaza, no asegurable, de la constitución del capital-coste) y acumulativa (se anuda, de modo accesorio, al resto de responsabilidades, especialmente a la indemnización civil de daños y perjuicios¹³⁸⁷, y supone

y finalidades diferentes” que tiene “naturaleza contractual y carácter indemnizatorio”. Ahora bien, *no he hallado sentencia alguna que avale el planteamiento aseguratorio del recargo*, aunque algún autor, con anterioridad a la LPRL, llegó a propugnar la necesidad de aseguramiento del recargo, aun cuando concibe a éste como sanción (cfr. LÓPEZ FANDO, J.R.: «La sanción», en AA.VV.: *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 251).

¹³⁸⁶En esta línea se ha considerado al recargo como responsabilidad, al igual que la de indemnización de daños, “de carácter privado”, como resarcimiento “específico” diverso a la “forma ordinaria de indemnización de daños” y distinta a la responsabilidad administrativa, si bien un tanto ambiguamente se ha sostenido igualmente que “su vinculación al resarcimiento del daño se ha hecho sólo a efectos exclusivamente sistemáticos y con apoyo en las relaciones que, al menos históricamente, han mantenido” (cfr. GOERLICH PESET, J.M.: «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales», AL nº 8-1997, pág. 136 y nota a pie nº 35 de la página 139).

¹³⁸⁷Contra, la STSJ Extremadura 14.10.1996 (AS 3035) que establece más que discutiblemente la incompatibilidad de dicha indemnización con los recargos de prestaciones.

un aumento de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, razón por la cual no es extraño que el INSS, una vez reconocida la prestación, determine, en su caso, la procedencia y el porcentaje del recargo¹³⁸⁸). Volveremos en breve sobre los pros y los contras que suscita esta singular calificación jurídica.

b.5) Responsabilidad laboral. VALVERDE ASENSIO ha mantenido esta calificación jurídica, subrayando que el recargo de prestaciones no tiene naturaleza de sanción administrativa, sino de “responsabilidad laboral derivada de un resultado dañoso que encuentra su causa en el incumplimiento de las medidas de seguridad por el empresario”¹³⁸⁹. Ahora bien, lo cierto es que el recargo de prestaciones no se encuadra en la responsabilidad laboral estricta por accidente de trabajo y enfermedad profesional, esto es, aquella responsabilidad que tales hechos causantes generan en punto a la entrada en escena de las prestaciones de Seguridad Social oportunas, especialmente, como ya hemos visto, en tanto no exista un previo cumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación, alta o cotización¹³⁹⁰.

¹³⁸⁸ Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., págs. 563-578; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., págs. 357-362.

¹³⁸⁹ Cfr. «La responsabilidad administrativa del empresario...», op.cit., pág. 165.

¹³⁹⁰ ALONSO OLEA, M.: «Comentario...», op.cit., pág. 230; SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs. 4 y 9-16.

b.6) Sanción civil indirecta. MOLINA NAVARRETE ha puesto de relieve que el recargo de prestaciones, como medida de tutela y control de la efectividad de la normativa preventiva que apareja una dimensión indemnizatoria, es una técnica sancionadora de Derecho privado y, más concretamente, se trata de una sanción civil punitiva o indirecta¹³⁹¹. A tal efecto, parte de un concepto finalista de sanción, entendida como técnica de control social orientada a reforzar la observancia de las normas jurídicas¹³⁹², de forma que el recargo es una sanción civil (porque recae en la esfera patrimonial del empresario y retribuye un concreto daño ocasionado a un sujeto privado, el trabajador siniestrado, que es el beneficiario o acreedor de la obligación resarcitoria de aquél) indirecta (porque tal resarcimiento privado es el medio seleccionado por el legislador para perseguir un interés colectivo y de relevancia social) y punitiva (por tratarse de una medida sancionadora retributiva de un ilícito de naturaleza laboral-civil¹³⁹³).

En definitiva, si hacemos cumplido recuento de las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales apuntadas, el balance es sumamente claro e ilustrativo: el problema de fondo (la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones y sus poliédricas implicaciones) sigue abierto a la óptica subjetiva del intérprete. A la luz de ese aserto, veamos si el legislador de

¹³⁹¹Cfr. «Otra vez a vueltas...», op.cit., págs.792 y 823-825.

¹³⁹²PAGLIARI, G.: *Profili Teorici della Sanzione Amministrativa*, op.cit., págs. 29-30; GHERA, E.: «Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato», GDLRI n° 3-1979, pág. 306; ALONSO GARCÍA, M.-RIVERO LAMAS, J.: «Sanciones por violación...», op.cit., pág. 11.

¹³⁹³Cfr. «Otra vez a vueltas...», op.cit., págs. 819-823. La STSJ Castilla-León de 7.7.1993, AS 3451, define al recargo como “sanción civil que se añade a la prestación derivada de accidente, sin constituir, en consecuencia una forma o modalidad de prestación”.

la LPRL ha dado un giro copernicano a esa situación o si, por el contrario, sencillamente no la ha zanjado y ha eludido, deliberada o pragmáticamente (todo depende del color del cristal con que se mire), la cuestión.

2.2.2.- Propuesta reconstructiva del debate sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones: la estructura y función de los arts. 42.3 LPRL y 123 LGSS como piedras angulares para solventar la cuestión.

La pléyade de criterios doctrinales y jurisprudenciales esbozados hasta la fecha (una auténtica encrucijada de intereses teleológicos, realidades estructurales y necesidades jurídico-dialécticas más o menos manifiestas) acrece desde el exceso de la razón y desemboca en el desconcierto del intérprete, porque, si algo está claro, es que, pese a todo ese arsenal exegético, la polémica sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones sigue, a mi modo de ver, abierta e irresoluta.

Así, es lo cierto que su fundamento incumplidor (omisión o falta empresarial de medidas preventivas) lo acerca al régimen de las sanciones, mientras que su destino inmediato (trabajador beneficiario o sus derechohabientes) lo asimila a las indemnizaciones, al tiempo que los avatares normativos y los vaivenes jurisprudenciales coadyuvan, en zozobranante sinergia, a la falta de claridad de sus propios entresijos aplicativos. La pregunta que brota de modo natural al hilo de cuanto antecede es, en consecuencia, la siguiente: ¿es el de la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones un debate irresoluble y abierto en tanto no se modifique la redacción legislativa o se clarifiquen, doctrinal y jurisprudencialmente, todos y cada uno de sus perfiles conflictivos?. Vayamos por pasos secuenciados para tratar de brindar, aun con pleno conocimiento de nuestras muchas limitaciones, una respuesta de cierta solvencia a la cuestión planteada. Con ello, únicamente pretendo ilustrar

(deficientemente, seguro) que las diversas alternativas planteadas por la doctrina, siendo complicado y discutible desentrañar cuál de ellas sea más razonable, han tratado de “desenfacar un entuerto” difícilmente resoluble porque es una insoslayable realidad que “cada vez que se cree haber hallado una similitud con los perfiles propios de la sanción administrativa o de la indemnización propia del Derecho de obligaciones, es imprescindible realizar una matización”¹³⁹⁴. Veamos qué reflexiones interpretativas pueden verse, encadenadamente, para la resolución de ese sombrío y nada optimista panorama.

A.- Quisiera remarcar, como primera reflexión, que albergo fundadas dudas sobre el acierto de la construcción que postula el carácter de sanción administrativa material y especial del recargo de prestaciones. Por lo pronto, siendo cierto que el recargo de prestaciones parece presentar un carácter sancionador delatado por su no asegurabilidad¹³⁹⁵, no menos cierto es que dos parámetros jurisprudenciales de cierto peso específico confluyen parejamente en refuerzo de ese planteamiento: por un lado, el sorpresivamente (quizá intencionadamente, para eludir-diluir el tema) ambiguo por incidental criterio del TC (a.1); por otro, una acrisolada línea jurisprudencial que deniega la responsabilidad subsidiaria del INSS y atribuye la responsabilidad directa y exclusivamente al empresario infractor (a.2).

¹³⁹⁴SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., pág. 34.

¹³⁹⁵Entre otras muchas, negando rotundamente la posibilidad de aseguramiento público o privado del recargo, STSJ Cantabria 27.11.1992 (AS 5596); STSJ Cataluña 13.7.1993 (AS 3562), 8.7.1994 (AS 3032), 7.6.1995 (AS 2378), 11.1.1996 (AS 848), 26.3.1996 (AS 1241), 9.5.1996 (AS 1639); STSJ Castilla y León 27.7.1993 (AS 3451); STSJ Madrid 26.3.1996 (AS 1241).

a.1.)- Respecto a lo primero, no hay que olvidar que, según un sector de la doctrina, la STC 158/1985, de 26 de noviembre parece haber ratificado “constitucionalmente, siguiendo la doctrina jurídica más autorizada, el carácter puramente sancionador y no indemnizatorio del recargo”¹³⁹⁶. Ahora bien, a mi modo de ver el criterio esgrimido por el TC ni es excesivamente afortunado ni decanta tan diáfananamente, como a primera vista puede parecer, la balanza exegética, por cuanto mientras, por un lado, ha calificado la naturaleza jurídica del recargo prácticamente a vuelapluma y en *obiter dicta*, de modo claramente incidental y en el contexto de una sentencia con trasfondo netamente procesal¹³⁹⁷, por otro,

¹³⁹⁶FERNANDEZ MARCOS, L.: «La agravación...», op.cit., pág. 112. El fundamento jurídico 2º, párrafo 2º, de la referida sentencia reza así: “el recargo (...) constituye una responsabilidad a cargo del empresario, extraordinaria y puramente sancionadora, que por ello ha de ser interpretada de manera restrictiva, según dilatada jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo (...). Para su imposición son precisas la concurrencia de dos circunstancias (...): que exista una infracción concreta de un precepto que establezca una medida de seguridad determinada para evitar un riesgo, o, en su caso, las consecuencias del mismo; (...) que haya un nexo causal entre la infracción y el accidente”. El TC reproduce así, literalmente, el tenor de la STCT 20.1.82 (Ar. 219), que señala la “responsabilidad extraordinaria y puramente sancionadora del art. 93 LGSS”.

¹³⁹⁷En este sentido, APARICIO TOVAR, J.: «Las obligaciones...», op.cit., pág. 734; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo...*, op.cit., pág. 54. El tema de fondo analizado en la sentencia es el siguiente: en un caso de accidente múltiple de trabajo (2 muertos y tres heridos graves), la Inspección levanta Acta de Infracción y ésta, impugnada por la empresa sancionada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, es revocada y se declaran como no probadas las infracciones apreciadas en el Acta; simultáneamente, la Dirección Provincial del INSS impone a la empresa sendos recargos de prestaciones que, impugnados ante la jurisdicción social, son declarados procedentes por el Tribunal Central de Trabajo. De esta forma, unos mismos hechos (contenidos en el Acta de infracción levantada por la Inspección) dan pie a una dualidad de interpretaciones abiertamente contradictoria y que el TC soluciona un tanto lacónicamente: “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”, por lo que “sería sin duda de desear que el legislador previese este tipo de conflictos” (derivados del conocimiento por dos órdenes jurisdiccionales de unos mismos hechos), “estableciendo mecanismos para su solución dentro de la justicia ordinaria”, resultando que “mientras esto no ocurra y no haya otra vía más que la del recurso de amparo para garantizar el derecho vulnerado, este Tribunal ha de buscar los medios de asegurar este derecho {se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva} que de otro modo quedaría sin protección”. Sucede, empero, que no se trata, como señala el TC, de que unos hechos “ocurrieron y no ocurrieron”, sino más bien de “la {dispar} calificación jurídica de los hechos {que obviamente existieron}”, caso fortuito a nadie imputable para una sentencia, infracción

ha empleado un adverbio poco afortunado (“puramente”), cercenando irreflexivamente con ello la hipótesis de conceptualización dual de la naturaleza del recargo que explica la concurrencia de un marcado componente indemnizatorio, algo que es no sólo consustancial a su esencia sino que además permite fundar el respeto, como se verá, al principio “non bis in idem” y entender idénticamente respetuosos con el mismo a los arts 123.3 LGSS, 5.5-5.7 RPISE, 44 LISOS y 42.3-42.4 LPRL.

Por consiguiente, entiendo que la STC comentada, única mediante la cual el Tribunal se ha pronunciado de forma, cuando menos en apariencia, rotunda sobre la naturaleza jurídica del recargo¹³⁹⁸, ha sido excesivamente generosa con la interpretación exclusiva del recargo como institución puramente sancionadora, algo que, a mi juicio, ni puede ni debe sostenerse porque “si se postula la naturaleza estrictamente sancionatoria del recargo, es claro que su compatibilidad {con las sanciones administrativas} sería (nada más, pero nada menos) una previsión inconstitucional”¹³⁹⁹.

punible de reglas de seguridad e higiene para la otra” (cfr. ALONSO OLEA, M.: «Comentario a la STC 158/1985...», op.cit., pág. 228).

¹³⁹⁸Ello no obstante, parece que el Tribunal ha sostenido incidentalmente otros posicionamientos en pronunciamientos posteriores: así, en la Providencia de 26.4.1993 (recurso de amparo nº 552-1993), cuando señala que “no cabe aplicar el principio non bis in idem a la concurrencia entre el incremento indemnizatorio a cargo del empresario declarado en vía administrativa ex art. 93.1 LGSS...”; o en la STC 149/1993, de 3 de mayo, donde el TC señala que se trata de un “recargo-prestación derivada de accidente laboral”. Aunque, según menciona expresamente la STC 81/1995, de 5 de junio, también ha remarcado el Alto Tribunal la naturaleza sancionatoria del recargo en sendos Autos nº 596/1989 y nº 355/1991.

¹³⁹⁹SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad...*, op.cit., pág. 43. En parecidos términos se ha señalado que, aun cuando “no es muy seguro que la normativa que impone el recargo de prestaciones obedezca a un interés jurídicamente distinto del protegido por la actividad

Más recientemente, el TC ha eludido punzarse con los perfiles espinosos de esta cuestión en la STC 163/1993, de 18 de mayo¹⁴⁰⁰, y, de modo singular, en la STC 81/1995, de 5 de junio, habiendo señalado en esta última, de modo sumamente ambiguo y escurridizo por lábil, que “Aunque este Tribunal, haciéndose eco de una dilatada jurisprudencia del extinto Tribunal Central de Trabajo, incidentalmente ha afirmado que el recargo previsto en el art. 93 LGSS constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora que, por ello, ha de ser interpretada de manera estricta” es “innecesario terciar en la polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica de esta figura esclareciendo concretamente si en puridad se trata de una genuina sanción administrativa, ya que la palmaria inconsistencia de los reproches nos exime de entrar en este tipo de consideraciones”. ¿Oportunidad perdida, desaprovechada o simplemente “esquinazo” al tema?. Huelga decir, aunque no sea precisamente ocioso, que este pronunciamiento y el de la STC 158/1985, incidentales y emitidos en *obiter dicta* y no como *ratio decidendi*, no pueden considerarse sino como mera constatación de las propias dudas que alberga el TC sobre el estado de la cuestión, pero, según entiendo, ni formal ni materialmente son argumentos decisivos para decantar, de modo decisivo, los pareceres sobre el particular, porque en

administrativa propiamente sancionadora”, desde luego “si el único interés de las normas se cifra en penalizar el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene, tal vez habría que decir que se está calificando doblemente unos mismos hechos con contravención del principio *non bis in idem*” (cfr. GOÑI SEIN, J.L.: «El juez laboral: aspectos constitucionales», en AA.VV.: *Homenaje al profesor Juan García Abellán*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1994, pág. 200).

¹⁴⁰⁰Ha subrayado MONTROYA MELGAR, comentando esta sentencia, que el TC rehusó en la misma entrar en la “clasificación jurídica” del recargo de prestaciones, subrayando la, a su juicio, “naturaleza diferente a la prestación que complementa” que reviste aquél, que en realidad es una figura “de naturaleza mixta sancionadora-indemnizatoria” (cfr. «Comentario a la STC 163/1993, de 18 de mayo», *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo IX-1993, Civitas, págs. 384-385).

ninguno de ambos pronunciamientos ha ahondado el Alto Tribunal sobre el particular. Opción, a la par y cuando menos, sumamente discutible, máxime cuando, de un tiempo a esta parte, doctrina y jurisprudencia han venido ofreciendo algunas opciones interpretativas diversas y más correctas en pura técnica jurídica, como se verá en breve.

a.2.)- Respecto a lo segundo, es cierto que la jurisprudencia, especialmente a raíz de la línea de tendencia homogénea y nomofiláctica¹⁴⁰¹ del TS en la resolución de diversos recursos de casación para la unificación de doctrina¹⁴⁰², ha sostenido el carácter sancionador del recargo en base a su intransferibilidad, que lleva aparejada, en ese talante jurisprudencial, la denegación de la responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia empresarial¹⁴⁰³. No obstante, algunas sentencias aisladas de TSJ, hoy ya sin apenas (por no decir nulo) reflejo

¹⁴⁰¹La función nomofiláctica o nomofilaxis, “más que una práctica histórica o un constructo doctrinal”, supone la corrección, por parte del Tribunal de rango jerárquico superior en la pirámide jurisdiccional que pueda conocer competencialmente de la cuestión enjuiciada, “de los errores interpretativos” cometidos por los órganos judiciales de rango inferior. Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, J.: «Principio de legalidad...», op.cit., pág. 548.

¹⁴⁰²En unificación de doctrina: STS 8.3.1993 (Ar. 1714), 16.11.1993 (Ar. 9069), 31.1.1994 (Ar. 398), 7.2.1994 (Ar. 809), 8.2.1994 (Ar. 815), 9.2.1994 (Ar. 820), 12.2.1994 (Ar. 1030), 23.3.1994 (Ar. 2627), 20.5.1994 (Ar. 4288) y 22.9.1994 (Ar. 7170). En la interpretación de los TSJ: STSJ La Rioja 13.11.1992 (AS 5411); STSJ Cataluña 13.7.1993 (AS 3562), 8.7.1994 (AS 3032), 7.2.1995 (AS 692); STSJ Castilla-León 27.7.1993 (AS 3451), 28.2.1995 (AS 642), 20.12.1995 (AS 4693); STSJ Cantabria 27.11.1992 (AS 5596); STSJ Madrid 8.3.1994 (Ar. 1148), 24.6.1994 (Ar. 2742); STSJ Galicia 10.6.1996 (AS 1771).

¹⁴⁰³Por otro lado, al no ser susceptible de aseguramiento no cabe exigir a la Entidad Gestora el anticipo del recargo de prestaciones. Así, entre otras muchas, STSJ Cantabria 27.11.1992 (AS 5596), STSJ Cataluña 15.7.1993 (AS 3562), STSJ Castilla-León 27.7.1993 (AS 3451), criterio recogido por el art. 16.3 OM 18.1.1996. Contra, se pronunciaron a favor de la automaticidad del recargo frente a supuestos de insolvencia empresarial FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Recargo de prestaciones por omisión...», op.cit., págs. 241-242, y MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo...*, op.cit., pág. 46.

en la jurisprudencia más reciente, discreparon de esa construcción y condenaron subsidiariamente al INSS¹⁴⁰⁴ en su condición de heredero del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo¹⁴⁰⁵.

Ahora bien, esa imposibilidad de aseguramiento no es una característica exclusiva y excluyente, a mi juicio, de la sanción administrativa, como demuestra la propia perspectiva histórica de esta figura (recuérdese que ya el art. 6.5 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 10.1.1922 configuraba al recargo de prestaciones como indemnización especial a la que se vetaba su aseguramiento sin necesidad de calificarla expresamente como sanción), razón de más para sostener que no es una absurda entelequia afirmar que el legislador puede vetar el aseguramiento de una indemnización sin que ello tenga que suponer forzosamente un carácter sancionatorio-administrativo. Cosa bien distinta es que se niegue la responsabilidad subsidiaria del INSS (y, en consecuencia, el anticipo de las prestaciones sin perjuicio del derecho de repetición de esa Entidad Gestora contra el empresario infractor) por entender que “no se trata de

¹⁴⁰⁴STSJ Madrid 10.9.1993 (AS 4170); STSJ Comunidad Valenciana 14.9.1993 (AS 4170); STSJ Madrid 21.1.1992 (AS 463).

¹⁴⁰⁵Sobre las dudas y titubeos jurisprudenciales respecto a la propia subsidiariedad del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, antecesor del INSS en la cuestión, respecto al pago del recargo, PENDÁS DÍAZ, B.: *Responsabilidades...*, op.cit., págs. 162 y nota nº 9 de la pág. 168. La práctica administrativa no reconocía el papel subsidiario del INSS en el pago del recargo, sino únicamente su condición de heredero del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo. En este sentido, puede consultarse la Circular del INSS 38/1980, de 19 de abril, cuyo punto 4º recogía la posibilidad de que la TGSS anticipara el pago del recargo al beneficiario, pero sólo en aquellos supuestos en que el incremento afectara a pensiones, por cuanto en los incrementos de baremos, subsidios y cantidades a tanto alzado, la TGSS no anticipaba el recargo directamente, sino que era preciso adjuntar copia del auto judicial de insolvencia del empresario. Este anticipo implicaba que la TGSS tenía derecho a reclamar del empresario a posteriori el importe del recargo. No obstante, esta situación ya no se produce porque el tenor del art. 16.3 OM 18.1.1996 es claro: la TGSS no anticipará el pago del recargo.

una forma o modalidad de prestación de la Seguridad Social que justifique su ascunción por la Entidad Gestora correspondiente¹⁴⁰⁶ sino de 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”¹⁴⁰⁷. En ese sentido denegatorio de la responsabilidad subsidiaria del INSS, ligado a la no automaticidad en el devengo y pago del recargo, debe interpretarse el tenor del art. 16.3 de la OM 18.1.1996 cuando señala que “los incrementos de pensión que impongan las declaraciones de responsabilidad empresarial se abonarán después de que se constituya el correspondiente capital por la empresa obligada, sin que en ningún caso proceda el anticipo por la entidad gestora”.

¹⁴⁰⁶ Comoquiera que no se trata estrictamente de una prestación de Seguridad Social, sino de una indemnización anudada al montante de la prestación previamente reconocida, dos caracteres se desprenden “en el aspecto teórico y práctico: la no revalorización anual de los recargos (...) y que a la hora de su fijación no debe tenerse en cuenta el tope máximo que para las pensiones públicas se establece anualmente” (cfr. CEA AYALA, A.: «El recargo de las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: criterios jurisprudenciales y administrativos», AL n° 24-1994, pág. 372). En la jurisprudencia, niega esa posibilidad de revalorización del recargo la STSJ Cataluña 11.6.1993, AS 2970.

¹⁴⁰⁷ Por todas, STS, Sala de lo Social, 8.3.1993, (AS 1714), 7.2.94 (AS 809), 8.2.94 (AS 815), 9.2.94 (AS 820), 22.9.1994 (AS 7170); STSJ Galicia 21.3.1996 (AS 601); STSJ Cataluña 11.1.1996 (AS 848); STSJ Galicia 10.6.1996 (AS 1771). No obstante, un caso curioso que refleja las propias vacilaciones del INSS y de la TGSS sobre el tema, se recoge en la STSJ Canarias, Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife, de 31.7.1995 (AS 2733): en esta sentencia, el TSJ Canarias conoce de un recurso de suplicación impetrado por el empresario al que se le impone, en instancia, un recargo del 50% de las prestaciones de invalidez permanente total reconocidas, el día 16 de agosto de 1989, a un trabajador que sufrió accidente de trabajo el 16 de junio de 1988. La sentencia de instancia recurrida declaró la responsabilidad subsidiaria, en caso de insolvencia empresarial, del INSS y de la TGSS, pero estos organismos no la recurrieron y se aquietaron al respecto. Por tal razón, el TSJ Canarias confirmó la sentencia de instancia en todos sus términos, validando la imposición del recargo fijada en un 50% y manteniendo, en virtud del conocido principio de la “reformatio in peius”, según reza la sentencia, la responsabilidad subsidiaria de INSS y TGSS.

B.- A modo de segunda reflexión, debo manifestar que, a mi parecer, idéntica suerte desvirtuadora del entendimiento del recargo de prestaciones como sanción administrativa presentan otros seis factores, ya no sólo jurisprudenciales, sino informativos y configuradores de la aplicación de aquél:

b.1).- Un primer factor, estriba en que, siendo el INSS una Entidad Gestora del sistema de Seguridad Social¹⁴⁰⁸, es, aun cuando legítimo, muy discutible que su “potestad sancionadora administrativa-especial” (la imposición del recargo) no venga atribuida por una norma legal como la LPRL (ni antes por la LISOS) o la LGSS, sino por normas reglamentarias (art. 1.1.e RD 1300/1995 y art. 16.1 OM 18.1.1996), con lo que acrece esa denunciante y generalizada situación del deterioro de la potestad sancionadora cuando se trata, como es el caso del INSS y en terminología administrativista, de una entidad de Derecho público encuadrable como “Administración institucional”¹⁴⁰⁹.

Por ello entiendo que el INSS no está imponiendo una sanción administrativa propiamente¹⁴¹⁰ sino que, *ope legis*, está declarando, a

¹⁴⁰⁸Para ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, el INSS es una “entidad estatal autónoma gestora de la Seguridad Social” (cfr. *Instituciones de Seguridad Social...*, op.cit., pág. 373).

¹⁴⁰⁹NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador...*, op.cit., pág. 130; GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., pág. 561. Por ello se ha señalado la curiosidad de que, siendo una “instancia administrativa la que impone la obligación de satisfacer” el recargo, se trate “de una Entidad Gestora y no de la Autoridad encargada de reprimir los incumplimientos normativos” (cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., pág. 33).

¹⁴¹⁰En razón de ello, se ha señalado con cierta ambigüedad que el recargo de prestaciones, aun teniendo “carácter sancionador y, por lo tanto, restrictivo”, no es, sin embargo, una “sanción

través de una resolución motivada en la que consten las circunstancias concurrentes en el supuesto planteado, la disposición infringida, la causa concreta de las enumeradas en el art. 123 LGSS y el porcentaje sobre la cuantía de las prestaciones que se considera procedente (procedimiento, en suma, administrativo pero que no identifica necesariamente al recargo como sanción administrativa¹⁴¹¹), la procedencia de un incremento indemnizatorio porcentualmente tasado en sus topes máximo y mínimo sobre las prestaciones de Seguridad Social cuyo reconocimiento ha declarado ese mismo órgano previamente, y cuyo fundamento y finalidad no es otro que compensar y soliviar económicamente al trabajador que, por dolo, culpa o negligencia del empresario, se ve privado de un bien jurídico esencial (vida, integridad y salud), de forma que con el recargo se pretende “hacer más llevadera aquella privación”¹⁴¹².

b.2).- Un segundo factor, de sesgo argumental más indiciario o coadyuvante que decisivo (pues se trata de una cuestión de reparto

administrativa típica”, sin apuntar mayores precisiones al respecto. Cfr. ALONSO SECO, J.M.: «Responsabilidad empresarial en orden...», op.cit., pág. 82.

¹⁴¹¹Porque en todos los actos administrativos con incidencia en materia social “concurren la doble condición de actos administrativos (art. 9.4 LOPJ) y aplicativos de legislación social (art. 9.5 LOPJ), sin que existan resoluciones de la Administración de Seguridad Social de naturaleza más administrativa que otras”. Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: «El reparto de conocimiento jurisdiccional en materia de Seguridad Social», en AA.VV.: *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 330.

¹⁴¹²REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora de la Administración...*, op.cit., pág. 396. Por otro lado, tampoco la propuesta de imposición del recargo y el porcentaje a aplicar efectuada, ex art. 38 RPISE, por la Inspección de Trabajo desvirtúa la consideración del recargo como indemnización, porque claramente se establece en ese mismo precepto la disociación entre el Acta de infracción (cauce de imposición de la sanción administrativa) y el informe-propuesta de recargo que se remite al INSS, porque éste no es sino un mecanismo de homogeneización en el conocimiento de los hechos y circunstancias en que tuvo lugar el accidente.

procesal), estriba en que si el INSS estuviera imponiendo propiamente una sanción administrativa, la impugnación de la misma debería sustanciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa ex art. 3.a TRLPL y 9.4 LOPJ¹⁴¹³, mas no ante la jurisdicción social, que es la que viene conociendo en la práctica forense de tal materia litigiosa, cuestión ésta que obedece, a mi juicio, a que el recargo no es un sanción administrativa impuesta por el INSS, sino una indemnización incrementadora de prestaciones de Seguridad Social que se mueve en dicha *sedes materiae*, razón por la cual entra en la escenificación de la coreografía jurídica, ex art. 2.b TRLPL, la modalidad procesal específica de los litigios en materia de Seguridad Social prevista en los arts. 139-ss LPL, de conformidad con los dictados del art. 9.5 LOPJ¹⁴¹⁴.

¹⁴¹³CRUZ VILLALÓN, J.: «El reparto de conocimiento jurisdiccional...», op.cit., págs. 329-331; ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social...*, op.cit., págs. 73-74; SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., pág. 33; GÓMEZ CABALLERO, P.: «Concurrencia procedimental...», op.cit., pág. 263. El art. 9.4 LOPJ establece la delimitación in limine de la competencia de jurisdicción a través de una doble calidad o requisito: calidad de los sujetos (acto de la Administración pública) y régimen jurídico de sus actos (sujeto a Derecho administrativo). Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social en materia de Seguridad Social: responsabilidad en la gestión de la Seguridad Social, Seguridad Social de los funcionarios públicos y materias afines a la Seguridad Social», en AA.VV.: *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso...*, op.cit., pág. 257; MERCADER UGUINA, J.R.: *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 24 y 124.

¹⁴¹⁴CRUZ VILLALÓN, J.: «El reparto de conocimiento jurisdiccional...», op.cit., págs. 331-332; MOLINA NAVARRETE, C.: «Otra vez a vueltas...», op.cit., pág. 824 y nota a pie nº 93. El art. 9.5 LOPJ establece un criterio material delimitador de la competencia de la jurisdicción social, en función del tipo o contenido de las pretensiones planteadas dentro de la “rama social del Derecho”, siendo la legislación procesal laboral manifestación del principio de coextensión del derecho sustantivo y adjetivo (cfr. ALONSO OLEA, M.: «El ámbito de la jurisdicción social», en AA.VV.: *La reforma del procedimiento laboral*, Marcial Pons, Madrid, 1989, pág. 82; MERCADER UGUINA, J.R.: *Delimitación de competencias...*, op.cit., págs. 23-24). Y es que como con acierto se ha señalado, la relación sustantiva o de fondo (en este caso, la relación jurídica de Seguridad Social) operaría así como “presupuesto de jurisdicción” (cfr. MONTOYA MELGAR, A.: «El ámbito sustantivo del Orden Social de la Jurisdicción y la Ley 7/1989, de Bases del Procedimiento Laboral», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios*

En cualquier caso, esta cuestión no es sino un ejemplo de aquellas «zonas de intersección o zonas grises» que, en principio y como consecuencia del complejo y difícil deslinde (una auténtica «zona sísmica» del debate judicial y doctrinal¹⁴¹⁵) del propio reparto competencial entre el orden contencioso-administrativo y el orden social, fruto en gran medida de la desvalorización real de la formalmente plausible voluntad legislativa expresada en la LOPJ¹⁴¹⁶, cabría asignar indistintamente tanto a uno como a otro órgano jurisdiccional, ya que el acto que se impugna dimana de una Administración institucional (INSS) y tiene notable incidencia en la rama social del Derecho¹⁴¹⁷.

De esta guisa, el conocimiento por la jurisdicción social de la impugnación del recargo de prestaciones declarado por el INSS sobre una realidad fáctica de la que también conocen otras jurisdicciones (v.gr., la contencioso-administrativa en cuanto a la impugnación de la sanción

ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, MTSS, Madrid, 1990, pág. 148; MONEREO PÉREZ, J.L.: El recargo..., op.cit., págs. 47 y 50).

¹⁴¹⁵MERCADER UGUINA, J.R.: *Delimitación de competencias...*, op.cit., pág. 17.

¹⁴¹⁶Esa desvalorización es especialmente evidente en la falta de tratamiento unitario en cuanto a la aplicación e interpretación del conjunto de la normativa de Seguridad Social, con un reparto competencial cuantitativamente amplio en favor de la jurisdicción social, pero cualitativamente notable, por las materias sustantivas afectadas (ex arts. 3.a y 3.b TRLPL), en favor del orden contencioso-administrativo. Sobre el tema, de consulta recomendada por su enjundia, CRUZ VILLALÓN, J.: «El reparto de conocimiento jurisdiccional...», op.cit., págs. 295-ss y, especialmente, págs. 333-335.

¹⁴¹⁷CRUZ VILLALÓN, J.: «El control judicial de la Administración Laboral: la extensión de las jurisdicciones laboral y contencioso-administrativa», RL tomo II-1990, pág. 201; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales...», op.cit., pág. 257.

administrativa de multa por incumplimiento de medidas de seguridad impuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹⁴¹⁸) es una muestra (una más, habría que decir) del controvertido carácter bicéfalo o bifronte que a efectos jurisdiccionales muestran determinadas instituciones, “circunstancia que confirma la duplicidad de procesos y su patología endémica”¹⁴¹⁹.

b.3).- Un tercer factor, éste de carácter jurisprudencial, atañe a una reciente y reseñable línea jurisprudencial que niega que el recargo tenga naturaleza de sanción administrativa o de sanción penal, y le atribuye naturaleza marcadamente indemnizatoria y no punitiva, a modo de corolario incrementatorio de una previa realidad prestacional del sistema de Seguridad Social, reparadora a su vez de las secuelas lesivas derivadas del siniestro acaecido en el marco de una relación contractual preconstituida¹⁴²⁰. La recurrente invocación jurisprudencial de la compatibilidad entre el recargo y las sanciones administrativas y penales,

¹⁴¹⁸La multa es la “sanción administrativa típica de derecho público y carácter aflictivo”. Cfr. GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones...*, op.cit., pág. 151.

¹⁴¹⁹ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social...*, op.cit., pág. 76; RIVERO LAMAS, J.: «La aplicación del Derecho del Trabajo: tutela jurídica de los derechos y protección jurisdiccional», REDT nº 42-1990, pág. 215; CASAS BAAMONDE, M.E.: «Comentario a la STC 78/1991, de 15 de abril», *Jurisprudencia Constitucional de Trabajo y Seguridad Social*, Tomo IX-1991, Civitas, 1992, pág. 309; GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones...*, op.cit., págs. 189-190; MERCADER UGUINA, J.R.: *Delimitación de competencias...*, op.cit., pág. 24; CRUZ VILLALÓN, J.: «El reparto de conocimiento jurisdiccional...», op.cit., págs. 334-335.

¹⁴²⁰STSJ Castilla-La Mancha 15.9.1995 (AS 3589); STSJ País Vasco 4.7.1995 (AS 3131) y 29.12.1995 (AS 4769); STSJ Madrid 5.10.1993 (AS 4637) y 8.7.1996 (AS 2633).

es, a mi modo de ver, otra muestra de ese carácter diferenciado que presenta¹⁴²¹.

b.4).- Como cuarto factor, el argumento literal-normativo ex art. 42.3 LPRL, comporta la consideración del recargo como indemnización compatible con las sanciones administrativas y con las indemnizaciones de daños y perjuicios¹⁴²², pero no idéntica, en consecuencia, ni a unas ni a otras¹⁴²³. Sin un tenor tan rotundo como el de los arts. 45.4 y 46 del orillado Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 20.1.1992 (que configuraba al recargo de prestaciones como “indemnización especial” compatible con la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual), resulta así meridianamente claro que el art. 42.3 LPRL, lejos de cometer un inconsciente lapsus, ha soslayado el carácter sancionatorio del recargo de prestaciones atribuyéndole un carácter marcadamente indemnizatorio.

Otra cosa es que a esa categorización de la LPRL se ajusten técnicamente las múltiples prescripciones diseminadas en el grupo normativo configurador del recargo, resultando que alguno de los perfiles

¹⁴²¹STCT 25.2.1987 (Ar.4171); STSJ Cataluña 30.9.1991 (AS 5609), 14.1.1992 (AS 279), 3.3.1992 (AS 1667), 10.3.1992 (AS 127), 22.12.1992 (AS 6399), 8.3.1994 (AS 1246); STSJ Castilla-La Mancha 24.2.1992 (AS 1533), 15.9.1995 (AS 3589); STSJ Comunidad Valenciana 12.2.1992 (AS 169); STSJ Castilla-León 5.3.1992 (AS 1109), 20.5.1992 (AS 2544) y 2.6.1992 (AS 3156); STSJ Madrid 5.10.1993 (AS 4637) y 27.12.1993 (AS 5574); STSJ Cantabria 11.12.1992 (AS 5954); STSJ País Vasco 20.5.1993 (Ar. 2201); STSJ Galicia 1.6.1993 (Ar.2919); STSJ País Vasco 29.12.1995 (AS 4769); STSJ La Rioja 17.10.1994 (AS 3976).

¹⁴²²Un botón de muestra de la compatibilidad del recargo con la indemnización de daños y perjuicios, en la STSJ Andalucía-Málaga 11.9.1995, AS 3379.

¹⁴²³MOLINA NAVARRETE, C.: «Otra vez a vueltas...», op.cit., págs. 789-790 y 795.

estructurales allí contenidos no sólo no se ajusta a la misma, sino que distorsiona notablemente su pura conceptualización como indemnización (v.gr., aunque el recargo de prestaciones ha de ser percibido por los beneficiarios correspondientes, se produce la intermediación de la TGSS, ante la cual se constituye el capital-coste¹⁴²⁴).

b.5).- Un quinto factor, anudado estrechamente a lo que se acaba de decir, responde a que, siendo el beneficiario quien es (no el Tesoro público, destinatario natural del montante de las sanciones administrativas impuestas en forma de multas, sino el trabajador accidentado o sus beneficiarios¹⁴²⁵), es un factor distorsionante y enormemente disfuncional

¹⁴²⁴SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., pág. 33. Señala CEA AYALA que la Circular 20/1990, sobre procedimiento de gestión en expedientes seguidos por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo (imagino que se trata de una Circular del INSS, porque sorpresivamente no precisa este autor nada al respecto, ni fuente de localización ni organismo emisor de la misma, y tampoco queda clara la fecha porque en pág. 372 aparece "24 de diciembre", mientras en página 380 aparece "4 de diciembre"), establece la obligación de consignar el capital-coste por parte de empresario o empresarios infractores a los que se ha impuesto el recargo (cfr. «El recargo en las prestaciones...», op.cit., págs. 372 y 380). El capital-coste debe constituirse en la TGSS en cuantía necesaria "para proceder al pago de dicho incremento {de prestaciones} durante el tiempo en que las prestaciones permanezcan vigentes, calculando el recargo en función de la cuantía inicial de las mismas y desde la fecha en que éstas se hayan declarado causadas" (cfr. STSJ Cataluña 9.5.1996, AS 1639).

¹⁴²⁵Por ese peculiar destino de la indemnización correspondiente, no es de extrañar que, en 1963 y con enorme sagacidad, HERNÁNDEZ MÁRQUEZ afirmara que "dedicar el suplemento sancionador de la indemnización concedida al trabajador accidentado no nos parece que sea nada justo, en cuanto pueda dar origen a que trabajadores que sufran análogo siniestro, y aun con resultas idénticas, vean desigualmente reparado su percance, y precisamente por una razón tan anómala como la de haber o no tenido la empresa en la que vino trabajando los reglamentarios medios de prevención", por lo que a esta peculiar indemnización "no debe dársele el destino de aumentar la indemnización al accidente", siendo acaso "más justo pensar, o en darle la finalidad genérica de las sanciones que se imponen por infracciones de orden social, o aplicarla concretamente a un destino semejante" (cfr. «La sanción por falta de aparatos...», op.cit., págs. 342-343). Invertiendo los términos, entiendo que lo realmente criticable no es el destino de la indemnización, sino más bien el que ésta se imponga cuando no hay beneficiario alguno: en tal caso, la finalidad recaudatoria prima sobre la indemnizatoria, y no me parece que ése sea acaso el inmediato y más loable propósito que debe guiar la utilización del recargo de prestaciones. Por otro lado, no comparto la opinión de MONTOYA cuando señala que el destino del recargo en beneficio del trabajador accidentado obedece a "razones de equidad más que de pura técnica jurídica" (cfr. «Sanción e indemnización...», op.cit., pág. 608): a mi juicio, la técnica jurídica empleada, aun con

la capitalización del recargo ex art. 201.3 LGSS a cargo de la empresa responsable, únicamente justificable por hipotéticas razones de socialización del riesgo¹⁴²⁶, cuando dicho mecanismo opera en beneficio del erario público no existiendo derecho a prestaciones que recargar por no existir beneficiario de las mismas (al fallecer el trabajador y no existir derechohabientes)¹⁴²⁷. En otras palabras, es sumamente disfuncional que siendo el beneficiario natural del recargo el trabajador accidentado o sus derechohabientes, “cuando el mismo ha fallecido y carece de

todas las deficiencias que se le quieran achacar, se dirige y encamina directamente a beneficiar al accidentado o sus causahabientes, no en base a razones de equidad sino como mecanismo compensatorio de la privación de un bien jurídico, la vida e integridad del trabajador, con rango de derecho fundamental y que nunca debió ser dañado.

¹⁴²⁶De forma que con ello se remarcaría el “carácter no estrictamente individual del interés lesionado”, adoptando la consignación empresarial del capital-coste “la forma de un ingreso que se afecta para la financiación de los riesgos profesionales en el marco de la socialización de los riesgos”, generándose el desplazamiento “del interés individual del beneficiario o causante, al interés colectivo de los potenciales beneficiarios ante la insolvencia de los responsables de las prestaciones” (cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad...*, op.cit., págs. 361-362).

¹⁴²⁷En esta línea interpretativa crítica hacia el pago del capital-coste cuando no existan beneficiarios, se mueve la STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Burgos, de 9.5.1996, AS 2269, conoce del accidente de trabajo de un trabajador, con resultado mortal. En el mismo, la Inspección de Trabajo impone sanción administrativa de un millón de pesetas a la empresa del finado, la cual recurre ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Burgos del TSJ Castilla-León. La sentencia estima parcialmente el recurso rebajando la sanción a 250.000 pts., por entender que los hechos no eran constitutivos de falta grave. Al tiempo, iniciado de modo paralelo expediente de recargo de prestaciones por la Inspección, el INSS lo fija en un 30% por apreciar la existencia de relación de causalidad entre las lesiones sufridas por el fallecido y la infracción empresarial de medidas de seguridad. La empresa impugna esa resolución, agotada la vía administrativa, ante el Juzgado de lo Social y éste no le da la razón, por lo que la empresa recurre en suplicación ante la Sala de lo Social de Burgos del TSJ Castilla-León, que le da la razón afirmando, en su fundamento de Derecho único, que “el trabajador falleció sin dejar beneficiarios”, por lo que “sin existencia de beneficiarios no cabe hablar de posibilidad alguna de prestación que sea recargada, con lo que pierde su sentido y finalidad en tales supuestos la aplicación de la norma; sin que sea pues, por ello, de aplicación lo dispuesto en el art. 201.3 LGSS (...) que viene a contemplar la obligación de constituir en ciertos supuestos un capital renta cuya naturaleza prestacional no cabe predicar”. Parecidos términos pueden hallarse en la STSJ País Vasco 29.12.1995, AS 4769.

causahabientes el importe correspondiente” se integre “en los fondos del sistema de Seguridad Social”¹⁴²⁸.

- Como sexto y último factor, resulta que la tramitación procedimental del recargo no difiere, salvo algunas particularidades, del previsto para las actuaciones dirigidas al reconocimiento de prestaciones por incapacidad laboral del Sistema de Seguridad Social¹⁴²⁹. Las mayores dudas surgen en relación a la redacción del art. 16.2, párrafo 2º, de la OM 18.1.1996, cuando subraya que, conocida la existencia de proceso penal iniciado por los mismos hechos, debe suspenderse el expediente incoado “hasta que recaiga sentencia firme por resolución que ponga fin al procedimiento”, cuya declaración de hechos probados vinculará al INSS¹⁴³⁰.

Esta previsión normativa enlazaría, de un lado, con las contenidas en los arts. 3 LISOS, 42.4 LPRL y 5.6 RPISE (en relación a la

¹⁴²⁸SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., pág. 33.

¹⁴²⁹Su instrucción y resolución corresponde al INSS, ex arts. 7, 13 y 16 OM 18.1.1996. Sus peculiaridades respecto al trámite de reconocimiento de prestaciones radican, básicamente, en la composición del Equipo de Valoración de Incapacidades (de la que formará parte un “experto en seguridad e higiene”, ex arts. 2.4.2 RD 1300/1995 y 7.1.d OM 18.1.1996), los requisitos de la solicitud en orden a la iniciación de actuaciones (art. 4 RD 1300/1995 y 38 RPISE), el contenido del informe médico del Equipo de Valoración de Incapacidades (art. 10.1, párrafo final de la OM 18.1.1996, debiendo recoger “el porcentaje de incremento que se propone y posibilidades de recuperación del trabajador), y el trámite de audiencia al empresario presuntamente responsable (art. 11.4 OM 18.1.1996, en conexión con el 12 de la misma OM, que alude a la posibilidad de interponer alegaciones contra el dictamen-propuesta del Equipo de valoración de incapacidades).

¹⁴³⁰Nótese, por cierto, la incorrección técnica del precepto, dado que debiera rezar “sentencia firme o resolución...”, porque, como es sabido, no sólo por sentencia firme se pone fin al procedimiento penal, sino también por auto de sobreseimiento libre o provisional que adquiera firmeza por no haber sido recurrido en casación, conforme se puede deducir de la lectura de los artículos 634 a 645 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.