

COMPATIBILIDAD DE RESPONSABILIDADES Y RECARGO DE PRESTACIONES

CARMEN CARRERO DOMÍNGUEZ
*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

EXTRACTO

Las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo a las que tiene derecho el trabajador víctima del mismo, son una materia que provoca no pocos problemas legales y jurisprudenciales, tanto desde el punto de vista de la compatibilidad como de la determinación de la cuantía final. Estos problemas se acentúan, si cabe más, cuando tenemos que tener en consideración el recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad. Esta complejidad deviene no sólo de la determinación de su naturaleza sino también de su compatibilidad con otro tipo de responsabilidades. Este trabajo intenta reflexionar sobre las cuestiones que se suscitan a partir de la postura del Tribunal Supremo en este ámbito y, apoyándose en la misma, intenta aportar una reflexión interpretativa de esta figura histórica de la Seguridad Social, no sólo desde la perspectiva de su naturaleza, aunque sea inevitable su análisis, sino, y esto es lo importante, desde su compatibilidad e incidencia en la fijación de la indemnización final que se debe establecer como reparación total del daño sufrido por el trabajador. Así este estudio tiene como finalidad arrojar alguna luz sobre la necesidad de abandonar posiciones ya superadas en la materia. Para ello, partiendo y utilizando la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, donde se analiza un supuesto de hecho frecuente y habitual cuando acaece un accidente de trabajo, se realiza un examen de cada tipo de responsabilidad, su coexistencia con la figura del recargo de prestaciones y su incidencia en la determinación del quantum íntegro de la indemnización. Para finalmente, señalar lo que parece una interpretación más correcta en la utilización de este instituto.

ÍNDICE

1. Introducción
2. Antecedentes y planteamiento general del problema
3. Una conclusión que reabre una polémica: la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones
4. Reparación íntegra del daño, enriquecimiento injusto y recargo de prestaciones
5. Las Prestaciones de Seguridad Social y las prestaciones complementarias como parte de la reparación
6. El recargo de prestaciones como parte de la indemnización por daños y perjuicios; La tesis del voto particular: unas observaciones imposibles de ignorar
7. Una propuesta alternativa a los problemas de compatibilidad del recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad con otras responsabilidades empresariales

1. INTRODUCCIÓN

La razón de ser de este estudio viene condicionada por la ya no tan reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000 mediante la cual se pone de relieve y ha supuesto, sin duda con una finalidad de tutelar al trabajador afectado, el regreso a una posición acerca de la naturaleza del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad caracterizada por la carencia de una definición precisa y por la falta de independencia conceptual de este instituto jurídico histórico. Sobre todo en lo que hace a su relación con otros tipos de responsabilidades, en principio compatibles, generadas por las mismas circunstancias de incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales. Este retorno conceptual supone el replanteamiento de un debate que parecía ya zanjado, o en vías de serlo, y por esta razón se justifica que, tomando como excusa y premisa "punto" de partida esta Sentencia, se realice un análisis a través del cual se pueda determinar a quién puede imputarse esta responsabilidad; sin que, hasta el momento, la cuestión haya avanzado nada en cuanto a lo que se refiere a la solución de la polémica o a la acentuación de las posiciones dispares. Pues bien, a partir de la Sentencia se pondrán de manifiesto los problemas jurídicos más relevantes que, en relación con este tema, se plantean comentando ordenadamente cada uno de ellos. Por este motivo, y dado que es la sentencia el punto de partida, se ha optado por adecuar la elaboración de este artículo a la estructura empleada por el Tribunal para llevar a cabo su fundamentación; de manera que la estructura de este estudio se sitúa próxima a la de un comentario de dicha Sentencia, sin serlo, en la que, no obstante se irá realizando una reflexión analítica de cada una de las cuestiones que se ha ido planteando el Tribunal Supremo¹.

¹ Esta Sentencia ha sido posteriormente confirmada por otras. Véase Sentencia del Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina de 14 de febrero de 2001, rec. 130/2000.

Como mero recordatorio, hay que señalar que la norma en torno a la cual se suscita la cuestión y que es el fundamento central de la argumentación del Tribunal no es otra que el art. 123 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS); el cual, como es sabido, establece el incremento, en un porcentaje variable según el incumplimiento pero en todo caso entre un mínimo de un 30 y un máximo de un 50 por 100, de la cuantía de todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y que sean consecuencia de un incumplimiento grave de las medidas de seguridad por parte de la empresa obligada. Evidentemente, este precepto diseña el recargo de prestaciones con la clara finalidad de hacer gravitar sobre el empresario infractor un plus de responsabilidad, de forma que esta amenaza le aliente a cumplir más respetuosa y eficazmente con las normas de prevención de riesgos. El recargo, por otra parte y reforzando esta función de garantía, se configura como un instituto compatible e independiente de cualquier otro tipo de responsabilidad que se pudiera generar por las mismas circunstancias. Una compatibilidad que, además de venir establecida por el art. 123.3 de la misma LGSS, se encuentra recogida en el art. 42.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), refiriendo esa compatibilidad incluso a las responsabilidades penales y administrativas. Sobre ambos preceptos gira la argumentación de la Sentencia de la que se parte. Sin embargo, hay que añadir que dentro de esa compatibilidad nos encontramos con la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana establecida por el art. 1902 del Código Civil —compatibilidad contemplada, sin lugar a dudas, en el art. 127 de la LGSS— y que junto con todas las demás responsabilidades intenta alcanzar la reparación íntegra del daño. De hecho, la Sala de lo civil del Tribunal Supremo viene conociendo de este tipo de responsabilidad argumentando su independencia con respecto a otras que pudieran surgir por tal evento dañoso².

2. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

La Sentencia versa sobre un trabajador, sondista de la empresa HUNOSA, que sufrió un accidente de trabajo que tuvo como consecuencia, tras un período de incapacidad temporal, la amputación de su extremidad inferior dere-

² Véase en este sentido, entre otras, Sentencias de la Sala 1ª de 30 de noviembre de 1998 (Ar. 8785) y de 10 de abril de 1999 (Ar. 2607). Sobre la polémica competencia de la jurisdicción civil para conocer sobre la responsabilidad derivada de accidente de trabajo Mercader Uguina, J. "Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo, Seguridad Social y derecho de daños". Biblioteca de Temas de Seguridad Social, La Ley e Instituto de Seguridad Social Juan Luis Vives de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001, págs. 197 y ss.; Ojeda Avilés, A. "Responsabilidad Aquiliana *versus* recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica". Relaciones Laborales, 19/2000, págs. 23 y ss.

cha. Una lesión que motivó la declaración, por parte del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) de una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, estimando igualmente el INSS la existencia de una responsabilidad empresarial como consecuencia de la falta de medidas de seguridad exigibles, disponiendo que las prestaciones de Seguridad Social que se derivaran de dicho accidente se incrementaran, en aplicación del art. 123 de la LGSS, en un 50 por 100 a cargo exclusivo de la empresa responsable. Disconforme la empresa con la imposición del recargo de prestaciones, interpuso demanda ante el Orden Social de la Jurisdicción, que tanto en la instancia (mediante la Sentencia del Juzgado de lo Social número tres de Oviedo, de 21 de febrero de 1997), como después en la resolución del recurso por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sentencia de 23 de enero de 1998), fue desestimada, confirmando la imposición del recargo en los términos declarados por el INSS. El capital-coste del recargo, consecuencia de su capitalización, ascendía a más de diecisiete millones de pesetas.

Además del derecho al recargo de las prestaciones, el trabajador accidentado obtuvo el reconocimiento de otro tipo de compensaciones económicas. Entre las que cabe citar: en primer lugar, la que se fundamenta en la aplicación del acuerdo entre la empresa y el comité intercentros, el cual preveía una indemnización de seis millones de pesetas a cargo de la empresa en los casos de declaración de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo. El derecho a esta indemnización fue reconocido, pese a la oposición de la empresa, en una Sentencia del Juzgado de lo Social correspondiente (número uno, de Oviedo, de fecha 20 de diciembre de 1996). Por otra parte, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en Sentencia de 14 de mayo de 1999, reconoció al trabajador el derecho a una indemnización por daños y perjuicios de más de veintiún millones de pesetas, incrementando la cuantía de dicha indemnización ya que el Juzgado de lo Social que conoció de esta reclamación en la instancia (el número cuatro de Oviedo, con Sentencia de fecha 27 de abril de 1998) había fijado la cuantía de cuatro millones de pesetas.

Paralelamente a las decisiones judiciales anteriormente citadas, se produjo la apertura de un expediente administrativo sancionador por incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales; expediente que se cerró con la imposición a la empresa de la correspondiente sanción administrativa. Esta decisión sancionadora pública fue igualmente recurrida por la empresa, encontrándose, en el momento de dictarse la Sentencia del Tribunal Supremo objeto de comentario, pendiente de resolución del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

La discrepancia de la empresa se centraba en la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios, fijada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, como se ha dicho, en veintiún millones de pesetas. Razón por la cual interpuso el recurso de casación para la unificación de doctrina, presentando

como contradictoria una Sentencia de la Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 14 de mayo de 1999, donde, en un supuesto similar, de la indemnización por incumplimiento contractual fijada y que el trabajador había recibido, se sustrajo la cuantía correspondiente a la capitalización del recargo de prestaciones. Es decir, la contradicción denunciada consistía en que, en la Sentencia de contraste, se computaba la cuantía capitalizada del recargo de prestaciones a efectos de la indemnización general por daños y perjuicios reconocida al trabajador, considerando la primera como parte de la segunda y no como una indemnización independiente, además de plenamente compatible. Por otra parte, y esto es importante a efectos argumentativos, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (fto. jdco. quinto), se establecía que era irrelevante la separación nominal entre responsabilidad contractual y extracontractual, al tratarse en el fondo de la misma responsabilidad y de un tipo de reparación del daño semejante.

Para la Sentencia del País Vasco, lo importante es que cualquier tipo de responsabilidad que se genere y que tenga como finalidad reparar el daño producido, se deriva de un único ilícito laboral, independientemente de la naturaleza que éste. De manera que lo que importa es que haya un único título de responsabilidad del que se deriva la obligación de resarcimiento integral del daño producido una responsabilidad donde han de incluirse todas las compensaciones económicas a que el trabajador pueda tener derecho como consecuencia de ese ilícito laboral. A partir de esta afirmación de principio, esto es que no se pueden acumular ni duplicar las responsabilidades económicas cuando el daño a indemnizar es único, la Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco, considera que, entre las compensaciones económicas computables para hacer frente a la totalidad del daño, han de incluirse no sólo el recargo de prestaciones si hubiera lugar a él; también las indemnizaciones recibidas como mejora voluntaria por vía de la negociación colectiva o contrato de trabajo y lo abonado voluntariamente por el empresario; y, por último, también la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social otorgadas por causa del accidente sufrido. Concluyendo tajantemente que lo contrario, esto es, permitir una acumulación o duplicidad de las reclamaciones "cuando el daño a indemnizar es único", sería un "proceder contrario al principio del enriquecimiento injusto".

Pues bien, este es un supuesto de hecho de conocimiento reincidente para nuestro Tribunal Supremo. Sin embargo, esta Sentencia, que en principio tiene más voluntad humanitaria que de provocar polémica con relación a la compatibilidad y naturaleza del recargo ha producido el efecto contrario. En efecto, el Tribunal ha incitado el replanteamiento del asunto sobre el que gira este artículo.

Así, tras admitir a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo se plantea en la Sentencia que se utiliza para el análisis, no tanto la naturaleza del recargo, aunque esta es una cuestión que

surge de forma indirecta, sino si el mismo es independiente de cualquier otra responsabilidad económica que consista en la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al trabajador; y, por tanto, si para la determinación de la cuantía de dicha indemnización de daños, cualquiera que sea su naturaleza, se han de detraer o no las cantidades que la empresa infractora de las medidas de seguridad haya de abonar en concepto de recargo de prestaciones. Una cuestión que, inevitablemente, afectará a la posible detracción de otros conceptos económicos, como las prestaciones públicas y las sociales complementarias privadas que el trabajador pueda recibir por la misma causa última.

De tal manera que se puede decir, a mi juicio, que hay distintos mecanismos de patrimonialización de la reparación, a saber, las prestaciones de seguridad social que se surgen como consecuencia de una responsabilidad empresarial tasada y limitada, cuyo fundamento está en el principio de responsabilidad objetiva por la mera producción del accidente; el recargo de prestaciones, mecanismo que responde al plus de responsabilidad que se exige al empresario, adicionándolo a la prestación de seguridad social que se genera y que va íntimamente unido a un ilícito administrativo que, a su vez, necesita de un daño efectivo en la persona del trabajador; otro tipo de prestaciones complementarias —que no siempre existen— que se añaden como un plus de reparación o complemento de responsabilidad empresarial, a través de la negociación colectiva y, por último, la posible responsabilidad civil por el daño causado³.

³ Hay que tener en cuenta que el derecho a la reparación a la que tiene derecho el trabajador como consecuencia del accidente de trabajo nace como cumplimiento del principio de inmunidad instaurado ya en la Ley de accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. En esta norma, el empresario debía indemnizar al accidentado por la producción de un perjuicio causado como consecuencia del accidente. No obstante, esta indemnización era objetiva y estaba tasada, de manera que la posible exigencia de cualquier otro tipo de responsabilidad sólo era posible en tanto en cuanto estuviera establecida por la propia ley. Existía una incompatibilidad entre la responsabilidad civil y la prevista en la Ley de 1900. En efecto, el principio de inmunidad empresarial vendría a significar que el empresario debía reparar el daño producido al trabajador en la forma en que la ley lo establecía y el recargo era el mecanismo de compensación plena del daño que no se cubría totalmente a través de la indemnización tasada. Consecuentemente, por un lado se evitaba la "doble indemnización" para la víctima y, por otro, el empresario respondía más allá de la indemnización legal con otra más específica que surgía cuando incumplía negligentemente la normativa en accidentes de trabajo el empresario. La ruptura de este principio de inmunidad empieza a producirse en 1932 con el Texto refundido de accidentes de trabajo, con la Ley de accidentes de trabajo de 1956 y su reglamento aparece el recargo más cercano a su vertiente sancionadora y ya claramente en el nuevo sistema de seguridad social que se instaura en 1967. Esta ruptura se materializa en nuestros días en el art. 127 de la LGSS donde se compatibiliza prestaciones de seguridad social con cualquier otro tipo de responsabilidad civil o penal. Véase Desdentado Bonete, A. y De la Puebla, A. "Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones". En "Cien Años de Seguridad Social", Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000, págs. 640 y ss. De los mismos autores, "La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la jurisprudencia". Tribuna Social, 125/2001, págs. 13 y ss.

A continuación se irá analizando, con el soporte de la Sentencia, qué problemas e inconvenientes surgen de estos mecanismos; su compatibilidad; cómo el Tribunal Supremo da respuesta a estos interrogantes que surgen⁴ y, por último, qué opinión crítica nos merece este posicionamiento doctrinal.

3. UNA CONCLUSIÓN QUE REABRE UNA POLÉMICA: LA NATURALEZA SANCIONADORA DEL RECARGO DE PRESTACIONES

Como se ha dicho, el problema principal que se plantea en nuestra Sentencia de apoyo, pero que es una constante en la jurisprudencia de la Sala IV, consiste en discernir si la cuantía del recargo debe computarse en la suma que constituye el íntegro indemnizatorio en que se materializa la reparación total de los daños que se producen cuando tiene lugar un accidente de trabajo; o, si por el contrario, si el quantum a que pueda ascender el recargo es compatible, y sobre todo, independiente de cualquier otra responsabilidad empresarial, sin tener en consideración su naturaleza o que su finalidad sea o no el resarcimiento de los daños causados. No obstante, es inevitable que el Tribunal Supremo, al resolver acerca de la independencia y de la compatibilidad del recargo con esas otras prestaciones e indemnizaciones, siempre deba entrar, siquiera brevemente, en la eterna discusión de la naturaleza del recargo de prestaciones. En efecto, naturaleza jurídica y autonomía o compatibilidad van íntimamente unidas y, en consecuencia, es imprescindible que este análisis, como la Sentencia sobre la que se apoya, vincule ambas cuestiones.

Pues bien, se comienza afirmando, lo que no puede criticarse, que para solucionar esta cuestión es imprescindible partir de los preceptos legales aplicables al caso. Esto es, el art. 123.3 de la LGSS y el art. 42.3 de la LPRL, señalándose que tanto uno como otro precepto declaran la absoluta independencia del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y su compatibilidad con cualesquiera otras responsabilidades que se deriven de la infracción cometida que incide directamente en el accidente de trabajo provocando sus consecuencias dañosas para el trabajador. En efecto, el punto de partida parece correcto en tanto que ambas regulaciones legales establecen el principio de compatibilidad e independencia del recargo con otro tipo de reparaciones o responsabilidades. De tal manera que, sobre todo ex art. 42.3 LPRL, se declara la compatibilidad, al margen de las responsabilidades penales en la medida que se cumpla el principio non bis in ídem, cuando esa responsabilidad coincide o se superpone con la responsabilidad administrativa, entre: las responsabilidades administrativas que se deriven el incumplimiento de la norma de prevención; la indemnización (civil, contractual u ordinaria) de los daños y perjuicios

⁴ No se puede obviar que la Sentencia de octubre de 2000 cuenta con un voto particular suscrito por siete de los magistrados de la Sala.

causados; y todas estas responsabilidades con el recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social a cargo del empresario⁵.

A partir de esta constatación legal, el Tribunal Supremo hace un recorrido a través de la propia jurisprudencia unificadora relacionada con la materia, pareciendo que el Tribunal conoce a priori la conclusión a la que quiere llegar y selecciona aquellos criterios que le son útiles para alcanzarla.

En esta línea, la primera afirmación que hace, ciertamente no pacífica, es que el recargo de prestaciones (y es aquí donde empiezan inevitablemente a mezclarse compatibilidad e independencia con naturaleza jurídica) ostenta un carácter sancionador; una pena o sanción que se añade a la prestación y cuya imputación sólo cabe hacerla a la empresa incumplidora de los deberes de seguridad y salud laboral. De forma que la responsabilidad del empresario infractor es cuasi-objetiva, siendo éste además responsable directo del recargo y quedando exenta de responsabilidad la Entidad Gestora de las prestaciones sociales públicas (INSS), por tratarse de una responsabilidad exclusiva del empresario que se basa fundamentalmente en ese carácter sancionatorio del recargo; razón por la que se prohíbe su aseguramiento público o privado. Por último, concluye el Tribunal Supremo este recorrido jurisprudencial recordando que la cuantía del recargo está en función de la gravedad del incumplimiento y no del daño causado al trabajador, lo que vendría también a justificar ese carácter sancionador de la conducta infractora y no tanto reparador directo del daño o del perjuicio ocasionado. Es en este momento, donde la problemática de la naturaleza del recargo debiera ser resuelta en primer lugar porque el Tribunal se apoya en ésta declarando cierto carácter sancionador del mismo para resolver la cuestión objeto de controversia.

Sin embargo, como en tantas otras ocasiones, no se hace nada más que transcribir otras decisiones del mismo Tribunal sin entrar en el análisis y en las argumentaciones que se utilizaron para llegar a esas conclusiones, aparentemente tajantes a favor de la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones⁶. En efecto, si se entiende que el recargo es una sanción o una pena, se debería haber aplicado, en buena lógica, los elementos conformadores de las mismas; lo que hubiera ayudado a conocer si responde a esa naturaleza.

Hagamos una transposición crítica de las características de las sanciones al recargo⁷, resulta que:

⁵ Fundamento jurídico segundo de la Sentencia de apoyo.

⁶ Baste citar, a modo de ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993 (Ar. 1714); de 24 de mayo de 1994 (Ar. 4288); 22 de septiembre de 1994 (Ar. 7170); de 27 de septiembre de 2000 (El derecho-jurisprudencia, 2000/33427); e incluso de algún Tribunal Superior de Justicia, como del de la Comunidad Valenciana de 25 de mayo de 2000 (A. S. 2000/1793).

⁷ Sobre el concepto y características de las sanciones administrativas, Carrero Domínguez, C. "El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales". La Ley, Madrid, 2001, págs. 158 y ss.

Es verdad que las sanciones administrativas son consecuencia de la realización de una conducta ilícita caracterizada por el incumplimiento de la normativa establecida en el tema de que se trate; también de prevención de riesgos, si es la cuestión de la que hablamos. El recargo es, también es cierto, una respuesta a la infracción de las obligaciones contenidas en tales normas de prevención; infracción que supone el acaecimiento de un accidente de trabajo que tiene su causa en dicho incumplimiento y en tal conducta ilícita (relación causa-efecto), y que, a su vez, produce un perjuicio para la salud del trabajador. Ciertamente, este rasgo hace que pueda identificarse, como hace la Sentencia del Tribunal Supremo, recargo con sanción administrativa. Por otra parte, las sanciones administrativas son impuestas por los órganos administrativos competentes. Desde esa perspectiva, el recargo también es declarado por el órgano competente de la Administración —ex art. 27 del RD 928/98, de 14 de mayo— siguiendo el procedimiento administrativo legalmente establecido. Conforme al art. 1.1.e) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, es competencia del Instituto Nacional de Seguridad Social: "declarar la responsabilidad que proceda por falta de (...) medidas de seguridad e higiene en el trabajo y, determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas". Este rasgo, típico de las sanciones administrativas, también concurre, por tanto, en el recargo, asimilándolo a una sanción. Por último, según el art. 123 de la LGSS es directamente el empresario infractor el responsable, por lo que no es posible la transmisión de esa responsabilidad, ni su aseguramiento; lo que acentúa su carácter represivo al obligar al empresario a hacer frente a esa responsabilidad económica sin poder acudir a formas de prevención o de desplazamiento de la misma. La dureza de la prohibición sólo puede asimilarse a la prohibición general del aseguramiento frente a las sanciones administrativas⁸. Además, por no tratarse, en sentido propio, de una prestación de la Seguridad Social, no regiría el principio de automaticidad ni la responsabilidad subsidiaria del INSS. Dicho de forma breve, la finalidad reparadora cae a un segundo plano cuando el daño económico a provocar en el patrimonio del empresario ya no es posible por incumplimiento o insolvencia de éste, sin que se articulen fórmulas, previstas para las prestaciones sociales, de garantía de la protección (o de la reparación, podría decirse)⁹.

Pero las sanciones administrativas consisten en deberes pecuniarios o en la privación de ciertos derechos. Como se ha repetido, la imposición del recargo se traduce en el incremento, conforme al quantum establecido en la norma, de las prestaciones de Seguridad Social. Es verdad que ese quantum, además

⁸ Ojeda Aviles, A. "Responsabilidad aquiliana ..." op. cit., pág. 36.

⁹ En este sentido, Mercader Uguina, J. "Indemnizaciones..." op. cit., pág. 142.

de fijado por la ley entre un mínimo y un máximo, toma como referencia la prestación social pública cuya conexión con el daño causado al trabajador es sólo indirecta; además de determinar el concreto porcentaje en razón de la gravedad del incumplimiento y no tanto en la importancia del daño generado. Todo ello conduciría asimismo a la naturaleza sancionadora del recargo. Sin embargo, el que su cuantía se establezca mediante el incremento de la prestación pública debida al trabajador no deja de distorsionar este panorama, introduciendo ciertas y razonables dudas.

Tales serían, en primer lugar, el que la cuantía del recargo se fije en razón de las prestaciones, lo pone en conexión con el daño causado ya que, aunque de forma indirecta como se ha dicho, las prestaciones se establecen en razón, entre otras circunstancias, del daño generado al trabajador (distintos grados de incapacidad permanente, distinta duración si se trata de una incapacidad temporal, distinta cuantía inicial de la prestación si se ha ocasionado una muerte y distintos y plurales beneficiarios). Incluso la atención a la gravedad del incumplimiento es una manera de conectar el recargo con el daño causado ya que esa gravedad se determinará, posiblemente, teniendo en cuenta, además de otros factores, las consecuencias de tal incumplimiento en términos de daños al trabajador. Por otra parte, el beneficiario directo de esa hipotética sanción es el trabajador afectado. Lo que, de ser una sanción, constituiría una singularidad notable ya que la represión de un incumplimiento (la sanción administrativa) se consuma en la pena económica misma y su ingreso en el erario público; que el trabajador reciba esa prestación incrementada es un privilegio para este último o bien, una manifestación de la intención reparadora del recargo, donde es lógico el que el trabajador sea el beneficiario. Por último, la función indemnizatoria se pone de manifiesto (y, en sentido contrario, la ausencia o debilitación de la sancionadora) en el hecho de que, no generándose ningún derecho a prestaciones de la Seguridad Social (porque no se den las circunstancias que se califican como contingencias protegidas), no hay recargo y, en consecuencia, no habría esta sanción. De manera que la función sancionadora pública que el recargo vendría a materializar no depende de la gravedad de la infracción (que puede serlo y mucho) sino de que esa infracción haya generado un daño (actualizado una contingencia de la Seguridad Social, podría decirse) y que ese daño haya generado o causado, a su vez, una prestación. El protagonismo del daño es indudable, desplazando el hecho de la infracción a un lugar más secundario. Por tanto, el incumplimiento es necesario, pero lo importante es el daño producido y la relación causal entre ambos.

Por otra parte, la sanción administrativa es incompatible con la responsabilidad penal que se declare por los mismos comportamientos en esta vía jurisdiccional. Esta incompatibilidad es debida a la aplicación del principio "non bis in ídem" que supone que nadie puede ser condenado dos veces por la misma conducta ilícita, siendo presupuesto necesario para que se dé esta

incompatibilidad que recaiga sobre el mismo sujeto, con identidad de hechos y fundamento. Sin embargo, como se recuerda expresamente en la Sentencia que se está utilizando, los arts. 123 de la LGSS, 42.3 de la LPRL y 27 del RD 928/1998, declaran el recargo de prestaciones compatible con cualquier otra clase de responsabilidad, y concretamente con la penal. Y, salvo inconstitucionalidad de tales preceptos, éste es un rasgo (aun diferenciado del de la independencia respecto de otras responsabilidades) que, sin duda, aleja el recargo de la noción de sanción administrativa. No obstante, debemos señalar, como por otra parte también hace la jurisprudencia que el fundamento de la sanción administrativa y del recargo son diferentes, por lo que no se vulneraría el principio señalado¹⁰. Se volverá sobre esta cuestión más adelante.

4. REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO, ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y RECARGO DE PRESTACIONES

Negando su propio punto de partida, una vez que el Tribunal ha establecido la naturaleza sancionadora del recargo, se vuelve sobre la cuestión que, como se dijo al inicio, constituía el núcleo de lo suscitado por el recurso, esto es, lo referente a la compensación total del daño, con el límite de una reparación que, siendo íntegra, no suponga una forma de enriquecimiento injusto. Para ello, la jurisprudencia¹¹ intenta establecer los referentes entre los que debe moverse el derecho de restitución, utilizando los argumentos de la sentencia recurrida, en concreto la del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Entre éstos hay que resaltar los siguientes. En primer lugar, que todo aquel que causa un daño en el ámbito laboral debe hacerse cargo de las indemnizaciones que reparen o compensen plenamente de forma "adecuada, proporcionada y suficiente" todos esos daños y perjuicios (incluyendo el daño emergente, el lucro cesante, y los daños materiales y morales que sufre el trabajador en su esfera familiar, laboral, personal y social). En segundo lugar, que ha de haber una conexión entre la indemnización civil y otras posibles reparaciones de naturaleza laboral debido a su semejante finalidad, por lo que todas han de tenerse en consideración a efectos de la reparación perseguida. En tercer lugar, que aun cuando la responsabilidad civil debe ser compatible con la que se puede derivar del contrato de trabajo, también es cierto, que no se puede permitir la duplicidad de indemnizaciones que intenten reparar el mismo perjuicio; compatibilidad no es, en este caso, independencia. En cuarto lugar, que existiendo una pluralidad de posibilidades para obtener la reparación, es preciso tener en cuenta que se trata del mismo y único daño y que,

¹⁰ Sobre este significado de este principio, Carrero Domínguez, C. "El régimen jurídico...". Op. cit., págs. 320 y ss.

¹¹ Fundamento jurídico tercero de la Sentencia de octubre de 2000.

por ello, se debe computar en el quantum íntegro todas las cantidades que reciba el trabajador en concepto de reparación de aquél. En quinto lugar como lo que se pretende es una proporcionalidad plena entre daño y reparación, se debe dejar a un lado el recargo de prestaciones, por su naturaleza sancionadora (volviendo el Tribunal a apoyarse en la naturaleza del recargo para ir ajustando la delimitación del quantum íntegro de la reparación), y percibir todas las indemnizaciones necesarias para conseguir ese objetivo, siempre con el límite racional de una compensación plena que no supere el íntegro del daño y no incurra en un enriquecimiento injusto por excesivo. Por último, que hay que computar todas las prestaciones que recibe el accidentado por la misma causa final, incluso las que se otorgan conforme a la normativa protectora de Seguridad Social, en calidad de prestaciones sociales públicas¹².

A partir de estas afirmaciones, se vuelve, una vez más, a la naturaleza del recargo para diferenciarlo del concepto de indemnización¹³. De este modo, se intenta determinar cuáles son las cantidades, o responsabilidades económicas, a tener en cuenta a la hora de determinar el íntegro de reparación. Se parte de que el recargo de prestaciones es un instituto de Seguridad Social específico y singular que no puede ser subsumido en el concepto de indemnización.

Parece que la razón esencial que justifica esta exclusión del recargo radica en su propia finalidad, es decir, la de prevención general de que no se produzcan accidentes; si no fuera así, el recargo debería de sustraerse del total de la indemnización, lo que impediría el cumplimiento de esta su finalidad esencial en la medida en que no se vería particularmente gravado el empresario infractor (por cuanto su responsabilidad económica estaría determinada por el daño causado y no por la entidad de su comportamiento). Se trata de una modalidad coercitiva que incentiva a un futuro empresario infractor a plantearse si le compensa el incumplimiento de la norma preventiva ya que, al fin y al cabo, al no incluirse el recargo dentro del concepto de indemnización, no va a ser menos gravoso dicho incumplimiento, sino todo lo contrario al tener que sumar a la reparación del daño la cuantía del recargo. Se trataría, en consecuencia, de un plus de responsabilidad empresarial respecto de la que la opción del legislador, que podría haber sido otra, es la de hacer beneficiario de la misma no tanto a la Administración sino al propio accidentado o sus causahabientes. En todo caso, lo importante para el recargo no es la reparación de un único daño sino la gravedad de la infracción que es sustancialmente independiente del perjuicio causado.

¹² De esta opinión Desdentado Bonete A. y De la Puebla Pinilla, A. "Las medias complementarias de protección...". Op. cit., pág. 645.

¹³ Fundamentos jurídicos cuarto y quinto.

Ciertamente, no es posible negar la corrección de estos argumentos que se plantean cuando se refiere al principio de reparación íntegra del daño y a la necesidad de cómputo de cuantas indemnizaciones se perciban por esta causa y con esta finalidad. Donde esa argumentación es más débil y criticable es cuando, por una parte, intenta excluir el recargo de la noción indemnizatoria, lo que se consigue a duras penas y no sin contradicciones, como ahora se apuntarán; cuando, por otra, lleva el recargo al ámbito sancionador, lo que es igualmente dudoso y algo se ha dicho ya al respecto; y cuando, en fin, hace recuento de las prestaciones e indemnizaciones económicas que sí han de computarse, incluye las prestaciones públicas de Seguridad Social. Aunque el objetivo sea loable, la intención de declarar la autonomía del recargo de prestaciones acercándolo al concepto de pena no se materializa en una argumentación suficientemente convincente porque, para llegar a esa misma conclusión excluyente, debiera haber diferenciado mejor desde la propia esencia del recargo, entre éste y la indemnización.

De hecho, se pone de manifiesto que el recargo de prestaciones no contempla los hechos desde la misma perspectiva que la sanción administrativa ya que crea una relación indemnizatoria entre empresario infractor y trabajador perjudicado, mientras que la sanción responde a un poder del Estado; lo que permite decir que no se vulnera el non bis in ídem. Al final, parece como si se pretendiera, sin conseguirlo plenamente, crear una especie de tercer género, a medias entre la indemnización de daños y la sanción, donde incluir el recargo de prestaciones, permitiendo su exclusión de la primera y su acumulación por independencia a las demás indemnizaciones; y evitando la imputación de vulnerar el principio del non bis in ídem, al atribuir al recargo algo más y diferente que su pura naturaleza sancionadora, mezclando de nuevo las ideas de compatibilidad, determinación de la cuantía de reparación, integridad de la misma, independencia y naturaleza del recargo. Como si, por decirlo algo paradójicamente, el recargo no fuera indemnización por ser sanción, y no fuera sanción por su finalidad indemnizatoria. En todo caso, cuando compatibilizamos recargo e indemnización es cuando aquél manifiesta su carácter sancionador.

En efecto, es difícil entender cómo se parte de un concepto sancionador del recargo de prestaciones para luego acabar diciendo que su función es la de crear una relación indemnizatoria. La mezcla de todos estos institutos jurídicos hace que se tenga la impresión que el Tribunal, para justificar la compatibilidad del recargo con las sanciones administrativas, está conceptuando al recargo como una indemnización; una afirmación que se matiza al entender que el recargo no es una indemnización en sentido propio, expresiva de una relación de reparación entre particulares, ya que interviene la Administración pública. Pues bien, si se califica al recargo como indemnización para declarar su compatibilidad con la sanción administrativa, se contradice inmediatamente en tanto que vuelve a señalar su carácter coercitivo para permitir su inde-

pendencia respecto de las demás indemnizaciones. Quizás hubiera sido necesario un análisis más centrado en si el recargo, como plus que se une a la prestación de la Seguridad Social, tiene los rasgos de una indemnización o no.

En este orden de cosas resulta que la indemnización tiene un rasgo esencialmente reparador, es decir, compensa el daño sufrido por el trabajador o las consecuencias del accidente de trabajo o enfermedad profesional, que no se hubieran producido si se hubiera cumplido con la normativa vigente en la materia. En este sentido, el recargo también intenta compensar, aunque sea parcialmente, las consecuencias del accidente incrementando la prestación económica de la Seguridad Social. Parece que se trata, pues, de un régimen indemnizatorio prestacional. El único inconveniente para este criterio es que este aumento no está, al menos no directamente, relacionado con el daño sino con la gravedad de la infracción, ex art. 123 LGSS y, seguramente, esto hace que se abandone la idea de entender la compatibilidad el recargo con base en su posible naturaleza indemnizatoria. Por añadidura, su consideración como indemnización justificaría su reducción del quantum reparador íntegro al que pudiera tener derecho el trabajador; y esto es precisamente lo que se trata de evitar en la Sentencia.

Así las cosas, no queda otra alternativa que entender que el recargo es una figura híbrida¹⁴; Es decir, una sanción con componentes indemnizatorios o, dicho de otro modo, una suerte de "indemnización punitiva", lo que salvaría todas las cuestiones o controversias que surgen al tener que entenderlo, obligada y binariamente, como sanción o como indemnización. Como se ha apuntado, es ésta la postura que parece adoptar el Tribunal Supremo, al intentar eludir todos los inconvenientes que surgen de la calificación del recargo como sanción referidos, entre otros, al cumplimiento del non bis in ídem, la prohibición del aseguramiento, que el último beneficiario del recargo, cuando no hay otros, sea el Estado, o que sea el orden jurisdiccional social el competente para conocer de su reconocimiento, etc. También se eluden los problemas que se suscitan de la calificación del recargo como indemnización al entenderlo como una especie de "sanción civil" independiente y autónoma que cumple una doble finalidad (por un lado, la responsabilidad del empresario y, por otro, la compensación de la víctima), obliga a que no haya de restarse necesariamente del total de la reparación porque se está calificando, a la vez, la gravedad de la infracción y la incidencia en la esfera personal, laboral, familiar del trabajador. A los efectos de la resolución recurrida, el Tribunal

¹⁴ Posición apoyada por parte de la doctrina como forma de eludir todos los problemas jurídicos que se están poniendo de manifiesto. Monereo Pérez, J.L. "El recargo de prestaciones por el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo". Cívitas, Madrid, 1992, pág. 89; Fernández Ramírez, M. "El empresario como sujeto responsable en el recargo de prestaciones: una perspectiva jurisprudencial". *Temas Laborales*, 34/1995, págs. 87 y ss.

Supremo termina fallando, de manera consecuente, en el sentido de que la tesis sustentada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias es la jurídicamente correcta; de tal manera que el recargo en ningún caso debe de restarse del quantum íntegro que repara todos los daños sufridos por el trabajador y, por tanto, debe considerársele como un instituto independiente y compatible con cualquier otro tipo de responsabilidades que se pudieran derivar del accidente de trabajo sufrido.

En definitiva, si se entiende el recargo como una figura de naturaleza mixta que no impide su acumulación a la indemnización de daños y perjuicios que recibe el trabajador —casi siempre en vía jurisdiccional civil mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual—, se puede estar produciendo, como algún autor señala, una sobreindemnización que conlleva la ruptura del principio de integridad patrimonial y la posibilidad de pasar la frontera del enriquecimiento injusto¹⁵.

5. LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y LAS PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS COMO PARTE DE LA REPARACIÓN

No obstante, aquí no acaban los problemas de la compatibilidad del recargo con otro tipo de responsabilidades. Si leemos la Sentencia de contraste del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, esta parte de que la reparación total y plena del perjuicio causado por el accidente de trabajo se alcanza con todas las cantidades que reciba el trabajador, independientemente de su naturaleza. Consecuentemente, el daño a reparar nace de un único título de responsabilidad, el "ilícito laboral", no pudiendo diferenciarse entre responsabilidad contractual o extracontractual propia del ilícito civil. A estos efectos, una vez cometido el ilícito laboral del que pueden surgir responsabilidades por daños y perjuicios, se deben computar todas a efectos de la reparación total. Formando parte del quantum íntegro tanto las indemnizaciones que se establezca por negociación colectiva, cualquier otra que se derive del contrato de trabajo a cargo del empresario, y, esto es lo más importante, también las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo y que "sufragan íntegramente a través de las primas que van a cargo exclusivo del empresario", añadiéndose el recargo de prestaciones, si es que el trabajador tuviera derecho a él.

De esta manera, al ser el daño único no puede darse duplicidad de reclamaciones sin vulnerar el principio de enriquecimiento injusto. Esta tesis totalizadora puede calificarse como discutible, al menos en lo que hace a los conceptos que se suman al fin de lograr la reparación plena del daño sufrido

¹⁵ En este sentido, Mercader Uguina, J. "Indemnizaciones...". Op. cit., págs. 157 y 158.

por la víctima. Porque, por ejemplo, es desde todo punto rechazable que se compute dentro del quantum el total de la prestación que recibe el trabajador por la contingencia de accidente de trabajo, ya que una prestación de Seguridad Social no es una indemnización que repare un daño —en todo caso no es su función principal— sino que, en este tema, dando cumplimiento al mandato constitucional del art. 41, de que todos tienen derecho a la Seguridad Social, se procede a la sustitución de rentas porque existe causa que incapacita laboralmente al trabajador, estamos ante una protección de una situación de necesidad. Si éste no puede prestar sus servicios a causa de dicho accidente debe, independientemente de quien sostenga dicha prestación pública, obtener del Estado las rentas sustitutivas suficientes porque no puede procurárselas personalmente. Esta sí es la función principal de la prestación en un sistema público de Seguridad Social como el nuestro.

Es obvio que no se puede olvidar que el sustrato de la prestación de seguridad social correspondiente y derivada de un accidente de trabajo lo sustenta el empresario a través del pago de una prima en concepto de cotización que responde, no al grado de cumplimiento de las normas de seguridad y salud laboral, no al grado de siniestralidad de la empresa, no al grado de diligencia del empresario al vigilar a sus trabajadores y la forma de prestar los servicios, sino a una cuota fija establecida por los riesgos y siniestralidad existentes en el sector de la actividad al que pertenece. Es de todo punto criticable que no se articulen otros instrumentos de determinación de la cuota que no sea el anteriormente señalado, ya que si se hiciera de otro modo se incentivaría esa prevención general del cumplimiento de la normativa en prevención de riesgos laborales que haría, en la mayoría de los casos, innecesaria la existencia del recargo de prestaciones¹⁶. Se quiera o no negar, y basándonos en lo que ya se ha dicho en cuanto a la funcionalidad de las prestaciones de Seguridad Social como sustitutivas de las rentas de quien no puede procurárselas, se puede señalar que aunque sea el empresario (sin olvidar al trabajador) el que cotice por las contingencias profesionales, es cierto que existen dificultades para afirmar que no se está socializando la responsabilidad¹⁷. O dicho de otro modo, se produce, aún imperfectamente, un desplazamiento de la responsabilidad hacia la Seguridad Social, todo esto sin olvidar que la prestación no cubre, desde este punto de vista, suficientemente la totalidad del daño producido sino una parte, la establecida por la prestación legal correspondiente al

¹⁶ Desdentado Bonete, A. y Nogueira Gustavino, M. "Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la Jurisprudencia (1900-2000): Revisión crítica y propuesta de reforma". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 24/2000, págs. 62 y 63.

¹⁷ En sentido contrario, Desdentado Bonete, A. y De la Puebla Bonilla, A. "La responsabilidad del empresario...". Op. cit., pág. 18.

grado de daño producido¹⁸. Incidiendo aún más en la postura que se mantiene, y a sensu contrario de lo mantenido por parte de la jurisdicción social y de la doctrina laboral, al actual sistema prestacional no se le puede seguir aplicando la filosofía de la Ley de 1900, es decir, las indemnizaciones que se establecieron tasadamente en aquélla, en orden a paliar parcialmente las consecuencias de un accidente de trabajo, tenían un espíritu totalmente reparador que no es equiparable a la funcionalidad de las prestaciones actuales derivadas de una contingencia profesional¹⁹.

Por mucho que se quiera fundamentar que la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo se ha asegurado obligatoriamente a través del sistema de seguridad social²⁰, esto no es del todo cierto en términos absolutos. La Seguridad social no alcanza a reparar totalmente el daño producido por el accidente de trabajo, por lo que cabría la posibilidad de que la víctima se pudiera resarcir de su perjuicio de forma completa a través de una posible indemnización por daños y perjuicios²¹. Además, este desplazamiento de la responsabilidad y, por ende, socialización de la misma, hacia el sistema público de Seguridad Social queda "patente o latente" si se hace un pequeño recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; se está haciendo referencia, concretamente, a los casos en los que cuando conoce de la imputación de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, en concreto, cuando existen descubiertos en la cotización y se produce un accidente de trabajo. Es clara para esta jurisprudencia la responsabilidad subsidiaria del INSS a tal efecto cuando se declara la insolvencia empresarial para hacer frente a este incumplimiento²² y siempre que esos descubiertos se hayan producido por la voluntad rupturista y deliberada del empresario que incumple intencionadamente su obligación de cotizar provocando una vulneración de los derechos del trabajador. A su vez esto provoca que se reclame las cantidades correspondientes por descubierto e incluso que el empresario pueda ser objeto de sanción administrativa. Una de las críticas que se realizan a esta interpretación

¹⁸ En este sentido, Ojeda Avilés, A. "Responsabilidad aquiliana..." op. cit., pág. 34. Este autor señala acertadamente que "la LGSS impone unos límites muy cicateros en la cuantía", por supuesto mucho menores que los que se obtendrán a través de la acción civil de daños y perjuicios donde el juez civil atiende a todos los elementos que participan en la determinación de la reparación total del daño, la culpa, el daño en sí, el lucro cesante etc.

¹⁹ Cruz Villalón, J. y Jover Ramírez, C. "La responsabilidad de seguridad social en materia de seguridad y salud laboral en el trabajo". Temas Laborales, 50/1999, págs. 266 y ss.

²⁰ Desdentado Bonete, A. y De la Puebla Pinilla, A. "La responsabilidad empresarial...". Op. cit., pág. 18.

²¹ Mercader Uguina, J. "Indemnizaciones...". Op. cit., págs. 185 y ss.

²² Baste citar a modo de ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 1 de febrero de 2000, rec. 694/1999; de 4 de diciembre de 2000, rec. 3903/1999; de 21 de marzo de 2001, rec. 2187/2000 y de 24 de marzo de 2001, rec. 794/2000.

se encuentra en la importante sentencia de 1 de febrero del 2000, en su voto particular, donde se señala que se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad con relación al descubierto y su incidencia en la prestación y el non bis in ídem si hacemos recaer en el empresario una doble penalización, a saber, pago de cuotas y sanción por el ilícito administrativo²³. No obstante, esta materia no es objeto de nuestro estudio²⁴, pero si nos ayuda a apoyar la tesis de la socialización de la responsabilidad.

En conclusión, la problemática relativa la prestación de Seguridad Social por accidente de trabajo debe entenderse como parte o no de la indemnización que debe recibir la víctima en concepto de reparación del daño producido, sobre todo, desde el posible desplazamiento de la responsabilidad, presenta dificultades insalvables en apoyo de esta postura. Desde esta afirmación, parece más correcto entender que responde la función principal que se deriva de la propia Constitución, es decir, como renta sustitutiva en una situación de necesidad de quien no puede procurarse unos ingresos a través de su actividad laboral, y no lo hace a consecuencia de un accidente de trabajo²⁵.

En otro orden de cosas, la Sentencia suscita el problema de si las prestaciones complementarias establecidas a través de la negociación colectiva que recibe el trabajador víctima de un accidente de trabajo, deben computarse o no dentro del quantum íntegro de la reparación. En este punto, cabría señalar dos posibilidades. La primera que ese plus de negociación se configure como un complemento de responsabilidad por accidente de trabajo concertado conforme a lo pactado en convenio colectivo que va unido a la producción de un accidente y que se materialice, por ejemplo, en un contrato de seguro por responsabilidad civil empresarial. O bien que se trata de un complemento, que no en una sustitución, de prestación pública para quien sufra un accidente de trabajo. En el primer caso, se debe interpretar que efectivamente se computa a efectos de la indemnización total que deba recibir el accidentado en concepto de reparación, ya que lo que el empresario hace es cubrir su responsa-

²³ Ver el interesante comentario de la Sentencia que realiza Sempere Navarro, A.V. "La responsabilidad empresarial en contingencias profesionales tras la STS de 1 de febrero de 2000". *Aranzadi Social*, 4/2000.

²⁴ Camps Ruiz, L. M. "Prestaciones y responsabilidades de la Seguridad Social" en AAVV. "Seguridad Social Práctica", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 512 y ss.

²⁵ En este sentido, Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. "Seguridad Social, riesgo profesional y accidente de trabajo". *Relaciones Laborales*, 1/2000, Editorial. Este autor de forma muy acertada señala que: "El sistema de responsabilidad del empresario, responde a una concepción de la protección social incompatible con nuestra CE, a cuya luz se impone la superación de la doctrina de la responsabilidad del empresario por riesgo profesional" ... "El derecho a las prestaciones del accidentado es subjetivo, exterior y ajeno a la dinámica del contrato de trabajo... La protección del accidente de trabajo persigue la cobertura de una situación de necesidad legalmente tipificada al margen de cualquier responsabilidad objetiva".

bilidad civil a través del compromiso negociado de suscribir un seguro de responsabilidad. No ocurre lo mismo en el otro supuesto por el que el empresario no está asegurando la eventualidad de que sea responsable de una indemnización civil por la actualización de un accidente, sino que a lo que se compromete es al pago, adicional e independiente de su responsabilidad civil, de una cantidad por el mero hecho de haber causado derecho a una prestación de seguridad social el trabajador accidentado. Es una mejora de prestaciones sin más²⁶, o mejor dicho, se trata en definitiva del compromiso de una pensión que, en tanto que producida, genera el derecho a ser complementada con la fórmula de previsión voluntariamente adoptada. De manera que al no ser un plus a la responsabilidad que ha ocasionado el accidente de trabajo no puede ser tratada como tal; por el contrario, su condición de ser complemento de una prestación de Seguridad Social hace que este tipo de complementos deba recibir en este casos un tratamiento semejante al señalado para las citadas prestaciones: un compromiso por pensiones no un plus de responsabilidad.

6. EL RECARGO DE PRESTACIONES COMO PARTE DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS; LA TESIS DEL VOTO PARTICULAR: UNAS OBSERVACIONES IMPOSIBLES DE IGNORAR

La Sentencia que se utiliza como apoyo a este estudio, ha sido objeto de un Voto Particular suscrito por siete magistrados que, por lo importante de su contenido e, independientemente de la opinión que pueda merecer, es imprescindible tener en cuenta en nuestro análisis..

El punto de partida es la consideración del recargo de prestaciones como una parte de la indemnización; lo que se justifica porque la finalidad de este instituto es la de compensar el daño producido por su responsable o, dicho de otro modo, porque no es más que una reparación, seguramente parcial, del perjuicio causado por a la víctima del accidente. Esta afirmación se basa en una Sentencia de 2 de febrero de 1998 donde el propio Tribunal Supremo entendió que la naturaleza del recargo era la de una indemnización que debía restarse de la indemnización total por daños derivados del accidente. La razón final para este argumento se concreta en que, si no fuera ésa la calificación del recargo, se estaría infiriendo un sacrificio adicional al responsable del accidente (provocando un enriquecimiento injusto del perjudicado) que sólo podría afianzarse si se entendiera como sanción, ya que entonces se estaría en el plano de la represión de la conducta incumplidora y no en el de la reparación de sus consecuencias injustas. Esta afirmación, no obstante, no se argu-

²⁶ Ver Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1998, rec. 124/1997.

menta de forma suficiente, ya que el Voto Particular la considera sin más un criterio habitual de la Sala. Aquí hay que señalar que, como la doctrina del Tribunal Supremo en este asunto nunca ha sido unánime, tanto la Sentencia como el Voto Particular como en última instancia la doctrina laboralista, encuentran suficientes razones y referencias jurisprudenciales para argumentar una postura y la contraria. Basta recordar a estos efectos las Sentencias que han sostenido, bien es verdad que de forma indirecta y no particularmente tajante, la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones.

Continuando su línea argumental, si bien no pone en duda la finalidad preventiva que el recargo puede cumplir, no considera, sin embargo, que ésta sea la finalidad que lo identifica y hace característico; para este posicionamiento, en cambio, es la función reparadora o indemnizatoria la relevante y la que, al fin, lo caracteriza de forma predominante. Desde la perspectiva contraria, se sostiene que si fuera más importante su naturaleza preventiva y, en consecuencia, el recargo no debiera deducirse del íntegro de la indemnización a percibir, se trataría de una sanción más que se inflige al responsable del incumplimiento, lo que supondría una vulneración del principio non bis in ídem, ya que irremediadamente también se habrá impuesto a aquél una sanción administrativa. El Voto Particular llega a afirmar, tajantemente, que "todo lo que excede de la reparación es sanción punitiva", independientemente de quién sea el destinatario o beneficiario de la misma y que, de no ser así, se vendría a estar ante una doble sanción por el mismo comportamiento susceptible de reproche de inconstitucionalidad. Pese a todo, la argumentación ofrecida por el Voto Particular no acaba de ser convincente en tanto que la posición que se mantiene por el voto mayoritario de la Sala es la de la naturaleza híbrida del recargo como una sanción indemnizatoria. Lo que no lesionaría el principio de non bis in ídem en tanto que, como sanción, puede acompañar a la principal que sería la multa pecuniaria y, como indemnización se estaría reparando sólo parcialmente el daño producido. Por otra parte, se recurre a la naturaleza indemnizatoria del recargo para justificar su compatibilidad y afianzar su carácter independiente de cualquier otro tipo de responsabilidad; cosa que puede que no sea necesario porque precisamente la "independencia", de la que habla el art. 123 de la LGSS, obliga a la no comparación ni a la conjunción de ambas figuras jurídicas.

No obstante, aceptando que no se discute la compatibilidad del recargo con otro tipo de reparaciones o indemnizaciones, lo que se plantea es si la cuantía de éstas tienen que tenerlo en cuenta, en la medida que proceda, para evitar que la suma total sea excesiva, por superar el límite del daño, constituyendo una expresión de enriquecimiento injusto del que sufrió el daño. Así se considera que si es el recargo una indemnización se elude cualquier problema de compatibilidad y, en ningún caso, se elimina la diferencia de trato que debe existir cuando el accidente se ha producido con vulneración e infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, ya que sólo en este segundo

caso surge al derecho al recargo mientras que en el otro tan sólo habría derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. Esta consideración, que parece correcta, puede justificarse en el art. 42.3 LPRL, el cual confiere al recargo, y así se menciona expresamente en el Voto Particular, la naturaleza indemnizatoria. Esto es así, no sólo porque literalmente el precepto lo disponga al establecer la compatibilidad de otras responsabilidades con las "indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones", sino porque, a su juicio, es la única forma de compatibilizar razonadamente y sobre la base de los principios constitucionales del Derecho administrativo sancionador esta institución con la responsabilidad administrativa y penal.

Pues bien, en la línea de esta postura, varias son las razones que afirman, a mi juicio, la tesis de la naturaleza indemnizatoria del recargo de prestaciones tal y como está configurado legalmente. En primer lugar, está la literalidad del art. 42 de la LPRL. En segundo lugar, porque se trata de una responsabilidad vinculada a la prestación pública de Seguridad Social, como lo ejemplifica el que su regulación se ubique en el capítulo correspondiente a la "acción protectora" y dentro de la sección referida al régimen general de las prestaciones, y no en el Capítulo VI, dedicado a infracciones y sanciones (el art. 232 remite a la LISOS como norma sancionadora en estas materias de Seguridad Social). En tercer lugar, porque el deudor de seguridad es el empresario, y éste adquiere esta condición a través de su vínculo jurídico con el trabajador, es decir, el contrato de trabajo; un deber cuya apoyatura legal está en el 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores. Los perjuicios que se deriven para la víctima del accidente de trabajo o enfermedad profesional, son debidos al incumplimiento de las obligaciones contractuales que el empresario asume; por tanto, la consecuencia de ese incumplimiento es el nacimiento de la responsabilidad contractual que tiene su base en el art. 1101 y ss. del Código Civil²⁷. Lo que queda confirmado si se tienen en cuenta aquí los requisitos que la jurisprudencia exige que se cumplan para que surja el derecho al recargo:

a) El incumplimiento de alguna obligación de la normativa en materia de prevención de riesgos. El artículo 1101 del CC establece que la obligación indemnizatoria nace como consecuencia del incumplimiento de una obligación. Es claro que la obligación aquí nace, no sólo "ex lege", sino sobre todo a través del vínculo jurídico contractual. Si el infractor no fuera el empresario, no procedería la reclamación del recargo.

b) La indemnización surge como consecuencia de un daño o perjuicio. El recargo nace como consecuencia de un incumplimiento que, a su vez, produce un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Por lo tanto, debe haber

²⁷ Calvo Gallego, J. "La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador". Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 92 y ss.

una relación de causalidad entre el perjuicio y el incumplimiento. Desde esta perspectiva y, sobre la base de los arts. 15 y 14 de la LPRL que establecen las obligaciones empresariales (y, en concreto, la general de seguridad) no cabría ningún argumento contrario a considerar que el incumplimiento de ésta última pueda generar derecho al recargo si se materializa algún riesgo. En efecto, si es posible sancionar por incumplir la obligación general de proporcionar un lugar de trabajo libre de riesgos, no se encuentra ninguna razón que impida que se pueda reconocer el recargo de prestaciones cuando el incumplimiento grave de la obligación general genera un accidente o una enfermedad profesional²⁸.

c) A la responsabilidad contractual se le debe conferir un carácter cuasi-objetivo. No se trata tanto de castigar los incumplimientos contractuales para desincentivarlos, ya que esa finalidad la cumple la sanción administrativa; en cambio, la función del recargo es básicamente indemnizatoria, por lo que, una vez cometida la falta, el recargo se genera y se determina según la escala del quantum indemnizatorio, del 30% al 50%, que será mayor cuanto más grave sea la falta cometida pero que en todo caso lo que persigue es reparar al menos parcialmente el daño o perjuicio causado.

d) En consonancia con lo anterior, la culpa en la responsabilidad contractual consiste en la omisión de aquella diligencia atribuida al deudor que exija la naturaleza de la obligación. La culpa o negligencia del empresario responde al estándar de conducta del empresario que se presupone que conoce la industria en la que se mueve, y debe consecuentemente prever y evitar los riesgos que se derivan de su actividad productiva, además de desplegar su deber de vigilancia. Por eso no responde cuando se rompe el nexo causal debido no a su incumplimiento sino a la conducta negligente del trabajador o acaso fortuito, circunstancia ésta prevista, también, en el art. 1105 del CC.

e) Al ser una responsabilidad contractual dimanante de obligaciones de carácter laboral, es la Jurisdicción Social la que debe conocer del asunto y delimitar la correspondiente indemnización que proceda, sobre la base del quantum del art. 123. Esta consideración no obsta para que la Entidad Gestora de la Seguridad Social, en un primer momento, sea la que reconozca el recargo, ya que al ser un aumento de la prestación, ella es la legitimada para gestionar todo lo relativo a las prestaciones en el sistema de Seguridad Social. Además, el art. 42.3 de la LPRL, el 123 de la LGSS y el 27 del RD 928/1998 compatibilizan esta figura con cualquier otra clase de responsabilidades, incluso las penales, y esto es así porque la responsabilidad por recargo no remedia todos los daños que se hubieran podido inferir al trabajador sino sólo parcialmente el perjuicio causado.

²⁸ Carrero Domínguez, C. "El régimen jurídico sancionador...". Op. cit., págs. 125 y ss.

f) La prohibición legal de asegurar el recargo hasta este momento, se aplica por los Tribunales utilizando la concepción anticuada del recargo-sanción. En efecto, aunque las normas mencionadas prohíben el aseguramiento del recargo, con la promulgación de la LPRL y la consideración del recargo como una indemnización contractual la situación puede haber cambiado ya que las obligaciones contractuales son asegurables en general. La LPRL parte de esta consideración y su art. 15.5 lo establece de manera concluyente. Esta afirmación es también avalada por el Voto Particular. Consecuentemente, el recargo debiera ser asegurado, así el trabajador siempre estará protegido, desde el punto de vista del recargo y del cumplimiento de la normativa, por cuanto que las sanciones que establece la LPRL son lo suficientemente desalentadoras de posibles incumplimientos del empresario.

Rescapulando, el análisis de todo lo anterior permite concluir que el recargo de prestaciones, desde el 123 de la LGSS y 42 de la LPRL, es una indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad contractual del empresario que, con su conducta ilícita, incumplidora de su obligación de proporcionar seguridad, ha conculcado las obligaciones derivadas del vínculo jurídico que le une al trabajador²⁹. Esta parece que debe ser la interpretación más acertada a la luz de las previsiones normativas y que soluciona problemas como el de la posible vulneración del principio "non bis in idem". Por otra parte, aún cuando se hará referencia a ello en el último epígrafe de este trabajo, no se puede dejar de apuntar que las tres opciones que se barajan en la Sentencia no son las únicas posibles. En efecto, la discusión no necesariamente ha de centrarse en si el recargo es una sanción, una indemnización o una sanción indemnizatoria. Se deberían contemplar otras posibilidades que justificarían la independencia y autonomía de este instituto singular de Seguridad Social que también ayudarían a explicar si debe o no incluirse o restarse del quantum íntegro de reparación de los daños y perjuicios que sufre un trabajador al actualizarse los riesgos por incumplimiento de las medidas de seguridad. Entre ellas cabría preguntarse si realmente no nos encontramos ante una prestación más de Seguridad Social que se anuda a una principal que es la que corresponde dependiendo de la prestación principal a la que se tenga derecho. El Tribunal no se plantea esta posibilidad ni en la Sentencia ni en el voto particular. No obstante, esta opción hay que desecharla por lo que anteriormente se dijo sobre la funcionalidad de las prestaciones de Seguridad Social. En efecto, no cabe apoyar la viabilidad jurídica apuntada porque, claramente, no es una prestación ni la finalidad del recargo coincide con aquella. En un caso supone la sustitución de ingresos ante una situación de necesidad.

²⁹ En es sentido, Ojeda Aviles, A. "Responsabilidad aquiliana...". Op. cit., págs. 33 y ss.; Cruz Villalón, J. "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratos y subcontratos". Relaciones Laborales, I/1992, págs. 114 y ss.

en el otro es un plus de responsabilidad por incumplimiento grave de las medidas de seguridad.

En conclusión, la tesis que se maneja desde la Sentencia, es que el recargo sea excluido del cómputo de las cantidades que integran la compensación plena y total del perjuicio causado. El recargo es así no sólo compatible sino independiente de las demás responsabilidades que pudieran generarse, es decir, de la indemnización civil por daños, de las mejoras voluntarias de origen convencional así como de las multas pecuniarias que hayan de abonarse al Estado o a la Comunidad Autónoma por infracción del ordenamiento de prevención de riesgos laborales. De esta forma, se acerca al concepto de recargo-sanción que sirve para declarar su independencia y sumarlo al total de la reparación. Sensu contrario, se debe apoyar la tesis de que el recargo es una reparación parcial por daños y por tanto hay que entender que existe una compatibilidad limitada entre éste y la indemnización por daños y perjuicios a la que tuviera derecho el trabajador, debiendo descontarse del quantum indemnizatorio las compensaciones que reciba el trabajador en concepto de recargo. A esto habría que añadir, que siempre que el sujeto infractor capitalice el total del recargo porque, en caso contrario, habría que buscar como compensar esa ausencia de reparación. Hay que tener en cuenta que si el empresario se declara incurso en algún procedimiento de insolvencia, el INSS no va a ser responsable del pago del recargo ni siquiera subsidiariamente; lo que provocaría una situación de indefensión del trabajador que no va a obtener una reparación total del perjuicio causado. Pero en todo caso, como ya se señaló al principio de este análisis, la interpretación de la compatibilidad del recargo con otro tipo de responsabilidades que hace la jurisprudencia, tiende más a configurarse con una finalidad protectora/humanitaria del trabajador que sufre un accidente y que debe de ser indemnizado totalmente por el daño que sufre, que como esclarecedora de las controversias que surgen con este instituto, no sólo desde la compatibilidad e independencia, sino también desde su propia naturaleza y que al final no satisfacen a nadie.

7. UNA PROPUESTA ALTERNATIVA A LOS PROBLEMAS DE COMPATIBILIDAD DEL RECARGO DE PRESTACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD CON OTRAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES

Si como se ha venido manteniendo a lo largo de este análisis, la compatibilidad del recargo con otro tipo de responsabilidades no puede fundarse en la naturaleza jurídica que al mismo se le quiera conferir, es preciso, si quiera como solución alternativa, configurar a este instituto jurídico, simplemente, como un plus de responsabilidad que la norma exige cuando se actualiza un riesgo en un accidente de trabajo y, éste se produce como consecuencia de un incumplimiento grave de la normativa en prevención de riesgos laborales --presupuesto básico del 123 de LGSS--.

Como se ha podido observar, aun siendo cierto que lo que se discute fundamentalmente es la compatibilidad o no del instituto y su independencia de otras reparaciones de los daños en orden a conformar el íntegro, la jurisprudencia se mueve desde una premisa común de partida: la naturaleza jurídica del mismo. Y se llegan a conclusiones diferentes: una sanción, una indemnización, una institución híbrida que comparte los rasgos de ambas. Sin que se den argumentos ni demasiado amplios ni plenamente convincentes para sostener una cosa u otra.

De una primera lectura del 123 de la LGSS y del 42 de la LPRL no se puede llegar a una conclusión indiscutible en cuanto a la naturaleza del recargo; ni tampoco se puede obtener una plantilla de características a través de la cual se pueda discernir a qué naturaleza responde esta institución. Lo que sí se puede afirmar es que es una institución independiente, autónoma, con un régimen jurídico propio y que lo único que le une con cualquier otro tipo de responsabilidad es el supuesto de hecho de origen: que se haya producido un accidente de trabajo o enfermedad profesional con incumplimiento "grave" de las normas de seguridad y salud laboral. Por tanto, es necesario comprobar, al menos, las notas conformadoras del mismo para poder llegar a un resultado final.

Volvamos brevemente a las distintas posibilidades. La primera de ellas se centra en que sí, como se afirma, el recargo es una sanción, se debe comprobar si se dan todas y cada una de las notas de las sanciones administrativas que se derivan de un procedimiento administrativo sancionador por incumplimiento de las medidas de seguridad. A modo de resumen: realización de una conducta ilícita, que no conlleva necesariamente la producción de un daño sino que basta con la puesta en peligro del interés que se protege: que sean impuestas por órganos administrativos competentes a través del procedimiento correspondiente; que las sanciones se traduzcan en una genuina multa pecuniaria; que la sanción administrativa busque como fin la prevención en la comisión de la conducta con efectos represivos; que de la sanción sean responsables tanto las personas físicas como jurídicas; que, de momento, las resoluciones sancionadoras sean recurribles en el ámbito contencioso administrativo; que el beneficiario de la sanción sea el tesoro público; y, por último, que la sanción administrativa sea incompatible con la responsabilidad penal en aplicación directa del principio non bis in ídem.

Si se aplica este catálogo de características generales al recargo se comprueba que, con excepción de que éste nace por la realización de una conducta ilícita y que es impuesto por un órgano administrativo siguiendo el procedimiento correspondiente, ninguna más coincide; mal se puede establecer, por tanto, la identidad entre ambas figuras jurídicas. Sin embargo, la actual línea de definición jurisprudencial es que el recargo ostenta un carácter sancionador, con matices que se añade a la prestación, y que utiliza para apoyar su independencia sin más argumentación. Para, seguidamente, pasar a analizar la cuestión

desde la perspectiva de la compensación económica de los daños y perjuicios como consecuencia del accidente para la reparación íntegra de la víctima del mismo. Desde este punto de vista, es indiferente que el perjuicio se compense en vía civil o laboral porque ambas son compatibles. Lo importante es que el perjudicado en una u otra vía haya recibido la reparación total del daño, independientemente del recargo de prestaciones que es una institución específica y singular, no subsumible en ninguna de las figuras típicas ad hoc³⁰.

A partir de esta afirmación se abandona la naturaleza del recargo y se entra a justificar, de forma criticable, la exclusión del concepto de indemnización. Se estima que es criticable porque vuelve a mezclar finalidad del recargo con plus de responsabilidad, concepto este más cercano a la potestad sancionadora, alejándolo del daño causado y basándolo en la gravedad de la infracción cometida. Incidiendo en que la finalidad última de esta figura es el cumplimiento coercitivo de las normas de seguridad y salud laboral impulsando, por ello, la prevención general en el cumplimiento. ¿Pero esto no coincide con la finalidad de la sanción administrativa? ¿Si hemos afirmado que no es una sanción por qué volvemos de nuevo a ella para declarar su compatibilidad?. En este orden de cosas, se suele añadir además que es compatible con el principio non bis in ídem ya que su coexistencia con una sanción no comporta su vulneración en tanto que este principio y se transcribe literalmente "no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen desde perspectivas diferentes, ¿No parece una contradicción tras otra?.

Para terminar, se acaba señalando, y recordemos que había despreciado la idea de recargo-indemnización, que la relación que se crea con el recargo es una relación indemnizatoria empresario-perjudicado mientras que la sanción se enmarca en una potestad estatal de protección al trabajador. Por su parte, la segunda posibilidad, aún adoleciendo de nuevo de un estudio analítico estricto entre las tres cuestiones planteadas, es decir, naturaleza y compatibilidad e independencia, obliga a extraer las siguientes conclusiones: si se rechaza la consideración del recargo como una sanción, es más idóneo incluirlo en alguna de las figuras típicas de reparación, entre ellas la de indemnización de daños y perjuicios de naturaleza contractual, no pudiendo olvidarse otras posibles vías de resarcimiento que completen y compensen plenamente el daño causado y que ayuden a establecer quantum indemnizatorio único respetando la prohibición de enriquecimiento injusto, nos estamos refiriendo a la posibilidad de obtener un complemento para alcanzar la indemnización total del perjuicio por la vía de la responsabilidad civil extracontractual.

³⁰ Sobre los problemas entre la jurisdicción civil y laboral en la materia que nos ocupa, ver, Mercader Uguina, J. "Indemnizaciones..." Op. cit., págs. 190 y ss.; Desdentado Bonete, A. y De la Puebla A. "Las medidas complementarias..." Op. cit., págs. 643 y ss.;

En definitiva, independientemente de la naturaleza de este instituto, sea sanción, indemnización u otra análoga, no se termina de perfilar lo que es la cuestión que se plantea realmente: si al ser autónomo el recargo no debe tenerse en cuenta en el íntegro de la reparación a la que se tiene derecho. Independencia y compatibilidad que le vienen conferida a esta figura desde la ley. Consecuentemente, y abandonando posturas ya desfasadas sobre el carácter coercitivo o no del recargo, así como olvidando si se trata o no de una indemnización, lo cierto es que ambos conceptos significan autonomía. Por tanto, siendo un instituto singular y específico, cuya finalidad no es otra que añadir un plus de responsabilidad al empresario incumplidor de ilícitos "graves" de las normas de prevención de riesgos laborales, lo correcto sería que se volviese a los orígenes de esta figura. Es decir, no se trata de "plus en la prestación", "no es una sanción", "no, en términos absolutos, es una indemnización", sino que debe entenderse que es simplemente un "plus de responsabilidad", respecto del que, claramente, se declara, ex lege, dicha independencia.

En esta cuestión lo que se debe señalar como relevante, es que el legislador lo que ha querido es "la desigualdad" que debe de haber cuando hay infracciones graves a la legislación de seguridad y salud laboral; desigualdad que dejaría de existir si se intenta encuadrar al recargo en algunas de las figuras jurídicas mencionadas. No es un problema, pues, de enriquecimiento injusto sino de cumplimiento de las normas que establecen su independencia.

En este orden de cosas, se evita que si lo calificamos como sanción entre en juego el problema de la doble penalización y el non bis in ídem; que si lo revestimos como sanción indemnizatoria, la ruptura del principio indemnizatorio y, por ende, la doble indemnización y el enriquecimiento injusto; y que si es una indemnización lo descontemos del quantum íntegro de la reparación, ya que el daño es único y responde a la responsabilidad civil contractual que se deriva del accidente de trabajo, desvirtuando la finalidad y esencia misma del recargo, es decir, someter a un plus de responsabilidad al empresario incumplidor. En todo caso, ésta última interpretación, desde nuestro punto de vista, es la más adecuada al origen de este instituto. Aunque compartirla no significa estar totalmente conforme con la misma, es decir, apoyar sin matices esta interpretación puede suponer que el recargo no tenga virtualidad práctica.

A modo de ejemplo, un trabajador ha sufrido un accidente de trabajo, donde no hay incumplimiento empresarial, y le genera el derecho a una indemnización total de 120.202 euros declarada en la vía jurisdiccional que sea, civil o laboral, es, en todo caso, el quantum íntegro de su reparación por el daño producido. En el mismo supuesto pero con infracción grave constatada de las normas de seguridad y salud laboral, lo que tiene como consecuencia que se le reconozca el recargo de prestaciones, capitalizado su coste en un total de 60.101 euros. Esta cantidad, aplicando la interpretación del recargo como indemnización correspondiente a la responsabilidad contractual del

empresario, supondría que al trabajador se le descontará del total de la indemnización —posiblemente reconocida a través de la responsabilidad extracontractual— la cuantía del recargo para no producir un enriquecimiento injusto. ¿Cuál es el resultado? Pues que en ambos supuestos, la cuantía de la reparación es la misma, 120.202 euros, siendo indiferente, a estos efectos, que el empresario haya cumplido o no con las normas de prevención de riesgos laborales. Si a esto le añadimos que el empresario sea insolvente, como no hay responsabilidad subsidiaria del INSS, porque la responsabilidad directa recae en el empresario responsable, el trabajador recibiría aún una indemnización menor. Aquí no hay una materialización del “plus de responsabilidad” que supone el recargo, sino un descuento y reparto de la indemnización total en distintos conceptos. En conclusión que daría lo mismo que se suprimiera este instituto porque al final el resultado no es diferente. No es un problema de compatibilidad ni de independencia sino de reparto de las cantidades.

Todos estos problemas han inducido a algún autor a proponer la desaparición del recargo de prestaciones intentado instaurar un sistema a través del cuál se eviten estas indemnizaciones parciales de las que conocen distintas jurisdicciones y que en ocasiones, incluso provocan reparaciones insuficientes, y se centre más en una única reparación más clara de la valoración de los daños y de la reparación³¹. Desde luego, muerto el perro se acabó la rabia, si se suprime el recargo se acaban todos los problemas que a lo largo de estas páginas se han puesto de manifiesto. Sin embargo no parece que ésta sea la solución más correcta. Otros autores, entienden que se debe declarar legalmente y sin dudas la competencia de la jurisdicción social y eliminando los topes o porcentajes hacer del recargo una verdadera indemnización, donde la responsabilidad fuera asegurable³². Esta postura doctrinal se acerca más a la propuesta interpretativa, que se entiende más apropiada y que a continuación se pasa a exponer.

La reflexión interpretativa que se propone no es otra que volver, con los matices propios que se derivan de nuestro sistema de protección social del accidente de trabajo, a la esencia original del recargo de prestaciones. Se debe partir de que el daño producido por un riesgo profesional actualizado, difícilmente se va a poder reparar en su integridad —haya o no incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales—. La reparación total de un daño es, en la mayoría de los accidentes más graves, invaluable. No obstante, la indemnización específica y singular que nació de la Ley de accidentes de Trabajo de 1900 y que luego pasó a denominarse recargo de

³¹ Desdentado Bonete, A. y De la Puebla, A. “La responsabilidad del empresario...” Op. cit., págs. 26 y ss.

³² Ojeda Aviles, A. “Responsabilidad aquiliana...” op. cit., págs. 37 y 38.

prestaciones, tenía una finalidad clara: era un plus de responsabilidad empresarial por incumplimiento grave que intentaba reparar singularmente el daño producido por el accidente al trabajador. Lo importante es que existía una infracción grave que tenía como consecuencia la actualización del riesgo y no tanto que el daño, que aunque debía de existir, fuera de mayor o menor entidad. A infracción grave del empresario, responsabilidad mayor.

Pues bien, tomando como premisa esta concepción del recargo, este instituto puede seguir teniendo virtualidad práctica si le conferimos esta finalidad. Es decir, superado el principio de inmunidad que parece no encajar convenientemente en nuestro sistema de protección, el recargo debe aparecer como una indemnización que se deriva de la responsabilidad empresarial por un incumplimiento grave y que se añade a la general que correspondiese por reparación de daño. De tal manera, que el coste del accidente repercuta directamente en el patrimonio del empresario, así será más fácil que cumpla una doble función, en primer lugar, prevenir el cumplimiento de la norma que será más barato desde un punto de vista empresarial que no hacerlo. En segundo lugar, repara singularmente al trabajador. Además, el calificar al recargo como una indemnización singular que responde a ese plus de responsabilidad tiene que conllevar claramente la posibilidad del aseguramiento e incluso la no referencia a la gravedad del ilícito supondría una valoración más acertada de la reparación del daño por el juzgador que no puede ser otro que el de lo social.

En todo caso, no encuentro grandes dificultades en que el Legislador pudiera establecer una responsabilidad, por supuesto ex lege, del empresario en esta materia de accidentes de trabajo. Me explico, a mi juicio, la Ley debería contemplar de forma global y total las responsabilidades del empresario que puedan generar una reparación de daños y, solamente, por éstas responder. Quizás se trate de volver, con matices al principio de inmunidad ya que debemos exceptuar las posibles responsabilidades administrativas y penales que se puedan producir. Pero lo cierto es que esta posibilidad tiene ventajas para cada una de las partes que no se pueden obviar. En primer lugar, seguridad jurídica, el empresario conoce cuáles son sus responsabilidades de reparación en la materia y que órgano jurisdiccional va a conocer de las mismas. Obviamente, al ser responsabilidades que se generan por incumplimientos contractuales que causan perjuicio no puede ser otro que el juez de lo social. Es este el que valorará libremente la indemnización que corresponda en su totalidad que será mayor o menor dependiendo de la gravedad del daño que es único o, dicho de otro modo, contemplará la indemnización valorando el daño desde todas sus perspectivas. Si además, hubiese derecho al recargo tal y como lo hemos singularizado y, para que tenga virtualidad práctica, el juez lo tendrá que tener en cuenta como plus de responsabilidad objetivo y tasado y que tendrá como finalidad compensar especialmente el daño producido. Por ello, lo importante es que haya incumplimiento grave y culpable y cierta entidad del daño. Desde luego, debe, también haber la posibilidad de asegura-

miento de todas estas responsabilidades indemnizatorias. En segundo lugar, y desde la esfera del trabajador, este conocerá a qué tiene derecho y a qué Tribunal debe acudir sin tener que vacilar y recorrer las distintas jurisdicciones, a las que, con la actual configuración de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo, está obligado a visitar en la actualidad. Por otra parte, al permitir ese aseguramiento del que hablábamos, el trabajador siempre va a recibir su reparación total.

En conclusión, en la actualidad no se acaba de perfilar la definición jurídica de esta figura por la jurisprudencia; llevando irremediamente a una situación contradictoria, semejante a la que hasta ahora ha existido. De forma que las instancias inferiores que conocen de esta materia vuelven a situarse ante una decisión que no cierra el problema. Hubiera sido ésta una buena oportunidad para clausurar un problema actual y diario ya que basta comprobar el número de accidentes de trabajo que se producen en nuestro país por incumplimiento de las normas de seguridad que va a dar lugar a la imposición de una sanción o una responsabilidad penal que, a su vez, generará el reconocimiento del recargo de prestaciones. Por lo tanto, es el momento de zanjar la cuestión buscando, desde la legislación y la jurisprudencia, la solución más apropiada que lleve irremediamente a responder a quién incumpla y a reparar total e íntegramente a quien tenga derecho.

BIBLIOGRAFIA

- Calvo Gallego, J. "La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador". Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Camps Ruiz, L. M. "Prestaciones y responsabilidades de la Seguridad Social" en AAVV. "Seguridad Social Practica", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- Carrero Domínguez, C. "El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales". La Ley, Madrid, 2001.
- Cruz Villalón, J. y Jover Ramírez, C. "La responsabilidad de seguridad social en materia de seguridad y salud laboral en el trabajo". Temas Laborales, 50/1999.
- Desdentado Bonete, A. y De la Puebla, A. "La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la jurisprudencia". Tribuna Social, 125/2001.
- Desdentado Bonete, A. y De la Puebla, A. "Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones". En "Cien Años de Seguridad Social", Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000.
- Desdentado Bonete, A. y Nogueira Gustavino, M. "Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la Jurisprudencia (1900-2000):

Revisión crítica y propuesta de reforma". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 24/2000.

Fernández Ramírez, M. "El empresario como sujeto responsable en el recargo de prestaciones: una perspectiva jurisprudencial". Temas Laborales, 34/1995.

Mercader Uguina, J. "Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo, Seguridad Social y derecho de daños". Biblioteca de Temas de Seguridad Social, La Ley e Instituto de Seguridad Social Juan Luis Vives de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001.

Monereo Pérez, J.L. "El recargo de prestaciones por el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo". Cívitas, Madrid, 1992.

Ojeda Avilés, A. "Responsabilidad Aquiliana versus recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica". Relaciones Laborales, 19/2000.

Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. "Seguridad Social, riesgo profesional y accidente de trabajo". Relaciones Laborales, 1/2000, Editorial.