

24 de febrero de 2005

## **UNA VISIÓN JURÍDICA DEL RECARGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS QUE OTORGA LA SEGURIDAD SOCIAL EN CASO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL**

Se exponen dos Sentencias que, estimando la demanda interpuesta por la empresa, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y el beneficiario, deja sin efecto el pronunciamiento anterior que acordaba imponer a la empresa un recargo de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo.

Se analizan de estas dos Sentencias, con independencia del hecho concreto que provocó el accidente y las posteriores actuaciones administrativas y judiciales, las manifestaciones que hacen sobre el recargo de prestaciones siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencia dictada ante recurso de casación para la unificación de doctrina de 2 de octubre de 2000.

En primer lugar veamos lo que estipula sobre el recargo de prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social la **normativa vigente**:

### **Artículo 123 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social,**

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

**Artículo 42.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales:** Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y del recargo de prestaciones

económicas del Sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con o previsto en la normativa reguladora de dicho Sistema.

**Sentencia número 2116/2004 de 25 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 2116/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª)**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO (...)**

**SEGUNDO** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«I.- Y así se declara que el trabajador D. Rubén afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el núm. NUM 000, sufrió con fecha 12.1.01 a las 9,00 horas, accidente de trabajo, cuando se encontraba prestando servicios para la empresa J. A. G. M., SL, dedicada a la actividad de aserrado y pulido de mármol. A consecuencia de dicho accidente, el actor sufrió quemaduras de tercer grado en tronco, miembros superiores e inferiores. Extendiendo la empresa parte de accidente de trabajo en el que consta como grado de la lesión "grave". El trabajador hoy demandado ingresó en la empresa el día 10 de octubre de 1973, ostentando la categoría de Oficial 2ª Jefe de línea, siendo sus tareas habituales las propias de su categoría incluida la preparación de la cera utilizada para dar brillo a las tablas de mármol. Como consecuencia de las secuelas dejadas por el accidente de trabajo por el accidente de trabajo sufrido, el Sr. Rubén fue declarado en situación de Invalidez Permanente Total para su profesión habitual con derecho a percibir una pensión vitalicia mensual del 75% de su base reguladora de 2.172,6, y una pensión inicial de 1.629,4 € mensuales, con efectos del 30.5.02, derivada de accidente de trabajo.

II.- Con fecha 3.8.01, por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se procede a girar visita Inspectora en la empresa hoy demandante, a los efectos de investigar el accidente acaecido el día 12.1.01. A raíz de dicha actividad inspectora, se constatan que los hechos se recogen en el acta de infracción núm. 01/3129 y que damos por reproducidos. Actas que han venido firmes.

III.- El día 12.1.01, sobre las 9,00 horas, cuando el trabajador demandado se encontraba preparando las masillas utilizadas como tapaporos de las tablas de mármol, operación que se realizaba aproximadamente dos veces al mes, el hornillo (bombona de camping gas) y la olla que contenía la cera que en ese momento se estaba calentando, lanzó un fogonazo o llamarada que alcanzó al trabajador que en ese momento se encontraba de espaldas al citado hornillo, aproximadamente a unos dos metros del mismo, vertiendo el aguarrás del bidón de treinta litros al recipiente que después era utilizado para realizar la mezcla de cera líquida y aguarrás. La citada operación se

realizaba en un habitáculo situado en la primera planta de la nave de la empresa demandada, habitáculo de pequeñas dimensiones, sin ningún tipo de ventilación, en el que se depositaban los bidones de aguarrás y ceras y en el que no existía extintor.

IV.- Tras el accidente la empresa procedió a sustituir el hornillo por una placa de inducción para llevar a cabo el proceso de calentamiento de la cera, pese a que en alguna ocasión anterior el citado hornillo ya se había prendido fuego, sin mayor incidencia.

V.- A instancias de la Inspección de Trabajo con fecha 17.9.01 se solicitó del I.N.S.S. la incoación de expediente de responsabilidad por falta de medidas de Seguridad y Salud laboral proponiendo un recargo del 30%. Por resolución del I.N.S.S. datada el día 8.10.02 se acuerda iniciar expediente de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Formuladas las correspondientes alegaciones en el expediente por las partes implicadas, el I.N.S.S. por resolución de fecha 9.1.03 acuerda: Declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por D. Rubén el día 12.1.01 y declarar la procedencia de recargo, en las prestaciones derivadas del accidente de trabajo, que se incrementarán en un 30% con cargo exclusivo a la empresa responsable José Antonio García Moya, SL.

VI.- Contra la anterior resolución formula la empresa demandante reclamación previa con fecha 14.2.03, que es desestimada por resolución de fecha 4.4.03.

VII.- La empresa demandante expresamente comunicó al trabajador, entre otras normas, las relativas a la manipulación de acetonas y otros disolventes. No obstante en ningún caso se informó cómo debía de ser realizada la labor de elaboración de las masillas que estaba realizando el trabajador en el momento del accidente, no contemplándose en la Evaluación de Riesgos, la citada operación.

IX.- Según informe del Gabinete de Seguridad e Higiene en el Trabajo de la Consellería de Hacienda Economía y Trabajo de fecha 27.3.01, la operación de fusión de la cera debería hacerse como hasta el momento, pero con adopción de las siguientes medidas, el añadido del aguarrás se realizará lejos de donde existan fuegos abiertos y con vasijas de pequeño volumen, deberá atenderse a la constitución física de la persona que lo vaya a realizar y se emplearán equipos de calefacción a través de baños de arena, maría, etc. Debiendo formar a los operarios encargados de desempeñar dicha operación.

X.- Por su parte en el informe del servicio de prevención de MUVALE de enero de 2001, se recoge como condiciones peligrosas de la operación, el uso de infiernillo con llama desnuda junto a líquidos inflamables, uso de garrafa de 20 litros de difícil manejo, la estancia donde se efectúa la operación no es adecuada para ello por existir gran cantidad de materiales combustibles, no existiendo ningún medio de extinción en dicha estancia.

Figurando como medidas a adoptar, verter el aguarrás al recipiente siempre antes de colocarlo sobre el infiernillo, sustituir éste por otro sistema de calentamiento sin llama y con una superficie de sustentación del recipiente a calentar lo suficientemente ancha para impedir que el recipiente se vuelque. Utilizar recipientes lo más pequeños posibles para manejar el aguarrás. El trasiego de aguarrás desde las garrafas a estos recipientes se efectuará en lugares donde no existan materiales combustibles, sistemas de calentamiento y estén ventilados. Y en el local donde se haga la cera debe existir un extintor».

**TERCERO** Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo debidamente impugnado por el demandado Rubén. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** (...)

**SEGUNDO** (...)

**TERCERO** (...)

**CUARTO** Ante todo, es preciso formular las siguientes precisiones generales:

**Primero.- El recargo de prestaciones es independiente de otro sistema de indemnización o sancionador.** Así, Tribunal Supremo, sentencia de 2-10-2000 (RJ 2000, 9673) , seguida por las de 14-2-01 (RJ 2001, 2521) y 9-10-01 (RJ 2001, 9595): «independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción». La esencial regla de independencia y compatibilidad «ex» art. 123.3 LGSS (RCL 1994, 1825), se ve claramente reflejada y refrendada en el art. 42.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995, al disponer que «**las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema**». Este precepto claramente distingue tres tipos de responsabilidades que declara compatibles: a) Las responsabilidades administrativas derivadas del procedimiento sancionador, reguladas por esa misma Ley. b) Las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados. c) Las indemnizaciones por recargo de prestaciones económicas, reguladas por el art. 123 de la Ley de Seguridad Social (TS.: 2-10-00, 9-10-01). Es evidente que el supuesto regulado en este art. 123, el recargo de prestaciones, constituye una normativa propia y específica, independiente y cerrada, sin que resulte aplicable de modo directo ni analógico ninguna otra sobre responsabilidad empresarial. Así se entiende en las sentencias del Tribunal Supremo de 2-10-00, 14-2 y 9-10-01. Es distinta a la responsabilidad penal, civil, administrativa

e incluso a la prestacional de Seguridad Social (y compatible con ellas), y se rige por distintas normas (TS.: 2-10-00, etc.).

**Segundo.- La Ley 31/1995, de 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales no impone ni regula el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, más bien lo declara excluido y al margen de su normativa,** que -por lo mismo- no es de directa aplicación al recargo. En efecto, en el art. 42, 3 establece la compatibilidad de las responsabilidades basadas en la misma Ley, y que califica de administrativas, «con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema». Es nítido que el recargo queda fuera de esta Ley y de sus normas y se fijará «de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema», que literal y evidentemente ha de ser otra distinta a la propia Ley 31/95. **Todavía en esta línea, el mismo art. 42, apartado 5, dispone que «la declaración de hechos probados en sentencia firme del orden 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».** Quiere decir, con toda claridad, dos cosas: que lo que vincula al orden social es el tema fáctico solamente y su calificación como infracción, no la consecuencia jurídica de la responsabilidad, que es de competencia del orden social y puede no presentarse (por eso la norma dice «en su caso», es decir, no siempre); y que el recargo por falta de medidas de seguridad es algo ajeno a esta Ley. Por eso el recargo que se examina no se rige por esa Ley 31/95, y no bastará nunca una infracción de sus normas generales para imponer el recargo. Esa infracción, si existe, podrá dar lugar o no al recargo, en función de las propias normas reguladoras de éste; y la calificación como infracción (la existencia de la infracción) no implica la consecuencia jurídica de la responsabilidad, que es de competencia del orden social y puede no presentarse: por ejemplo, a falta de relación de causalidad entre infracción y accidente. Las consecuencias de la Ley 31/95 sólo son administrativas (las sanciones que prevé), nunca prestacionales. El art. 42, 1 de esa Ley dispone las responsabilidades derivadas de la no prevención de riesgos laborales, y señala la responsabilidad administrativa (que la propia Ley regula), la penal y la civil por daños y perjuicios. Pero no la de Seguridad Social por recargo en las prestaciones. Por eso **es insuficiente la mención de los preceptos infringidos de esa Ley para imponer el recargo en cuestión. en el orden social.**

**Tercero.- El recargo** en cuestión no es de tipo objetivo, no es una responsabilidad objetiva que sea menester imputar a la empresa en todo caso de accidente, incluso en todo caso de omisión de medidas de seguridad: no se organiza así en el art. 123 de la Ley de Seguridad Social, que no ha sido derogado, sino que **es una responsabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa por la vía de la culpabilidad** (TSJ Cataluña: 12-11-91 [AS 1991, 6427]; Asturias: 14-11-91 [AS 1991, 6039];

Madrid: 4-1-91 [AS 1991, 688]; Sevilla: 9-10-91 [AS 1991, 6955]; Burgos: 17-10-91 [AS 1991, 5499]; esta Sala: 28-11-91, 4-3-92 [AS 1992, 1337] , etc.). **Por su aspecto sancionador el recargo se interpreta de modo restrictivo** (Tribunal Supremo: 11-7-97 [RJ 1997, 6258], 2-10-00), aunque no sea una propia sanción (Tribunal Supremo: 20-3-85 [RJ 1985, 1356]; esta Sala: 31-1-90 [AS 1990, 3547], 23-10-95, 9-5-96 [AS 1996, 1606], etc.), habida cuenta además de la presunción general de inocencia, que también funciona a favor de la empresa.

**Cuarto.- Aunque exista infracción, no hay recargo si la infracción no es la causa directa del accidente, relación de causalidad que ha de probarse** (TCT: 16-6-88 [RTCT 1988, 4574]; esta Sala: 13-6-95 [AS 1995, 2564] etc.), **y ser examinada en cada caso concreto y según sus propias circunstancias** (Tribunal Supremo: 28-9-99 [RJ 1999, 7308]; 8-10-01 [RJ 2002, 1424], **que exige para el recargo que el accidente se produzca a causa de la infracción**; 28-6-02 [RJ 2002, 9079], etc.).

**Quinto.- La infracción ha de ser de norma concreta, no genérica** (por ejemplo, esta Sala: 21-4-92 [AS 1992, 1986] ). Si se admitiese la infracción de precepto genérico para fundamentar el recargo, éste vendría a imponerse de modo objetivo, por el mero hecho del accidente (si se ha producido es que no se han tomado las medidas necesarias para que no se produzca). Y ya se ha dicho que la responsabilidad es subjetiva y culposa, no objetiva. Por eso sólo sirve, para el recargo, una infracción de norma concreta y específica, una «infracción trascendente» (Tribunal Supremo, por ejemplo, 21-2-02 [RJ 2002, 4539]). **No se puede fundar el recargo en preceptos meramente genéricos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (u otra norma), que son preceptos de carácter general, no aptos para imponer el recargo al no ser medidas concretas de seguridad.** Puestos a utilizar esas reglas genéricas, no se olvide que el art. 19 ET (no derogado) previene que los mismos trabajadores reclamen ante la empresa o la Inspección si observan defectos de medidas de seguridad. Similar precepto se encuentra en el art. 21, 3 de la Ley 31/95, permitiendo a los representantes de los trabajadores (y Delegados de Prevención) acordar la paralización de la actividad (de la máquina etc., que no cumpla las medidas de seguridad), lo que ha de anular o ratificar en 24 horas la Autoridad Laboral. Y el art. 21, 2 permite al trabajador, individualmente, interrumpir su actividad y hasta abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que -por falta de medidas de seguridad- esa actividad entrañe un riesgo grave e inminente para su vida o su salud. En ese plano de preceptos generales, estas normas vendrían a significar que, si no ha habido esas protestas documentadas generales o esa actitud individual del trabajador, es que no ha habido infracción de seguridad o que el accidente se debe a negligencia de esos órganos de los trabajadores o del propio trabajador accidentado, por no denunciar la situación o abandonar el trabajo. Pero no es así. Es que, simplemente, el recargo no funciona por normas genéricas de seguridad.

**Sexto.- Por lo mismo, hay que rechazar como argumento para el recargo el socorrido «deber de seguridad» de la empresa, que por sí obligaría a imponerlo en todo accidente de trabajo (lo que no se establece en el art.**

**123). No pasa de ser un precepto general, una declaración de intenciones o programática, no una medida de seguridad concreta.** Si vamos a valorar ese deber, computemos también (si hemos de ser justos) el deber del trabajador, que consiste en un «deber de atención o diligencia» (art. 5 ET), un «deber de velar» por su seguridad y la de los otros trabajadores (art. 29, 1 de la Ley 31/95), y de cumplir las medidas de seguridad (art. 5 ET, etc.), como es un deber de los trabajadores denunciar oportunamente, de modo individual u orgánico, la falta de esas medidas, como se acaba de ver.

**Séptimo.- La imprudencia profesional del trabajador, que no elimina el concepto de accidente de trabajo, sí impide el recargo** (Tribunal Supremo: 20-3-85; esta Sala: 5-5-92, 12-7-94 [AS 1994, 3233], etc.). Naturalmente, no cabe esta responsabilidad si el evento emerge por imprudencia temeraria o por simple caso fortuito (TSJ Madrid: 4-1-91, Sevilla: 9-10-91, etc.).

**Octavo.-** Dado que la competencia para imponer el recargo corresponde exclusivamente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, **el Juez no puede imputar de oficio faltas que no se han imputado en la resolución administrativa, sería «reformatio in peius» que debe estar vedada en esta materia sancionadora** (TSJ Valencia: 13-6-95, 9-5-96, 27-11-96). Y la resolución del ente gestor que impone el recargo debe mostrar el complejo fáctico-jurídico necesario para individualizar la posible pretensión impugnatoria, bajo el prisma de la teoría procesal de la substanciación (hechos y derecho).

**Nono.- Si no ha sido posible conocer -solamente suponer- la causa o causas del accidente, no cabe imponer el recargo, pues que no se conoce la causa del accidente de trabajo y por tanto la relación de causalidad con una posible infracción** (esta Sala, con reiteración).

**QUINTO** En el caso presente, haciendo aplicación de la anterior doctrina y normativa, y con los hechos probados y su revisión aceptada, ha de ser estimado por completo el motivo y el recurso de la empresa actora, por las siguientes razones: A) (...)

El recargo se interpreta restrictivamente y precisa hechos concretos y evidentes, y al no ser así no procede su imposición, pues que no se conoce bien la relación de causalidad con una posible infracción (en este sentido, esta Sala, por ejemplo en sentencias de 31-1-90 [ AS 1990, 3547] , 12-6-91, 31-3 [ AS 1992, 1371] y 17-11-92 [ AS 1992, 5882] , etc.). La sentencia del Tribunal Supremo de 8-10-01 ( RJ 2002, 1424) exige para el recargo que el accidente sea «a causa de la infracción», lo que aquí es visto y notorio que no sucede.

## **FALLO**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. J. A. G. M., SL contra la sentencia de 11-3-04 del Juzgado de lo Social n. 5 de Alicante, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida y, estimando la

demanda de la empresa, dejamos totalmente sin efecto la resolución del INSS que impuso el recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad, y declaramos no haber lugar a recargo alguno, condenando a las partes demandadas a estar y pasar por esta declaración.

**Sentencia número 1309/2004 de 8 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), de 8 noviembre**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** Que según consta en los autos núm. 1159/03 del Juzgado de lo Social núm. 17 de los de Madrid, se presentó demanda por J.C., SL, contra INSS, TGSS y Lidia, en materia de accidente, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en fecha 5 de marzo de 2004, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

«Que estimando la demanda interpuesta por J. C. SL contra el INSS, TGSS y Doña Lidia, debo dejar y dejo sin efecto la resolución de la Dirección General de Trabajo y Empleo de fecha 19-2-03 que acuerda imponer a la demandante el recargo del 30% sobre las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente sufrido por Doña Lidia el 23-6-99».

**SEGUNDO** En dicha sentencia y como se declaran los siguientes:

«I.- D<sup>a</sup> Lidia prestaba sus servicios para la empresa J. C., SL con la categoría de Camarera.

II.- Con fecha 23-6-99 la trabajadora sufrió un accidente de trabajo al depositar, en un recipiente para: basura, unos manteles de papel. Previamente la Sra. Lidia había depositado en dicho recipiente un plato que se le había roto, y, al introducir la mano en el recipiente para depositar los manteles, se cortó con los restos del plato roto.

III.- Como consecuencia de ello, por resolución del INSS de fecha 8-11-00, la actora fue declarada afecta de lesiones permanentes no invalidantes, y percibió, con cargo a la empresa la cantidad de 72.000 pesetas. La sentencia de fecha 29-10-01 del Juzgado de lo Social n<sup>o</sup> 17 confirmó tal resolución.

IV.- Con fecha 1-12-99 se levantó Acta por la Inspección de Trabajo, con responsabilidad de la empresa demandante, con propuesta de sanción. En dicha Acta se recoge que "El día 23 de junio de 1999 sobre las 15'45 horas aproximadamente, cuando procedía a depositar en el recipiente utilizado para la recogida de los restos de alimentos y otros residuos el mantel de papel y los restos de comida que acababa de retirar, al introducir la mano derecha dentro del recipiente, sufrió un corte en la palma de dicha mano, producido por los bordes cortantes de un plato roto, depositado en su interior". En el punto 6 del Acta se hace constar: "Se considera que el accidente se produjo como resultado de la concurrencia de los factores siguientes:

-un procedimiento operativo inadecuado al depositar dentro de un mismo recipiente restos de productos que por sus características los convertían en peligrosos con otros inocuos.

-no haber eliminado de forma inmediata mediante su retirada del recipiente para la recogida de residuos, aquellos productos -restos cortantes del plato roto- que los hacían peligrosos para los trabajadores que utilizaban dicho recipiente".

V.- Por resolución de la Dirección General de Trabajo y Empleo de fecha 19-2-03 se acuerda imponer a la demandante el recargo del 30% sobre las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente.

VI.- En el restaurante donde la trabajadora prestaba servicios había cuatro cubos de basura, uno en la entrada a la cocina para los manteles de papel, otro en la barra para cristales y vasos rotos, y dos en la cocina (uno para latas y otro para desperdicios). Son los propios trabajadores los Encargados de vaciar los cubos o cambiar las bolsas cuando están llenos.

VII.- Se ha agotado la vía administrativa».

**TERCERO.** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D<sup>a</sup> Mercedes Pérez Palacios, letrada, en representación de Doña Lidia, siendo impugnado de contrario por D. Rafael Navarrete Paniagua, letrado, en representación de Jiménez Criado SL. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO

(...)

**Normalmente el recargo correrá paralelo a la sanción administrativa, sin que por ello quede afectado el principio de non bis in idem**, ya que el uno y la otra enjuician los hechos desde una diferente perspectiva de defensa social, lo que permite el dictado de dos resoluciones sobre unos mismos hechos por autoridades diferentes. **Pero puede existir sanción por ilícito administrativo sin que forzosamente deba imponerse el recargo**, precisamente por esa distinta perspectiva de defensa social, como también no se puede desconocer que es posible imponerlo sin que previamente haya recaído la sanción por el ilícito administrativo laboral. En efecto, tal como se sigue del art. 27 del RD 928/1998, si hay acta de infracción o resolución administrativa, se acompaña al informe propuesta de la Inspección de Trabajo que inicia el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por el recargo, mas la propuesta puede formularse sin que se haya producido acta de infracción ni resolución imponiendo la sanción, aunque en este caso deberá justificarse. Además, ha de tenerse en cuenta que en el recargo de prestaciones confluyen rasgos que incidirían en su naturaleza sancionadora y que son los siguientes:

A) El recargo no puede ser objeto de seguro siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto que se realice para cubrir por esta vía la responsabilidad. (art. 123 TRLGSS.

B) El recargo se gradúa en función de la gravedad de la infracción.

C) El recargo, en algunos casos, unido a otros instrumentos de reparación (prestaciones de seguridad social y responsabilidad civil por daños y perjuicios) podría exceder del daño producido, con lo que pasaría a tener una función de indemnización aflictiva o punitiva.

Otros rasgos acentúan su naturaleza resarcitoria: El destino de las cantidades abonadas por el empresario no se transfiere al erario o hacienda pública sino que pasan directamente al patrimonio del trabajador accidentado, o el de sus familiares si éste ha fallecido, en cuanto que aquí la relación es inter privados, empresario y trabajador, mientras que en la sanción la relación es Administración empresario. El recargo se elimina cuando el trabajador fallece y no hay beneficiarios de prestaciones de supervivencia, efecto inconcebible en una sanción punitiva. No puede imponerse si no existe un daño en la salud del trabajador, pese a que la norma genérica o particular a la prevención de riesgos se haya incumplido. Bien diferente es el caso del ilícito administrativo a sancionar por la autoridad laboral, puesto que aquí basta con la puesta en peligro del bien jurídico protegido, aunque el daño para la integridad o salud del obrero no se haya producido.

## **SEGUNDO (...)**

**TERCERO** En el cuarto motivo denuncia infracción de los preceptos que cita del Estatuto de los Trabajadores y del RD 1215/97 y 486/97 , así como de los anexos que menciona, todo ello en conexión al art. 123 de la LGSS.

Requiere el recargo en su aplicación práctica que se demuestre consistentemente que se ha producido una infracción de normas de tal carácter, tipificada como grave, con relación a las circunstancias de las máquinas, artefactos, instalaciones, centros o lugares de trabajo, ya se deduzcan de la inobservancia de medidas generales o particulares de seguridad e higiene, salubridad o adecuación personal a cada trabajo, así como que entre tal infracción y el resultado dañoso para la integridad física del trabajador, exista adecuada relación de causalidad, no interferida por causa de fuerza mayor, caso fortuito o imprudencia del propio afectado, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención, que puede afectar ya a las medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral, por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores, criterio éste que no es otra cosa que reflejo y operatividad, en el ámbito de las relaciones de

Seguridad Social, del derecho básico en el contenido de la relación laboral recogido en los artículos 4.2 y 19 del Estatuto de los Trabajadores y que, con carácter general, como positivación del derecho «alterum non laedere» es elevado a rango constitucional por el art. 15 de la CE y que en términos de gran amplitud tanto para el ámbito de las relaciones contractuales, como extracontractuales, consagra el Código Civil en sus artículos 1104 y 1902 siendo el criterio de la razonabilidad, según máximas de la diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal cooperador a los fines de la convivencia industrial, el más acorde por otra parte con los recogidos por el art. 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo de 22 de junio de 1981 ratificado por España el 26 de julio de 1985.

**El artículo 123 de la LGSS previene que si el siniestro laboral se produce a consecuencia de la infracción de normas de seguridad e higiene y salud laborales procede la imposición de un recargo sobre las prestaciones económicas, siendo los requisitos del supuesto normativo los siguientes:**

**A) La existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que dé lugar a las prestaciones ordinarias del Sistema de la Seguridad Social.**

**B) La falta de adopción de medidas de seguridad e higiene y salud laborales establecidas, de modo genérico o específico, en normas jurídico públicas.**

**C) La existencia de nexo causal entre la falta y el siniestro.**

**D) La existencia de un perjuicio causado por el siniestro.**

Tradicionalmente se ha dicho que el artículo 123 de la LGSS, tras el salto conceptual operado por el artículo 27 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22-6-56, pasando de ser una institución resarcitoria vinculada al actuar culpable empresarial a otra de carácter esencialmente punitivo, no exige la representación subjetiva del resultado por la empresa infractora, es decir, en rigor no impone la culpabilidad, que es sin embargo un presupuesto necesario para el surgimiento de la responsabilidad civil, estando más bien ante un supuesto de responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva, lo cual es distinto (Mercader Ugina) de la preexistencia de la culpabilidad del agente, bastando con acreditar el incumplimiento de la medida de seguridad por el patrono integrándose el supuesto de hecho en la norma infringida con daño efectivo en la persona del trabajador. Con todo, es preciso reconocer que en la doctrina judicial encontramos interpretaciones distintas en este punto, abriéndose fisuras, destacando las sentencias de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 11 de junio y 15 de junio de 2001, en las que se afirma que el recargo en cuestión «no es de tipo objetivo, no es una responsabilidad objetiva que sea menester imputar a la empresa en todo caso de accidente, incluso de omisión de medidas de seguridad, no se organiza así en el art. 123 de la Ley de Seguridad Social, sino que es responsabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa por la vía de la culpabilidad (TSJ Cataluña: 12-

11-91 [AS 1991, 6427]; Asturias: 14-11-91 [AS 1991, 6039]; Madrid: 4-1-91 [AS 1991, 688]; Sevilla: 9-10-91 [AS 1991, 6955]; Burgos: 17-10-91 [AS 1991, 5499] ». **En resumen, aunque exista infracción, no habría recargo si la misma no es la causa del accidente, relación de causalidad que ha de probarse.**

Por otra parte, como señala la **STS 2-10-2000**, en el recurso 2393/99 ( RJ 2000, 9673) , el recargo es una institución específica y singular de nuestra normativa de seguridad social no subsumible plenamente en otras figuras jurídicas típicas, cuyas señas de identidad son las siguientes:

a) **El recargo ostenta un carácter sancionador y, por ende, el precepto legal regulador de este aumento porcentual ha de ser interpretado restrictivamente**, por lo que, partiendo de aquella naturaleza, se ha declarado que, como regla, no se aplica el recargo a las mejoras voluntarias de la acción protectora, pues aunque estén incluidas en el área protectora de la Seguridad Social y participen de los caracteres que ostentan las prestaciones propias de ésta no supone que les sean de aplicación todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias e imperativas de la Seguridad Social -entre otras, SSTS/IV 20-III-1997 (recurso 2730/1996), 11-VII-1997 (recurso 719/1997).

b) Se afirma que **el recargo «es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo»** -entre otras, SSTS/IV 8-III-1993 (recurso 953/1992), 7-II-1994 (recurso 966/1993), 8-II-1994 (recurso 3760/1992), 9-II-1994 (recurso 821/1993), 12-II-1994 (recurso 293/1993), 20-V-1994 (RJ 1994, 4288).

c) **Se trata de responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador**, como se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta de negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de accidente laboral de un trabajador con cargo de colaboración en materia de seguridad e higiene -STS/IV 6-V-1998 (recurso 2318/1997).

d) **En orden a su abono, está exento de responsabilidad el INSS** como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, recayendo la responsabilidad directa y exclusivamente sobre el empresario, lo que se fundamenta como una consecuencia de su carácter sancionatorio. Además, el referido carácter del recargo y su no configuración como una verdadera prestación de la Seguridad Social, impide pueda ser objeto de aseguramiento público o privado -entre otras, SSTS/IV 8-III-1993 (recurso 953/1992), 16-XI-1993 (recurso 2339/1992), 31-I-1994 (recurso 4028/1992), 7-II-1994 (recurso 966/1993), 8-II-1994 (recurso 3760/1992), 9-II-1994 (recurso 821/1993), 12-II-1994 (recurso 293/1993), 23-III-1994 (recurso 2686/1993), 20-V-1994 (recurso 3187/1993), 22-IX-1994 (recurso 801/1994).

e) **En la vía del recurso judicial, es dable controlar la cuantía porcentual del recargo fijada por Juez de instancia**, habiéndose declarado que la Sala de lo Social del TSJ que conoce del recurso de suplicación puede modificar la cuantía porcentual del recargo de prestaciones fijada en la instancia cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con la directriz legal de fijarse en atención a la «gravedad de la falta» STS/IV 19-I-1996 (recurso 536/1995). No se hace, por tanto, referencia en la doctrina jurisprudencial a la proporcionalidad de la cuantía del recargo con la gravedad del daño causado al trabajador accidentado o con su situación de necesidad derivada de las consecuencias de la contingencia profesional sufrida, sino con la gravedad de la infracción cometida por el empresario.

f) En orden a la problemática específica del alcance de la responsabilidad empresarial sobre el recargo en caso de contratas y subcontratas, **se constituye como elemento decisivo para determinar la responsabilidad de los empresarios concurrentes la idea del «empresario infractor», al que atribuye la responsabilidad el art. 123.2 LGSS -SSTS/IV 18-IV-1992 (recurso 1178/1991) y 16-XII-1997 (recurso 136/1997).**

También en la STS 2-10-2000 ( RJ 2000, 9673) , antes reseñada, se hace hincapié en las singulares características del recargo, indicando que:

a) La finalidad del recargo, en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestrabilidad laboral, es la de **evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, imputables, por tanto, al «empresario infractor»,** el que de haber adoptado previamente las oportunas medidas pudiera haber evitado el evento dañoso acaecido a los trabajadores incluidos en su círculo organizativo.

b) **Se pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad,** incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente.

c) Ese específico plus de responsabilidad, que se carga de forma directa sobre el empresario, prohibiendo su cobertura por terceros, su compensación o transmisión, **se declara independiente y compatible con las responsabilidades de todo otro orden,** y en vez de redundar en beneficio del patrimonio de la Seguridad Social para integrar un posible fondo compensador de accidentes de trabajo, se determina legalmente que sea el accidentado o sus causahabientes, como personas que han sufrido directamente la infracción empresarial, y dentro de los límites establecidos en función exclusiva a la gravedad de la infracción y no del daño, quienes vean incrementadas las prestaciones económicas ordinarias a las que tengan derecho y con independencia del concreto perjuicio realmente sufrido.

d) **La posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comportaría vulneración del principio «non bis in idem»,** pues

conforme a la jurisprudencia constitucional «la regla "non bis in idem" no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral)» y que por su misma naturaleza «sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior» (STC 159/1985 de 27-XI), en tesis concordante con la jurisprudencia ordinaria (entre otras, STS/III 30-V-2000), destacándose doctrinalmente que es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde «la misma perspectiva de defensa social», pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores.

e) De consistir el recargo ahora analizado en una mera indemnización y siendo ésta, en su caso, a cargo exclusivo de la empresa y en favor del accidentado o de sus beneficiarios, carecería de fundamento legal la actual intervención inicial de la Entidad Gestora en vía administrativa resolviendo sobre su procedencia y porcentaje del incremento (art. 1.1.e Real Decreto 1300/1995 de 21-VII) ; pues en tal caso, despojado el recargo de su aspecto público o sancionador, se estaría ante un simple litigio entre particulares del que sólo podrían directamente conocer los órganos jurisdiccionales.

f) De adoptarse la tesis contraria a la que ahora se sustenta, resultaría que de haberse fijado en un primer procedimiento una indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo podría invocarse en el ulterior expediente administrativo de determinación de la existencia de infracción de medidas de seguridad e imposición de recargo sobre las prestaciones, así como en el posterior procedimiento impugnatorio, que los daños causados ya estaban plenamente compensados con aquella indemnización lo que impediría entrar a conocer de la cuestión de la procedencia o improcedencia del recargo. Evidenciando que si se integra la indemnización de daños y perjuicios con el importe del posible recargo no existiría esa responsabilidad en el pago del recargo «independiente... con las de todo orden... que puedan derivarse de la infracción» como preceptúa el citado art. 123 LGSS.

g) En suma, **nuestro ordenamiento de Seguridad Social, ante dos accidentes de trabajo de los que hubieran derivado en abstracto idénticos daños y perjuicios para los trabajadores afectados, uno originado por una conducta empresarial infractora de medidas de seguridad y otro en el que no concorra tal infracción, quiere que exista una desigualdad, que es dable calificar de objetiva y razonable, en orden a las indemnizaciones de cualquier naturaleza a percibir por el accidentado o sus causahabientes**, las que deberán ser superiores en el supuesto en que concurren declaradas infracciones trascendentes en materia de seguridad e higiene o de riesgos laborales. La referida desigualdad desaparecería, por motivos distintos a los de la gravedad de la infracción, de seguirse la tesis contraria a la que ahora se establece.

(...)

## **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> M.P.P, letrada, en representación de Doña Lidia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 17 de los de Madrid, de fecha 5 de marzo de 2004, en virtud de demanda formulada por Jiménez Criado SL, contra INSS, TGSS y Lidia, en materia de accidente, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

### **Aspectos que son importantes resaltar de las Sentencias expuestas:**

- Existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que dé lugar a las prestaciones ordinarias del Sistema de la Seguridad Social.
- El recargo de prestaciones es independiente de cualquier otro sistema de indemnización o sancionador.
- Normalmente el recargo correrá paralelo a la sanción administrativa, sin que por ello quede afectado el principio de non bis in idem, ya que el uno y la otra enjuician los hechos desde una diferente perspectiva de defensa social, lo que permite el dictado de dos resoluciones sobre unos mismos hechos por autoridades diferentes
- La Ley 31/1995, de 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales no impone ni regula el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, más bien lo declara excluido y al margen de su normativa, que -por lo mismo- no es de directa aplicación al recargo. Por eso es insuficiente la mención de los preceptos infringidos de esa Ley para imponer el recargo en cuestión.
- El recargo es una responsabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa por la vía de la culpabilidad.
- Por su aspecto sancionador el recargo se interpreta de modo restrictivo, habida cuenta de la presunción general de inocencia, que también funciona a favor de la empresa.
- Aunque exista infracción, no hay recargo si la infracción no es la causa directa del accidente, relación de causalidad que ha de probarse y ser examinada en cada caso concreto y según sus propias circunstancias.
- Debe existir una adecuada relación de causalidad, no interferida por causa de fuerza mayor, caso fortuito o imprudencia del propio afectado
- La infracción ha de ser de norma concreta, no genérica.

- Hay que rechazar como argumento para el recargo el socorrido «deber de seguridad» de la empresa.
- La imprudencia profesional del trabajador, que no elimina el concepto de accidente de trabajo, sí impide el recargo.
- Dado que la competencia para imponer el recargo corresponde exclusivamente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Juez no puede imputar de oficio faltas que no se han imputado en la resolución administrativa.
- Si no es posible conocer (solamente suponer) la causa o causas del accidente, no cabe imponer el recargo, pues si no se conoce la causa del accidente no se puede establecer la relación de causalidad con una posible infracción.
- El recargo no puede ser objeto de seguro siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto que se realice para cubrir por esta vía la responsabilidad.
- El recargo se gradúa en función de la gravedad de la infracción.
- El recargo, en algunos casos, unido a otros instrumentos de reparación (prestaciones de seguridad social y responsabilidad civil por daños y perjuicios) podría exceder del daño producido, con lo que pasaría a tener una función de indemnización aflictiva o punitiva.
- Otros rasgos acentúan su naturaleza resarcitoria:
  - El destino de las cantidades abonadas por el empresario no se transfiere al erario o hacienda pública sino que pasan directamente al patrimonio del trabajador accidentado, o el de sus familiares si éste ha fallecido, en cuanto que aquí la relación es inter privados, empresario y trabajador, mientras que en la sanción la relación es Administración empresario.
  - El recargo se elimina cuando el trabajador fallece y no hay beneficiarios de prestaciones de supervivencia, efecto inconcebible en una sanción punitiva.
  - No puede imponerse si no existe un daño en la salud del trabajador, pese a que la norma genérica o particular a la prevención de riesgos se haya incumplido.
- La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000 hace hincapié en las singulares características del recargo:
  - La finalidad del recargo, en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestralidad laboral, es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales.

- Se pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades.