

boral algunos preceptos que contienen desigualdades procesales favorables al trabajador, que carecen de justificación objetiva y razonable para ello y que, en consecuencia, no pueden encuadrarse en el contexto corrector de desigualdades que ampara el artículo 9.2 de la Constitución, por lo que hay que considerarlos inconstitucionales y, por ello, habría que eliminarlos del texto legal, como los artículos 97.3, 201.2 ó 232.1.

Si es una verdad diáfana que la igualdad es una de las garantías fundamentales del proceso, en general, sin la cual este instrumento del ciudadano para la defensa jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos se convertiría en una burda pantomima, en la que el más fuerte social y económicamente siempre sería el vencedor, en lo que respecta, en concreto, al proceso laboral esta verdad se convierte en axioma jurídico, dado que en el contrato de trabajo, sustrato jurídico-positivo del mismo, existe, como ha declarado el Tribunal Constitucional, una desigualdad originaria entre trabajador y empleador (123), constituyéndose este contrato, como se ha afirmado por la doctrina, en virtud de un real y auténtico «status subiectionis», de naturaleza no jurídica, sino impuesto en una primera y superior instancia económica y, en consecuencia, anulando la igualdad y la libertad formulada en la instancia jurídica (124). De ahí la imperiosa necesidad de que la igualdad procesal real de las partes litigantes quede siempre garantizada, como corresponde a un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución).

(123) Sentencia Tribunal Constitucional de 25 de enero de 1983.

(124) CABRERA BAZÁN, J., *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, Madrid, 1982, pág. 60.

EL EMPRESARIO COMO SUJETO RESPONSABLE EN EL RECARGO DE PRESTACIONES: UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

POR MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ *

SUMARIO: I. La diligencia empresarial.-II. Responsabilidad del empresario.-III. Responsabilidad solidaria de las empresas principal y contratista.-IV. Responsabilidad subsidiaria del I.N.S.S.-V. Causas excluyentes de responsabilidad empresarial: 1. Fuerza mayor o caso fortuito. 2. Imprudencia temeraria del trabajador. 3. Imprudencia profesional. 4. Imprudencia simple del trabajador.

I. LA DILIGENCIA EMPRESARIAL

El artículo 93 de la Ley General de Seguridad Social, refiriéndose a la imposición empresarial del recargo, alude a la infracción de medidas generales, particulares, elementales de salubridad y en definitiva a medidas de adecuación personal al trabajo. Sin embargo, como hablar de normativa de Seguridad e Higiene en el trabajo significa hablar de leyes cuya finalidad es eminentemente la prevención de los riesgos derivados de la prestación laboral, podríamos llegar a la conclusión de que es indiferente el instrumento legislativo en el que venga insertada una norma de esta índole, siempre que, evidentemente, cumpla la mencionada finalidad.

Esto nos conduce ante una extensa panoplia normativa respecto de la que tradicionalmente ha existido, y subyace aún la polémica doctrinal en torno a la calificación jurídica de la obligación de seguridad e higiene en el trabajo, y mientras que para unos posee un carácter público, para otros tiene un origen indudablemente contractual. Sin embargo, no entraremos a analizar cuestiones de cuyo debate existen claras conclusiones; efectivamente, la doctrina mayoritaria coincide en la inexistencia de tal dicotomía estableciendo en el contrato el único origen de la obligación de seguridad, que por tanto corresponde al empresario. Un estándar de este criterio general sería la opinión de González Ortega, para quien:

«...la afirmación de esa doble naturaleza constituye una proyección excesiva sobre el ámbito de la calificación jurídica, de lo que no es sino una mani-

* Profesora Ayudante de la Escuela Universitaria de Graduados Sociales. Universidad de Granada.

festación, tan típica, por otra parte, de la intervención pública en las relaciones laborales, sobre todo en el plano individual...»; «...se trata, por el contrario, de una obligación contractual tanto en su origen como en su dinámica» (1).

Ahora bien, determinar la responsabilidad respecto del grupo de normas jurídico públicas, no representa problema alguno. Las obligaciones empresariales para con el trabajador a lo largo de la prestación están suficientemente preceptuadas en múltiples textos legales (2), y ello, indudablemente, facilita y legitima la labor de un tribunal cuando el incumplimiento empresarial se ve encarnado en una norma tipificada.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo del incumplimiento empresarial en el ámbito contractual, pues debe retenerse el dato de que la normativa jurídica pública juega como mínimo exigible respecto de la conducta empresarial, lo que quiere decir que en el contexto privado el empresario queda constreñido a llegar mucho más allá de la norma escrita, es decir, hasta donde le permita su condición de un «bonus pater».

Por tanto, para fijar los límites de la obligación empresarial partiremos de un presupuesto, cual es encontrarnos ante una responsabilidad global y que le supone al empresario actuar diligentemente, aplicando con rapidez, cuidado y precisión toda normativa vigente en materia preventiva en base a la deuda de seguridad que a través del contrato adquiere con el trabajador (3).

En este sentido, el artículo 1.104 CC establece: «la culpa o negligencia del deudor (y el empresario, como ya se ha dicho, es un deudor de seguridad), consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

En cuanto al supuesto en el que la obligación no expresase la diligencia que hubiera de prestarse, se exigirá, según establece este mismo artículo, la que correspondería a un buen padre de familia (4).

(1) Santiago GONZÁLEZ ORTEGA: «Derecho a la salud y control de los trabajadores», *Relaciones Laborales*, n.º 6-7, 1990, pág. 241.

(2) Tan es así, que la normativa de Seguridad e Higiene en el Trabajo se caracteriza precisamente por su amplitud y falta de sistematización; este hecho queda recogido muy gráficamente por PENDAS DÍAZ, cuando al hablar de la normativa S.H.T. le otorga el triple calificativo de confusa, profusa y difusa; se cita en «Responsabilidades en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo», *AMUPA*, 1986, pág. 181.

(3) STSJ de 17 de octubre de 1990; (Aranzadi, 4560): «...el empresario de cada trabajador tiene contraída con éste una deuda de seguridad, y en virtud de ello responde por la omisión de las normas de seguridad en todo momento...»; STSJ de 10 de abril de 1991; (Aranzadi, 2512): «...el incumplimiento de la deuda de seguridad—concebida para tutelar la integridad física del trabajador...—, se construye dentro de cada relación contractual...».

(4) STSJ de 7 de enero 1991; (Aranzadi, 294): «...y valorando, asimismo, la propia sentencia en un exhaustivo estudio del tema... parece claro que (el empresario) adoptó las medidas exigibles a un buen padre de familia para prevenir el daño...»;

Sería aquí donde comenzaríamos a movernos en el campo de la abstracción, ya que este argumento anterior justifica el que, en la inevitabilidad de un accidente de trabajo, también entren en juego criterios tales como los avances técnicos, científicos, la experiencia empresarial, la peligrosidad del trabajo a realizar, etc., configurándose estos elementos como una «cuestio facti» que ha de ser evaluada conforme a la prudencia del empleador.

Somos conscientes de la dificultad que entraña la tipificación de ciertos comportamientos antijurídicos que, no obstante, no pueden quedar impunes; por esta razón entendemos que dichos elementos de valor deben contribuir a calificar como infracción empresarial aquella conducta, que aun sin ser contraria a la normativa vigente, pudo haber evitado un siniestro de haber tenido en consideración los elementos anteriormente mencionados.

En línea con lo dicho, la ley 8/1988, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, preceptúa como infracción el incumplimiento de aquellas normas jurídico-técnicas que aún sin tener la consideración directa de normativa laboral, reglamentaria o paccionada en materia de Seguridad Social y Salud laborales sean consideradas como transgresión de tal normativa a los efectos de declaración de los derechos de los trabajadores en materia de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y seguridad social (art. 41).

Ahora bien, a través del estudio de la práctica jurisprudencial de estos últimos siete años es constatable cómo se rompe el deber de diligencia referido, por ejemplo, a la obligación de vigilancia por parte de la empresa para hacer efectivas las medidas de seguridad (art. 7 OGSHT). Es la infracción que tradicionalmente se ha venido conociendo como «culpa in vigilando» y en la que con frecuencia incurre el empresario, puesto que «...la responsabilidad de la empresa no acaba con la puesta a disposición de sus trabajadores de esos medios precautorios, sino que se exige la continua vigilancia en el cumplimiento dentro de las normas...» (5).

La infracción del deber de vigilancia se configura igualmente como una «cuestio facti» cuya apreciación es casi siempre aleatoria en función del criterio judicial, y por lo tanto especialmente delicada.

Nuestra jurisprudencia, a la que, por cierto, es afín la normativa internacional (6), se pronuncia por el entendimiento en sentido amplio de esta obliga-

según ha reiterado la jurisprudencia, la conexión causal adecuada entre el siniestro... y la conducta pasiva del empleador..., atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador con criterios ordinarios o de normalidad...».

(5) STSJ de 20 de septiembre de 1991 (Aranzadi, 4900); STCT de 7 de abril de 1986 (Ref., 2233); STCT de 1 de septiembre de 1987 (Ref., 17832); STCT de 30 de enero de 1987 (Ref., 1890); STSJ de 14 de diciembre de 1989 (Aranzadi, 919); STSJ de 14 de enero de 1992 (Aranzadi, 279).

(6) Y particularmente el *Convenio 155 de la OIT*, que respecto de la prevención de riesgos laborales, aboga por los criterios de razonabilidad según máximas de dili-

ción con la finalidad de no constreñir, de una parte, al empresario, cuya labor no se puede limitar únicamente a vigilar o hacer vigilar de forma continuada al trabajador, y de otra parte, al propio trabajador, sobre el que un celo excesivo de la labor de vigilancia podría afectar al respeto que merece su dignidad humana y profesional (7).

De cualquier manera, está claro que nos encontramos ante una responsabilidad que ha de ir aparejada a cada tipo de trabajo y por consiguiente debe ser apreciada en cada caso, en base a las circunstancias concurrentes (8).

II. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

A la luz de los argumentos anteriormente expuestos, y principalmente ante el rigor del precepto que establece el artículo 93.2 LGSS, no cabe duda de que es el empresario «strictu sensu» el responsable por las infracciones de SHT que originen un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Se trata de una responsabilidad directa e intransferible.

Ahora bien, delimitada la responsabilidad empresarial en este ámbito, nos encontramos con que existe un problema de fondo referido al planteamiento del artículo 93.2 LGSS —en relación con el 155 OGSHT—, el cual preceptúa la compatibilidad e independencia del recargo con responsabilidades de todo orden y que puede ofrecer como resultado a un empresario «pluri-sancionado» por una misma infracción.

Evidentemente, es éste un hecho que entra en colisión, al menos formalmente, con el artículo 25 de la Constitución —en relación con el 53.1 de la misma—, es decir, con los Principios de Legalidad y Tipicidad, y en esencia con el Principio Non Bis in Idem, que aún sin aparecer expresamente consignado, se desprende de los anteriormente citados, según doctrina del Tribunal Constitucional (9).

gencia ordinaria exigibles a un empresario normal, comparados a los fines de la convivencia industrial.

- (7) STCT de 21 de enero de 1986 (Ref., 291); STCT de 7 de abril de 1986 (Ref., 2233); STCT de 25 de abril de 1989 (Ref., 3035); STCT 12 de febrero de 1988 (Ref., 1688), en línea con los artículos 4.2.e y 20.3 LET, así como 10.1 y 18.1 de la Constitución.
- (8) STCT de 11 de diciembre de 1986 (Ref., 13592); STCT de 30 de enero de 1987 (Ref., 1890); STSJ de 16 de abril de 1991 (Aranzadi, 2867).
- (9) En este sentido, FERNÁNDEZ MARCOS estima que, asimismo, se vería vulnerado el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución española, y también el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva reconocida por el artículo 24.1 de la Constitución; se cita en «La agravación de responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional en la doctrina del Tribunal Constitu-

En base a esto, y como algún autor ha puesto de relieve, el Principio Non Bis in Idem «claramente, abarca a la sanción penal y a la administrativa, y juega dentro de cada categoría y en sus relaciones mutuas; por ello mismo, el Tribunal Constitucional parece entender que sólo con dificultad, y a costa de una interpretación ampliadora carente de base textual, puede admitirse que abarque también a la compatibilidad entre las sanciones de un ordenamiento privado y el ordenamiento estatal» (10).

Es ésta una tendencia que abiertamente recoge la Ley de Infracciones y Sanciones de 7 de abril de 1988, cuando en el artículo 3.º se ordena paralizar el procedimiento sancionador administrativo, tras pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal, a la espera de que esta última resuelva sobre la punibilidad de la conducta enjuiciada, y continuándose el procedimiento sancionador administrativo únicamente si no existe responsabilidad penal.

De esta forma, la LISOS ha llevado hasta sus últimas consecuencias el sometimiento a los Principios de Legalidad y Tipicidad con el propósito de guardar un margen de seguridad para que la ley no pudiera, en ningún caso, ser tildada de conculcar la doctrina constitucional sobre los reiterados principios (11).

Sin embargo, no puede decirse que el acogimiento del Principio Non Bis in Idem y su generalización implique la inexistencia de pronunciamientos sobre el mismo tema de distintos órdenes jurisdiccionales, especialmente penal y social.

De hecho, también es doctrina del Tribunal Constitucional aquélla que si bien argumenta en favor de la existencia de una única jurisdicción que globalmente analice todas las repercusiones de un supuesto, no ha entendido contraria a la Constitución su enjuiciamiento ante diversos órdenes jurisdiccionales; pero, eso sí, ha mantenido que lo que es no puede al mismo tiempo no ser, es decir, que pese a la obvia independencia judicial, hay que justificar por qué no se admiten los hechos que hayan sido tenidos como ciertos en resolución judicial de otro orden jurisdiccional distinto (12).

En cualquier caso, es claro cómo el poder sancionador de la Administración se encuentra limitado por la Constitución y por la propia jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1981 señala que «la potestad sancionadora en general debe estar sometida a los mismos principios rectores de las leyes penales ordinarias por sujeción de ambas distintas materias a principios comunes rectores de todo el Derecho sancionador» (13).

- (10) María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El poder disciplinario en la empresa*, Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía, 1991, pág. 292.
- (11) Ricardo ESCUDERO, «El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social», *Relaciones Laborales*, 1988, pág. 330.
- (12) Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1985 (RTC 1985, 158).
- (13) Miguel I. CAÑAMERO MOTA, *De los delitos contra la libertad y seguridad en*

Circunscribiendo estos argumentos al recargo de prestaciones, hay que decir que la polémica gira básicamente en torno a la determinación de su naturaleza (14), respecto de la que existen posiciones doctrinales muy diversas.

Para Alonso Olea, «el recargo no es simplemente una sanción, sino una indemnización sancionadora o punitiva que se añade a la indemnización resarcitoria de la prestación ordinaria de la Seguridad Social, lo que debe diferenciarse claramente de las nuevas «multas» dimanadas de la acción inspectora y sancionadora de la Administración..., pero que no es confundible con esta personalísima responsabilidad prestacional del empresario» (15).

Jurisprudencialmente cabría sentar que una cosa es la actuación de la Administración propiamente sancionadora y otra distinta la responsabilidad patronal dentro del ámbito prestacional, derivada «ex lege» del artículo 93 LGSS, en la que el destinatario es distinto, y aunque efectivamente pueda entenderse como actuación punitiva, en cuanto que grava, con cargo único al patrono, la prestación debida, ello es absolutamente compatible con la responsabilidad penal (16). Pero en cualquier caso, es constatable la tendencia jurisprudencial a entender el recargo como una sanción (17).

Confrontando posiciones nos encontramos que frente a las ya tradicionales existen autores para quienes la naturaleza del recargo es indemnizatoria y cuya función, de histórico arraigo, ha sido la de sustituir a la responsabilidad civil, aunque en la medida en que la jurisprudencia ha aceptado la pervivencia de la responsabilidad civil por accidente de trabajo y enfermedad profesional, entienden que ya no cumple ningún papel (18).

(14) Cuestión ésta decisiva, por cuanto, como acertadamente expresa APARICIO TOVAR, «...cabe la duda si ese recargo puede ser considerado una sanción administrativa y por tanto incompatible con la sanción penal, duda que se despeja si se abandona la idea de su carácter sancionatorio»: «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo», *Civitas*, número 49, 1991, pág. 738.

(15) Se cita en STSJ de 24 de febrero de 1992 (Aranzadi, 1533); de otro lado, para FERNÁNDEZ MARCOS el artículo 93 constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y de carácter punitivo o sancionador: op. cit; *REDT* número 25, 1986, pág. 106.

(16) Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1985 (RTC, 1985,158); STCT de 7 de marzo de 1989 (Ref., 2301); STSJ de 30 de abril de 1990 (Aranzadi, 3315); STSJ de 3 de diciembre de 1991 (Aranzadi, 6539); STSJ de 5 de diciembre de 1991 (Aranzadi, 6870); STSJ de 21 de enero de 1992 (Aranzadi, 463).

(17) STCT de 20 de mayo de 1986 (Ref., 3504); STCT de 17 de febrero de 1987 (Ref., 3430); «...el recargo de prestaciones... por su carácter punitivo, hay que aplicarlo en forma restrictiva...»; STCT de 12 de febrero de 1988 (Ref., 1683); STCT de 2 de febrero de 1989 (Ref., 1526); STSJ de 21 de noviembre de 1990 (Aranzadi, 911); STSJ de 16 de enero de 1991 (Aranzadi, 785).

(18) R. A. LÓPEZ, FRANCISCO J. SUQUÍA, M. P. LÓPEZ: *Cómo es y cómo actúa la Inspección de Trabajo*, Deusto, 1991, pág. 133; desde este punto de vista quedaría

A nuestro modo de ver, tal como expresa Monereo Pérez: «Sucede que, con frecuencia, el ordenamiento jurídico establece medidas de reacción complejas... que combinan de forma simultánea -y a veces, en un mismo instrumento sancionatorio- las técnicas retributivas con las reparadoras, las cuales se integran mutuamente realizando los principios de la retribución y de la reparación que son inherentes a ambas funciones»; «Es hic et nunc, en el estadio del derecho positivo vigente, una medida sancionadora compleja de naturaleza administrativo-laboral» (19).

Por lo tanto, puede concluirse que sólo la concepción de una naturaleza resarcitoria, o al menos mixta del recargo, posibilita el que éste se integre dentro del conjunto de garantías que establece la acción protectora de la Seguridad Social; así, se justifica la existencia compatible e independiente de dicho recargo, con las sanciones administrativas, penales e incluso civiles, al margen de que entre ellas puedan existir discrepancias de derecho, en cuyo caso la supremacía del orden judicial ha de imponerse frente a la Administración.

Pero dejando a un lado al empresario como sujeto único susceptible de ser sancionado, recordemos que ya sea por razones de descentralización o cualesquiera otras, la superación del término «empresario» ha hecho que éste aglutine un mayor número de sujetos y que simultáneamente se haya establecido un reparto legal de obligaciones de cuyas infracciones pueden responder múltiples individuos.

La Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo recoge en su artículo 154 a una serie de trabajadores, tales como personal directivo, técnico, ejecutivos o subalternos, cuyo grado de responsabilidad irá en función de la infracción cometida siempre y cuando pueda serles imputada por acción u omisión.

Posteriormente, la LISOS, cuando establece en su artículo 2.º los sujetos responsables de la infracción, dejará fuera a los anteriormente citados y nos hablará de personas físicas o jurídicas y comunidades de bienes, los cuales suelen ser sancionados administrativamente respondiendo con el patrimonio de la empresa, toda vez que dicha sanción es, como ya se ha visto antes, independiente de la responsabilidad impuesta por el artículo 93 LGSS (20).

justificada la quiebra que sufre el artículo 93 LGSS expresamente derogado en el anteproyecto de ley de Prevención de los Riesgos Laborales, pero cuyo sustituto, el artículo 45, prevé una indemnización especial determinada en función del perjuicio causado a la salud del trabajador, lo que equivaldría a hablar de una indemnización especial por la responsabilidad civil derivada de la producción de daños para dicho trabajador.

(19) J. L. MONEREO PÉREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de Seguridad e Higiene en el Trabajo: La modernidad de una institución tradicional*, *Civitas*, 1991, págs. 60-65.

(20) STCT de 25 de febrero de 1987 (Ref., 4171).

En cuanto al empresario, persona jurídica, rige el principio general «societas delinquere non potest», lo cual quiere decir, a tenor al artículo 15 bis del CP, que el que actúe como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.

En esta línea, el artículo 499 bis del CP establece que a las personas jurídicas se les impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieren cometido o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieren adoptado medidas para remediarlo.

En definitiva, quedan constreñidos a afrontar una responsabilidad penal en el supuesto de infracción todos aquellos sujetos que por delegación empresarial asumen puestos en el esquema organizativo de la empresa que impliquen facultad de mando y resolución sobre otros trabajadores, o cuando su proceder dentro de la específica parcela funcional que tengan a su cargo no se rija por criterios formales, sino que de hecho ejerzan el poder de dirección empresarial (21).

Las reformas del Código Penal han sido contundentes en este sentido, muestra de lo cual son los artículos 348 bis.a y 427.

Además, han de asumir una responsabilidad civil, ya que tanto ésta como aquélla recaerán sobre todas aquellas personas que dentro de la empresa tengan asignadas funciones relativas al cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, tanto si ocupan puestos directivos como inferiores (22).

Puede decirse para concluir que nos encontramos frente a responsabilidades individuales de los que están obligados a la vigilancia en el cumplimiento de las normas de seguridad (23).

III. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS EMPRESAS PRINCIPAL Y CONTRATISTA

Contenida en el artículo 153 LGSS, y posteriormente completada y delimitada por el artículo 42.2 LET, encuentra su antecedente más inmediato en el Decreto 1860/1975, de 10 de julio, de Procedimiento Administrativo Especial

(21) En este sentido, ALONSO OLÉA, «Deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia», REDT número 5, 1981, pág. 99, que incluye a «todos los que ostenten mando o dirección, técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores o como de intermedios y subalternos, incluso de hecho».

(22) Joaquín APARICIO TOVAR: op. cit. pág. 736.

(23) Joaquín APARICIO TOVAR: op. cit. STS (Sala 2.ª Criminal) de 13 de julio de 1983; STS (Sala 2.ª Criminal) de 14 de mayo de 1983; STS (Sala 2.ª Criminal) de 30 de mayo de 1988; pág. 736.

de Imposición de Sanciones por Infracción de Leyes Sociales y para la Liquidación de Cuotas de la Seguridad Social (24).

En este sentido, los requisitos preceptivos de la LET, en cuanto al supuesto de responsabilidad solidaria, son:

1. Esta habrá de ceñirse al periodo de vigencia de la contrata.
2. Las obras contratadas habrán de realizarse por razón de una actividad empresarial.
3. Dicha responsabilidad tan sólo habrá de atender a obligaciones de naturaleza salarial, así como las referidas a la Seguridad Social (25), entendidas estas últimas en sentido amplio.

Ahora bien, circunscribiéndonos a la línea jurisprudencial respecto de la posible conexión entre esta responsabilidad con la que establece el artículo 93 LGSS, es manifiesta la tendencia, tantas veces reiterada, de que es obligación del empresario cumplir y hacer cumplir la normativa vigente de Seguridad e Higiene allí donde estuviesen sus trabajadores, e independientemente de la existencia de contrata (26); de otro lado, se ha venido, asimismo, argumentando que dicho incremento no constituía una responsabilidad nueva y distinta de la derivada de esta clase de siniestros, sino que formaba un todo con esta última, y por tanto, el recargo sólo podía afectar al empresario por cuenta del que trabajaba el accidentado (27).

Por consiguiente, de todo ello se infiere que el responsable del recargo sería la empresa a la cual pertenecen el trabajador-es afectados, independientemente de que pudiera o no serle imputada la infracción de medidas de seguridad.

Obviamente, esto entra en clara colisión con la esencia misma del artículo 93 LGSS, el cual tomaba como presupuesto para su aplicación la imputa-

(24) Modificado posteriormente por el Real Decreto 2373/1984, de 19 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» número 17, de 19 de enero de 1985), aunque no obstante lo relativo a la responsabilidad solidaria quedaría intacto.

(25) «...para garantizar la estabilidad del empleo y la legalidad de las condiciones de trabajo y sus derivaciones en el terreno de la Seguridad Social... se establece un mecanismo de responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social (entendidas éstas en sentido amplio) contraídas por su contratista, y en su caso, respecto del subcontratista de este último, y el contratista respecto de la empresa con la que, a su vez, contrate aspectos de la obra o servicios objeto de la contrata general, responsabilidad solidaria ésta que permanece hasta el año siguiente a la terminación del encargo...» Consulta de 8 de febrero de 1981 («Boletín Oficial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social», número 4, de abril de 1981).

(26) STCT de 10 de diciembre de 1985 (Ref., 6883); STCT de 17 de julio de 1986 (Ref., 4540); STCT de 10 de julio de 1986 (Ref., 6023); STCT de 11 de noviembre de 1986 (Ref., 11330); STCT de 2 de diciembre de 1986 (Ref., 12974).

(27) STCT de 10 de marzo de 1986 (Ref., 129); STCT de 11 de marzo de 1986 (Ref., 1642); STCT de 3 de abril de 1986 (Ref., 2159); STCT de 1 de febrero de 1988

ción directa de responsabilidad al empresario; así fue cómo, en el intento de ofrecer un más correcto ensamblaje legal a este problema, la LISOS declaraba, a través de su artículo 40, una responsabilidad directa del empresario principal, quedando condicionada su aplicación a los siguientes requisitos:

1) Para empezar, la relación jurídica entre dichas empresas debe haber nacido en base a una contrata o subcontrata (28).

2) Las obras o servicios contratados deben corresponder a la propia actividad. Por tanto, identidad de actividad, entendida por la jurisprudencia como aquélla que pertenezca al ciclo productivo de la empresa, constituido por el complejo de operaciones, principales y accesorias, que en circunstancias normales son necesarias e indispensables para alcanzar los objetivos de la misma (29).

3) La infracción debe producirse durante el periodo de vigencia de la contrata subcontrata.

4) La infracción tiene que llevarse a cabo dentro del centro de trabajo del empresario comitente, aun cuando afecte al trabajador-es del contratista o subcontratista (30).

Por último, establece la ley un requisito final referido al ámbito objetivo de esta responsabilidad directa y que sería, concretamente, en los supuestos de infracciones en materia de Seguridad e Higiene en el trabajo.

Con la LISOS, finalmente, se entendió que siempre que se cumplieren los presupuestos exigidos por el artículo 40, en el cual, a su vez, se fundamentaban los Tribunales de Trabajo con remisión al artículo 42.2 LT habrían de ser condenadas conjuntamente las empresas principal y contratista por infracciones de SHT cuyo resultado se tradujese en un accidente de trabajo o enfermedad profesional (31). Con estos antecedentes, se fraguaría una nueva concepción del recargo de prestaciones, de prosperar el anteproyecto de ley Prevención de Riesgos Laborales, ya que su artículo 45.3 contempla expresamente la responsabilidad solidaria como supuesto de imposición del recargo.

(28) En STCT de 5 de julio de 1985 (Ref., 4794), se falla contra la petición de responsabilidad solidaria de las empresas comitente y contratista, en tanto que la relación jurídica de las partes venía dada por un arrendamiento.

(29) STSJ de 29 de noviembre de 1989; STSJ de 3 de mayo de 1990 (Aranzadi, 2985).

(30) Tanto el *Convenio 155 de la OIT*, a través de su artículo 17, como la *Directiva Marco 89/391/CEE*, de 12 de junio de 1989 (D.O.C.E. del 29-6-89), en su artículo 6.4, recogen abiertamente la responsabilidad solidaria de las empresas principal y contratista, y se ratifican, concretamente, en este punto.

(31) Para MONEREO PÉREZ, «...no se podrá desconocer que lo normal será que la falta determinante del siniestro laboral ex artículo 93 LGSS... encaje también en el supuesto de infracción administrativa general ex artículo 40 LISOS como infracción de normas de seguridad o medida de prevención, y siendo así que este

IV. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL I.N.S.S.

Nos encontramos ante una responsabilidad que posee una apoyatura tanto legal como jurisprudencial, así como un fundamento extracontractual (32).

De un lado, es obligado traer a la memoria cómo el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, creado por la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1922, fue suprimido como servicio común por el Decreto Ley de 16 de noviembre de 1978, de tal suerte, que sus funciones fueron asumidas por el Instituto Nacional de Seguridad Social (33).

Desde su creación, el INSS tuvo y tiene por objeto sustituir a las empresas y entidades aseguradoras que hayan sido declaradas responsables del abono de una prestación en favor de trabajador víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando aquéllas sean insolventes. Ello es así, para evitar que este tipo de beneficiarios pueda tener algún perjuicio económico cuando las personas obligadas a satisfacerles estas prestaciones, que les corresponden, no pueden hacerlo (34).

En este sentido, y si bien es cierto que durante tiempo han existido dudas jurisprudenciales acerca de la responsabilidad del extinguido Fondo de Garantía de AT y EP (cuyas funciones, como ya se ha dicho, asume ahora el INSS), respecto del abono del recargo de prestaciones, no es menos cierto que en los últimos tiempos la jurisprudencia se ha consolidado en la interpretación de los artículos 94.4, 95, 96 y 97 LSS de 1966, así como en el 93.2 de la vigente, extendiendo la responsabilidad al referido INSS (35).

Esto, en definitiva, supone otra manifestación más del principio de

implicación en responsabilidad también a los efectos de la sanción sui generis prevista en el artículo 93 LGSS aparece como una consecuencia «natural» proyectable a los empresarios en relación con el artículo 42.2 LET»; op. cit., pág. 99. Asimismo, sentencia del TCT de 17 de marzo de 1988 (Ref., 2407); sentencia del TSJ de 18 de diciembre de 1990 (A., 1813); STSJ de 18 de diciembre de 1990 (A., 2405); STSJ de 14 de marzo de 1991 (A., 2074).

(32) STSJ de 17 de noviembre de 1989 (Aranzadi, 78): «...La responsabilidad atribuida al Instituto ejecutado no deriva de contrato alguno, sino del cometido que legalmente le corresponde tras la asunción de las funciones que competían al extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo...».

(33) Artículo 11 del Decreto de 16 de noviembre de 1978; STSJ de 17 de noviembre de 1989 (Aranzadi, 728).

(34) STCT de 26 de noviembre de 1985 (Ref., 6502); STCT de 16 de junio de 1987 (Ref., 13420); STCT de 30 de septiembre de 1988 (Ref., 5935); STCT de 22 de febrero de 1989 (Ref., 1741); STCT de 19 de mayo de 1989 (Ref., 3699); STSJ de 31 de octubre de 1989 (Aranzadi, 512); STSJ de 25 de junio de 1991 (Aranzadi, 3672); STSJ de 9 de junio de 1992 (Aranzadi, 2907).

(35) STSJ de 18 de enero de 1990 (Aranzadi, 2631); STSJ de 26 de febrero de 1991 (Aranzadi, 1243).

automaticidad de las prestaciones que preside nuestra legislación de Seguridad Social (36).

Pero será esta una responsabilidad compartida por el INSS con la Tesorería General de la Seguridad Social, a tenor del artículo 214 LGSS, ya que entre los recursos del Fondo figura el importe total de las multas impuestas en materia de SHT, teniendo sólo una participación en las restantes multas impuestas por el Ministerio de Trabajo (37). Y sobre todo, el argumento de peso viene dado por el hecho de que la Tesorería General de la Seguridad Social es la encargada de la custodia de los fondos del sistema y de los pagos de las obligaciones que recaigan sobre el INSS, según establece la Disposición Transitoria 2.ª del Real Decreto-Ley de 1978.

Así, pues, su condición de caja única y de organismo financiero de los gastos ordenados por las entidades gestoras y servicios de la Seguridad Social, según resulta de los artículos 3, 8 y 9 del R.D. Ley de 1978 anteriormente citado, son los factores que determinan su carácter de «co-responsable» junto con el INSS (38).

No obstante, y como ya se ha visto, esta responsabilidad subsidiaria va a venir condicionada por la existencia de ciertos requisitos, tales como:

1. Insolvencia del responsable directo, es decir, del empresario, en línea con el artículo 1.911 del Código Civil y jugando dicha insolvencia como una auténtica «condictio iuris», de modo que sólo cuando se frustre la obligación directa podrá nacer la subsidiaria (39).

2. De otro lado, y cumpliendo el requisito anterior, la jurisprudencia exigirá una insolvencia de carácter material y no simplemente formal. Esto es, insuficiencia patrimonial del empresario para hacer efectiva la responsabilidad, y no mera falta de liquidez (como podría suceder, por ejemplo, en el supuesto de una empresa en suspensión de pagos).

3. Respecto a los límites de esta responsabilidad subsidiaria, decir que solamente tendrá que atender al pago de las prestaciones previstas y reguladas en la LGSS con carácter forzoso, respondiendo a normas de carácter necesario, pero no a aquellas mejoras de la acción protectora del sistema de distinta naturaleza que se instauren voluntariamente por convenio entre las partes (40).

Finalmente, haremos referencia a la ambivalencia de condiciones que reúne el INSS en este ámbito, quien si bien, de un lado, aparece como excepcional responsable del pago del recargo en el supuesto de insolvencia empresarial,

(36) STSJ de 9 de enero de 1991 (Aranzadi, 528).

(37) STCT de 10 de junio de 1986 (Ref., 4249); STCT de 16 de junio de 1987 (Ref., 13420); STSJ de 28 de abril de 1992 (Aranzadi, 1994).

(38) STCT de 10 de julio de 1986 (Ref., 6032); STSJ de 25 de septiembre de 1989 (Aranzadi, 1967).

(39) STCT de 10 de junio de 1991 (Aranzadi, 6594); STSJ de 9 de junio de 1992

se arroga simultáneamente la condición de beneficiario especial de dicha prestación, siempre que muera el trabajador y no existan causahabientes con derecho a percibirla (41).

V. CAUSAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

Su aplicación viene irremisiblemente condicionada por la existencia de un presupuesto previo, cual es la certeza absoluta de que entre el resultado lesivo para el trabajador y la conducta empresarial no existe una relación eficiente de causalidad.

En esa medida, y porque la responsabilidad empresarial exigible al empresario habrá de medirse con criterios de causalidad adecuada (42), deberán ser valorados también aquellos casos en los cuales el riesgo inherente a un tipo de trabajo no puede ser totalmente eliminado, ya sea por causas ajenas a los sujetos de la relación laboral o como consecuencia de la actitud imprudente del trabajador.

De la valoración de dichas situaciones, se producen cuatro supuestos típicos, que por ser ajenos a la conducta empresarial le exoneran, como veremos, de la responsabilidad establecida ex artículo 93 LGSS; son los siguientes:

1. Fuerza mayor o caso fortuito

Conceptos ambos que el artículo 1.105 CC funde en una misma definición cuando habla de sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables.

También la jurisprudencia utiliza indistintamente ambos conceptos para denominar aquellos hechos imprevisibles a los que nadie queda obligado a responder (43); no obstante, hay quienes se han decantado por matizar las diferencias entre uno y otro (44).

(40) STSJ de 9 de junio de 1992 (Aranzadi, 2907).

(41) STSJ de 28 de abril de 1992 (Aranzadi, 1994).

(42) Para SÁINZ CANTERO «...en los delitos materiales en los que se exige la producción de un resultado, debe existir, además, una relación de causalidad entre la conducta corporal y el resultado, en virtud de la cual pueda afirmarse que la primera ha sido la causa del resultado producido», en *Lecciones de Derecho Penal II*, Bosch, 2.ª ed., 1985, pág. 245.

(43) STCT de 20 de mayo de 1985 (Ref., 3270); STCT de 15 de abril de 1986 (Ref., 2488); STCT de 30 de diciembre de 1988 (Ref., 8403); STSJ de 4 de enero de 1991 (Aranzadi, 688); STSJ de 21 de enero de 1992 (Aranzadi, 151).

(44) Para PENDAS DÍAZ la fuerza mayor es una causa natural o humana pero ajena a la actividad empresarial, mientras que el caso fortuito es inherente a la empresa y constituye un riesgo industrial. *Responsabilidades en materia de Seguridad e Hi-*

De otro lado, la LGSS, en el artículo 84.4.a, nos ofrece una definición de la fuerza mayor, que viene a caracterizarse por dos elementos: ser una fuerza extraña al trabajo y excepcionar de esta calificación a la insolación, rayo o fenómenos análogos de la naturaleza.

Pero, en cualquier caso, lo cierto es que su cualidad de eximente le viene dada no sólo porque no medie responsabilidad empresarial, sino, principalmente, como consecuencia de no contar con la consideración legal de accidente de trabajo, ya que por definición el recargo de prestaciones se calcula sobre la base de una prestación previa. De esto se deduce que el trabajador no puede ser beneficiario de ninguna prestación social por accidente de trabajo originado por fuerza mayor, ni, consecuentemente, percibir recargo alguno; ahora bien, no obstante lo anterior, el artículo 86 brindaría al trabajador la oportunidad de percibir, en situaciones como ésta, la prestación correspondiente a un accidente no laboral o enfermedad común.

2. Imprudencia temeraria del trabajador

En Derecho Penal, se habla indistintamente de culpa o imprudencia, y se dice que «actúa culposamente el sujeto que, sin dolo, produce un resultado típico y antijurídico, previsible y evitable, a consecuencia de haber desatendido un deber de cuidado que le era exigible» (45).

No obstante, y aunque la imprudencia por definición excluye al dolo, no es el caso de la imprudencia temeraria de la que se considera que encierra una conducta dolosa, en tanto que el autor de la acción u omisión puede prever el resultado, pero por haber desatendido su deber de precaución ha confiado en que no se produzca. Aquí la existencia del elemento doloso se hace relevante por dos razones: una, porque actúa como matiz de distinción respecto de los otros dos tipos de imprudencia que posteriormente analizaremos; otra, porque la propia LGSS, en el artículo 84.4.b, asimila el dolo a la imprudencia temeraria.

Además, el mencionado artículo la excluye de la consideración de accidente de trabajo, derivándose de este hecho idénticas consecuencias prestacionales y jurídicas para el trabajador que las que se derivan del 84.4 (46).

(45) SÁINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho Penal III*; Bosch, 1985; pág. 64.

(46) No obstante, la propia LGSS, en el artículo 130.b, establece que podrá ser denegado el subsidio por incapacidad laboral transitoria cuando éste sea debido a una imprudencia temeraria del beneficiario; asimismo, los artículos 8.b y 23.b de la Orden de 15 de abril de 1969 establecen, respectivamente, que podrá ser denegada la prestación por invalidez provisional e invalidez permanente cuando éstas sean debidas a una imprudencia temeraria del beneficiario, aunque es evidente

Jurisprudencialmente, se ha venido utilizando el concepto «imprudencia temeraria extraprofesional» (47), con la intención de enfatizar respecto a que la única afinidad entre ésta y la imprudencia profesional es terminológica, puesto que los efectos que provocan son absolutamente distintos.

3. Imprudencia profesional

Ante todo, cabría hacer una matización referida a la imprudencia profesional e impericia profesional a tenor de la frecuencia con la que suele utilizarse un término para definir al otro, pues si bien es cierto que el artículo 565 del Código Penal nos habla de la imprudencia recogiendo, asimismo, el término impericia profesional, no significa esto que se trate de conceptos idénticos (48).

En esta línea, tanto la jurisprudencia (49) como la ley a través del artículo 84.5.a (50), coinciden al establecer los rasgos característicos de la imprudencia profesional, es decir, habitualidad y confianza, elementos éstos que han de actuar como detonantes de la infracción.

Previamente, el propio artículo se encarga de cualificarla como accidente de trabajo, y a continuación establece que la concurrencia de responsabilidad empresarial o de terceros no ajenos a la actividad laboral no interferirá absolutamente en cuanto a dicha cualificación. Estas consideraciones causarán sobre los sujetos de la relación laboral los siguientes efectos:

plicabilidad, serían cuestionables per se, y muy especialmente por lo que a la enfermedad común respecta.

- (47) «...que supone una conducta con manifiesto desprecio de la vida o integridad física, aceptando voluntaria y deliberadamente correr un riesgo innecesario que ponga en peligro este bien, omitiendo las más elementales normas de prudencia y apartándose del comportamiento usual de cualquier persona...», en sentencia de los T.T.S.S. de Justicia de la Sala de lo Social de 28 de mayo de 1990 (Aranzadi, 3335).
- (48) Es bastante clarificadora la diferenciación que lleva a cabo SÁINZ CANTERO al distinguir entre *impericia*, como ausencia de experiencia práctica, de habitualidad, de aptitud o de suficientes conocimientos por incapacidad técnica o torpeza para el adecuado ejercicio de un arte o habilidad e *imprudencia profesional*, como el olvido de las normas de prudencia técnica impuestas a los profesionales por gravitar sobre ellos una exigibilidad superior en el desempeño de sus deberes específicos de cuidado; *Lecciones de Derecho Penal III*, Bosch, 1985, pág. 72.
- (49) Sentencia del T.C.T. de 21 de junio de 1985 (Ref., 4155). STCT de 20 de noviembre de 1985 (Ref., 6345), STSJ de 5 de octubre de 1989 (Aranzadi, 830). STSJ de 22 de febrero de 1990 (Aranzadi, 2285). STSJ de 28 de mayo de 1990 (Aranzadi, 3334). STSJ de 13 de marzo de 1991 (Aranzadi, 1863). STSJ de 17 de abril de 1991 (Aranzadi, 2686). STSJ de 4 de marzo de 1992 (Aranzadi, 1337). STSJ de 21 de abril de 1992 (Aranzadi, 1986). STSJ de 19 de mayo de 1992 (Aranzadi, 2720).
- (50) «La imprudencia profesional es aquella que se produce como consecuencia del ejer-

a) Cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional se produzca como consecuencia de una conducta culposa (imprudencia profesional) del trabajador, no procederá el recargo previsto por el artículo 93 LGSS, ya que esto rompe el nexo causal que lo origina; pero, sin embargo, sí habrá de percibir el trabajador la prestación que corresponda al siniestro en cuestión (51).

b) Cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional se produzca por la concurrencia de acciones u omisiones infractoras de medidas de seguridad, tanto del trabajador como del empresario, se entiende que el incumplimiento empresarial es siempre más grave que la negligencia del trabajador, pudiendo, a lo sumo, esta mínima concausa utilizarse como elemento valorativo para determinar el grado de responsabilidad de la empresa a efectos de cuantificar el incremento que debe abonarse (52).

Ahora bien, en este caso la responsabilidad del trabajador no puede actuar como un elemento valorativo en abstracto, sino que habrá de atender a los siguientes criterios: gravedad de la infracción, cualificación profesional del individuo y antigüedad en la empresa, que pueden concurrir por separado o conjuntamente, pero que en cualquier caso agravan indudablemente la situación jurídica del implicado (53).

4. Imprudencia simple del trabajador

A diferencia de la imprudencia profesional, que, como ya se ha dicho, viene caracterizada por los rasgos de habitualidad y confianza, en la imprudencia simple se observa que el sujeto no ha querido correr riesgo alguno, aunque haya descuidado los medios para evitar el resultado dañoso (54). En definitiva, omite el normal deber de diligencia que a él le corresponde.

Sin embargo, ambas poseen unas afinidades legales que, como también hemos analizado anteriormente, les otorga el artículo 84.5.b, en tanto que los dos se reputan como accidentes de trabajo, independientemente de que concurra responsabilidad empresarial o de un tercero no ajeno a la actividad laboral y, por consiguiente, producen los mismos efectos en lo que prestaciones se refiere.

- (51) Sentencia del T.C.T. de 5 de julio de 1985 (Ref., 4796). STCT de 11 de diciembre de 1986 (Ref., 13592). STCT de 21 de febrero de 1989 (Ref., 1731). STCT de 4 de abril de 1989 (Ref., 2936). STSJ de 5 de octubre de 1989 (Aranzadi, 830). STSJ de 21 de marzo de 1991 (Aranzadi, 1863). STSJ de 19 de mayo de 1992 (Aranzadi, 2720).
- (52) Sentencia del T.C.T. de 26 de mayo de 1986 (Ref., 662). STSJ de 7 de diciembre de 1989 (Aranzadi, 401). STSJ de 4 de marzo de 1992 (Aranzadi, 1337).
- (53) Sentencia del T.C.T. de 26 de febrero de 1986 (Ref., 1269). STCT de 26 de mayo de 1986 (Ref., 3659). STCT de 4 de octubre de 1988 (Ref., 6442). STSJ de 27 de noviembre de 1990 (Aranzadi, 3501).

Pero comoquiera que legalmente viene establecida la potestad disciplinaria del empresario, no querríamos cerrar este epígrafe sin abordar esquemáticamente cómo se resuelve dentro del contrato una manifiesta actitud dolosa, culposa o simplemente imprudente del trabajador; en definitiva, qué instrumentos posee el empresario para sancionar al sujeto infractor.

Se hace obligado aludir para ello al artículo 159 OGSHT, que fija una gradación de sanciones muy diversas, desde las producidas por faltas leves hasta las derivadas de faltas muy graves, previéndose como instancia última el despido disciplinario.

Ahora bien, erraríamos la conclusión de este estudio si omitiésemos el efecto tamizador que sobre este artículo ha tenido el artículo 48 del E.T., por el cual se han suprimido las multas de haber así como la disminución de los derechos al descanso y que, en opinión de algún actor, ha supuesto la modificación más trascendente operada en los últimos años (55).