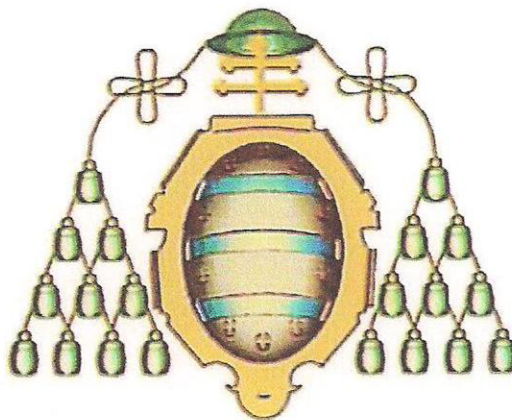


UNIVERSIDAD DE OVIEDO



Máster Universitario en Prevención de Riesgos Laborales

Trabajo Fin de Máster

EL RECARGO DE PRESTACIONES: DENTRO DEL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

Néstor Iván Lacasa Alonso

Firma manuscrita en tinta azul de Néstor Iván Lacasa Alonso.

Director/a: Doña Ana Luisa Rega Rodríguez

Firma manuscrita en tinta azul de Ana Luisa Rega Rodríguez.

Junio, 2014

ÍNDICE

1.	PLANTEAMIENTO Y OBJETIVOS DEL TRABAJO.....	3
2.	PROCEDIMIENTOS, MATERIALES Y MÉTODOS	6
3.	DESARROLLO, RESULTADOS Y DISCUSIÓN GENERAL	11
3.1.	CONCEPTO DE EMPRESARIO JURÍDICO-LABORAL.....	11
3.1.1.	Consideraciones iniciales	11
3.1.2.	Empresas de Trabajo Temporal (ETT)	12
3.1.3.	Contratas y Subcontratas	13
3.1.4.	La Administración Pública.	13
3.2.	RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA QUE AFECTA AL TRABAJADOR.	16
3.2.1.	Responsabilidad Penal	17
3.2.2.	Responsabilidad Administrativa	19
3.2.3.	Responsabilidad Civil.....	21
3.2.4.	La responsabilidad disciplinaria de los trabajadores.....	26
3.3.	EL RECARGO DE PRESTACIONES.....	26
3.3.1.	El accidente de trabajo como presupuesto necesario	27
3.3.1.1.	Introducción y datos estadísticos(2011-2012) en el ámbito autonómico y estatal.....	27
3.3.1.2.	Concepto legal y aspectos fundamentales:	29
3.3.1.3.	Exclusiones del concepto de accidente de trabajo	36
3.3.2.	Nociones básicas del sistema español de seguridad social.....	40
3.3.3.	Evolución histórica y consideraciones sobre el recargo de las prestaciones.	43
3.3.4.	Concepto del recargo sobre las prestaciones.	45
3.3.5.	Naturaleza jurídica del recargo de las prestaciones.....	52
3.3.6.	La prohibición del aseguramiento ¿ Es adecuada la misma ?	55
3.3.7.	Compatibilidad entre el recargo de las prestaciones y el resto de responsabilidades.	57
3.3.8.	El recargo de las prestaciones en el ámbito de los riesgos psicosociales.	59
3.3.9.	El recargo de las prestaciones en las empresas de trabajo temporal.	62
3.4.	JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TS SOBRE EL RECARGO DE LAS PRESTACIONES(2008-2013).....	63
3.4.1.	Jurisdicción social, proceso laboral y recurso de casación para unificación de doctrina.	63
3.4.2.	Comentario jurisprudencial.....	67
4.	CONCLUSIONES	122
5.	BIBLIOGRAFÍA	125

EL RECARGO DE PRESTACIONES: DENTRO DEL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. PLANTEAMIENTO Y OBJETIVOS DEL TRABAJO

La decisión de afrontar un estudio sobre la responsabilidad empresarial en el ámbito de la Seguridad y la Salud y en especial dentro de la misma, sobre la figura del recargo de prestaciones, obedece a distintas razones. Y como “*las palabras que no van seguidas de hechos, no valen nada*”, como bien reflejó el fabulista griego Esopo, procedo a esgrimir las mismas.

En primer lugar, el campo de la Seguridad y Salud laboral es de gran amplitud, gozando de un carácter multidisciplinar. Por lo tanto, la prevención de riesgos laborales puede ser afrontada, estudiada y diseccionada desde muchas perspectivas o puntos de vista y partiendo de diferentes formaciones académicas previas.

La Seguridad e Higiene en el trabajo se ha definido “*como el conjunto de instrumentos de protección del ambiente de trabajo y de ordenación de la actividad productiva que tiene como objetivos fundamentalmente evitar daños a la vida, la integridad y la salud de los trabajadores y el logro de mejores condiciones de salubridad en el centro de trabajo.*”¹

En mi caso como Licenciado en Derecho, procederé al análisis de la vasta y prácticamente inabarcable materia, denominada por los Anglo-Sajones: “*Occupational Safety & Health*”, dedicando mi atención hacia algunos aspectos de la problemática jurídica existente.

Ello se debe sobre todo a que mi formación jurídica y mi confianza(sin llegar a ser ciega) en el Derecho, como herramienta que pueda mejorar determinados aspectos de la sociedad, me hace adoptar una conducta activa en la

¹ Página web del Congreso de los Diputados.

defensa de lo imprescindible que resulta el correcto funcionamiento de los instrumentos jurídicos para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

Se trata a mi parecer de un arma, que bien utilizada, puede ser de gran ayuda como elemento complementario al resto de ramas del saber, que desde una óptica teórica y sobre todo con una indispensable aplicación práctica, logran cumplir el fin último de la prevención, que es proteger la vida y la integridad física(también psicológica) del trabajador. Las diferentes especialidades recogidas, tanto en nuestra Ley de Prevención de Riesgos Laborales como en su Reglamento de desarrollo (de los Servicios de Prevención), denominadas Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicosociología Aplicada y por último Medicina del Trabajo, hacen ineludible la aportación de conocimientos variados: médicos, de psicología, de ingeniería, químicos, económicos...

El mundo preventivo y por tanto y lo más importante, la reducción de la siniestralidad laboral, en beneficio del trabajador y también aunque en segundo plano, el mejor funcionamiento de la empresa, saldrán beneficiados de esa aportación armónica de los diferentes agentes, que en algún momento han de intervenir para garantizar la eficacia de la Prevención de Riesgos Laborales.

Por tanto, no se debe excluir una visión jurídica de la Prevención de Riesgos Laborales, pues si dejamos a un lado esta vertiente, ello devendrá progresivamente en la desaparición en gran número de centros de trabajo de las medidas preventivas.

En efecto, tomo como referencia la concepción del Ser Humano popularizada por el filósofo inglés, Thomas Hobbes, en su obra *“Leviatán”*, en los siguientes términos: *“El hombre es un lobo para el hombre”*² y por lo tanto, si no se ponen cortapisas tanto a empresarios como trabajadores, los resultados podrían ser, más aún si cabe, nefastos.

Entre otras funciones a desarrollar por el Derecho, se encuentra la de regular aquellos aspectos que la práctica social considera como suyos. Es decir, la sociedad, a la vista fundamentalmente del desarrollo industrial, con el largo paso

² Proviene de la expresión latina, “Homo homini lupus” contenida en “Asinaria”, del comediógrafo latino Plauto.

de los años fue siendo consciente de la necesidad de eliminar o al menos reducir a niveles mínimos, los elevados índices de mortalidad ocasionados por accidentes de trabajo, también las enfermedades. Se vio la necesidad de dotar de eficacia a la intervención sobre la siniestralidad laboral, mediante la implantación de una serie de reglas y garantías.

Resulta evidente que cuando hablamos de cuestiones tan importantes, siempre se debe actuar a priori, ya que la finalidad de la Prevención de Riesgos Laborales, a través de sus diferentes técnicas, es anticiparse a que ocurra el accidente, de ahí , algunos de los principios preventivos más destacados: eliminar los riesgos y si no es posible reducirlos, uso de medidas de seguridad colectiva y en su defecto individuales, la vigilancia de la salud etc. *“La prevención es fundamental, el requisito del éxito es la prontitud en las decisiones”*.³ Pero no siempre ello es posible y lamentablemente en ocasiones nos tenemos que enfrentar a sucesos dramáticos y ahí es, donde vuelve a irrumpir el derecho con fuerza.

En concreto, la responsabilidad empresarial, donde se incluye el recargo de prestaciones, entra en juego, cuando en efecto fracasa la actividad preventiva propiamente dicha, es decir, su aplicación es a posteriori. Surge como consecuencia de la infracción de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales. Ahora bien, sería irresponsable e incluso temerario, poner en duda el papel destacado que adopta la correspondiente responsabilidad empresarial a la hora de influir en la correcta aplicación, de las diferentes técnicas preventivas, incentivando al empresario a aplicarlas, cuyo comportamiento en cierta medida es modulado por la posible reacción del ordenamiento jurídico. *“ La experiencia demuestra, en efecto, que los instrumentos de control y represión son enteramente necesarios para asegurar el respeto a las normas de seguridad y salud en el trabajo, no sólo porque en ellas aflora en toda su crudeza el riesgo de incumplimiento que siempre planea sobre las disposiciones laborales, sino también porque, ya sea debido a los costes que acarrearán, ya sea por sus*

³ Sir Francis Bacon (1561- 1626), filósofo y político Inglés.

complicaciones técnicas o materiales, suelen tropezar con un alto grado de resistencia a la hora de su aplicación...”⁴

Por lo expuesto, tenemos otro factor a favor del análisis de las distintas responsabilidades empresariales, ya que ellas, además de cumplir una función digamos “*ejemplarizante*” y también compensatoria a favor del trabajador, en el mismo plano, se encuentra el fuerte carácter preventivo de las mismas. Por lo tanto constituyen un elemento más en evitar que se produzca el daño en el trabajador.

Respecto a la prioridad otorgada a la figura del recargo de prestaciones en el desarrollo del trabajo, viene dada por el gran revuelo que ocasiona la misma, al ser una figura muy discutida dónde han corrido ríos de tinta. También es objeto de gran controversia, algunas cuestiones vinculadas a la misma, y que han sido plasmadas en sede judicial.

En cuanto a la estructura del trabajo, el objetivo del mismo es intentar en la medida de lo posible facilitar su comprensión, incluso a cualquier persona que carezca de conocimientos jurídicos y también esta consideración es extensible a cualquier ciudadano que carezca de formación en materia de seguridad y salud. Por ello, pese a que el objetivo último del trabajo es el examen de la figura del recargo de prestaciones, es imprescindible ahondar previamente en otros conceptos, sin los cuales no se podría entender de forma adecuada, lo que constituye realmente esta figura.

Antes de concluir, me gustaría reflejar la fuerte conexión existente en esta materia, entre el Derecho y la Economía, como Ciencias Sociales que son, y que en el ámbito preventivo, no va a ser menos. El empresario persigue la obtención de beneficios económicos y por lo tanto una de las misiones del prevencionista es hacerle ver que el gasto en materia de prevención es rentable y en parte ello viene beneficiado por las diferentes figuras de la responsabilidad empresarial.

2. PROCEDIMIENTOS, MATERIALES Y MÉTODOS

⁴ GARCÍA MURCIA, J. “*Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*” 1998. Ed.Aranzadi.

Para la elaboración de este estudio, en primer lugar se van a utilizar los propios conocimientos del autor adquiridos a lo largo de su formación académica, con especial énfasis en aquellos que obtuvo mediante la obtención de la Licenciatura en Derecho y también durante el desarrollo del Máster en Prevención de Riesgos Laborales, ambos de la Universidad de Oviedo. En ocasiones, conocimientos plasmados, a través de aquellos materiales de apoyo utilizados.

Numerosas veces, bien por temor o por carencia de confianza, muchos autores omiten aplicar sus conocimientos y asimismo verter opiniones en las obras realizadas. En mi opinión, cuando un estudio o trabajo se limita a plasmar únicamente aportaciones de otros autores, sin un análisis crítico propio, esa obra pierde cualquier viso de legitimidad u originalidad.

El conocimiento no es absoluto, aún por lo más expertos, como ya expresó en su momento el escritor Miguel de Unamuno: “ *Lo sabe todo, absolutamente todo. Figúrense lo tonto que será*”⁵, por lo que es necesario que se expresen las diferentes posturas sobre el objeto en cuestión y además “ *quien se enfada por las críticas, reconoce que las tenía merecidas*”⁶.

Al estar este trabajo constituido en gran medida por consideraciones de índole jurídica, muchos de los instrumentos utilizados serán aquellos que se encuentran integrados en el Ordenamiento Jurídico. Por ello, tendrán cabida en esta obra, aunque no de forma exhaustiva, alguna mención a los instrumentos jurídicos de carácter internacional en sentido propio y también de la Unión Europea⁷.

A nivel interno (aunque no entraremos en pormenores), nunca en un estudio jurídico se debe dejar de lado mencionar aquellos preceptos constitucionales que rijan en la materia. La Constitución Española de 1978, como bien expone la doctrina constitucionalista, tiene eficacia normativa, es decir, esa eficacia “*se despliega en ocasiones a través de su aplicabilidad directa e inmediata... Es origen directo de derechos y obligaciones. Pero en otros casos las*

⁵ Miguel de Unamuno (1864-1936). Escritor y rector de la Universidad de Salamanca.

⁶ Cayo Cornelio Tácito (55-117 Dc) Historiador Romano.

⁷ La entrada de España en “*Europa*” se produjo en el año 1986.

disposiciones constitucionales precisan de desarrollo a través de la labor del legislador ordinario... ”⁸.

Manifiesta en su artículo 1.1, que España es un Estado Social, y una de las conquistas logradas, es la dignificación de las condiciones en que el trabajo se desarrolla. El artículo 40.2 por su parte, se hace eco, que en materia de seguridad e higiene en el trabajo, la intervención de los poderes públicos debe ser prioritaria para mejorar las condiciones de trabajo.

En su caso, la ley en sentido amplio⁹, ocupa una posición central. Ello es patente, desde el momento en que un prevencionista ha de manejar correctamente, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995. Tampoco se deben descuidar otras con cierto peso en el ámbito de la Seguridad y de la Salud, como puedan ser, el Estatuto de los Trabajadores o la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, entre otras y sin ánimo de extenderse.

Conviene recordar que el derecho de los trabajadores a una eficaz protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, genera el correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos del trabajo(art 14 LPRL). De aquí se derivan las diversas obligaciones que tiene el empresario en materia de seguridad y salud. Por lo tanto debe cumplir, las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

El artículo 4.2 d) del Estatuto de los trabajadores, reconoce el derecho de los mismos, a la protección de su vida e integridad física. Ello es consecuencia de lo establecido en el artículo 15 de nuestra Carta Magna y también del artículo 10 de la misma, que reconoce la dignidad de la persona.

El incumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, puede dar lugar a responsabilidades y sanciones, que se acentúan cuando va seguida de daños y perjuicios económicamente evaluables. Son de diversa naturaleza y tienen como principal destinatario al empresario, ya que es el principal responsable de la seguridad y salud laboral.

⁸ ALZAGA VILLAAMIL et al. “Derecho Político Español, según la Constitución de 1978: I Constitución y fuentes del Derecho” 2011, Editorial Ramón Areces.

⁹ Leyes ordinarias, orgánicas, Decretos Legislativos, Decretos-Ley.

Nosotros al analizar la responsabilidad empresarial, tendremos que manejar asimismo el Código Civil, el Código Penal, la Ley de Jurisdicción Social, La Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común(30/92), amén, de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Pero la principal por antonomasia, en lo que se refiere al recargo de prestaciones, junto a la ya conocida LPRL, es el Real Decreto-Legislativo(Que no deja de ser una Ley, aprobada por Delegación),1/1994, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social. También recoge el concepto legal de accidente de trabajo..

Descendiendo en la pirámide normativa¹⁰, nos encontramos con los Reglamentos, que reciben la denominación, de Real Decreto, Orden Ministerial, según hayan sido aprobados respectivamente por Consejo de Ministros o el Ministro correspondiente. En ese sentido, el agente que intervenga en el mundo de la prevención, ha de conocer entre otros, el Reglamento de los Servicios de Prevención, y más concretamente en este estudio, entrarán en juego un rosario de los mismos, valga como ejemplo, aquellos que recogen los pasos a seguir para la imposición del recargo de prestaciones.

Pese a que la nombramos a continuación, la jurisprudencia, aunque no es fuente del derecho, se ubica en una posición muy destacada, ya que conforme a lo establecido en el Código Civil: *“La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.”* Ahora bien, respecto a la materia desarrollada en estas líneas, podríamos decir que ese destacado papel se convierte en imprescindible, pues en lo referente a la responsabilidad empresarial, resulta inexcusable tener que acudir a los diferentes pronunciamientos judiciales para conocer la realidad, que en ocasiones dista mucho de lo a priori recogido en los cuerpos legales.

Infinidad de sentencias han manado de los órganos judiciales, por lo tanto, en aras de sintetizar, se hará referencia siempre que ello sea posible, a aquellas,

¹⁰ Muestra un sistema de jerarquía de las normas, en cuyo vértice se encuentra la Constitución. Obra de Hans Kelsen(1881-1973), jurista y filósofo del Derecho, Austriaco, ideólogo asimismo de la figura del Tribunal Constitucional.

propias del Tribunal Supremo, lógicamente en su mayoría de la Sala de lo Social del mismo. Por lo tanto, para destacar las diferentes tesis ofrecidas, nos respaldaremos a través de sentencias que han sido ya desentrañadas por expertos, además de las trabajadas por el propio autor.

Por último y pese a no gozar de consideración de fuente del derecho y no ser vinculante, vamos a utilizar como pilar y sostener en gran medida el desarrollo del trabajo, con aportaciones doctrinales (es decir de los estudiosos en la materia). La doctrina jurídica podría definirse en términos coloquiales como “*científicos del derecho*”. Podemos encontrarla presente, en todo tipo de soportes divulgativos: manuales universitarios, enciclopedias jurídicas, conferencias (ya sean presenciales o virtuales), artículos en revistas, bases de datos online etc.

No conviene dejar en el tintero, que todo lo contenido a lo largo y ancho de este trabajo, será debidamente referenciado en el correspondiente apartado bibliográfico y se hará uso de las citas bibliográficas, ya que “*La verdad se corrompe tanto con la mentira como con el silencio*”.¹¹

En cuanto al método utilizado, como ya planteé en el epígrafe previo, el fin de cualquier trabajo o estudio es lograr que el lector comprenda el contenido del mismo. Se debe partir de la premisa, que la persona que se detiene en el mismo no tiene porqué tener unos conocimientos previos en la materia, por lo que se realizarán las correspondientes explicaciones para mejorar el entendimiento de la materia

Para ello y con la intención de acercarnos al fin último de la exposición, es decir, el recargo de prestaciones y en menor medida el resto de responsabilidades, soy partidario de ir analizando progresivamente aquellas cuestiones conexas donde se inserta dicha figura. En cierta medida en este epígrafe ya se ha avanzado en la tarea, al realizar una serie de consideraciones respecto a los instrumentos que van a ser aplicados. También, se tendrá que conocer mejor la llamada Jurisdicción Social y el sistema de Seguridad Social. Además, el recargo de prestaciones se encuadra dentro de las diferentes responsabilidades empresariales en materia de Seguridad y Salud, por lo cual, hay que conocer en primer lugar las diferentes responsabilidades existentes, así como unas breves nociones sobre el concepto de

¹¹ Marco Tulio Cicerón (106-43 AC). Escritor, orador y político romano.

empresario. Papel central ocupará el concepto de accidente de trabajo, como presupuesto previo y necesario para la imposición del recargo sobre las prestaciones. Considero, que aún en peligro de estar equivocado, las cosas han de verse en su conjunto y no de forma aislada, con el peligro correspondiente de perder su esencia o no ser comprendida. Se vería el árbol, pero no el bosque.

3. DESARROLLO, RESULTADOS Y DISCUSIÓN GENERAL

3.1. CONCEPTO DE EMPRESARIO JURÍDICO-LABORAL

3.1.1. Consideraciones iniciales

Antes de entrar de lleno en las diferentes responsabilidades existentes y los conceptos ligados a las mismas, reflejar que la atribución de las diferentes responsabilidades, carga sobre las espaldas del empresario, que es el principal obligado en materia de la Seguridad y Salud en el Trabajo. *“El empresario, público o privado, es el sujeto titular de la empresa y el que ostenta el poder de dirección de la misma, por lo que se erige en el principal obligado en garantizar la seguridad y salud en el trabajo”*¹².

El empresario se puede considerar un deudor de seguridad y contrae deberes frente al Estado como consecuencia de la regulación constitucional de velar por la seguridad e higiene en el trabajo y también frente al trabajador como consecuencia de la relación contractual existente¹³. Se puede afirmar, que *“ se hace acreedor de los beneficios de la actividad productiva, pero también responsable de las cargas sociales de la misma”*¹⁴

¹² GALDÓS LOYOLA, E (2013); *“La vigencia del recargo de prestaciones a través de su interpretación y práctica”*. Lex Nova – Thomson Reuters.

¹³ ALONSO OLEA, M; CASAS BAAMONDE, M.E; (1999). *“Derecho del trabajo”*.

¹⁴ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L (2008). *“Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo”*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, núm.10-10, p 10:1-10:15.

Por ello realizar varias precisiones sobre el concepto de empresario a efectos jurídico-laborales.

En primer lugar, conviene desterrar la palabra “empresa” de nuestra terminología, pues: *“se trata de una práctica lingüística bastante difundida pero poco rigurosa; la empresa no es, en verdad, un sujeto de derecho, sino la organización de medios materiales y humanos en los que se presta el trabajo y de la que es titular el empresario.”*¹⁵

Pese a la dualidad existente, en la legislación laboral, entre “empleador” y “empresario”, es más correcto el uso del primer término pues hace referencia, a: *“una persona que ofrece un empleo al trabajador y que lo emplea efectivamente.”*¹⁶. Mientras que el segundo, está vinculado a la definición de empresa, y en concreto, en sentido jurídico-laboral, basta con emplear a un trabajador asalariado, sin necesidad alguna de titularidad de una empresa.

3.1.2. Empresas de Trabajo Temporal (ETT)

También el Estatuto de los Trabajadores hace referencia a los supuestos de cesión de trabajadores, por parte de las Empresas de Trabajo Temporal a las usuarias. La ETT, es la que formaliza el contrato de trabajo, con el trabajador y lo pone a disposición de otra empresa, de manera temporal, mediante la figura conocida como contrato de puesta a disposición. El trabajador presta sus servicios en el seno de la empresa usuaria y queda sometido al poder de dirección de esta última. Fundamental en relación con la seguridad y salud, que la empresa usuaria está obligada a informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo y también de las medidas de prevención y protección. Además esta obligada a adoptar las medidas de seguridad e higiene correspondientes y como ser verás, devendrá responsable de afrontar el pago del recargo de prestaciones derivado de la infracción de la normativa preventiva y de la producción de un accidente de trabajo o enfermedad.

¹⁵ MARTÍN VALVERDE, A; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F; GARCÍA MURCIA, J (2011). *“Derecho del Trabajo”*. Tecnos.

¹⁶ MARTÍN VALVERDE, A; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F; GARCÍA MURCIA, J (2011). *“Derecho del Trabajo”*. Tecnos.

3.1.3. Contratas y subcontratas

En cuanto a las contratas y subcontratas, en primer lugar es necesario proceder a definir las. La contrata se ha definido como aquel tipo contractual en virtud del cual una parte llamada contratista, asume la obligación de realizar una obra o servicio determinados a favor del empresario principal o comitente, que asume a su vez la obligación de pagar por ello un precio y la subcontrata como el acuerdo contractual por el que un contratista o titular de un encargo de contrata encomienda a otro contratista la ejecución de determinadas obras o servicios que forman parte del encargo productivo más complejo que aquél se ha comprometido a realizar.¹⁷

La regla general es que la responsabilidad recae sobre el empresario infractor, conforme al artículo 123.2 LGSS, y también al amparo del artículo 24 LPRL, ya que *“el empresario principal debe vigilar el cumplimiento por quienes contraten o subcontraten con ellos, de la normativa de seguridad, siempre que se hayan contratado o subcontratado obras de la propia actividad y que ésta se desarrolle en el propio centro de trabajo.”*.

Hay que tener en cuenta lo recogido en la LISOS, art 42.3, *“la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas antes dichos durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas en materia de prevención de riesgos laborales en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en el centro de trabajo de la empresa principal”*.

Como se verá, se extiende al recargo de prestaciones y no sólo ha de responder el principal en ciertos casos pues, *“el hecho de que sea el empresario principal o el contratista quien coordine la prevención de riesgos laborales en el centro, no excusa al contratista o subcontratista de sus deberes en materia de prevención de riesgos laborales”*.

3.1.4. La Administración Pública.

En el seno de las Administraciones Públicas y por ello acudiendo al Estatuto Básico del Empleado Público (*“legislación básica del régimen jurídico*

¹⁷ SALINAS MOLINA, F. *“Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora”*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

de los funcionarios públicos y, por otro, legislación de la relación laboral especial de empleo público”¹⁸) nos encontramos con el concepto de “*empleado público*”, que aglutina a todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas.

El término de empleado público engloba, “*a quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*”¹⁹. Los empleados públicos se clasifican en : funcionarios de carrera, interinos, personal laboral y personal eventual.

El artículo 14 del EBEP, recoge como uno de los derechos individuales de los empleados públicos, el de “*recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud*”. En su caso el artículo 54 del EBEP, se refiere que se observen las normad de seguridad y salud.

También el EBEP hace mención a los derechos colectivos en materia de seguridad y salud, pero únicamente respecto a los funcionarios públicos.

No obstante la norma de referencia sigue siendo la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. De su contenido se desprende, que las normas de prevención de riesgos laborales son de obligado cumplimiento en el ámbito de las Administraciones Públicas, independientemente del sometimiento de la relación laboral existente, al derecho administrativo o a la legislación laboral. En efecto en el artículo 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, se recoge que respecto a las referencias hechas a trabajadores y empresarios, “... *se entenderán comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración Pública para la que presta servicios, en los términos expresados en la disposición adicional tercera de esta Ley...*”. Cuando se habla de personal estatutario, se está haciendo referencia al funcionario público. La disposición adicional tercera, hace referencia a la aplicación de una serie de preceptos básicos, quedando el resto supeditados a la inexistencia de normativa dictada por las Administraciones Públicas.

¹⁸ FUENTETAJA, J; PARADA, R. (2013). “*Derecho de la Función Pública*”. Open

¹⁹ Art.8.1 EBEP.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales no es de aplicación “*en aquellas actividades cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de una serie de funciones públicas: Policía, seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en caso de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, fuerzas armadas y actividades militares de la Guardia Civil*”.²⁰

Tal y como recoge el artículo 14 LPRL, el deber de protección que tiene el empresario frente a los riesgos laborales, “*constituye, igualmente, un deber de las Administraciones Públicas respecto al personal a su servicio*.”

Pese a que a las Administraciones Públicas se les puede exigir la diferentes responsabilidades existentes, es decir, penal, civil, seguridad social y administrativa, respecto a ésta última, el artículo 45.2 de la LPRL, establece que, “*... las infracciones serán objeto de responsabilidades a través de la imposición, por resolución de la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efecto se establezca*”. Esta consideración hace que se excluya la imposición de sanciones económicas a la Administración Pública. Otras posibles sanciones como puedan ser, el cierre del centro del trabajo o la suspensión de actividades laborales, parece de imposible cumplimiento.

La Responsabilidad Penal, “*es exigible a los cargos directivos y empleados públicos, ya que solo es aplicable a personas físicas y viene fijada en los artículos 316 y 317 del Código Penal. En el caso de la administración pública esta responsabilidad recae sobre aquella persona que tiene una responsabilidad directa en la organización de la actividad en concreto en la que acontece el siniestro, o sobre los miembros que actúan en representación de la figura del empresario*”.²¹

En cuanto a las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios relacionados con la seguridad y salud en el trabajo, rige la llamada responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que viene recogida

²⁰ MOSCOSO GIL, J.J. “La gestión actual de la prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas”. www.prevencionar.com.

²¹ MOSCOSO GIL, J.J. “La gestión actual de la prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas”. www.prevencionar.com.

constitucionalmente y asimismo en la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, 30/92. Tiene como carácter más destacado la exclusión del elemento de culpa, llegando a responder la administración incluso en el marco de una actividad lícita o dentro del funcionamiento normal de la misma.

En cuanto a Seguridad Social, también las Administraciones Públicas podrán responder del recargo sobre las prestaciones.

Durante la realización de este trabajo, desempeño mi actividad profesional en el Ayuntamiento de Oviedo, evidenciándose la aplicación de la normativa vigente en materia de seguridad y salud en el ámbito de las Administraciones Públicas. Desde el inicio, en el mes de Octubre de 2013(becado) y posteriormente, desde Abril (en régimen Laboral), además del pertinente reconocimiento médico inicial(en el marco de la vigilancia de la salud), se ha impartido un curso básico de prevención de riesgos laborales, estando también prevista la celebración para los diferentes empleados de cursos de prevención del acoso laboral.

3.2 RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA QUE AFECTA AL TRABAJADOR.

Para definir la responsabilidad empresarial, hay que tener como punto de partida, *“La desregulación económica, política y laboral,..que...ha sido el producto jurídico de este proceso social de transformaciones de la nueva empresa en un mercado altamente competitivo a la baja en los derechos y al alza en los beneficios.”* Y por tanto en *“Una sociedad con una empresa descentralizada, un mercado desregularizado y un sistema laboral flexibilizado, los riesgos que asumen los trabajadores en sus puestos de trabajo se multiplican porque están más expuestos a la precariedad laboral”*.²²

²² ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L (2008). *“Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo”*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, núm.10-10, p 10:1-10:15.

El objetivo de las diferentes responsabilidades y sanciones es el cumplimiento efectivo de la normativa de prevención de riesgos laborales y, con ello, garantizar la seguridad y salud en el trabajo.

A continuación, se desarrollarán aquellas responsabilidades que no necesitan para su concurrencia el acaecimiento de un accidente de trabajo, sino el incumplimiento de las normas vigentes en materia de prevención de riesgos laborales, es decir, la responsabilidad penal y la administrativa. También se desarrollará la responsabilidad civil, que como se verá tampoco se encuentra vinculada al concepto legal de accidente de trabajo.

Por último, aunque de forma sucinta, se tocará la responsabilidad disciplinaria, aunque en este caso, la misma no será del empresario, sino del trabajador.

Se deja pues, para más adelante, la figura del recargo de prestaciones.

3.2.1 Responsabilidad Penal

El artículo 42.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales hace alusión a la regulación de la misma en el ordenamiento penal. Es por tanto desarrollada en el Código Penal de 1995. Hay que decir de ella, que persigue fines retributivos (es decir, de castigo), pero también tiene una importante finalidad preventiva. Concretamente se encuentra en los artículos 316 y 317 CP, aplicándose uno u otro, según la culpabilidad del sujeto.

Artículo 316

“Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.”

Artículo 317

“Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.”

Son considerados “*delitos de riesgo*”, no siendo necesario que se produzca el resultado, es decir, las lesiones o el fallecimiento del trabajador, para su aplicación. Lógicamente, si se produjera esa triste consecuencia, podrían aplicarse aquellos preceptos del Código Penal que se refieren al atentado contra la vida, salud o integridad física. Existe división de opiniones, sobre si únicamente se tendrían que aplicar estos últimos preceptos generales, o ambos tipos penales en concurrencia.

Volviendo al artículo 316 del CP, se trata de un delito doloso, “... *parte de la comisión voluntaria, intencionada o plenamente consciente de la infracción*”. Hace referencia “*al comportamiento de no facilitar los medios de protección adecuados, aun conociendo la correspondiente obligación legal y siendo consciente de que en el supuesto de hecho era aplicable tal exigencia...*”.²³

Por su parte, la conducta imprudente se encuentra recogida en el artículo 317 del CP, siendo aplicable únicamente cuando se trate de una culpabilidad o imprudencia grave.

Como hemos hablado, nos encontramos ante un delito de riesgo, ha de generarse un peligro, que tendrá que ser grave, no siendo necesario que ese peligro llegue a materializarse en la producción de un resultado, como pueda ser la producción de daños, lesiones o inclusive el fallecimiento del trabajador.

Por último, nos encontramos con la importante novedad recogida en el artículo 318, que establece que: “*Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.*”

²³ GARCÍA MURCIA, J. “Responsabilidades y Sanciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo”, Pág. 107.

De la comisión de un delito, pueden derivarse responsabilidades civiles, es decir, la llamada “*responsabilidad civil ex delicto*,” que “*comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales*”.²⁴

En cuanto a esa relación con la responsabilidad civil, la reparación de daños y perjuicios se puede solicitar en el marco del proceso penal o en su caso acudir al orden civil para solicitarla.

Para finalizar, es muy importante la comprensión correcta sobre la posible concurrencia o vigencia, entre la responsabilidad penal y la administrativa. Podemos decir, que no son compatibles cuando hay identidad de sujeto, hechos y fundamentos. Si existen dudas entre cual de las dos aplicar, es preferente la responsabilidad penal, quedando paralizado el expediente sancionador y además, los hechos declarados probados en sede penal vinculan a los órganos administrativos.

Es compatible con el recargo sobre las prestaciones.

3.2.2 Responsabilidad Administrativa

La responsabilidad administrativa en materia de seguridad y salud en el trabajo se encuentra regulada en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la LISOS(Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social), que desempeña “*un importante papel como norma complementaria y norma supletoria de la LPRL*”²⁵. También intervienen otras normas, como pueda ser la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, “30/92” o la LETT, cuando nos encontremos ante empresas de trabajo temporal.

Ésta responsabilidad, tiene naturaleza pública, de carácter sancionador, por lo que se deben respetar los principios vigentes en el procedimiento sancionador, valga la redundancia. En cierta medida, también ostenta una función preventiva.

²⁴ GARCÍA MURCIA, J; “*Responsabilidades y Sanciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*”, Pág. 110.

²⁵ GARCÍA MURCIA, J; “*Responsabilidades y Sanciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*”, Pág. 59.

Además, es preponderantemente, de carácter monetario, a pesar, que en ocasiones pueden conllevar la suspensión de la actividad o incluso el cierre del centro de trabajo. No obstante, no persigue una finalidad reparadora del daño, que cumplen en cierta medida el resto de responsabilidades que puedan entrar en juego.

El artículo 45 LPRL, hace referencia a las infracciones administrativas de forma genérica, por lo que en aras de cumplir con el principio de legalidad y tipicidad, el detalle de las mismas se encuentra recogido en otros lados.

El artículo 5.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la define en los siguientes términos: *“incumplimientos, por acción u omisión, de las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral, siempre que estén tipificados a estos efectos.”*

No es necesaria la producción del resultado dañino, ahora bien, ello puede incidir a la hora de graduar la sanción. La culpa también incide en la misma, de cara a establecer la gravedad de la falta e imponer la correspondiente sanción.

Las infracciones, pueden ser leves, graves y muy graves, con consecuencias de muy diferente entidad (multa, cierre, prohibiciones de contratación...). Se requiere expediente sancionador a propuesta de la Inspección de Trabajo.

Podemos clasificarlas²⁶ en términos generales de la siguiente forma:

- 1- Se consideran infracciones leves, las que suponen incumplimientos de deberes formales o documentales y las que no revistan gravedad para la integridad física o salud de los trabajadores.
- 2- Graves, son las que originan riesgo grave para la salud o integridad o aquellas respecto a deberes formales o documentales de cierta entidad, violaciones de deberes de comunicación, información, consulta documentación control o auditoria u obligaciones básicas en la materia.

²⁶ MARTÍN VALVERDE, A; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F ; GARCÍA MURCIA, J (2011). *“Derecho del Trabajo”*. Tecnos.

- 3- Muy graves, las que originan un riesgo grave e inminente salud o integridad, o en relación a deberes empresariales de especial trascendencia o aquellas infracciones graves con algún factor de agravación por tipo de trabajo o riesgo generado.

Se incorporan una serie de criterios para modelar las sanciones económicas a imponer.

El procedimiento administrativo por el que se impone la sanción, va precedido normalmente por la actuación de la Inspección de Trabajo que puede finalizar de diferentes formas y que en su caso, puede derivar en un acta de infracción, dónde se refleja ese incumplimiento.

3.2.3 Responsabilidad Civil

En lo últimos tiempos, se han incrementado considerablemente las acciones de reclamación de responsabilidad civil. Doctrinalmente, se ha explicado en base a diferentes consideraciones.

En primer lugar, la antigua visión que consideraba que las lesiones en un ambiente laboral eran casi inevitables, fue superada, quebrando esa visión “fatalista”. También influyó de forma notable *“el endurecimiento progresivo de las normas de seguridad y salud laborales, el convencimiento de que las reparaciones y compensaciones obtenidas del sistema de Seguridad Social público resultaban insuficientes y el propio replanteamiento de la posibilidad de estas acciones de responsabilidad civil... y la jurisprudencia... de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo...”*²⁷

Importante cuestión, es que a efectos de la existencia de responsabilidad civil para el empresario, no es necesaria la consideración de las lesiones sufridas por el trabajador como accidente de trabajo, ya que la misma nace del incumplimiento de las distintas obligaciones que afectan al empresario en materia de prevención de riesgos laborales. En efecto como plantea el Catedrático de la Universidad de Valencia, Carlos. L. Alfonso Mellado, *“pueden, pues, existir casos en que la enfermedad o accidente sean considerados como laborales a*

²⁷ ALFONSO MELLADO, CL. *“Responsabilidad Civil por accidente de trabajo: estado actual de la cuestión”*. Págs. 273-307; en “accidente de trabajo y sistema de prestaciones”.

efectos de seguridad social pero no puedan generar responsabilidad civil del empresario y, también, lo inverso.” Un ejemplo ilustrativo sería el del accidente in itinere que por regla general no genera responsabilidad civil en el empresario.

Asimismo el autor mencionado, entiende que “ *... lo importante es que el daño sufrido por el trabajador pueda relacionarse de algún modo con un cumplimiento deficiente de las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud laboral y no su calificación a efectos de protección de seguridad social, que por el contrario sí que será relevante, por ejemplo, en materia de recargo de prestaciones* ”

El concepto de la responsabilidad civil viene ligado a una indemnización por daños y perjuicios, tal y como viene establecido, en el Art.42 LPRL. Al margen de la llamada “*responsabilidad civil ex delicto*”, esta responsabilidad (como bien indica la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que hace referencia a la misma), es regulada en la normativa civil, y más concretamente está establecida en el cuerpo del Código Civil, que “*aborda la responsabilidad patrimonial con carácter general..., pero son reglas aplicables sin duda alguna a las reclamaciones que pudieran interponerse en este terreno específico de la seguridad y salud en el trabajo*”²⁸

Hojeando u ojeando, según se prefiera, dicho texto normativo, nos encontramos con dos tipos diferentes de responsabilidad civil: contractual o extracontractual. La primera, es recogida en el artículo 1101 y la última, regulada en el artículo 1902.

Cuando hablamos de responsabilidad contractual, estamos partiendo de la pre-existencia de una relación contractual y de un incumplimiento de las obligaciones y que ese incumplimiento ocasione unos daños.

Por su parte, en la responsabilidad extracontractual contenida en el artículo 1902 del CC, se parte de la inexistencia de una relación contractual, pero contiene la obligación de reparar los daños que se ocasionen por acción u omisión, cuando medie culpa o negligencia.

²⁸ GARCÍA MURCIA, J (2003); “*Responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo*”. Pág. 115. Editorial Aranzadi.

Estamos ante acciones u omisiones que causan un daño a otro, por culpa o negligencia. No sólo por las propias, sino también conforme al 1903, los dueños o directores de empresas y establecimientos son responsables, de los perjuicios causados por sus dependientes...Se parte por tanto del riesgo inherente a la actividad empresarial y también de la responsabilidad in contrahendo o in vigilando. Existiría un Derecho de repetición.

En principio, la inicial responsabilidad subjetiva ha ido evolucionando hacia la llamada responsabilidad cuasi-objetiva, al aplicar el criterio, que existe culpa salvo prueba en contrario debido a los riesgos inherentes de la empresa, exigiéndose una diligencia extrema.

Existe una gran discrepancia tanto doctrinal como jurisprudencial, respecto a cuál de estas dos responsabilidades es más apropiada. Ésta materia goza de gran complejidad. No obstante reseñar, que Elena Galdós Loyola, siguiendo a Sempere Navarro y a San Martín Mazzuconi, entiende que la responsabilidad por el quebrantamiento de un deber será siempre contractual o extracontractual respecto de un mismo sujeto, pero consideran que no puede ser partícipe de ambas simultáneamente. Añadiendo Galdós Loyola, que cuando el daño derive de un incumplimiento de los deberes contractuales derivados de la relación jurídica, la responsabilidad es de carácter contractual.²⁹

Por su parte, Sagardoy de Simón, distingue una serie de factores con un gran peso, de cara a la elección de una u otra responsabilidad: grado de cualificación de la culpa, capacidad del sujeto responsable, carga probatoria, plazos de prescripción...

En referencia a que vía utilizar, si la contractual o la extracontractual, García Murcia entiende que los trabajadores han de utilizar la primera, al existir una relación contractual en el seno de la empresa, y que generalmente el daño deriva de la infracción de obligaciones que nacen del contrato o que se encuentran relacionados con el mismo. Ahora bien, siendo realista y conforme a lo aplicado sobre el terreno, considera que la más apropiada para los trabajadores es la segunda, al ser más fácil que la misma prospere, pues el trabajador no ha de

²⁹ GALDÓS LOYOLA, E (2013). *“La vigencia del recargo de las prestaciones a través de su interpretación y práctica”*. Lex Nova- Thomson Reuters.

demostrar ni la existencia de una relación contractual ni el incumplimiento de obligaciones en concreto.³⁰

En efecto, se acude generalmente a la responsabilidad extracontractual, ya que no es necesario probar la existencia de relación contractual, ni que los hechos ocurrieran en la esfera del mismo.

Destacada también es la vigencia del principio de compensación de culpas o incluso exoneración por culpa de la víctima. Puede tener cabida la figura del caso fortuito.

Como citamos ya en el apartado correspondiente a la responsabilidad penal, cuando de un delito se derivan daños o perjuicios, la reparación de los mismos puede exigirse en el mentado orden penal o en su caso ante los tribunales civiles. La finalidad que persigue es el resarcimiento de aquellos daños y perjuicios sufridos por una persona como consecuencia de las acciones u omisiones de otra. Ha de producirse un daño efectivo.

En cuanto a la compatibilidad con el resto de responsabilidades, no ofrece grandes problemas. Se recoge con carácter general en el art.42.3 LPRL. Respecto a la administrativa al perseguir fines distintos, la compatibilidad es plena. En la administrativa, no conlleva una reparación para el trabajador.

Su relación con la penal, ha quedado reflejado en otras parte de este estudio, siendo compatible, ya que el fin último de la responsabilidad penal es distinto al de la civil, aunque hay que tener siempre presente lo expuesto, es decir, que también la indemnización por daños y perjuicios, aunque no suponga un aspecto central en la misma, aparece con frecuencia en cuestiones penales.

Frente al recargo de prestaciones también es compatible, conforme al artículo 123 LGSS, aunque como se verá, según la naturaleza jurídica que entendamos del recargo, llevará o no de suyo la minoración de la cuantía de la responsabilidad civil.

Cuestión no menos importante, es que, es plenamente asegurable, a diferencia del recargo de prestaciones, que no puede ser objeto de seguro. El

³⁰ GARCÍA MURCIA, J (2003). *“Responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo”*. Págs. 122 y 123. Editorial Aranzadi.

artículo 15.5 de la LPRL recoge esta posibilidad de aseguramiento y establece que ha de regirse por la legislación vigente en seguros privados.

En cuanto a los sujetos responsables, García Murcia considera que en el ámbito de la seguridad y salud, *“podrían ser responsables por esta vía todas aquellas personas que teniendo obligaciones en la materia, las incumplan o cumplan deficientemente; y las que, sin haber asumido deberes u obligaciones específicas, causen a otros daños y perjuicios.”* Es decir, empresario, directivos, encargados, trabajadores y terceras personas. Generalmente es el empresario el sujeto más expuesto, *“no sólo porque es el que tiene un deber genérico de seguridad y salud respecto de sus trabajadores(art.14 LPRL) y el que asume mayor número de obligaciones en esta materia; sino también porque, como titular de la empresa, es el que ha de hacer frente a los riesgos y consecuencias que arrastra el desarrollo de la actividad empresarial”* La intervención en materia preventiva, de trabajadores especializados o servicios de prevención ajenos, hacen que puedan también asumir esas responsabilidades, aunque ello no lleva de por sí, la exclusión de la responsabilidad del empresario, de acuerdo al art.14 LRPL.³¹

En cuanto al orden jurisdiccional competente que entienda de estos asuntos, la regla general, *“es la competencia del orden social sobre las acciones de responsabilidad dirigidas contra el empresario y contra éste y terceros, la cuestión no es pacífica en las soluciones judiciales.”*³²

La indemnización civil está conceptuada como una reparación plena e íntegra de los daños y perjuicios sufridos, quedando incluidos, los físicos, psíquicos, morales, retribuciones futuras...

Las responsabilidades de daños y perjuicios, es decir, responsabilidades de tipo económico o patrimonial, tienen como fin reparar el daño causado y la situación de necesidad generada. Por todo esto, es imprescindible la producción de daños o perjuicios convenientemente acreditados, además del acto que ocasiona esa lesión (infracción de las normas, incumplimiento de los deberes

³¹ GARCÍA MURCIA, J (2003). *“Responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo”*. Pag.119. Editorial Aranzadi.

³² ALFONSO MELLADO, CL. *“Responsabilidad Civil por accidente de trabajo: estado actual de la cuestión”*. Págs. 273-307. en *“accidente de trabajo y sistema de prestaciones”*.

contractuales o inobservancia del principio general según el cual “no es lícito dañar a otros”.)

3.2.4 .La responsabilidad disciplinaria de los trabajadores.

No siempre se va a actuar frente al empresario, sino que el trabajador también puede devenir en responsable por el incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Se inserta dentro del poder disciplinario que posee el empresario dentro del ámbito de las relaciones laborales. Por lo tanto y como resulta lógico y adecuado, el trabajador además de numerosos derechos, también se encuentra vinculado a una serie de deberes, incluidos fundamentalmente en el artículo 29 de la LPRL. El trabajador, también podría tener responsabilidades civiles o penales, aunque es menos frecuente.

Persigue, “ *la efectividad de las normas de seguridad e higiene en los centros y lugares de trabajo...y...cumplir fines disuasorios o de prevención de infracciones futuras.*”³³

La responsabilidad disciplinaria tiene naturaleza de sanción. Ha de existir culpabilidad por parte del trabajador.

3.3. EL RECARGO DE PRESTACIONES

Como ya planteamos en la parte inicial del estudio y en aras a una mejor comprensión de todo lo explicado, es conveniente examinar ciertas cuestiones relacionadas con la figura del recargo de prestaciones. En primer lugar debe existir una infracción de la normativa vigente en materia de seguridad y salud, pero , si se quiere obtener una visión más general, se debe primero conocer en cierto detalle un presupuesto indispensable para su aplicación, es decir, el accidente de trabajo. Se mencionará asimismo algunos aspectos en relación a la enfermedad profesional, pero en adelante, cuando se hable del recargo de prestaciones como consecuencia de un accidente de trabajo, se quiere asimismo observar que también deriva de la enfermedad profesional.

³³ GARCÍA MURCIA, J. “*Responsabilidades y Sanciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*”, Pág. 155.

Debido a su imposición sobre las diferentes prestaciones sociales, se realizará un barrido de algunos aspectos generales sobre el Sistema Español de Seguridad Social.

Posteriormente se desarrollará el contenido sobre el recargo sobre las prestaciones.

Y por último, se procederá a examinar la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre aspectos fuertemente discutidos en relación con la figura. Por ello, de forma previa, se abordarán de forma resumida, diferentes consideraciones sobre la Jurisdicción Social y el Proceso Laboral, incidiendo en el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

3.3.1. El accidente de trabajo como presupuesto necesario.

3.3.1.1 Introducción y datos estadísticos (2011-2012) en el ámbito autonómico y estatal.

Por lo tanto, siguiendo el íter establecido para una mejor comprensión global, nos detenemos en esta ocasión a ofrecer detalles sobre el accidente de trabajo

Un accidente de trabajo puede ocasionar a la víctima, daños patrimoniales y extra-patrimoniales. Gastos de asistencia sanitaria, Costes de rehabilitación, Costes por adaptación de su domicilio o vehículo como consecuencia de la incapacidad sufrida... (Daño emergente). También respecto las percepciones laborales (lucro cesante). A nivel extra-patrimonial, afecta tanto a nivel físico como psíquico del trabajador. Importantes también son los costes para la sociedad.

A modo de introducción y para conocer la realidad del problema, se tiene que partir de un breve conocimiento de los datos estadísticos en la materia. Para ello, acudimos a la Página Web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Los últimos datos completos que figuran a día de consulta, son los correspondientes al año 2012.

Al ser este trabajo realizado dentro del territorio del Principado de Asturias, que mejor manera, que comenzar aportando las cifras existentes en esta Comunidad Autónoma para después pasar a examinar las del conjunto del Estado.

Años 2011-2012 en el Principado de Asturias

Durante el año 2011, de un total de 14.888 accidentes, los accidentes in itinere representaron aproximadamente un 9% de los mismos. Y en cuanto a los accidentes con mayor trascendencia, se produjeron 26 muertes y 121 accidentes graves..

Durante el año 2012, nos encontramos con un número de accidentes total de 11.665, representando los in itinere, aproximadamente un 10% de los mismos. Se dieron, 15 muertes y 98 accidentes graves.

En comparación, se ha rebajado de un año a otro significativamente el número total de accidentes y también los de carácter grave o de muerte del trabajador, lo cual constituye un factor positivo. Un aspecto preocupante, es el notable peso que ocupan los accidentes in itinere.

Años 2011-2012 Conjunto del Estado español

Durante el año 2011, se contabilizaron 581.150 accidentes en total, de los cuales, un 12% aproximadamente corresponde a los in itinere. Como datos significativos, se produjeron, 5.413 accidentes graves y 716 muertes.

Por su parte, en el transcurso año 2012, se contabilizaron 471.223 accidentes, de los cuales los in itinere representan aproximadamente un 13 %. Los 4.762 accidentes graves y 564 muertes, destacan como cifra negativa más destacada.

Entre uno y otro año, se evidencia un descenso significativo del número de accidentes, así como de aquellos de carácter grave o mortal. Ahora bien, el peso de los accidentes in itinere se mantiene estable.

Conviene matizar que estas cantidades no se pueden entender aisladamente, ya que intervienen otros factores. Por ejemplo en el sector de la construcción, que se haya reducido el número absoluto de accidentes, puede venir derivado de la

crisis económica y de su especial incidencia en el sector. Por ello existen una serie de fórmulas más adecuadas.

Acudimos al Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo y su informe anual de accidentes de trabajo en 2012, que utiliza el índice de incidencia (que excluye a los *in itinere*) y que respecto al año 2011, refleja un descenso del 19 por ciento.

Quiero reflejar la importancia y la lacra que supone la siniestralidad laboral, ya que para que nos hagamos una idea, en España en el 2011, en el ámbito de la criminología, se produjeron 92 homicidios dolosos, incrementados a 107, en el año 2012.

España ocupa uno de los primeros lugares a escala europea en cuanto a siniestralidad laboral. En el año 2009, de acuerdo a un informe elaborado por EUROSTAT, España tiene aún muchos deberes pendientes en esta materia.

3.3.1.2 Concepto legal y aspectos fundamentales.

El concepto de accidente de trabajo goza de gran amplitud y tiene un carácter mutable, ya que ha ido extendiéndose progresivamente con el transcurso de los años, fundamentalmente a través de la jurisprudencia.

Según la disciplina y la perspectiva desde la cual es analizado, el concepto que se obtiene es diferente. A pesar de esta amalgama terminológica existente, hemos de reconducir nuestros esfuerzos a examinar el concepto legal de accidente de trabajo, que es el que guarda conexión con el recargo sobre las prestaciones.

Analizando sucintamente la evolución histórica seguida, el concepto legal actual de accidente de trabajo, es el mismo que el descrito en la célebre Ley de accidentes de trabajo, de 1900, con la sustitución del término “*operario*”, por el actual de “*trabajador*”.

El concepto de accidente laboral a lo largo del siglo XX ha ido evolucionando hacia extender progresivamente: “... *su radio de acción al conjunto de los trabajadores autónomos o por cuenta propia...*”³⁴. En aras de

³⁴ MARTÍN VALVERDE, A. “*El concepto de accidente de trabajo en la legislación y la jurisprudencia españolas (Régimen General, autónomos, autónomos dependientes, agrarios,)*”.

abreviar, el punto final lo constituye, la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajador Autónomo, que se refiere a la protección de la novedosa figura de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

El concepto legal de accidente de trabajo, se encuentra recogido en el artículo 115.1 de la LGSS que lo define como: “ *toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena*”. De esta definición, Ángel Luis de Val Tena³⁵, distingue tres elementos:

- 1- Existencia de lesión corporal. En este aspecto, el término lesión, tiene una gran amplitud, que llega a incluir algunas enfermedades.
- 2- Persona, accidentada, trabajador por cuenta ajena. Se entiende que se aplica también a los trabajadores del régimen especial, aunque con salvedades.
- 3- Una existencia de relación de causalidad, es decir, “causa-efecto”, entre el trabajo realizado y la lesión sufrida.

Trabajador autónomo y autónomos económicamente dependientes:

Las anteriores notas son extendidas a aquellas definiciones legales del trabajador autónomo, lógicamente con aquellos matices de que nos encontraríamos con trabajadores por cuenta propia, o autónomos y que supone diferencias asimismo respecto a la relación entre el trabajo y la lesión.

En palabra de Martín Valverde, en estas disposiciones legales, se exige: “... *una conexión de causalidad, directa e inmediata, entre el trabajo realizado y el suceso o acontecimiento lesivo, que no se requiere en el accidente de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena, donde, junto al nexo de causalidad eficiente*

Actualidad laboral nº 22, quincena del 16 al 31 de Diciembre de 2008 pag.2670, Tomo 2, Editorial La Ley.

³⁵ DE VAL TENA, ÁNGEL LUIS. “*Accidente de Trabajo*”. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.

(por consecuencia) se reconocen otros nexos causales relajados, indirectos o mediatos (con ocasión).

Por su parte en cuanto a la LETA, Martín Valverde entiende, respecto a los trabajadores autónomos económicamente dependientes,: “...que en la cobertura de los siniestros profesionales se asimilan más bien a los trabajadores por cuenta ajena...”.

Por lo que se refiere a los trabajadores autónomos, su normativa excluye respecto al régimen general, los accidentes in itinere. Otro importante matiz, es el que se refiere a la presunción de laboralidad de los accidentes de trabajo, que aquí no rige, por lo tanto corresponderá al accidentado la carga probatoria. Antonio Martín Valverde, relaciona esta exclusión de los accidentes in itinere, con el precepto que exige conexión de causalidad, directa e inmediata.

Volviendo a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, se incluyen los accidentes in itinere, en este caso hablamos de presunción de laboralidad durante el desarrollo de la actividad profesional de que se trate, en vez de en tiempo y lugar. Está formulado de manera negativa, pero Martín Valverde, tras un trabajo lingüístico, lo resume en los siguientes términos: “*el accidente acaecido en el desarrollo de la actividad profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente es un accidente de trabajo, salvo prueba en contrario. La gran indeterminación del término desarrollo de la actividad profesional es definida de forma directa, como: un buen semillero de pleitos*”.

También podemos destacar conforme al art.115.3 LGSS, que son constitutivas de accidente de trabajo, las lesiones sufridas por el trabajador durante el tiempo y el lugar del trabajo. Se trata de una presunción “*Iuris Tantum*”, es decir, que admite prueba en contrario.

Supuestos que tienen la condición de accidentes de trabajo:

A continuación, resulta obligatorio detenerse en el artículo 115.2 LGSS, que recoge, qué supuestos tienen la condición de accidentes de trabajo, ya que en algunos de ellos, han corrido ríos de tinta doctrinales y también con pronunciamientos destacados y recientes de nuestro Tribunal Supremo.

Accidentes in itinere:

En primer lugar, son considerados accidentes laborales, los que sufra el trabajador al ir o volver del lugar del trabajo. Estamos hablando de los llamados accidentes in itinere, que han dado mucho juego y ha sido objeto de amplia discusión, reflejada inclusive en los medios de comunicación.

Se interpreta el domicilio del trabajador en su sentido más amplio, ya que lo verdaderamente relevante es que el desplazamiento sea por motivos de trabajo. El medio de transporte ha de ser aquel que no aumente innecesariamente el riesgo de acaecimiento del accidente. El trayecto ha de ser el adecuado, no teniendo porqué, ser el habitual o el más corto. A modo de ejemplo, un trabajador con domicilio en Oviedo y que ha de desplazarse a Gijón para desempeñar sus funciones laborales, será indiferente que lo haga por la “Autopista Y”, a que lo haga por la nueva autovía “*Industrial*” “*AS-II*”. Lo que queda suficientemente claro, es que no será considera accidente in itinere, uno ocurrido en Lluarca, para un desplazamiento laboral Oviedo-Gijón. El tiempo que se invierta en el desplazamiento ha de ser el normal. Lógicamente ésta palabra es de carácter indeterminado y puedan darse situaciones en que dé lugar a dudas la inclusión o no de una determinada interrupción.

Es básico comprender también, que cuando hablamos de accidentes in itinere y en misión, no estamos hablando de la misma figura. En el segundo supuesto, estamos hablando de un accidente laboral en sus propios términos, ocasionado como consecuencia de un desplazamiento enmarcado en su desempeño laboral, como consecuencia de su trabajo y dentro de la jornada laboral.

Respecto, a la citada polémica respecto a la inclusión o no de determinadas situaciones en el concepto de accidente in itinere, ha tenido un nuevo y reciente episodio a través de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 2013, ponente Aurelio Desdentado, modificando el criterio vigente respecto a la consideración de los accidentes in itinere, al incluir dentro del mismo, supuestos de desplazamientos por parte de los trabajadores de grandes distancias, desde el domicilio familiar hasta su residencia por motivos laborales.

El trabajador, viajaba desde el domicilio familiar en León a Soria donde residía entre semana para acudir a trabajar como conductor de maquinaria pesada.

El Tribunal Supremo hace gala de una cercanía y adaptación a las circunstancias de su tiempo, considerando las nuevas formas de organización social, estableciendo razones de realidad social.

Esas nuevas formas de organización social, consideran impone *“unas exigencias de movilidad territorial que obligan a los trabajadores a ajustes continuos en el lugar del trabajo que no siempre pueden traducirse en un cambio de domicilio y que tienen en muchos casos carácter temporal”* y por lo tanto considera *“a efectos del punto de partida o retorno del lugar del trabajo puede jugar, según las circunstancias del caso, tanto el domicilio del trabajador en sentido estricto como la residencia habitual a efectos de trabajo”*.

Importante también el Fundamento Jurídico Quinto al establecer que : *“De esta forma, hay que apreciar que en el caso decidido concurren los elementos que definen el accidente in itinere. En efecto, se aprecia el elemento teleológico, porque la finalidad principal del viaje sigue estando determinada por el trabajo, puesto que éste fija el punto de regreso y se parte del domicilio del trabajador en los términos ya precisados. Está presente también el elemento cronológico, pues aunque el accidente tiene lugar a las 21,15 horas del domingo cuando el trabajo comenzaba a las 8 horas del lunes, lo cierto es que se viajaba desde un punto que ha sido definido como el domicilio del trabajador hasta el lugar de residencia habitual y el hacerlo a aquella hora, para después de un descanso, poder incorporarse al día siguiente al trabajo ha de considerarse como una opción adecuada .Y es que, aunque el accidente se produce en un itinerario cuyo destino no es el lugar del trabajo, ese dirigirse a la residencia laboral no rompe la relación entre trayecto y trabajo, pues se va al lugar de residencia laboral para desde éste ir al trabajo en unas condiciones más convenientes para la seguridad y para el propio rendimiento laboral.”*³⁶

En conclusión, amplía los supuestos de accidente in itinere al considerar por primera vez siniestro laboral, el desplazamiento de un trabajador entre su

³⁶ Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 2013.

residencia familiar y su domicilio por cuestiones de trabajo, ya que hasta la fecha solo se considera así, si sucedía del domicilio del trabajador al puesto de trabajo.

Respecto a los accidentes in itinere, es importante seguir la distinción realizada doctrinalmente que distingue entre daño derivado del trabajo y daño derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional. En el primer caso va asociado a una obligación empresarial de prevención, mientras que en el segundo, no va siempre asociado a una obligación empresarial de prevención. Acertadamente, se incluye en este segundo grupo a los accidentes in itinere. En efecto, los mismos como bien expusimos son considerados accidentes de trabajo, ahora bien “ *no puede considerarse un daño derivado del trabajo en tanto la obligación empresarial de prevención se circunscribe al centro y lugar de trabajo* ”.³⁷

Accidente en el ámbito sindical:

En segundo lugar, también son accidentes de trabajo, los sufridos por el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, quedando incluidos asimismo los ocurridos al ir o volver de los lugares donde se desempeñen esas funciones. Aquí como bien menciona Ángel Luis de Val Tena, se asimila a “*la prestación de trabajo por cuenta ajena*” y “*se extiende el concepto de accidente in itinere a otros supuestos...*”.³⁸ Cargos electivos de carácter sindical se consideran tanto los sindicales propiamente dichos, como los de representación legal o unitaria.

Enfermedades (con exclusión de las enfermedades profesionales).

También quedan equiparadas a los accidentes de trabajo, las enfermedades profesionales no recogidas en el cuadro contenido en el Real Decreto 1299/2006³⁹,

³⁷ GINÈS Y FABRELLAS, A (2012) . “*Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*”. La Ley.

³⁸ DE VAL TENA, ÁNGEL LUIS. “*Accidente de Trabajo*”. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.

³⁹ Anexo I del Real Decreto 1299/2006, de 10 de Noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

siempre que tengan causa directa en el trabajo. Conviene recordar que las enfermedades recogidas en el cuadro son un “*numerus clausus*”⁴⁰

Se incluyen también las enfermedades agravadas como consecuencia del trabajo. Y otras que: “*No son consecuencia directa del accidente, sino ampliaciones del proceso patológico desencadenado por el accidente o bien, en otro caso, enfermedades adquiridas en el medio en que se sitúa el trabajador para su curación, sin tener relación con el accidente. En todo caso, se deben probar las complicaciones patológicas y las afecciones adquiridas por el nuevo medio.*”

El accidente agravante y la enfermedad intercurrente amplían la consideración de accidente de trabajo, a los “*daños no derivados de la misma contingencia o suceso lesivo que generó el accidente...*”.⁴¹

En el caso del accidente agravante, se trata de daños generados en un momento anterior y por otro lado en el caso de las enfermedades intercurrentes, se trata de daños derivados o producidos con posterioridad

En lo que concierne a las enfermedades profesionales, conforme a lo establecido en la LGSS, para ser considerada, tal y se comentó con anterioridad, ha de estar listada en el cuadro de enfermedades profesionales recogido en el RD 1299/ 2006 de 10 de Noviembre. Contiene dos anexos. El primero, recoge las enfermedades profesionales y el segundo es la: “*Lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría completarse en el futuro*”. La importancia radica en que las enfermedades incluidas en el primer anexo, gozan de una presunción “*iuris et de iure*” es decir que no admite prueba en contrario, que se trata de una enfermedad derivada del trabajo. Existe relación de causalidad entre enfermedad y trabajo y por tanto es una enfermedad profesional. Se incluyen

⁴⁰ “Relación cerrada” o “número cerrado”.

⁴¹ MARTÍN VALVERDE, A. “*El concepto de accidente de trabajo en la legislación y la jurisprudencia españolas(Régimen General, autónomos, autónomos dependientes, agrarios.)*”; Actualidad laboral nº 22, quincena del 16 al 31 de Diciembre de 2008 pag.2670, Tomo 2, Editorial La Ley.

sustancias o elementos empleados en la prestación de servicios. No hay que probar la relación, a diferencia de los accidentes de trabajo.

Un sector doctrinal importante (Sempere Navarro entre otros), es crítico con este “ *numerus clausus*” o lista cerrada y es partidario de que se siga un criterio mixto, en el que también se pueda demostrar la relación de causalidad entre la patología y el trabajo, para sacar las enfermedades del concepto de accidente de trabajo.

Otros supuestos incluidos

Dentro del concepto de accidente de trabajo, se incluye también, al trabajador que sufra un accidente con ocasión o como consecuencia de tareas ajenas a su categoría profesional, como consecuencia de órdenes del empresario o de forma espontánea para mejorar el funcionamiento. También los actos de salvamento que tengan relación con el trabajo

Merece también atención, lo recogido en las Disposiciones Adicionales de la Ley, que hace referencia, a aquellos accidentes en que intervenga la Dirección General de Trabajo y Migraciones, y se produzcan durante el viaje de entrada y salida de los emigrantes.

3.3.1.3. Exclusiones del concepto legal de accidente de trabajo

Tan importante o más, que los supuestos incluidos como accidentes de trabajo, lo son aquellos que quedan excluidos del mismo.

Por eso, la ley expresamente excluye, como accidentes laborales en el artículo 115.4, los que sean consecuencia de fuerza mayor extraña al trabajo, es decir, que tenga tal naturaleza que no tenga ninguna relación con el trabajo ejecutado. No es fuerza mayor, ni la insolación, el rayo ni los fenómenos de corte análogo.

Con gran lógica, se excluyen igualmente los accidentes debidos a dolo o imprudencia temeraria por parte del trabajador. Aquí goza de especial relevancia el problema social del suicidio. Por su parte, la imprudencia profesional sí se considera accidente de trabajo. En último lugar, hay que tener presente la cuestión de intervención de tercero, dónde siempre se debe partir de la conexión guardada

con el trabajo. Respecto a la imprudencia profesional y la concurrencia de un tercero, estamos ante factores humanos de los accidentes.

Emilio Palomo Balda, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, analiza la figura del dolo y de la imprudencia temeraria, como factores excluyentes del concepto de accidente de trabajo.⁴²

En referencia al dolo excluyente de accidente de trabajo, entiende que “*basta que el trabajador cause voluntariamente el accidente, con independencia de que su proceder sea o no constitutivo de un ilícito penal*”

Distingue entre dolo directo y eventual. Dentro del dolo directo establece las diferencias entre el del primer y segundo grado.

Primer grado: se busca consciente y deliberadamente la producción del siniestro (automutilaciones, tentativa de suicidio y suicidio). Como veremos jurisprudencialmente, se reputan como accidente de trabajo, los actos suicidas, si se demuestra la relación causal con el trabajo.

Segundo grado: No se persigue provocar el accidente, pero “*ese resultado se presenta como una consecuencia natural e inevitable de su acción, siendo conocido y admitido por el*”

La diferencia entre el dolo eventual y una imprudencia consciente es muy fina y en esta materia no tiene trascendencia pues ambos supuestos quedarían fuera del concepto de accidente de trabajo.

En lo relativo a la imprudencia temeraria, y respecto a la influencia de las bebidas alcohólicas, no es una cuestión pacífica, aunque hay algunos supuestos “*en que los tribunales califican este comportamiento como constitutivo de imprudencia temeraria en atención al peligro de la labor realizada y al grado de alcoholemia...*”. La imprudencia temeraria goza de la condición de concepto jurídico indeterminado, que ha de ser delimitado en cada caso concreto. Se han dado diferentes definiciones doctrinales, que están diferenciadas de las propias del Derecho Penal. Una visión nos la ofrece, Carolina San Martín Mazzucconi, profesora titular de Derecho del Trabajo en la Universidad Rey Juan Carlos y

⁴² PALOMO BALDA, E (2009); “*Accidente de Trabajo y Sistema de Prestaciones*”; Editorial Bomarzo. Pags.119 y ss.

consejera académica en Gómez- Acebo y Pombo, en los siguientes términos : “ *Nuestro tribunales mantienen que para que concurra la imprudencia temeraria del trabajador es preciso que con su comportamiento asuma riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves, ajenos a la conducta usual de las personas. en otras palabras, se presupone un patente y claro desprecio del riesgo y de la prudencia más elemental exigible al menos previsor. La conducta temerariamente imprudente excede de la normal de una persona, corriendo de modo voluntario un riesgo innecesario que pone en peligro la vida o los bienes; sometiéndose el trabajador de forma inmotivada, caprichosa y consciente a un peligro cierto*9. Así, existe imprudencia temeraria cuando el trabajador «consciente y voluntariamente contraría las órdenes recibidas del patrono, o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigibles a toda persona normal»”⁴³

En cuanto a la imprudencia profesional, se puede definir como, “ *Conducta del trabajador descuidada, negligente fruto del ejercicio habitual de un trabajo que por repetitivo produce un exceso de confianza que le impide discernir el riesgo que su actitud realmente entraña, pero sin el ánimo deliberado de querer correr el riesgo. Conducta que no se realiza con desprecio de las normas de juicio y sensatez indisculpables en toda conducta humana, Razón por la que se incluye en la zona de riesgo laboral*”⁴⁴.

Otros aspectos polémicos vienen derivados de los riesgos psicosociales, la epilepsia, el infarto de miocardio y el suicidio.

La mencionada importancia de la jurisprudencia, denominada “*histórica*”, por Antonio Martín Valverde, es evidente. Destaca en gran medida, la aportación de la misma, respecto a la lesión corporal constitutiva del accidente de trabajo, que no ha de ser producida de forma “*traumática*”, distinguiéndola asimismo de otras definiciones de accidente de trabajo en otros ámbitos, como pudiera ser la legislación del seguro privado, entre otras. Se tienen en cuenta por lo tanto, enfermedades, procesos patológicos. Un lugar primordial, ha ocupado en este

⁴³ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C; “*La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales*”.

⁴⁴ GALDÓS LOYOLA, E (2013). “*La vigencia del recargo de las prestaciones a través de su interpretación y práctica*”. Lex Nova- Thomson Reuters.

sentido, por ejemplo, las dolencias cardiovasculares producidas principalmente por el estrés y que el Tribunal Supremo ha calificado mayoritariamente como lesiones causadas por accidente de trabajo. Respecto a los infartos de miocardio, puedo destacar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de Octubre de 2012, ya que fueron muy discutidos, aquellos supuestos de infarto ocurridos en el interior de un vestuario. En el caso en cuestión, se matiza el concepto de tiempo de trabajo permitiendo hacer jugar la presunción de laboralidad, pero sin contradecir la doctrina del TS, excluyente de la jornada laboral, del tiempo que pasa el trabajador en el vestuario para cambiarse de ropa, pero en el supuesto en cuestión, concluyen factores determinantes, como es, el haber fichado previamente y que se estaba colocando los equipos de protección individual correspondientes, entre otros factores.

Existe una delgada línea, que separa unas situaciones de otras, lo que a mi juicio no es una cuestión positiva, ya que se deja al trabajador e inclusive a la empresa en un limbo de difícil decantación.

En cuanto al problema social del suicidio por parte de los trabajadores, se trata de un tema candente, de clara actualidad, sobre todo tras el escándalo producido en Francia tras el suicidio en masa de decenas de empleados de la compañía de telecomunicaciones, France Telecom.

La Sala de lo Social del TS, ha considerado accidente laboral, el de un trabajador en su domicilio, al haber sufrido estrés y ansiedad derivado del trabajo, relacionando *“el quehacer laboral y el suicidio del trabajador”*. Siempre ha de estar claro el vínculo entre el suceso y las condiciones de trabajo. La jurisprudencia del TS por lo tanto, cuando nos encontramos ante un episodio previo de estrés laboral, considera el suicidio como accidente laboral.

Interesante cuestión es la de la posible inclusión de los ataques de epilepsia como accidentes de trabajo. Ginès y Fabrellas, estudia el fenómeno a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resumiendo su doctrina en que *“... en estos supuestos, no es aplicable la presunción de laboralidad porque se trata de dolencias de naturaleza congénita y de manifestación ajena a factores exógenos.”* Prosigue, manifestando que la ausencia de relación de causalidad se acredita, ya que son enfermedades cuya naturaleza excluye la etiología laboral. A

juicio del Tribunal Supremo “...aceptar la laboralidad del suceso epiléptico implicaría desnaturalizar el concepto del AT...”⁴⁵

3.3.2. Nociones básicas del sistema español de seguridad social.

Resulta relevante hacer un examen básico de lo que se entiende por Sistema de Seguridad Social, antes de iniciar el estudio del recargo de prestaciones.

La protección por parte de la Seguridad Social, es un derecho constitucional recogido en el artículo 41 de la Carta Magna.

Acudiendo a la Página web de la Seguridad Social, se define como: “*un conjunto de regímenes a través de los cuales el Estado, garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación, por realizar una actividad profesional, o por cumplir los requisitos exigidos en la modalidad no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada en las contingencias y situaciones que la ley define.*”

Partiendo del artículo 9 de la Ley General de Seguridad Social, se distingue dentro del Sistema, entre: El Régimen General y los Regímenes Especiales. Decir de estos últimos, que tienen su razón de ser para determinadas actividades profesionales, de acuerdo a su naturaleza, condiciones de tiempo o de lugar o características de los procesos productivos.

El artículo 10.2 considera Regímenes Especiales a:

- Trabajadores del mar,
- Por cuenta propia o autónomos
- Funcionarios públicos, civiles y militares,
- Estudiantes,
- Otros considerados por el Ministerio de Trabajo(dando cobertura legal al de la Minería).

Hay que destacar la tendencia seguida a la integración en el Régimen General, de cualquiera de los Regímenes Especiales, a excepción de aquellos

⁴⁵ GINÈS Y FABRELLAS, A (2012); “Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional”; La Ley.

regidos por leyes específicas. A modo de ejemplo y como una de las novedades más recientes, mencionar la inclusión durante el año 2011 del Régimen Especial de Empleados de Hogar y también del Agrario, en el Régimen General de la SS.

En cuanto a la importante cuestión relativa a los niveles de protección, cabe diferenciar entre prestaciones contributivas y no contributivas. Las prestaciones: “... se configuran como el conjunto de medidas, económicas o técnicas, que reconoce el sistema de la Seguridad Social para prevenir, reparar o superar el estado de necesidad derivado de la aparición de la contingencia protegida.”⁴⁶

En lo que se refiere a la protección por contingencias profesionales, para el acceso a las prestaciones contributivas conforme al artículo 124 LGSS, se exige cumplir con tres requisitos: Afiliación, cotización previa y que se manifieste aquella situación protegida. Lógicamente si se produce un accidente de trabajo, se considerará que el trabajador se encuentra dado de alta, si el empresario ha incumplido con dicha obligación, conforme al 124.4 LGSS, que no exige cotización previa para tener derecho a prestaciones por accidente de trabajo

Es cardinal mencionar igualmente, que pese a que las cotizaciones al Régimen General de Seguridad Social es obligatoria tanto para trabajadores como empresarios; En materia de contingencias profesionales, el deber recae exclusivamente sobre el empresario. Se fundamenta en la creación de riesgos y en los beneficios obtenidos por la responsabilidad empresarial.⁴⁷

Las Prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo son:

- Asistencia sanitaria.
- Indemnización por lesiones permanentes no invalidantes.
- Prestaciones por incapacidad temporal, permanente, muerte y supervivencia.
- Riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.

⁴⁶ ÁLVAREZ ALCOLEA, M; ELORRIAGA BASOA; SAN SEBASTIÁN CARRERA, A. “Sistema de la Seguridad Social”. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.

⁴⁷ GINÈS I FABRELLAS, A (2012). “Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional”. La Ley.

La Incapacidad temporal, está recogida en el artículo 128 LGSS,

“ es aquella situación en la que el trabajador se encuentra temporalmente imposibilitado, como consecuencia de un proceso patológico, para trabajar y recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social”.

Tiene una duración máxima de 12 meses, que pueda llegar a ser de 18 meses, tras la cual, si no se le ha dado el alta al trabajador, podría declararse la incapacidad permanente. 75% Base reguladora.

La Incapacidad permanente se encuentra regulada en el artículo 136 LGSS:

“ Situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyen o anulen su capacidad laboral”.

Cuatro grados de Incapacidad permanente en el art 137 LGSS: parcial, total, absoluta y gran invalidez:

- a) Parcial: *“Sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”.*
- b) Total: *“inhabilita al trabajador para realizar todas o fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta...”*
- c) Absoluta: *“inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio”.*
- d) Gran Invalidez: *“incapacidad permanente y que, como resultado de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de una tercera persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.*

Las prestaciones de seguridad social no compensan íntegramente el daño sino que tienen *“la finalidad de proteger a las personas ante situaciones de necesidad y garantizar prestaciones suficientes para asegurar un adecuado y decoroso nivel de vida.”* Las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo o en su caso enfermedad profesional, se centran en la compensación del daño patrimonial. Ahora bien no son equivalentes a la totalidad del salario que se recibía con anterioridad a que sucediera la contingencia.

También ocupa un papel destacado las mejoras voluntarias de Seguridad Social que han sido definidas por un sector doctrinal de gran peso(Martín Valverde o Monereo Pérez, entre otros), como *“ Obligaciones empresariales derivadas de la propia voluntad del empresario, del contrato de trabajo o de la negociación colectiva, que tienen como objeto complementar la acción protectora del sistema público de Seguridad Social”*. Cuando no estamos inmersos en un supuesto de responsabilidad empresarial, *“suponen pura y llanamente un aumento de la cuantía que recibe el trabajador accidentado o sus causahabientes”*⁴⁸ Por lo tanto podemos deducir de ello, que la reparación del daño será mayor, actuando como un instrumento de compensación del daño. Por el contrario cuando entra en juego la responsabilidad empresarial, esta figura, se descuenta de la cuantía de indemnización por daños y perjuicios a recibir por el trabajador.

En el ordenamiento jurídico español gozamos de cuatro instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo. Dos que no guardan relación con la responsabilidad empresarial, es decir, las prestaciones de seguridad social y las mejoras voluntarias. En el caso contrario se encuentran la indemnización de daños y perjuicios y el recargo de prestaciones.

3.3.3 Evolución histórica y consideraciones sobre el recargo de las prestaciones.

Para que entre en juego la imposición de un recargo sobre las prestaciones de seguridad social, se deben dar varias premisas. La primera y punto de partida y pilar básico, es la necesidad del acaecimiento de un accidente de trabajo o

⁴⁸ GINÈS I FABRELLAS, A (2012); *“Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional”*; La Ley.

enfermedad profesional. Posteriormente se reconoce el derecho a recibir prestaciones económicas de la Seguridad Social. Si la lesión, es consecuencia de haber infringido una norma de prevención, esa cantidad se incrementará entre un 30 y un 50 por ciento, a través de la figura del recargo de prestaciones. Siempre partimos de infracción por parte de la empresa de las normas en materia de seguridad y salud. El incumplimiento de las decisiones de la Inspección y de la autoridad laboral sobre paralización de trabajos por no respetar las exigencias de seguridad e higiene, se equipara en relación con los accidentes de trabajo que pueden producirse, a la falta de formalización de la protección por dicha contingencia de los trabajadores afectados. Art195 LGSS.

En referencia al recargo de prestaciones, se puede considerar una de las formas de reacción frente a una situación dramática *“ante el incremento estremecedor de los siniestros profesionales, reflejo de la constante violación del deber de seguridad”*⁴⁹

El recargo de prestaciones es una institución clásica de nuestro ordenamiento jurídico. Al igual que hablábamos del accidente de trabajo, estaba ya recogida, valga la redundancia, en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. Tiene una finalidad tuitiva, preventiva e intimidatoria. La aparición del recargo de prestaciones en ese pionero texto normativo, se recogía concretamente en su art 5.5 que se refería en los siguientes términos *“Las indemnizaciones determinadas por esta Ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución”*

En aquellos tiempos, la Responsabilidad del empresario era objetiva y se trataba de una indemnización a favor del trabajador sin poder acudir a la vía civil y a cambio podía complementar esa cuantía con la figura del recargo.

Evolución de esta figura que llega hasta nuestros días, siendo criticada por parte de la doctrina, destacando entre ellos Desdentado Bonete, ya que al ser superado el principio de inmunidad empresarial, no deja de ser a su juicio, una

⁴⁹ GALDÓS LOYOLA, E (2013); *“La vigencia del recargo de las prestaciones a través de su interpretación y práctica”*; Lex Nova- Thomson Reuters.

figura histórica que debería ser excluida del sistema de compensación del daño derivado de contingencia empresarial.

Sin embargo Molina Navarrete, entre otros, considera en primer lugar que se trata de una figura que redunde en beneficio del trabajador, ya que compensa al mismo sin tener que ejercitar una acción civil. Además su función preventiva es imprescindible.

Parte de la doctrina aboga por su modificación. Por su parte, una minoría de la misma considera que no es indispensable para lograr incentivar la prevención de riesgos laborales(Ginès y Fabrelles), que considera puede ser suplida por otras figuras que se derivan de la responsabilidad empresarial.

El Tribunal Supremo viene a justificar esta institución en una sociedad con altos índices de siniestralidad, donde el recargo persigue evitar los accidentes de trabajo e impulsar coercitivamente que las empresas cumplan con su deuda de seguridad, incrementando significativamente sus responsabilidades con el propósito de que no les resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente.

3.3.4. Concepto del recargo sobre las prestaciones.

El artículo 123.1 LGSS establece una imprescindible disquisición, al establecer que aquellos accidentes de trabajo derivados de la infracción de medidas de seguridad e higiene, propiciaran que las prestaciones económicas de seguridad social, aumentaran según la gravedad, de un 30 a un 50 por ciento. Es decir: *“ cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.”*⁵⁰

⁵⁰ DE VAL TENA, A.L; SAN SEBASTIÁN CARRERA, A; MORALES VÁLLEZ, C.E. *“Recargo de prestaciones de la seguridad social”*. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.

La figura del recargo de prestaciones presenta a la vez elementos de una responsabilidad por culpa, como objetiva, ahora bien, no se aplica automáticamente tras el suceso de un accidente sino que es necesario la vulneración de normativa en materia de seguridad y salud.

No se hace referencia a la culpabilidad del sujeto responsable, y se ha discutido si se trata de responsabilidad objetiva o una por culpa o negligencia en los términos dados respecto a la civil. En la jurisprudencia se exige la culpabilidad.

Para que se pueda imponer el recargo, han de concurrir una serie de requisitos o circunstancias reflejados en el artículo 123 LGSS y los cuales han tenido un reflejo continuo en la jurisprudencia:

- a) Accidente de trabajo o en su caso enfermedad profesional.
- b) Incumplimiento normativa en materia de seguridad y salud(PRL).
- c) Relación de causalidad entre la acción u omisión del empresario y el resultado lesivo que afecta al trabajador.
- d) Premisa de que exista derecho por parte del trabajador a una prestación económica.

Del análisis del articulado se desprende que ha de existir una relación causa-efecto⁵¹. No se impone de forma automática y en todo caso, sino que es exigible que se acredite un nexo causal entre la infracción cometida y el resultado producido, siempre y cuando exista culpa o negligencia por parte del empresario. Por ende ha de ser probada, ya que el mero de hecho de que estén presentes los dos elementos no lleva per se la aplicación del recargo.

En cuanto a los criterios para establecer el porcentaje del recargo sobre las prestaciones a imponer, y que oscila entre un 30 y un 50 %, conforme al artículo 123.1 LGSS, deberá cuantificarse en relación a la gravedad de la falta; Hemos de acudir a la jurisprudencia, que se basa en tres criterios: gravedad de la falta cometida, daños sufridos por el trabajador y comportamiento del trabajador. En el primer caso, se utilizan los criterios relativos a las infracciones de naturaleza administrativa recogidos en la LISOS (Peligrosidad de actividades, trabajadores

⁵¹ PALOMERO GARCÍA, M. *“El procedimiento de declaración de recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”* en www.graduados-sociales.com.

afectados, mantenimiento de los riesgos a lo largo del tiempo, medidas de protección individual, propuestas no tenidas en cuenta aportadas por delegados de prevención, servicios preventivos...). Se enmarca en el terreno de la lógica, pues una manifestación en contrario, rayaría el absurdo. Se aplica sobre cualquiera de las prestaciones de seguridad social derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Uno de los aspectos más problemáticos, es el de determinar aquellas medidas de seguridad e higiene, cuyo incumplimiento genera la imposición del recargo: “ *esto es, si la infracción debe recaer en una medida de seguridad concreta y tipificada o se trata de una alusión general, teniendo en cuenta el deber general de prevención a que está obligado el empresario*”⁵². Por tanto existen dos interpretaciones: “*una restrictiva que exige que el empresario hubiera incumplido una norma jurídico-administrativa que contenga un específico deber de seguridad y otra más amplia o flexible, para la que sería suficiente la vulneración de la obligación general empresarial de seguridad*”

Parte de la jurisprudencia entendió que para imponer el recargo de prestaciones era necesario que se acreditara la vulneración o incumplimiento de una medida de prevención específica. Pero la doctrina jurisprudencial que tiene un mayor calado en el día de hoy y que es fiel a la obligación recogida en el artículo 14 de la LPRL(que recoge una obligación general de prevención), ha supuesto que cabrá su imposición cuando exista una infracción de la obligación general de prevención.

En relación al tratamiento jurisprudencial otorgado a esta cuestión, se adopta una postura amplia y flexible, estimando que la omisión puede afectar a las medidas generales o particulares de seguridad, exigibles en la actividad laboral, por ser las adecuadas para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores. Se fundamenta esta posición principalmente, en la deuda de seguridad que el empresario tiene contraída con sus trabajadores por el solo hecho de que éstos presten servicios bajo su ámbito de organización, derecho básico recogido en los artículos 4.2 y 19 del Estatuto de los Trabajadores y que

⁵² DE VAL TENA, A.L; SAN SEBASTIÁN CARRERA, A; MORALES VÁLLEZ, C.E. “ *Recargo de prestaciones de la seguridad social*”. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.

con carácter general y haciendo positivo el principio “*alterum non laedere*”, es elevado a rango constitucional por el artículo 15 de la Constitución.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de marzo de 1999, señala que el incumplimiento del deber general o deuda de seguridad que corresponde al empresario es suficiente para imponer el recargo, y la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2001 establece el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado.

Los defensores de una visión de la naturaleza jurídica del recargo como sancionadora(que se verá posteriormente) y que por ello implicaría la vigencia de los principios en materia sancionadora(entre los que se encuentra el de tipicidad, es decir lo establecido en norma), entienden que no podría establecerse el recargo por un incumplimiento del deber general de seguridad. Concluyen, que el recargo de prestaciones ha de interpretarse y por ende aplicarse de forma restrictiva.

La figura del recargo viene dada por sus fines preventivos, sancionadores y también de cara a compensar los daños y perjuicios causados. Es el empresario infractor el responsable del pago, es decir, responsabilidad directa de la empresa para el pago de dichas prestaciones al trabajador conforme al artículo 126 LGSS.

Además es importante dejar claro que como consecuencia de esa responsabilidad exclusiva del empresario, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social no responden de manera subsidiaria del pago de la misma. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de marzo de 1993 sostiene, que no cabe invocar un posible desamparo del trabajador que no alcance a percibir el recargo por falta de medidas de seguridad, a causa de insolvencia de la empresa directamente condenada a su abono, pues “*el principio de protección social proclamado por el artículo 41 de la Constitución Española) no puede tener un alcance ilimitado sino, que, como es obvio, ha de desenvolverse dentro de ciertos límites y en el marco de las disponibilidades financieras del propio régimen de Seguridad Social adoptado*”.

Algunas críticas van en ese sentido pues: “*En las empresas pequeñas o medianas esta sanción puede acarrear situaciones de insolvencia, por la imposibilidad de asumir las cuantías del recargo, a sumar a la citada sanción administrativa y a la indemnización civil. Esto puede provocar la desprotección*

*del accidentado o de los familiares afectados, derivada de los daños y perjuicios ocasionados al trabajador. Además, hay que tener en cuenta que en caso de insolvencia empresarial estos afectados no podrán dirigirse al Instituto Nacional de la Seguridad Social pues esta entidad no es responsable subsidiariamente y, además, está exenta de la obligación de anticipar la cuantía económica del recargo”.*⁵³

No obstante, aunque la responsabilidad se atribuye al empresario infractor, existen supuestos especiales en los que concurren una pluralidad de empresarios, lo que plantea la cuestión de determinar el sujeto responsable del pago del recargo

Es el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a quien corresponde declarar la responsabilidad empresarial y determinar el incremento correspondiente (Art1.e, RD/1300/1995, 21 de Julio). Por lo tanto la declaración de responsabilidad, corresponde al Director Provincial del INSS, siendo muy destacada la participación de la Inspección de Trabajo, ya que a ella corresponde en virtud de su destacado papel en la investigación del accidente, levantar acta de infracción contra la empresa y enviar un informe propuesta de recargo al INSS, tipificando en el mismo la infracción cometida y el correspondiente porcentaje de recargo a aplicar. El INSS actúa a instancia del accidentado o sus beneficiarios, o mediante la resolución del procedimiento de oficio iniciado por la Inspección de Trabajo.

Recoge Palomero García, la necesidad de impugnar paralelamente el acta de infracción de la Inspección de Trabajo, ya que es *“Reiterada la doctrina jurisprudencial que viene reconociendo la independencia entre el procedimiento administrativo de imposición de sanción por infracción, y el procedimiento administrativo seguido ante el INSS para la imposición del recargo. Esa independencia puede provocar que no coincidan las valoraciones y calificaciones de las sentencias de los diferentes órdenes jurisdiccionales.”*⁵⁴

⁵³ RISUEÑO PÉREZ, A (2006); “ *Recargo de Prestaciones por omisión de medidas de prevención de riesgos laborales*”. www.bufeteconesa.com.

⁵⁴ PALOMERO GARCÍA, M; “ *El procedimiento de declaración de recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional*” en www.graduados-sociales.com

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de enero de 2008 (Recurso número 494/2006), partiendo de la reiterada doctrina de la Sala en la materia, y con cita entre otras, de las Sentencias de fecha 19 de noviembre de 2000 (Recurso número 428/2002), 16 de mayo de 2006 (Recurso número 5001/2004) y 19 de septiembre de 2007 (Recurso número 2632/2006), ha establecido que el orden jurisdiccional social es competente para conocer de impugnación de los actos administrativos que se hayan producido en el iter del procedimiento administrativo, que haya actuado de cauce en materia de prestaciones de Seguridad Social y que se funden en infracciones de las normas de procedimiento.

Respecto a la caducidad del expediente por el que se impone el recargo, es decir, que se superen los 135 días recogidos en el R.D 286/2003, varias consideraciones. Un análisis previo doctrinal de la jurisprudencia existente en la materia y que será corroborado por las sentencias en mi caso analizadas, se desprende que en materia de posible caducidad *“del expediente administrativo del recargo... podemos concluir que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha inclinado la balanza a favor de su carácter indemnizatorio, frente a su carácter tradicionalmente sancionador”*⁵⁵.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de enero de 2008 (Recurso número 4374/2006), partiendo de la reiterada doctrina de la Sala en la materia, y con cita entre otras, de las Sentencias de fecha 9 de octubre de 2006 (Recurso número 3279/2005), 5 de diciembre de 2006 (Recurso número 2531/2005), 12 de febrero de 2007 (Recurso número 5542/2005), 14 de febrero de 2007 (Recurso número 5128/2005), 29 de mayo de 2007 (Recurso número 1549/2006), 27 de junio de 2007 (Recurso número 2321/2006) y 6 de noviembre de 2007 (Recurso número 161/2007), ha establecido que el plazo para que la Administración de la Seguridad Social dicte resolución en un procedimiento de reconocimiento del recargo es, desde luego, de 135 días, conforme a lo que se establece en el Anexo del Real Decreto 286/2003 de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social. Pero el incumplimiento de este plazo, no produce la caducidad del procedimiento que

⁵⁵ GALDÓS LOYOLA, E (2013); “La vigencia del recargo de las prestaciones a través de su interpretación y práctica”; Lex Nova- Thomson Reuters.

prevé el número 2 del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), a tenor del cual *“en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad”* cuando haya vencido el plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución, añadiendo que *“en estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92”*. No es aplicable este precepto, porque el recargo no implica con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios.

También se ha dicho que del propio tenor literal del artículo 14.3 de la Orden de 18 de enero de 1996, se deriva que la falta de resolución dentro del plazo de 135 días no conlleva la caducidad del expediente y que no puede establecer esa consecuencia una Orden Ministerial, sin tener la cobertura de una norma de rango superior.

En definitiva, como se deriva de la regla 2 del artículo 44 de la Ley 30/1992 de 20 de noviembre, la caducidad se produce en los procedimientos en que la Administración ejercita potestades sancionadoras y el recargo no tiene exactamente esa naturaleza jurídica. El recargo tiene una naturaleza mixta, es en principio una sanción que tiene un fin preventivo y disuasorio, pero también tiene una naturaleza reparadora porque su importe repercute directamente en beneficio del perjudicado, lo que no ocurre con las sanciones pecuniarias que se ingresan a la Hacienda Pública. Esa naturaleza especial, diferente de la propiamente sancionadora, hace que exista un tercero interesado en el reconocimiento del recargo que redundará en su beneficio, lo que implica que sea de aplicar la regla 1 del citado artículo 44, lo que supone que la Administración no quede liberada de su obligación legal de resolver y que si el supuesto beneficiario está personado pueda entender denegada su pretensión por silencio administrativo

3.3.5. Naturaleza jurídica del recargo de las prestaciones

La posición mayoritaria respecto al recargo de prestaciones, es que no se trata de una prestación de la Seguridad Social sino que al contrario es un incremento del que responde el empresario, excluido de la acción protectora de la seguridad social, aunque para ser calculado, es necesario tener presente el importe de la prestación.

La figura del recargo como veremos tiene un régimen jurídico delimitado *“mediante normas procedentes de distintos sectores del ordenamiento jurídico: Seguridad Social, Prevención, Derecho Administrativo y Procesal”*⁵⁶

En cuanto a la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones, nos encontramos con tres posiciones doctrinales, que oscilan entre entender que goza de naturaleza sancionadora o indemnizatoria, a posturas intermedias que consideran que tiene un carácter híbrido.

Una visión tradicional defendida por un sector de la doctrina, considera que el recargo tiene un carácter eminentemente sancionador o punitivo (entre ellos cabe destacar a Alonso Olea). Defienden su postura, en base a los siguientes argumentos:

- Procedencia de autoridad administrativa
- Incumplimiento previo por parte del empresario de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales
- Finalidad represiva
- Prohibición de aseguramiento.

De Val Tena, San Sebastián Carrera y Morales Vállez,⁵⁷ a mi juicio con una correcta motivación, rebaten esta postura tradicional, argumentando que ese importe se ingresa en el patrimonio del trabajador y no en el Sistema de la Seguridad Social(lo que sería lógico en el caso de que nos encontrásemos con una

⁵⁶ MONREAL BRINGSVAERD, E (2011). *“Sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de las prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas (aseguramiento y acumulación)”*. Actualidad Laboral 3, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Feb.2011, pág. 276, tomo 1, Editorial La Ley.

⁵⁷ DE VAL TENA, A.L; SAN SEBASTIAN CARRERA, A; MORALES VÁLLEZ, C.E. *“El recargo de prestaciones de la seguridad social”*. Enciclopedia de la Administración Local. Editorial La Ley.

sanción “ *stricto sensu*”) Otro factor determinante es, que si nos encontráramos ante un carácter sancionador, en aras de no incurrir en bis idem, no sería compatible con una sanción de carácter penal o administrativo. También la necesidad de un daño.

Esta posición tradicional, se ve corroborada por una Jurisprudencia Mayoritaria del Tribunal Supremo, principalmente entre los años 2000 y 2002 y asimismo por una Sentencia del Tribunal Constitucional, 158/1985, que considera la naturaleza del recargo como extraordinaria y puramente sancionadora.

En el polo opuesto nos encontramos entre otros, a Aparicio Tovar, que son partidarios acérrimos de un carácter indemnizatorio, siendo cierto que fundamentan su tesis en la finalidad reparadora que persigue a su juicio la figura del recargo y asimismo el destino del recargo (que se mencionaba anteriormente para rebatir la postura que defiende el carácter sancionatorio), es decir, lo recibe el accidentado o en caso de defunción del mismo, sus causahabientes.

Aquellos partidarios del carácter indemnizatorio del recargo, declaran ⁵⁸: “... que para la determinación de la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo debía detraerse o computarse lo ya percibido por otros conceptos, incluyendo el importe del recargo...”. También que conforme a un criterio legal se desprende dicho carácter. Su consideración histórica, el anteproyecto de ley de prevención riesgos laborales y también evitar el non bis in idem, conllevarían per se un carácter indemnizatorio.

El sector opuesto se decanta por entender que el carácter sancionador del recargo, hace que su importe no sea deducible de la indemnización por daños. También, que la cuantía no viene vinculada a la entidad del daño, sino de vulneración de la normativa, lo que haría alejarse de la función indemnizatoria.

Por último nos encontramos con una posición intermedia, partidaria, de una naturaleza híbrida, defendida entre otros por García Murcia que fuera Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo y también por Sempere Navarro, y que como se verá en el posterior análisis jurisprudencial más

⁵⁸ DE VAL TENA, A.L.; SAN SEBASTIAN CARRERA, A; MORALES VÁLLEZ, C.E. “*El recargo de prestaciones de la seguridad social*”. Enciclopedia de la Administración Local. Editorial La Ley.

reciente, es la que se está imponiendo en la práctica en los últimos años en sede judicial, a través del Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Estos autores entienden el recargo como “*sanción compleja unitaria de carácter indemnizatorio*”. De ahí se extrae un carácter eminentemente sancionatorio, pero no exento de unas dosis de componente indemnizatorio. En síntesis, naturaleza mixta, al ser una sanción con fines preventivos y disuasorios, pero que repara al perjudicado. Ha recibido la denominación de monstruo legal de tres cabezas, por ser al propio tiempo sanción, indemnización y prestación social. “*Sanción porque necesita como requisito ineludible de un incumplimiento empresarial, indemnización al tener como finalidad reparar un daño causado al trabajador afectado y, prestación de Seguridad de Social al no ser sino una prestación de tal índole*”⁵⁹.

García Murcia considera que, “*No es posible asimilarlo por entero a la responsabilidad administrativa, por sus consecuencias y sus fines. Y tampoco es procedente declarar sin reparos su naturaleza indemnizatoria, pues pese a que el artículo 42.3 LPRL lo sitúa al lado de las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados, también presenta grandes diferencias respecto de las mismas, entre otras razones porque no sólo tiene fines reparadores, sino también preventivos y sancionadores*”. Razona en definitiva, que se trata de instrumentos “*dirigidos preferentemente a la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales...*”⁶⁰

Concluyentemente, el recargo es un híbrido, dotado de un régimen jurídico especial, cuyo objetivo primordial es disminuir el número de siniestros laborales, con un contenido punitivo-represivo para el empresario y un componente reparador indemnizatorio para el trabajador accidentado.

La discusión viene dada por su finalidad doble: prevenir/ castigar y compensar. En efecto, de una forma indirecta afecta al cumplimiento del deber empresarial de seguridad, al hacer posible que al empresario no le salga más

⁵⁹ CRUZ VILLALÓN, J; JOVER RAMÍREZ, C.

⁶⁰ GARCÍA MURCIA, J (2003). “*Responsabilidades en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*”. Editorial Aranzadi.

económico la cuantía a satisfacer al trabajador que invertir en prevención. A su vez está compensando al trabajador por los daños sufridos.

Para incrementar la variedad de posiciones en lo que respecta a esta polémica figura, Ginès y Fabrelles, menciona la tesis defendida entre otros por Desdentado Bonete y De la Puebla Pinilla que *“consideran que, con independencia de la calificación que se atribuya al recargo, su naturaleza depende de las circunstancias del caso concreto”*⁶¹. Se trataría de una indemnización cuando su cuantía es menor o igual al daño sufrido y sería de carácter sancionador cuando es superior a la cantidad compensatoria del daño.

3.3.6 La prohibición del aseguramiento del recargo ¿Es adecuada la misma?

Cabe resaltar entre mayúsculas, que el recargo sobre las prestaciones no puede ser objeto de seguro de ninguna clase. Cualquier triquiñuela en ese sentido, devendría nula, es decir, conforme a lo establecido en la LGSS devendrá nulo cualquier pacto o contrato celebrado con el objeto de cubrir, compensar o transmitir la responsabilidad.

Como pone de manifiesto Pérez Sánchez, P.J.,⁶² de Garrigues, la figura del recargo es una gran desconocida en el mundo empresarial, a pesar de constituir un grave problema para las mismas, ya que como recordamos no es susceptible de aseguramiento, recayendo directamente sobre el empresario.

Es interesante la importancia que le da el autor a esta cuestión, sobre todo en el ámbito empresarial dónde la presencia de riesgos está a la orden del día y los mismos son cubiertos mediante seguros. Lógicamente nos podemos preguntar, el porqué de esta exclusión, y no podemos hacer más que suscribir íntegramente la solución planteada doctrinalmente y que plasma el mismo autor en los siguientes términos: *“Vetar la posibilidad de disponer de una póliza que cubra el riesgo de un recargo de prestaciones tiene una función preventiva, a los efectos de que para una compañía sea más rentable prevenir los accidentes de trabajo que*

⁶¹ GINÈS I FABRELLAS, A (2012). *“Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional”*. La Ley.

⁶² PÉREZ SANCHEZ, P.J (2011). *“Accidente Laboral: Recargo de Prestaciones”*, en Garrigues Artículos.

indemnizar por los mismos al trabajador.”⁶³ Ahora bien, defiende que la función protectora aludida ya está suficientemente cubierta al existir una normativa administrativa y también la posibilidad de acudir al resarcimiento en vía civil. Se trata de una postura sólidamente argumentada, pero considero que cuando hablamos de una relación laboral se ha de partir de una relación eminentemente desigual entre trabajador empresario, de ahí la vigencia de la función tuitiva y compensadora en derecho laboral, con ya muchos años de existencia.

De un posible carácter indemnizatorio del recargo de prestaciones, algunos autores deducen su aseguramiento y una parte minoritaria en la doctrina y en algún Tribunal Superior de Justicia, se ha planteado la vigencia de dicha prohibición al albor del artículo 15.5 de la LPRL, que habla de asegurar los riesgos del trabajo. Ahora bien una posición mayoritaria, entre la que se encuentran Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, considera en líneas generales que se hace referencia a la cobertura obligatoria de los accidentes de trabajo, pero no a los recargos.

En lo que atañe a la exclusión de aseguramiento contenida en el artículo 123.2 LGSS, una parte de la doctrina considera que tendría que ser modificado y aceptada la opción de que el empresario pueda optar por celebrar un seguro para cubrir estos supuestos. Existen diferentes posturas, que van desde su aceptación plena, hasta que el mismo operase únicamente en aquellos supuestos de dificultades económicas por parte de la empresa (por Ejem. concurso de acreedores).⁶⁴ En mi opinión, cualquiera podría ser una buena opción siempre y cuando no afecte a la incidencia que supone esta medida de cara al cumplimiento de sus obligaciones preventivas por parte del empresario, que sabe que en caso de incumplimiento y al no encontrarse asegurado, tendrá que asumir en términos económicos sus incumplimientos. Ahora bien, es cierto que la postura de Purcalla Bonilla es bastante interesante, debido al tiempo de crisis económica en que nos encontramos, en que miles de empresas se encuentran inmersas en concurso de acreedores de cara a satisfacer sus deudas ordenadamente.

⁶³ PÉREZ SANCHEZ, P.J (2011). “*Accidente Laboral: Recargo de Prestaciones*”, en Garrigues Artículos.

⁶⁴ PURCALLA BONILLA, M.A (2000). “*El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*”. Comares, Granada.

Otro argumento a favor de la posibilidad de aseguramiento, es que el seguro redunda en beneficio del trabajador, para recibir íntegramente el montante, ya que en caso de insolvencia del deudor peligraría esa percepción.

Monereo Pérez, J.L., considera que “...*El recargo en su configuración inicial constituía la medida adoptada frente a la nula protección social que se ofrecía en los accidentes de trabajo, mientras que, en la actualidad, constituye un el complemento a la insuficiente protección que se desprende del sistema público. Pero ya desde sus mismos orígenes el recargo de prestaciones presentaba una inequívoca dimensión preventiva, considerada necesaria ante la grave cuestión social planteada por la proliferación extraordinaria de accidentes de trabajo causados por la generalizada falta de medidas de seguridad en el ambiente de trabajo. En la línea evolutiva el instituto jurídico del recargo ha demostrado su virtualidad «disuasoria» y «persuasiva» respecto a la utilidad empresarial en punto a la observancia de medidas de seguridad respecto a sus trabajadores.*

Art.123 “Este precepto tiene por finalidad incrementar los esfuerzos de prevención de los empresarios a través de la representación simbólica de una amenaza de agravamiento de la responsabilidad patrimonial directa y no asegurable”.⁶⁵

3.3.7 Compatibilidad entre el recargo de las prestaciones y el resto de responsabilidades.

Con la Responsabilidad Civil:

La finalidad de la indemnización civil es resarcir íntegramente los daños ocasionados en la esfera personal, laboral, familiar y social sufridos por el trabajador, como consecuencia de la falta de medidas de seguridad. También el recargo contribuye en parte a resarcir. De ahí la discusión sobre el quantum.

Respecto a la compatibilidad, Martínez Lucas considera que: “ ... *el problema se agudiza por la existencia de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, máxime cuando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha*

⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. (1992). “*El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*”. Civitas, Madrid.

*afirmado su competencia para conocer de la responsabilidad civil extracontractual por falta de medidas de seguridad en el trabajo”.*⁶⁶

Considera, una plena compatibilidad entre ambas, conforme a “ *la literalidad de los datos legales*”, es decir, el artículo 123.3 LGSS, que fija, que: “*es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción*” Precepto relacionado con el artículo 42.3 LPRL que establece que : “*las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema*”.⁶⁷

También se ampara en aquella doctrina jurisprudencial que considera al recargo como sanción administrativa, desvinculándolo de su consideración como mera indemnización civil.

Todo ello influye en que no se minore la cuantía correspondiente a la indemnización civil.

Por su parte, los defensores de una compatibilidad limitada, toman como punto de partido la naturaleza indemnizatoria del recargo. Reflexionan, que de lo contrario no sería compatible con la responsabilidad penal y administrativa por la vigencia del principio de non bis in idem, además de su carácter compensatorio y que el beneficiario es la víctima y no la Seguridad Social. Por lo tanto parten de una configuración jurídica del recargo como una mera indemnización civil, por lo que queda incardina de forma complementaria con las indemnizaciones por accidente de trabajo con el fin de lograr la reparación íntegra del daño.

Decir que el Tribunal Supremo entiende, que prevalece su finalidad punitiva sobre la resarcitoria. Hasta el año 2000 el TS entendió que el recargo de prestaciones debía ser descontado de la indemnización por daños y perjuicios.

⁶⁶ MARTINEZ LUCAS, J.A (2003). “*La compatibilidad entre el recargo de prestaciones y las indemnizaciones por accidente de trabajo*”. Diario La Ley, nº 5753, Sección Tribuna, 3 Abr.2003, año XXIV, Ref. D-79, Editorial La Ley.

⁶⁷ MARTINEZ LUCAS, J.A (2003). “*La compatibilidad entre el recargo de prestaciones y las indemnizaciones por accidente de trabajo*”. Diario La Ley, nº 5753, Sección Tribuna, 3 Abr.2003, año XXIV, Ref. D-79, Editorial La Ley.

Cambio de parecer y se pueden acumular, al entender que este actúa de forma indirecta sobre el cumplimiento por parte del empresario de su deber de seguridad, realizando una importante función preventiva.. En su gran mayoría la doctrina apoya esta tesis, ahora bien, una minoría entiende que al dar prevalencia a su finalidad preventiva- punitiva se estaría incurriendo en bis in idem y por tanto esa finalidad preventiva, sería suficientemente satisfecha a través de la responsabilidad administrativa y penal.

Por lo tanto, estamos ante una clara inseguridad jurídica y económica tanto para el trabajador como el empresario.

Con la administrativa y penal

Del Art. 123.3 LGSS se desprende la compatibilidad con la sanción penal y también con la administrativa. Queda corroborado en el art.42.3 LRPL. No obstante, si consideramos que su naturaleza es sancionadora estrictamente, como hace una parte de la doctrina, se plantearía un importante problema de constitucionalidad por la vigencia del Principio Non bis in ídem.

Pese a lo dicho, el recargo es una figura independiente y perfectamente compatible con el resto de responsabilidades examinadas, ya que está configurada como un plus de responsabilidad que tiene como objetivo evitar infracciones empresariales que provoquen accidentes de trabajo (TS 2 de Octubre de 2000 y artículo 123.3 LGSS).

La compatibilidad defendida con la sanción administrativa, tiene otro punto de encaje, si acudimos al art.27 del R.D 928/1998 de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo, que establece sin dejar lugar a dudas la compatibilidad con las distintas responsabilidades existentes.

3.3.8. El recargo de las prestaciones en el ámbito de los riesgos psicosociales.

El carácter aparentemente imprevisible de los riesgos psicosociales, ha determinado en ocasiones la excusa argumental que ha propiciado la desestimación de las pretensiones deducidas en relación al recargo de prestaciones. Sin embargo, como puede deducirse de recientes pronunciamientos

judiciales en la materia descrita, comienzan a articularse vías para su aplicación, tal y como muestra la sentencia comentada.

La STC 62/2007, de 27 de Marzo y su relación con las medidas de orden preventivo en el ámbito de los riesgos psicosociales, da pie a que *“una vez que se establezca la previsibilidad del riesgo sin que se haya materializado la pertinente actuación preventiva de la empresa surge su responsabilidad de ésta. Se abre así la posibilidad del reconocimiento del recargo de prestaciones como manifestación de la responsabilidad del empresario por los daños psíquicos causados a los trabajadores a tenor de la falta de cumplimiento de las medidas preventivas exigibles.”*⁶⁸

Han ido progresivamente apareciendo diferentes pronunciamientos judiciales declarando la procedencia del recargo de prestaciones en situaciones de acoso laboral. Algunos autores aportan⁶⁹ como ejemplos paradigmáticos la sentencia del TSJ de Galicia de 25 de Enero de 2012 y las de 14 de Septiembre de 2010 y 21 de Mayo de 2012 del TSJ de Cataluña.

A raíz de la Sentencia del TC, que incardina la intervención empresarial respecto a los riesgos psicosociales en la protección de derechos fundamentales como la vida o la integridad física, : *“...la empresa viene obligada no a abrir un expediente administrativo, tal y como reaccionó la administración demandada, sino a evaluar los riesgos psicosociales y a adoptar las medidas preventivas adecuadas de carácter organizativo que permitiesen eliminar, reducir o paliar los riesgos psicosociales existentes en el centro de trabajo. No habiendo actuado la empresa afectada en la forma indicada la consecuencia se ha de materializar en la consecuente aplicación del recargo de prestaciones, procediendo en el supuesto examinado la aplicación del porcentaje mínimo (30%) toda vez que no constaba que se hubieran causado daños más graves que los propios del proceso*

⁶⁸ MONEREO PÉREZ J.L; SÁNCHEZ PÉREZ, J (2013). *“El recargo de prestaciones en los supuestos de acoso laboral”*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social .Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.

⁶⁹ CHARRO BAENA, P; SAN MARTIN MAZZUCCONI, C (2012); *“Recargo de prestaciones por riesgos psicosociales: Estado de la Cuestión”*, en AA.VV *“La responsabilidad del empresario”*. Laborum, Págs. 243 a 244.

de incapacidad temporal, seguida por el trabajador y cursada con alta por curación, o que hubiera afectado de forma más general a más trabajadores.”⁷⁰

Particularmente, puedo destacar la Sentencia 6827/2013 de 22 de Octubre, de la Sala de lo Social de Cataluña, que estima procedente la imposición del recargo de prestaciones, en un supuesto de acoso moral o mobbing, al haber omitido el empresario su obligación de velar por la salud de los trabajadores, ya que toleró o hizo “ la vista gorda”, respecto una serie de situaciones de diversa índole, es decir, organizativas, funcionales, directivas, ambientales...que acabaron afectando a la trabajadora en cuestión y que terminó derivando en una grave patología psiquiátrica en la operaria.

Por su parte, resulta interesante, también la sentencia 7836/2013, del TSJ Catalán. La sentencia de instancia que confirmó la imposición de recargo por parte del INSS, partía de la ausencia de evaluación de riesgos psicosociales y además no se había desarrollado una actividad preventiva respecto a los mismos, hasta la denuncia formulada por varias de sus trabajadoras. Posteriormente el TSJ entendió, que no se han establecido prestaciones por accidente de trabajo ni enfermedad profesionales por lo que no cabe hablar de recargo, ya que “...en el relato fáctico de la misma faltan los elementos necesarios para llegar a tal conclusión, pues no se recogen hechos concretos que permitan sostener que de haberse previsto los riesgos psicosociales del concreto puesto ocupado por la trabajadora esta no hubiera iniciado un proceso de incapacidad temporal el 13.10.2009 por patología que en la sentencia no se especifica...” “no se ha probado, conforme a la jurisprudencia antes mencionada, que se haya producido una infracción de medidas de seguridad que sea la causante de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional sufrido por la trabajadora...”⁷¹

Interesante es la reflexión previa que realiza la Sala, ya que la parte recurrente consideró que no cabía la imposición del recargo de prestaciones al no existir regulación expresa en la normativa que recoja la obligación empresarial de prevención y tutela de los diferentes riesgos psicosociales, sin embargo, respecto al estrés otros pronunciamientos estiman la imposición.

⁷⁰ STS 62/2007, de 27 de Marzo.

⁷¹ Sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 7836/2013.

No se contempla una obligación empresarial de prevención específica en materia de riesgos psicosociales (ni de acoso) de cuyo incumplimiento pueda derivar el derecho al recargo, por lo que aplicación del recargo en supuestos de acoso pudiera vulnerar el principio de tipicidad (naturaleza sancionadora recargo).

En resumen, existente dos interpretaciones sobre si es exigible el recargo de prestaciones derivado de situaciones de acoso laboral. La primera que entiende que es necesaria la concurrencia de alguna infracción de Prevención de Riesgos Labores, tipificada en la LISOS. La visión alternativa, considera suficiente, el incumplimiento del deber genérico de seguridad, para que sea procedente la imposición del recargo.

3.3.9 El recargo de las prestaciones en las empresas de trabajo temporal.

Ricardo Bodas Martín, respecto a las empresas de trabajo temporal y conforme a la jurisprudencia existente, concluye que: “ *en materia de recargo de prestaciones, la responsabilidad de la usuaria es directa, existiendo múltiples pronunciamientos sobre responsabilidad solidaria por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales*”⁷²

Conforme al artículo 16.2 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal y al art. 42 LISOS, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en el centro de trabajo de la empresa usuaria durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y que traiga su causa en la falta de medidas de seguridad e higiene, responderá la empresa usuaria, que es aquella que ha concertado con la empresa de trabajo temporal, la puesta a disposición del trabajador en misión. En efecto, debemos partir de su normativa, es decir, de la Ley 14/1994. En primer lugar el artículo 16.1, refleja la obligación por parte de la empresa usuaria de informar al trabajador sobre los riesgos que puedan estar presentes en su puesto de trabajo, así como de las medidas de prevención y protección. Respecto al recargo de prestaciones, se encuentra recogido en su apartado 2, siendo responsable la empresa usuaria de afrontarlo.

⁷² BODAS MARTÍN ET AL (2009). “*Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*”. Pág. 241. Editorial Bomarzo.

Asimismo la LISOS sigue esa misma posición, al establecer que la empresa usuaria es responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en lo que se refiere a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en y también del recargo de prestaciones derivado de aquellos siniestros que se produzcan y que *“tengan lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato y, que tengan su causa en la falta de medidas de seguridad e higiene”*⁷³.

Como bien argumenta Capilla Bolaños, la empresa de trabajo temporal queda excluida de toda responsabilidad frente a la obligación de formación recogida en el artículo 12.3 Ley 14/1994 y que ha sido criticada doctrinalmente. Aunque ciertamente tiene sentido en una línea general que sigue la concepción de *“empresario infractor”*.

Sin embargo, cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional tuviera su origen en la carencia de formación del trabajador en misión, diversas sentencias han imputado la responsabilidad, al menos solidariamente con la usuaria, a la empresa de trabajo temporal, al ser una obligación a ella exigible – por ej.: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 24 de octubre del 2003 (AS, 2003, 568).

3.4 JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TS SOBRE EL RECARGO DE LAS PRESTACIONES (2008-2013)

3.4.1 Jurisdicción social, proceso laboral y recurso de casación para unificación de doctrina.

Cuando hablamos del recargo de prestaciones, inserto en la Ley General de Seguridad Social y más concretamente de la jurisprudencia existente en la materia, tenemos que explicar aunque sea de forma concisa que la misma proviene del orden social, uno de los distintos Órdenes jurisdiccionales existentes, *“que tiene*

⁷³ CAPILLA BOLAÑOS, J.A. *“Recargo de prestaciones en materia de accidente laboral y estudio de la indemnización. Criterios de cuantificación.”*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales núm. 74, pp.57-77.

*atribuciones en una determinada categoría de asuntos: aquellos que tienen que ver con la “rama social del derecho”.*⁷⁴

Se compone de los siguientes Órganos Jurisdiccionales: Juzgados de lo Social, Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y Sala IV, de lo Social del Tribunal Supremo. De éste último es del que nos ocuparemos en líneas básicas, sobre todo por la relevancia de sus pronunciamientos, lo que motivará que realicemos una serie de disquisiciones acerca del recurso de casación para unificación de doctrina. El ámbito del orden social, es la resolución de conflictos que surgen en el ámbito de las relaciones laborales y de Seguridad Social, con algunas excepciones. El Tribunal Supremo con reiterada doctrina entiende que, la rama social del derecho, comprende los litigios para cuya solución se requiera la aplicación de las normas del derecho del trabajo, tanto en su dimensión individual como colectiva, del Derecho Colectivo o Sindical y del Derecho de la Seguridad Social. Se realiza una enumeración para delimitar con aquellas situaciones fronterizas con otros órdenes jurisdiccionales. Se incluyen las reclamaciones en materia de Seguridad Social. En cuanto a las exclusiones en materia de prevención, cabe destacar aquellas relacionadas con conflictos entre empresarios, con aquellas entidades encargadas de organizar los servicios preventivos.

Por lo que respecta al proceso laboral, podemos decir que sus principios no divergen prácticamente de los establecidos en el proceso civil común, siendo supletoria la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. Sin ánimo de exhaustividad, uno de los principios que rigen en esta materia de mayor importancia, es el de celeridad.

Como aspecto básico, se produce una unificación de la materia laboral que permite dar una cobertura más especializada y coherente a los distintos elementos de la materia laboral. En efecto doctrina autorizada entiende que: “... *Es el caso de la concentración en el orden jurisdiccional social de todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo y que hasta ahora obligaban a los afectados a acudir necesariamente para intentar lograr la tutela*

⁷⁴ LÓPEZ LÓPEZ, E; MARTÍN JIMÉNEZ, R; PERDIGUERO BAUTISTA, R. “*Jurisdicción Social*”. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.

judicial efectiva a los distintos juzgados y tribunales encuadrados en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social.

Con esta fórmula se pretende que la jurisdicción social sea competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado. En este punto la Ley sigue al pacto social concretado en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), así como a un amplio consenso de la doctrina científica.”

Asimismo, esta unificación permite de manera general convertir el orden social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos. De este modo no sólo se fortalecen los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo, sino que además se disponen los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales. Esta asignación de competencias se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes deberán plantear, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcionarial o estatutaria o laboral. Se incluyen además competencias sobre medidas cautelares. Por último, se asigna al orden social la competencia sobre las cuestiones relativas a los órganos de representación de personal en materia relacionada con la prevención de riesgos en el trabajo, a través, en su caso, de los Delegados de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud, con independencia del tipo de personal que intervenga en su designación o composición. Modernizar la normativa procesal laboral facilita, en consecuencia, el efectivo cumplimiento de las políticas de promoción de la salud y seguridad en el lugar de trabajo, evita la necesidad de intervención sucesiva de diversos órdenes jurisdiccionales, que ocasiona dilaciones, gastos innecesarios y

pronunciamientos diversos contradictorios, al tiempo que proporciona un marco normativo que garantice la seguridad jurídica.

Por otro lado, la unificación de la materia laboral en el orden social convierte también a éste en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y trabajadores en el ámbito de la relación de trabajo. Además de la mencionada atracción competencial de los litigios vinculados a la salud y seguridad en el trabajo... ”⁷⁵

En materia de seguridad social no es necesaria la conciliación obligatoria previa, que rige en otras materias.

Durante la exposición y al tratarse de materia de indudable carácter jurídico, va a ser necesario además de utilizar las mencionadas fuentes del derecho, guiarnos y seguir en ocasiones fielmente, la llamada jurisprudencia. Más concretamente, aquella que goza de una posición preeminente en nuestro ordenamiento jurídico, como es la del Tribunal Supremo. Seguiremos primordialmente la establecida por la Sala IV de lo Social, al pronunciarse sobre aquellos recursos interpuestos para unificación de doctrina. Por ello es necesario explicar de forma sucinta varios aspectos del recurso citado.

La ley de referencia en esta materia, es la reciente de Jurisdicción Social, 36/ 2011. Para ello, su artículo 218 nos muestra que: “ *Son recurribles en casación para la unificación de doctrina, las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.*” En nuestra Comunidad Autónoma, contamos con la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

La finalidad que persigue este recurso, no es otra que unificar la doctrina, cuando tenemos en confrontación sentencias dictadas en suplicación(es decir resolviendo un recurso previo), por Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando fueran contradictorias de otra u otras, de otros TSJ o del Tribunal Supremo, siempre y cuando sea respecto de los mismos litigantes o distintos, pero en idéntica situación, y respecto a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, llegando a pronunciamientos distintos.

⁷⁵ NAVARRO SALVADOR, S; MAGRO SERVET, V; LARA ROMERO, J.F. “*Proceso Laboral*”. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.

3.4.2 .Comentario jurisprudencial.

A continuación procederé a recoger aquellos aspectos recogidos por el Tribunal Supremo sobre la figura del recargo de prestaciones, aproximadamente, en los últimos cinco años.

1. STS DE 11 DE DICIEMBRE DE 2008

Resumen: Omisión de trámite de audiencia a los interesados, pero inexistencia de nulidad de actuaciones, ya que no se ha producido indefensión.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina número 4408/2007

Órganos judiciales: Juzgado de lo Social nº31 de Madrid, Sala de lo Social del TSJ Madrid y Sala de lo Social del TS.

Descripción: El trabajador, peón-albañil, sufre un accidente de trabajo, al volcar la máquina que usaba como grúa y quedar atrapado por la misma. La máquina estaba parada, cuenta con estabilizadores (función de patas) para evitar vuelcos. La empresa no lo hizo, además llovía y el terreno inestable encontrándose reblandecido. Se declara la incapacidad permanente total. Constan diligencias previas ante Juzgado de Instrucción La Inspección de Trabajo levanta acta de infracción en relación con el art.14 Ley de Prevención de Riesgos Laborales e impone una sanción de 3005,08 euros a la empresa demandante, por la comisión de una falta grave. El informe del Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de la CAM, corroboraba los hechos.

Se procede a la tramitación de expediente por parte del INSS para la imposición de recargo de prestaciones, en el que figura, existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, por lo que se incrementa en un 30% las prestaciones de seguridad social, con cargo a la empresa y también de aquellas que puedan derivarse en el futuro. El fallo de la sentencia de primera instancia es acorde a la resolución impugnada.

El TSJ revoca la sentencia de instancia, declarando la nulidad de actuaciones administrativas, reponiéndolas al momento anterior a la resolución dictada.

Desarrollo, resultados y discusión general

La parte recurrente plantea como contradictoria, respecto a la impugnada, la STS de 30 Abril de 2007. En la misma, un peón- Albañil sin permiso de trabajo se cae desde una cubierta. El parte de accidente de trabajo es presentado un mes más tarde de la fecha de producción del accidente, enviándose a la tesorería el alta del trabajador en la empresa. Se declara la incapacidad permanente absoluta que deriva a posteriori en Gran Invalidez. Se considera que se cumplen los requisitos necesarios para la contradicción.

El objeto del recurso, es relativo al procedimiento administrativo por el cual se impone a la empresa recargo de prestaciones por faltas de medidas de seguridad, concretamente si la falta de audiencia de la empresa conlleva la nulidad de la resolución administrativa que declara dicha responsabilidad. El Tribunal Superior de Justicia, se pronunció en sentido afirmativo, sin embargo, el Tribunal Supremo, llegó a la solución contraria en un supuesto sustancialmente igual, existiendo jurisprudencia en ese mismo sentido (STS 3-7-2007, rec.3152/2006; STS 27-2-2008, rec. 21/2007 ; STS 22-9-2008, rec.189/2008).

En cuanto a la argumentación ofrecida para defender la validez de la resolución, pese a la falta de audiencia, se resume en los siguientes puntos:

En primer lugar la Ley 30/92, se aplica a la actividad administrativa, que lleva consigo el reconocimiento de prestaciones por parte de las entidades gestoras de la Seguridad Social.

Además, la empresa es parte interesada, pero la omisión del trámite de audiencia no supone siempre, que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento.

Otro factor presente, es que no se vulnera la tutela judicial efectiva, pues la empresa pudo defender sus intereses en el proceso judicial subsiguiente.

De ahí que no se pueda considerar ni la nulidad ni la anulabilidad de la resolución.

Finaliza el Tribunal Supremo, entendiendo que la empresa tuvo conocimiento antes de las actuaciones judiciales del expediente sancionador y del acta de infracción promovidos por el accidente de trabajo origen de esta

controversia y conoció también la incoación del expediente de recargo de prestaciones, de cuya solicitud se le dio traslado.

2. STS DE 26 DE MAYO DE 2009

Resumen: Se presume la relación de causalidad, al mediar un incumplimiento empresarial, pese a que se desconocen las circunstancias en que se produjo el accidente. Por lo tanto la imposición de recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad que fueron causantes del accidente de trabajo, fue correcta.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina: núm. 2304/2008.

Órganos judiciales: Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Ponente: Rosa María Virolés Piñol.

Descripción:

El accidentado es un minero y el suceso ocurrido a las dos de la madrugada, existiendo un tajo abierto en el subnivel de octava planta, haciendo cubo descendente hacia la novena, que se encontraba al mando de un equipo de tracción scraper, de carácter fijo, desplazado hacia el lugar donde se encontraba el trabajador, con unas horas de antelación, aunque fue éste último el primero en utilizarlo. La máquina se desprendió de su anclaje, volcando y con los mandos accionados, se deslizó por la pendiente de la galería arrastrando y golpeando al trabajador. Fue tratado médicamente y en el hospital se determinó que se trataba de un accidente leve, por ello no se dio traslado del mismo a la Dirección General, ni se informó al Delegado Minero de Seguridad. Tampoco se trató en el Comité de Seguridad e Higiene. Posteriormente se declara la incapacidad permanente total, derivando en una incapacidad permanente absoluta.

Un informe posterior determina la deficiente instalación de la máquina, que propicia un incumplimiento del RD 1215/1997, en concreto aquellas disposiciones sobre las comprobaciones de equipos de trabajo

La resolución del INSS, reconoce la responsabilidad empresarial y prestaciones por incapacidad temporal y permanente total, con un recargo de un 50%. El Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, revocando la sentencia de instancia, entiende que desconocido el desencadenante del desanclaje de la máquina, una falta de vigilancia o comprobación no es bastante para atribuir la consecuencia del recargo, ya que no consta la relación causa a efecto más que como una suposición.

Se interpone recurso, que toma como contradictoria, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 26 de Abril de 2006. La sentencia de referencia, es relativa a un accidente minero con fallecimiento por atrapamiento. Se había impuesto el recargo al estar presente la omisión de medidas de seguridad legal y reglamentariamente impuestas por el RD 1215/1997. Al igual que en el accidente del minero asturiano, también faltaba el anclaje.

En ambas sentencias se conocen las causas del accidente de trabajo aunque se desconoce como sucedió con precisión. Omisión de medidas de seguridad tanto LPRL como 1215, un adecuado anclaje hubiera evitado el accidente.

El Tribunal Supremo en primer lugar mantiene que la aplicación del Principio de presunción de inocencia rige en el ámbito penal, pero no en cuanto al incumplimiento del deber de seguridad por parte del empleador. Añadiendo que *"... lo que ha de examinarse... es si existe o no una relación de causalidad entre la conducta, de carácter culpabilística por acción u omisión, del empresario, en relación a la adopción de medidas de seguridad en el trabajo y el accidente o daño producido, y en la respuesta al interrogante han de valorarse todas las pruebas admitidas en derecho, y, además, las presunciones..."*

Se hace además referencia al artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social que preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social *"cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad*

o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador".

Y que, este mismo concepto de responsabilidad por *"el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales"* se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo apartado 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones.

Hace mención asimismo al artículo 14.2, que dice : *"en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo..."*. Prosiguiendo, el apartado 4 del artículo 15, *"que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador"*. Por último, el artículo 17.1 establece *"que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores"*.

También se menciona en el cuerpo de la sentencia, normativa del ámbito de la Seguridad y Salud en el Trabajo, tanto internacional, como viene a ser el Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como europea, tomando como referencia la Directiva 89/391.

No menos importante es la remisión al artículo 40 de nuestra Constitución Española.

Prosigue recogiendo los requisitos que han de concurrir para que entre en juego la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo:

a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado.

- b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador.
- c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado.

El deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado. Debiendo adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No queriendo decir ello, que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.

La variación del porcentaje del recargo, que en los términos legales oscilan entre un 30% y un 50% según la gravedad de la falta, en el supuesto en cuestión al no haber sido planteado, se estará al 50% que fue confirmado por la sentencia de instancia.

"La vulneración de las normas de seguridad en el trabajo merece un enjuiciamiento riguroso tras la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, de 8 de noviembre".

Por lo tanto el Tribunal Supremo llega a la conclusión, de la concurrencia de la necesaria relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido, tal y como se desprende del artículo 123.1 LGSS , concluyendo que los incumplimientos imputables al empleador fueron determinantes en la producción del daño; pues de haberse supervisado debidamente la sujeción del scraper antes de la puesta en marcha en el nuevo lugar o emplazamiento (art.4.1 del RD. 1215/1997 de 18 de julio), hubiera podido evitarse el accidente.

Del informe se desprendía, que las características del trabajo y el modo de ejecutarlo, es decir, utilizando una máquina que ha de estar convenientemente anclada y cuyos anclajes debían estar supervisados, no permiten dudar de la existencia de este nexo causal entre la ausencia de vigilancia y control, en

definitiva de la inexistencia de medidas de seguridad y el resultado lesivo que origina la imposición del recargo acordado.

Además resultó probado, que los vigilantes que estaban encargados de esta función carecían de la correspondiente capacitación técnica para el correcto desenvolvimiento y realización de este desempeño.

La propia normativa laboral parte de la diferente posición del trabajador frente al empresario en esta materia, pues no es el trabajador quien debe organizar el trabajo. Se atribuye en exclusiva al empresario la "dirección y control de la actividad laboral" (art. 20 ET), imponiendo a éste el cumplimiento del "deber de protección" mediante el que deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, e incluso, aunque concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, ello no le exime *"del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona"* (art. 14.2 y 4 LPRL) y, en suma, preceptuarse que *"la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador"* (art. 15.4 LPRL).

El empresario tiene la posición de garante y aunque el trabajador también tiene sus obligaciones, estas son más matizadas y menos enérgicas: debe utilizar correctamente los medios de protección, pero no tiene la obligación de aportar estos medios, ni de organizar la prestación de trabajo de una manera adecuada.

3. STS DE 7 DE JULIO DE 2009.

Resumen: Procede la imposición del recargo, al no haber prescripción, ya que hay interrupción del plazo por el expediente sancionador tramitado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en que se dilucida la existencia o no de infracción de las normas de prevención de riesgos laborales.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina: 2400/2008

Ponente: Fernando Salinas Molina.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº4 de Oviedo, Sala de lo Social del TSJ del Principado de Asturias y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción: Trabajador de compañía minera, con categoría profesional tubero, falleció en accidente de trabajo en el año 1995.

El INSS reconoció a su esposa las siguientes prestaciones por fallecimiento: viudedad, auxilio por defunción, una indemnización a tanto alzado y pensión de orfandad. Consta además en el informe, una atmósfera explosiva, en el lugar del accidente.

La Dirección Regional de Industria, en 1996, tramita expediente sancionador por incumplimiento de normativa en materia de seguridad minera.

El 10 de Octubre del 2000, se impone sanción con multa de 25.000.001 pesetas por infracción en materia de seguridad minera, ya que no estaban instalados los indicadores de presencia de ventilación, deficiente mantenimiento de algunas de las instalaciones implicadas en el accidente, utilización de algunos equipos sin marcado u homologación y la falta de adecuación en parte de las instalaciones a los proyectos autorizados: Utilización de equipos eléctricos distintos, diferente diseño del sistema de ventilación y longitud del nivel 2 Oeste, mayor que la .proyectada.

Se inicia por parte de las viudas, actuaciones en materia de recargo de prestaciones, a 22 de Mayo de 2002, que siendo desestimadas, hacen necesario acudir a la vía judicial.

El Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo, con fecha 9 de Mayo de 2003, considera adecuado un incremento en un 50% de las prestaciones por viudedad, con efectos desde el fallecimiento de sus maridos. El Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el mes de Junio de 2005, confirma lo establecido.

Por sentencia de 31 de Julio de 2001, por el Juzgado de Primera Instancia e instrucción de Mieres, se declara la Responsabilidad Civil de la compañía minera.

Hasta entonces la recurrente no había sido parte. A fecha de 20 de Julio de 2005 y en resolución de 26 de Octubre de 2005, se desestimó la responsabilidad

empresarial, por prescripción de la acción para reclamar, al haber transcurrido el plazo de 5 años establecido en el art.43.1 LGSS. No surten por tanto efectos las sentencias anteriores.

Por lo tanto, la pregunta que se plantea en este supuesto, es si ¿Se interrumpe el plazo de ejercicio de la acción para solicitar el recargo de prestaciones, durante la tramitación del expediente sancionador en que se determina la existencia o no de la infracción de normas de prevención de riesgos laborales?

Conviene recalcar que el accidente de trabajo se produjo el 31 agosto de 1995 y que el inicio del expediente sancionador tuvo ocasión a 18 de Marzo de 1996, concluyendo el 22 de Marzo de 2005. Se inició expediente recargo de prestaciones, el día 20 Junio de 2005.

El Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias entiende que el recargo es una prestación de seguridad social y que por tanto el plazo establecido de 5 años, se interrumpe por reclamación ante la administración de Seguridad Social, pero no por la tramitación de expediente sancionador, al interpretar que el art 43.2 LGSS se refiere al expediente sobre la sanción y no sobre el recargo, que no está condicionada ni asociada.

La sentencia de contraste, es la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 25 de Mayo de 2001, que con un supuesto de hecho similar llega a una decisión contraria a la del asturiano.

La Jurisprudencia tanto de la Sala de lo Social como de lo Civil del Tribunal Supremo, entiende que la prescripción ha de entenderse en el sentido más favorable para el titular de los derechos.

El punto de partida lo fija, la STS de 4 de Diciembre de 1998, con una visión global del derecho, no como compartimento estanco. Además de igualdad de hechos admitidos o declarados probados. Y manteniendo la existencia de diferentes vías para lograr indemnización, por lo que el día inicial de cara a la prescripción no puede ser con carácter general, el día del fallecimiento o de archivo de las diligencias penales.

Por lo tanto, la jurisprudencia en relación al artículo 43, entiende que debe establecerse un único día inicial del cómputo de la prescripción de la acción para exigir el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo, a contar desde la fecha en que finaliza el último expediente incoado ante la seguridad social en reclamación de prestaciones.

Todo ello, que derivado de un accidente de trabajo, es decir, un mismo hecho dañoso, puede seguirse actuaciones ante cuatro órdenes jurisdiccionales, ocasionando entre otras consecuencias negativas: contradicciones, inseguridad jurídica, demoras, incompatibilidad de acciones y de indemnizaciones y sanciones.

En su fundamento Jurídico octavo se establece que : *“las esenciales interrelaciones entre el expediente de recargo de prestaciones y el expediente administrativo sancionador, -- puesto que en ambos resulta esencial la determinación de si el accidente de trabajo o la enfermedad profesional cuestionados se han producido o no con infracción de las correspondientes normas de prevención de riesgos laborales, y dado que resultaría contrario a la seguridad jurídica ex art. 9.3 CE que unos mismos órganos del Estado dictaran resoluciones firmes o definitivas que resultaran contradictorias en este extremo --, motivaron que la jurisprudencia constitucional...precisamente en un recurso de amparo derivado de un proceso judicial social por recargo de prestaciones en el que se pretendía la admisión de un documento nuevo consistente en una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativa en la que se declaraba la inexistencia de infracción de medidas de seguridad en el accidente cuestionado y que propició las correspondientes modificaciones en la LPL y la LPRL.*

en el sentido de que " La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de la Seguridad Social ", norma posteriormente derogada por el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 -agosto (Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social) y sustituida por precepto análogo al anterior pero contenido ahora en el art. 42.5 del citado Texto refundido.

En conclusión, la existencia de un procedimiento administrativo sancionador, aunque no suspende el posible expediente de recargo, las resoluciones del primero pueden incidir en el segundo, afectando al principio de seguridad jurídica, por lo que tanto legalmente como jurisprudencialmente hace que se interprete el artículo 43.2 LGSS, en el sentido que la acción queda interrumpida en tanto se tramite el expediente por la Inspección de Trabajo, especialmente si se dilucida la existencia de infracción en materia de prevención de riesgos laborales.

4. STS DE 8 DE JULIO DE 2009

Resumen: En cuanto al recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, la superación del plazo de 135 días establecido para su resolución no produce la caducidad del expediente administrativo. Importante aquí, es como se entienda la naturaleza jurídica del recargo, según sea o no sancionadora.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina: número 4582/2006

Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social número 10 de Valencia, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

Accidente de trabajo producido el 30 de Enero de 2001, al quedar atrapado el trabajador por una máquina de prensa, en una empresa del sector del metal. El 11 de Julio de 2001, informe de Inspección de Trabajo. Posteriormente, Resolución del INSS de 7 de Junio de 2002, por la que se declara la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene y un incremento en un 40% en concepto de recargo de prestaciones. El 29 de enero de 2003, INSS suspensión procedimiento de recargo de prestaciones, al existir proceso penal. A 16 de Diciembre de 2004 se reanudó. Reclamación previa de la empresa desestimada por resolución de 17 enero de 2005.

El Juzgado de lo Social confirmó la resolución, que posteriormente fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, al

entender este último que había caducado el expediente de recargo por el transcurso del plazo para dictar resolución.

Se recurre utilizando como sentencia contradictoria, la de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 26 de Abril de 2004, mencionado la aplicación indebida del art.44.2 LRJ-PAC, y la inaplicación del 44.1 , en relación con el art. 14.3 de la OM 18/01/96. En ella, se refiere favorablemente a la imposición del recargo con posterioridad a los 135 días establecidos por la OM de 1996.

Sin embargo en la recurrida ante un supuesto prácticamente idéntico, se entiende que ha caducado el expediente.

El Tribunal Supremo en primer lugar conforme al artículo 42 de la LRJ-PAC, entiende que hay una remisión a la OM, como norma específica y que no se deduce caducidad, si no silencio negativo y que queda libre la vía judicial.

Por su parte, los dos supuestos de caducidad por el transcurso del tiempo, recogidos por la Ley 30/92, son: el que fuera iniciado el procedimiento por el interesado o que se estuviera ejerciendo una potestad sancionadora o que se derivaran efectos desfavorables.

No estaríamos ante ninguna de las dos, pues fue iniciado por el INSS y además el recargo de prestaciones no es considerado una simple sanción o gravamen.

La Doctrina de la sala en ocasiones considera el recargo como prestación de seguridad social, siendo partidaria de seguir una tesis sancionadora, aunque con un enfoque con matices propios, por lo que acaba siendo una consideración sui generis que la aparta de la sanción propiamente dicha, ya que los beneficiarios son el trabajador o sus causahabientes. Con una finalidad disuasoria e incrementar el importe de la prestación como consecuencia del incumplimiento de las medidas de protección que el contrato impone.

Del concepto de sanción administrativa se distancia en.

- No solo incumplimiento de un deber sino que ese deber genérico en materia de seguridad y salud en el trabajo necesita la producción causal de un resultado lesivo.

- No figura en la LISOS que en materia de infracciones en materia preventiva, las impone el director provincial de trabajo, el general o el Ministerio de Trabajo.
- Ausencia de principio de tipicidad.
- El trabajador tiene cualidad de parte por su especial interés.
- No se ingresa en Tesoro Público si no en patrimonio de beneficiario.

Naturaleza jurídica del recargo de prestaciones dual o mixta, desde la perspectiva del empresario es una responsabilidad sancionadora, desde la del beneficiario es una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio. Desde la primera vertiente, queda justificado que el recargo no puede descontarse del importe de la indemnización a percibir por los daños y perjuicios causados. Desde la segunda perspectiva, queda suficientemente acreditada la competencia del INSS, para imponer el incremento de la prestación reconocida art 57 LGSS y también el asunto objeto de examen.

Estas consideraciones son fundamentales, ya que como se ha visto a lo largo del trabajo, la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones, según sea o no sancionatoria, puede propiciar que estemos o no ante un supuesto de caducidad. Aquí se decantan en el sentido negativo y por lo tanto no hay caducidad del expediente.

5. STS DE 15 SEPTIEMBRE DE 2009

Resumen: Interrupción del plazo de prescripción, por la tramitación del correspondiente expediente administrativo, desde el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina: 171/2009.

Ponente: Mariano Sampedro Corral.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social Nº5 de Vigo, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

Un peón, empleado en una empresa dedicada a la actividad de cantera a cielo abierto, parece como consecuencia de accidente de trabajo, sufrido el 3 de Septiembre de 1997.

Se levanta acta de infracción por la Inspección de Trabajo, a 26 Noviembre de 1997, con imposición de sanción de 800.000 pesetas, por dos infracciones graves.

El 4 de Diciembre 1997, La Inspección de Trabajo se dirige al INSS para que se declare la existencia de relación de causalidad entre el accidente del trabajador y la infracción del ordenamiento en medidas de seguridad y se condene a la empresa al pago del recargo de prestación del 50 por ciento de todas las prestaciones que se satisfagan a consecuencia del accidente laboral.

Con fecha de 9 de Junio de 2003, comunicación del INSS a Consejería competente, si había devenido firme el acta de infracción.

El Acta de infracción había sido paralizada por la existencia de Diligencias previas en el orden penal, archivándose los autos por falta de acción.

El 21 de Septiembre de 2004, el equipo de valoración de incapacidades, en informe propuesta, declara la existencia de relación de causalidad y el 50 por ciento de recargo de prestaciones.

El 3 de Noviembre de 2004, se declara esa existencia de responsabilidad empresarial por el INSS. Se planteó la pertinente reclamación previa que fue desestimada con fecha 10 de Febrero de 2005.

Tanto el Juzgado de lo Social como El TSJ, anulan la resolución del INSS.

Se recurre y se adjunta como Sentencia contradictoria, la de la Sala de lo Social del TS de 27 de Diciembre de 2007.

El art. 43 de la LGSS es el centro de la discrepancia. En la sentencia recurrida, se discute sobre la caducidad del expediente administrativo y la prescripción del recargo de la pensión de viudedad. Se entiende que no hay caducidad, aunque la resolución se dicta fuera del plazo de 135 días y aprecia la prescripción del recargo pues se entiende que la paralización incluida en el artículo 3.2 del RD 5/2000 (es decir sobre la responsabilidad administrativa), solo

afecta al procedimiento sancionador, pero no al recargo. La fecha inicial del plazo de 5 años, tuvo lugar en Diciembre de 1997, con la solicitud del recargo y el expediente no se resolvió hasta Noviembre de 2004, no interrumpiéndose en ningún momento.

En la sentencia de contraste, el accidente se produjo en 1996, procedimiento de recargo en Diciembre de 1998 y se resuelve en Marzo de 2004. Con el inicio del procedimiento y posterior tramitación se interrumpe la prescripción, mantenida la misma hasta el momento de resolución. También, el transcurso del plazo para resolver no supone la caducidad del procedimiento.

El Tribunal Supremo hace referencia a que esta postura, se reitera en dos Sentencias, fundamentalmente en una de 2 de Octubre de 2008, que recoge un accidente en Julio de 1998, se inicia el procedimiento en Noviembre, y se resuelve en Enero de 2005, habiendo estado suspendido por un procedimiento penal.

Ahora bien, la Sala igualmente ha afirmado que la inexistencia de tal efecto suspensivo no comporta que ese proceso penal o el procedimiento administrativo para sancionar las responsabilidades administrativas por incumplimiento de las normas de prevención que haya podido motivar el accidente no suspendan el plazo de prescripción de la acción para reclamar el abono del recargo". Y añade que "la imposición del recargo se halla sometida a las previsiones del art. 43.3 LGSS, precepto relativo al «reconocimiento de las prestaciones» y conforme al cual «en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza»".

A efectos de contradicción, en ninguno de los supuestos se produce paralización de los expedientes, y transcurso de más de 5 años entre el hecho causante, hasta que resuelve el INSS. Hay contradicción entre las sentencias comparadas y el recurso debe admitirse, aún con la diferencia indicada en cuanto al proceso penal, porque de cualquier forma después de dictarse el auto de archivo

penal sigue abierto el expediente administrativo de recargo y suspendido por tanto el plazo de prescripción, de acuerdo con la doctrina de la sentencia de contraste.

La iniciación del expediente de recargo de prestaciones, interrumpe la prescripción del art.43 LGSS. ¿Esa prescripción se prolonga durante la tramitación del expediente? ¿Caducidad del expediente administrativo por el transcurso de más de 135 días? .Es importante para saber cuando vuelve a contarse el plazo de la prescripción. Ello es resuelto por la sala en numerosas ocasiones, se entiende que no es un expediente sancionador, por lo que el exceso de plazo para resolver, no supone la caducidad del mismo, sino solicitud desestimada, existiendo obligación de resolver, por lo tanto la interrupción de la prescripción se prolonga en el tiempo hasta que se resuelve, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan a partir del momento en que se entienda desestimada la pretensión por silencio administrativo.

Se estima el recurso y se revocan ambas sentencias, y se declara que no se ha producido prescripción, por lo que el Juzgado de lo Social tendrá que entrar a conocer el fondo del asunto en referencia al recargo de prestaciones y su porcentaje.

6. STS DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2009

Resumen: Omisión de trámite de audiencia. No se produce indefensión y por lo tanto no hay nulidad del expediente administrativo por el que se impone el recargo.

Número de recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina 3522/2008.

Ponente: Joaquín Samper Juan.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social de Ciudad Real nº3, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

Tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ, entienden que existe nulidad del expediente administrativo.

Se recurre y se aporta como contradictoria, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 18 de Mayo de 2006.

Se discute si la omisión del trámite de audiencia a la empresa, posterior al dictamen del Equipo de Evaluación de incapacidades, supone la nulidad de la resolución administrativa que impone el recargo. Importante los hechos mencionados relativos a que el INSS a instancia de la Inspección de Trabajo, dictó resolución que imponía un recargo del 30% a la UTE Empresarial. Se dio traslado del escrito de iniciación a las diferentes partes interesadas para que formularan alegaciones y aportarían documentación, pudiendo examinarse el expediente. No se dio traslado del dictamen del EVI.

Se incluía en la demanda, o bien la caducidad o la nulidad del expediente o la inexistencia de responsabilidad, finalmente se estimó la pretensión de nulidad por haberse omitido el trámite de audiencia del dictamen del EVI, causando a su juicio indefensión a la empresa y aplicándose el art.62 de la LRJ-PAC.

En la Sentencia contradictoria del TSJ de Extremadura de 18 de Mayo de 2006, se rechazó la infracción del artículo 62 y también de una Orden del 96 que las empresas alegaban, reconociendo que se debe dar audiencia al empresario, también que pese a no dársele audiencia tras informe del EVI, si se le dio al iniciarse el expediente. Y no se produce indefensión, ya que los interesados han podido alegar tanto en el expediente iniciado, como en la reclamación previa, como en la demanda, en el juicio y en el recurso.

Entran en juego pues, el artículo 62.1 de la LRJ-PAC como el 11 de la Orden de 18 de Enero de 1996, que desarrolla el RD 1300/1995.

La LRJ-PAC se aplica a la actividad administrativa del INSS en materia de prestaciones.

La Empresa demandante tiene condición de interesado y el trámite de audiencia se encuentra recogido tanto en la LRJ-PAC como en el RD del año 1995(No hace referencia el Supremo a la Constitución Española).

Su omisión, al margen de otras responsabilidades, no da lugar a infracción del art.62.1, al no equivaler a falta absoluta y total de procedimiento ni omisión

del derecho a Tutela Judicial Efectiva del 24 CE, DF. Tampoco se aplica el 63.2, ya que el acto alcanzo su fin.

Por lo tanto, el expediente administrativo por el que se impone el recargo no es nulo.

7. STS DE 18 DE ENERO DE 2010.

Resumen: impuesto el recargo a la empleadora directa, la acción para extender la responsabilidad, derivada de la posible infracción de normas de prevención de riesgos laborales, a una tercera empresa que no fue parte ni en el expediente previo ni en la vía judicial posterior, no está prescrita, caducada ni extinguida por el solo agotamiento de una anterior vía administrativa y posterior judicial impugnatoria: si la correspondiente acción no está prescrita cabe iniciar nuevo expediente administrativo.

Número de recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina, número 3594/2008.

Ponente: Fernando Salinas Molina.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº1 de Barcelona, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

La empleadora pretende la extensión de la responsabilidad del recargo a una tercera empresa, iniciándose un nuevo expediente y un nuevo proceso. La entidad gestora afirma que ha caducado la acción. Dice el TSJ que no son acciones de tipo prestacional que posibilitarían reabrir la vía administrativa.

La acción para ejercer la responsabilidad solidaria de una tercera empresa, cabría entenderla, caducada, prescrita o extinguida por agotamiento de una previa vía administrativa y judicial impugnatoria, frente a la directa empleadora a la que se le impuso el recargo, no siendo parte la tercera empresa ni haberse extendido la responsabilidad contra ella.

Y también si cabe iniciar un nuevo expediente administrativo si no ha prescrito la acción.

Al recurrir, se plantea como contradictoria la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 2006, para derribar lo establecido por el TSJ, que confirmó el pronunciamiento del Juzgado de lo Social. Se alega infracción del artículo 24.1 de la Constitución (Tutela Judicial Efectiva) y el artículo 43 de la LGSS en relación con el 123.

La Sentencia de contraste se refería a un trabajador que no había comparecido en la vía administrativa previa, siendo un procedimiento iniciado de oficio, con efectos de silencio negativo y habiendo transcurrido el plazo reglamentario de 135 días, y entendió que la pretensión de recargo del artículo 123 LGSS, comporta el reconocimiento o la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas por lo que no se estima la caducidad alegada. Por lo tanto silencio administrativo negativo, pero no supone prescripción de acciones y deja expedita por lo tanto la vía judicial. El trabajador no compareció, por lo que no existió perjuicio. Mismo problema jurídico en ambos casos, ya que de la tramitación de ambos procedimientos pueden derivarse el reconocimiento o la constitución de derechos y se alegan los mismos artículos infringidos.

Siguiendo a la STS de 7 de Julio de 2009, la naturaleza del recargo, el plazo para ejercicio de la acción, prescripción, y posibles motivos de interrupción conforme al artículo 43.2 LGSS, debe tenerse en cuenta, el carácter prestacional del recargo y el plazo de 5 años para el ejercicio de la acción.

El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley (art. 43.1.I LGSS); y por otra parte, sobre las causas de interrupción de la prescripción, que *"La prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del art. 1973 del Código Civil y, además, por la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate"* (art. 43.2 LGSS), con la especificación para el supuesto de existencia de ejercicio de acción penal o civil sobre tales hechos contra el presunto culpable que en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal

o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza" (art. 42.3 LGSS)

Cualquier duda se ha de resolver en el sentido más favorable para los beneficiarios, ya que es una institución no basada en el sentido estricto de justicia, si no de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho objetivo.

La prescripción se interrumpe entre otras causas, *"en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate"* (art. 43.2 LGSS), sin que, como advierte la citada STS/IV 7-julio-2009, exija el precepto legal, que las actuaciones administrativas inspectoras tengan que estar dirigidas directamente contra el empresario frente al que ulteriormente se pudieran dirigir sus acciones los posibles afectados, para obtener la declaración en vía administrativa o posterior jurisdiccional de existencia de infracción de medidas de seguridad e higiene en el accidente de trabajo cuestionado y la consecuente responsabilidad empresarial al abono del recargo ex art. 123 LGSS, en el porcentaje que se fije dentro de los límites legales.

Siguiendo lo establecido por dicha Sentencia, que *"En los supuestos ordinarios de accidentes en el desarrollo del trabajo para una concreta empresa lo normal es que la acción inspectora se dirija contra el empresario formal que suele coincidir con el empresario “ verdadero” o, en la terminología de la jurisprudencia unificadora en interpretación del art. 123 LGSS, con el empresario infractor sin embargo, en los cada vez más frecuentes supuestos de concurrencia de empresarios (contratas y subcontratas, empresas de servicios, empresas de trabajo temporal, grupos de empresa, control por distintos empresarios del centro de trabajo donde acontece el accidente, etc.) la actuación inspectora puede iniciarse y desarrollarse de una forma más global para determinar los posibles empresarios infractores e incluso concluir sin que alguno de los considerados como tales por los afectados resulte implicado en tales actuaciones administrativas"*, añadiendo expresamente que *"lo que no parece motivo suficiente para impedir que, en discrepancia con aquellas actuaciones, los afectados puedan ejercitar luego sus acciones contra los que consideren empresarios infractores no incluidos en aquellas actuaciones"*.

En conclusión, en esta sentencia se entiende que declarar que la acción ejercitada por primera vez para exigir la responsabilidad solidaria de una tercera empresa derivada de la posible infracción de normas de prevención de riesgos laborales que pudieran dar lugar al recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad ex art. 123 LGSS, no cabe entenderla prescrita, caducada o extinguida, por el agotamiento de una anterior vía previa administrativa y posteriormente la judicial impugnatoria, exclusivamente frente a la directa empleadora a la que se impuso el recargo, sin haber sido parte la referida tercera empresa, ni en el expediente previo, ni haberse intentado en el mismo, ni en la vía judicial posterior en su caso, extender la responsabilidad contra la citada empresa tercera; pudiendo iniciarse un nuevo expediente administrativo de no haber prescrito la correspondiente acción (art. 43 LGSS).

8. STS DE 18 DE ENERO DE 2010

Resumen: No existe responsabilidad solidaria de la empresa principal al tratarse de obras ajenas a su propia actividad y que no se realizaban en centro de trabajo que formaran parte de sus instalaciones.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina, número 3237/2007.

Ponente: Luis Ramón Martínez Garrido.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº31 de Madrid y Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

Peón que trabajaba el día del accidente en tareas de demolición de una nave de otra sociedad. La empresa para la que trabajaba tenía como objeto social la construcción y montaje de estructuras metálicas y la segunda, es decir, la propietaria de la nave, la fabricación de vidrio. El trabajador no estaba cualificado para manejar el instrumento que ocasionó el accidente y tampoco se le habían dictado instrucciones.

El juzgado de lo Social nº 31 de Madrid rechazó condenar a hacer efectivo el recargo de prestaciones en un 50 %, por entender que no existió relación de

causalidad entre las medidas de seguridad omitidas y el acaecimiento del accidente.

El TSJ de Madrid entendió que sí procedía, condenando a las dos empresas de forma solidaria

La primera empresa en el recurso, entiende que se interpretó erróneamente el valor probatorio de las actas de la inspección de trabajo y también vulneración del art.24 de la CE. Quiere dejar sin efectos la modificación de hechos probados realizada por el TSJ.

El TS entiende que hay falta de motivo casacional, pues no procede revisar los hechos probados de la sentencia recurrida, ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba, conforme a la Ley de Procedimiento Laboral vigente en ese momento.

Por su parte la otra empresa, es decir, la propietaria de la nave, aporta como sentencia contradictoria, la de la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, de 19 de Mayo de 2005, que condenaba a la empresa contratista de la que formaba parte el accidentado y la considerada empresa infractora, absolviendo a la principal.

Se alega vulneración del artículo 123.1 y 123.2 LGSS y 24.2 y 24.3 Ley PRL. Y 42.3 LISOS.

El artículo 123.1 hace referencia a cuando procede la imposición del recargo de prestaciones y el apartado 2 hace referencia a la aplicación del mismo al empresario infractor.

En cuanto al precepto de la Ley Prevención de Riesgos Laborales y LISOS, se refiere a la responsabilidad solidaria del empresario principal con contratistas y subcontratistas por el cumplimiento “... *durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la Ley en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, cuando tratándose de obras y servicios de su propia actividad la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal*”.

De ahí extrae que el empresario principal, durante el periodo en que se extiende la contrata, responde del cumplimiento de las obligaciones establecidas

en relación a los trabajadores que se encuentren en el centro de trabajo de la empresa principal, siempre y cuando se trate de obras y servicios de su propia actividad y la infracción se haya producido en mencionado centro de trabajo.

Prosigue su argumentación, partiendo de la evidente diferente actividad entre ambas empresas. Concepto relativo a aquellas tareas inherentes a su proceso productivo y que *“la demolición de un edificio...no es actividad inherente a fabricante de vidrio...”*

En cuanto al centro de trabajo, toma como referencia una Sentencia de 18 de Abril de 1992, que prescinde de aplicar la definición de centro de trabajo del artículo 1.5 del ET: *“ como unidad productiva con organización específica que se haya dado de alta como tal ante la autoridad laboral.”* Equiparaba un poste eléctrico a la idea de centro de trabajo, por lo tanto extensión a *“cualesquiera instalaciones en las que el empresario viniera obligado a extremar sus deberes de vigilancia”*.

En el caso a analizar se desprende que no estaríamos en la misma situación, pues en la nave a desmontar, la empresa principal no desempeñaba ninguna actividad, por lo tanto se cedían sus obligaciones de vigilancia de las diferentes labores desarrolladas, al contratista.

En conclusión se desglosa que, ni los trabajos encomendados por la empresa principal: *“... al contratista infractor eran de su propia actividad, ni las obras de demolición de la nave en que se produjo el accidente, se realizaban en centro de trabajo que, en dicho momento, formaran parte de las instalaciones de la empresa principal. La determinación del mecanismo adecuado para el desmonte de las vigas es tarea que incumbía al contratista y no al empresario principal.”*

9. STS DE 20 DE ENERO DE 2010

Resumen: La imprudencia no temeraria del trabajador, no exime de responsabilidad empresarial, todo ello sin perjuicio de su valoración al efecto de determinar el porcentaje de recargo.

Número de Recurso: Recurso de Casación para unificación de doctrina 1239/2009

Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

Fallecimiento de trabajador al ser atrapado por una pinza de un robot de salida. Se encontraba aislado por vallas, aunque algunas zonas no las tenían. El Robot se había parado por mala colocación del ladrillo y al intentar moverlo para colocarlo correctamente, se acciona por el encargado. Resolución del INSS que reconocía el recargo de prestaciones. El juzgado de lo Social la ratifica y esa sentencia es revocada por el TSJ. Este último tribunal entiende que la conducta del trabajador es imprudente, ya que no trabajaba en esa zona, lo hizo sin orden alguna y debería ser consciente del peligro. Entiende que la conducta del trabajador rompe la relación de causalidad pese a que reconoce la omisión de medidas de seguridad por parte del empresario.

Esas omisiones habían sido descritas por el Juzgado de lo Social, en referencia a la ausencia de dispositivos o medidas que impidieran el acceso de trabajadores a los elementos móviles y agresivos. Carencia de dispositivo de seguridad que detuviera la máquina. También se declaró probado, una deficiente evaluación de riesgos y además falta de información y formación a los trabajadores.

En el recurso de casación, se aporta como sentencia de contraste, la de la Sala de lo Social del TSJ de Burgos, de 21 de Marzo de 2000. En ese supuesto, se encontraba la máquina atascada y el trabajador entró en el recinto y con la misma en marcha, comenzó a limpiar y fue atrapado entre rodillo y cinta transportadora. En este caso, sí se conserva la relación de causalidad, ya que las vallas no impedían por completo el acceso a la zona, falta de formación correspondiente al trabajador y asimismo ausencia de dispositivo de parada automática de la máquina. Hay contraste pese a algún pequeño matiz existente.

Finalmente el TS, establece que hay concurrencia de culpas, ya que ambas conductas tienen relevancia causal, por lo que *“hay que ponderar las*

responsabilidades concurrentes moderando en función de ello la indemnización a cargo del agente externo...”

Por tanto sigue la línea argumental de la STS de 12 de Julio del 2007, que entendió que *“ la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene... entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo”*.

Por lo tanto en conclusión, el Art 123 LGSS fue infringido y por lo tanto se confirma la imposición de un recargo del 30% (que es el mínimo permitido), por la resolución administrativa recurrida.

10. STS DE 22 DE JULIO DE 2010

Resumen: En la misma línea, la imprudencia no temeraria del trabajador no exime de responsabilidad al empresario, aunque tiene incidencia al efecto de determinar el porcentaje del recargo.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina número 3516/2009.

Ponente: Aurelio Desdentado Bonete.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº6 de Oviedo, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

En el Principado de Asturias, se produce el fallecimiento de un trabajador, que además era gerente y delegado de prevención. El accidente se produce en el taller de la empresa, en día festivo y motivado por una batería en vehículo, careciendo de material aislante (además de obsoleto) una de las pinzas del cargador de la batería. Sumado a esto, el suelo se encontraba encharcado y no existía conexión a tierra.

Se impone sanción, se confirma en instancia, pero la Sala del TSJ considera que el fallecimiento del trabajador se debe a su exclusiva culpa, pues la

muerte se produce en día festivo, en una actividad que no guarda relación alguna con el trabajo del accidentado, lógicamente fuera de la jornada laboral. También se achacan al trabajador los correspondientes conocimientos, pues se trata de un delegado de prevención, que debería conocer el peligro que ocasiona manipular elementos eléctricos en cercanía del agua. Y por último, que el uso del material defectuoso corre por cuenta del trabajador, al no constar que la empresa utilice dichos materiales.

Al recurrir se aporta como Sentencia contradictoria, la de la Sala Social Madrid, de 22 de Junio de 2007, en la que la empresa alegaba imprudencia grave por parte del trabajador que como encargado debía haber usado otra herramienta o la misma dotándola de protección. Resuelve, que la conducta del trabajador repercutiría en el porcentaje a aplicar en el recargo, incluso si fuese exclusiva se exonerase a la empresa, pero determina que la empresa pese a esas circunstancias alegadas debía *“mantener la protección, previendo incluso posibles imprudencias o diligencias de los trabajadores...”*

Hay contradicción, pues en ambos casos se utilizan instrumentos de la empresa que se encontraban en el lugar de trabajo, sin medios de protección y los trabajadores actuando fuera de sus funciones.

El TS desvirtuando la sentencia recurrida, en primer lugar respecto la batería considera, que al encontrarse en el taller, no puede considerarse que esté fuera de uso. Que sea día festivo, no rompe la conexión con el trabajo, ya que está probado que continuaba la prestación del servicio. Se está en el lugar de trabajo y realizando una actividad que parece relacionada con la de la empresa y no una particular.

Que sea delegación de prevención, no quita en primer lugar, que se desplacen las responsabilidades de la empresa a su persona y respecto a su puesto como gerente, puede desempeñar otras funciones no estando excluidas, lo único que podría hacer es modular la responsabilidad.

Existe relación de causalidad, agravando el charco la situación, que viene motivada por los defectos del cargador.

Por lo tanto sentencia recurrida, imprudencia del trabajador, rompe la relación de causalidad y exonera a la empresa infractora. Mientras que la de contradicción, considera que se debe aplicar el recargo incluso con imprudencia del trabajador, siempre que la causa del mismo no debe exclusivamente a éste. Determina el TS además en este caso que la imprudencia no es temeraria pues “*no se advierte una voluntaria y consciente asunción del riesgo*”.

Esta sentencia presenta un voto particular de una magistrada, D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea, que entiende que no hay contradicción, defendiendo que las resoluciones que se comparan, contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de “*hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales*” Da mucho peso a la formación en prevención de riesgos laborales de uno de los accidentados respecto al otro.

11. STS DE 22 DE JULIO DE 2010.

Resumen: Una más que aporta luz sobre la cuestión, ya que la imprudencia no temeraria del trabajador, no altera la imputación de la infracción a la empresa, sin perjuicio de su valoración al efecto de determinar el porcentaje del recargo.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina 1241/2009.

Ponente: Milagros Calvo Ibarlucea

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

El accidente de trabajo se produce mientras se procedía a reparar una instalación de alarma contra incendios, en una escalera.

Intervienen tres empresas. La primera es la propietaria del lugar dotado de la instalación. La segunda era la encargada de la instalación y mantenimiento de la

misma y la tercera, era una empresa subcontratada por la segunda y de la cual formaba parte en la plantilla, el trabajador accidentado. A estas dos últimas se les impuso un recargo de prestaciones del 30%. El TSJ dejó sin efecto el recargo, bajo la argumentación de que la actuación del trabajador no fue conforme a una orden recibida y que no es probado la ausencia de medios de protección idóneos para la evitación del accidente.

Al recurrir, se utiliza como sentencia de contraste, una del TSJ de Cataluña, de 17 de Octubre de 2007. En ese caso, la caída se produce desde una escalera al colocar un pesado rótulo, contando el trabajador con equipos de protección individual, pero en el momento del accidente no hacía uso del arnés y la escalera no tenía un punto de enganche. Asimismo, contaba con tacos de goma, que se salieron en el momento de producción del accidente y además había ocurrido más veces con anterioridad. Se infringieron las específicas normas de protección frente al riesgo por caída en altura y también de la LPRL, en cuanto el empresario ha de vigilar el uso por parte de sus trabajadores de los diferentes elementos de seguridad. Incide de nuevo en la falta de los elementos de sujeción y anclaje necesarios para ese trabajo en escaleras, además de una formación que posiblemente hubiera evitado el comportamiento imprudente del trabajador.

Se vuelve a referir como hicieran otras, a la Sentencia de 12 de Julio de 2007, para ello realiza un análisis desde la LGSS a la LPRL, pasando por la Constitución Española, OIT, Directivas europeas...

También se pone en relieve a la jurisprudencia existente en referencia a la vulneración de alguna medida de seguridad general o especial, daño efectivo y relación de causalidad.

Refleja, que la conducta del trabajador puede graduar e incluso llegar a exonerar la responsabilidad del empresario, pero no estamos ante una conducta de carácter temerario y repitiendo los mismo términos de la sentencia de 20 de Enero de 2010, se reafirma, reflejando la obligación de la empresa de protección eficaz del trabajador en esta materia y también lo establecido en la LPRL, por lo que incluso las medidas preventivas han de prever la “*distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador*”.

Sigue lo establecido en STS de 8 de Octubre de 2001(Rec.4403/2000), que adoptó la siguiente postura

"se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones".

12. STS DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2010

Resumen: El recargo recae sobre el total de la prestación económica.

Número de recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina, 3355/2009.

Ponente: D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

En primer lugar, tenemos una Sentencia del Juzgado de lo Social, que estima que el trabajador tiene derecho a percibir las pertinentes prestaciones económicas por incapacidad permanente total, con un incremento del 40% de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total, por la falta de medidas de seguridad.

El TSJ en suplicación, modula la cuantía establecida ya que entiende que ha de aplicarse el recargo sobre el incremento del 20% que se ha aplicado a la prestación de incapacidad permanente total, fijada en el 55% de la base reguladora, al cumplir el actor 55 años de edad.

Se recurre y se aporta para la contradicción, sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de 9 de Diciembre de 1999. En ambos supuestos

incremento del 20% en el cálculo de la pensión correspondiente a la incapacidad reconocida. La cuestión a dilucidar es si el recargo por falta de medidas de seguridad opera o no sobre el 20% de incremento de la pensión. Este pronunciamiento aportado, entiende que no habría que aplicarse.

Aquí, la parte recurrente alega infracción del art.123 LGSS, y el TS entiende que *“no puede caber duda sobre el hecho de que el recargo habrá de recaer sobre el total de dicha prestación económica.”* Ello fundamentado, en que la LGSS, ha previsto expresamente que el recargo recaiga sobre la prestación determinada.

En conclusión, el incremento del 20% previsto para la pensión por incapacidad permanente total, es prestacional, siendo compatible con la figura del recargo.

13. STS DE 22 DE DICIEMBRE DE 2010

Resumen: La omisión del trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, no conlleva la declaración de la nulidad de actuaciones por no haberse producido indefensión.

Número de Recurso: Recurso de Casación para Unificación de doctrina, 1136/2009.

Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana.

Órganos Judiciales: Juzgado Social nº3 Sevilla y Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

El INSS impuso un recargo de prestaciones por faltas de medidas de seguridad a la empresa principal y a la contratista, establecido en un 40%. Fue confirmado por el Juzgado de lo Social.

Posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia declara nulidad de actuaciones por omisión del trámite de audiencia.

Las Sentencias de contraste aportadas por la parte recurrente, son las dictadas por la Sala Cuarta del TS en fechas 9 y 28 de Mayo de 2008, que

consideran que en determinadas ocasiones la omisión del trámite de audiencia no ha de suponer indefensión.

Por las partes, principalmente, se alega infracción del 62 y 84 de la LRJ-PAC. Tanto las sentencias de contraste como la doctrina unificada, consideran que ha de aplicarse la LRJ-PAC al procedimiento para imponer recargo de prestaciones, aunque con las peculiaridades correspondientes. La empresa tiene la condición de interesado por lo que se debió entender con la misma el trámite de audiencia.

Ahora bien, en relación con el art.62, no se ha producido vulneración de derechos fundamentales, en concreto tutela judicial efectiva, pues este derecho, es de plena vigencia en el proceso judicial, no tanto en el procedimiento administrativo y además se han podido presentar documentos, alegaciones...no equivaliendo al supuesto de falta total y absoluta del procedimiento.

Entraríamos de lleno en el ámbito de aplicación del art.63 sobre la anulabilidad, pero conforme a su apartado 2 *"el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados"*

No hay *"indefensión real y efectiva"*. Se demuestra por parte de la empresa un perfecto conocimiento tanto de la situación del trabajador como de los informes obrantes en el expediente.

Por lo tanto, no ha supuesto su total exclusión del expediente administrativo, ni la pérdida de posibilidad de contradicción, que hubiera podido en su caso generar indefensión.

14. STS DE 18 DE JULIO DE 2011.

Resumen: La responsabilidad en materia de recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, es exclusiva para la empresa infractora, siendo intransferibles por la vía de la sucesión de empresas.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina, 2502/2010.

Ponente: D. Luis Fernando de Castro Fernández.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº8 de Valencia, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

En esta ocasión nos encontramos ante una enfermedad profesional. Al trabajador primero se le declaró una gran invalidez y posteriormente falleció como consecuencia de la asbestosis.

El INSS, establece un recargo de prestaciones del 40% a cargo de una empresa, que había sucedido a una serie de empresas para las que el fallecido había trabajado y que durante la prestación laboral para las mismas, había inhalado fibras de amianto, sin la debida protección.

El Juzgado de lo Social deja sin efectos dicha resolución. Posteriormente suplicación al TSJ.

La empresa recurrente ante el Tribunal Supremo, entiende vulnerados los artículos 44 ET y 123.2 LGSS, para amparar su postura, que entiende que el recargo es intransferible. Se examina además si por parte del TSJ, se han vulnerado los artículos 14 y 24 de la CE, que por ser cuestiones de orden procedimental, no se va a proceder a su análisis.

La Sentencia de contraste aportada, es la del TSJ de Andalucía de fecha 5 de Marzo de 2004(Recurso1676/03), en la que el trabajador es un médico expuesto a radiaciones ionizantes y que fallece debido a una enfermedad profesional (leucemia). Se imponía un recargo del 50 %, pero se excluía a la administración pública a la que pasó a depender, con posterioridad a la exposición de radiaciones.

El Tribunal Supremo para comenzar, excluye la aplicación del art.44 ET, rigiendo en la materia, el artículo 127.2 LGSS. En efecto el art.44 hace referencia al cambio de titularidad de empresas, y como la empresa sucesora queda subrogada de los derechos y obligaciones laborales y también de seguridad social del anterior y también entiende una responsabilidad solidaria extendida durante un periodo de 3 años, de aquellas obligaciones surgidas con anterioridad a la

transmisión. Pero es fundamental el apartado 3, al afirmar que todo ello: *“sin perjuicio de lo establecido en la legislación de seguridad social”*.

Por consiguiente, el art.127 hace mención a los supuestos de sucesión de empresas, y como las últimas, han de responder de forma solidaria de aquellas prestaciones causadas antes de la transmisión. La doctrina jurisprudencial entiende que la solidaridad no alcanza a: *“... las posteriores que traigan causa en incumplimientos anteriores...”*.

Además del art. 123.2, se desprende el carácter personalísimo y sancionador del recargo de prestaciones, lo que hace imposible su transmisión de la empresa infractora a la sucesora.

Se realiza posteriormente una exposición desarrollada sobre la naturaleza del recargo de prestaciones, desde la concepción inicial sancionadora del mismo y su progresiva adaptación hacia una teoría dual o mixta. Sobre todo interesante el matiz aportado por esta sentencia, que sitúa el carácter sancionador o indemnizatorio, según la perspectiva dónde se plantee el problema.

Desde el punto de vista del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora y desde el del beneficiario: *“supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio”*.

Concluye el Tribunal Supremo, que pese a que no se puede negar la evidente función prestacional que cumple la figura del recargo y que justificaría en su caso una hipotética transmisión de la responsabilidad de turno; Por otro lado su *“función preventivo-punitiva”*, la expresión empresario infractor contenida en la LGSS y además la correspondiente jurisprudencia, que el INSS en ningún momento pueda llegar a ser el responsable y también que no se pueda asegurar, hace: *“...que la responsabilidad que comporta el recargo -cualquiera que sea el momento de su declaración- es intransferible por la vía de la sucesión de empresa, tal como sostiene la mercantil recurrente y como en su día había sostenido con acierto la decisión de instancia”*.

15. STS DE 14 DE FEBRERO DE 2012.

Resumen: Recargo de prestaciones en los supuestos de acoso laboral. Falta contradicción.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina, número 1535/2011.

Ponente: D. Jesús Gullon Rodríguez.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº 1 de Gerona, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

Se trata de un supuesto de acoso laboral hacia una trabajadora, que ocasiona en ella una *“depresión mayor con sintomatología ansioso-depresiva”*.

Se discute si ha de aplicarse a la empresa recargo en la prestación por incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo, con un incumplimiento de la prevención de los riesgos psico-sociales.

El INSS denegó la petición de recargo de prestaciones. Siguiendo la línea marcada, el Juzgado de lo Social desestimó la demanda de la trabajadora para que se impusiera un recargo del 50% en las prestaciones reconocidas por incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo.

El TSJ por su parte confirmó la sentencia de instancia, al afirmar que: *“el recargo plantea graves problemas jurídicos cuando se trata del ámbito de la prevención de riesgos psico-sociales, teniendo en cuenta la naturaleza cuasi-sancionadora del recargo previsto en el artículo 123 LGSS y la necesidad de la tipicidad de la actuación empresarial en relación con la norma infringida”*.

En el recurso se alega erróneamente un precepto, cuando realmente se pretende aportar el artículo 123 de la LGSS, en relación con arts.14 y 16 de la LPRL y la Sentencia de contradicción, es la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña con fecha 15 de Octubre de 2008.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial existente respecto a la existencia de contradicción, el Tribunal Supremo fundamenta, que la situación fáctica planteada en sentencia de contraste y la recurrida, es distinta.

En la recurrida, las conductas de acoso son realizadas por el encargado del centro de trabajo y es él, el directamente responsable. En la de contraste, los hechos suceden cerca de la dirección de la empresa y la actitud de tolerancia, consentimiento y participación empresarial era muy directa.

16. STS DE 5 DE MARZO DE 2012.

Resumen: Falta de contradicción. Se refiere a la prueba de las circunstancias del accidente.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina, número 1065/2011.

Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº7 de Alicante, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

Se produce una caída de un trabajador desde un andamio, que ocasiona en un primer momento una incapacidad temporal y a posteriori una incapacidad permanente absoluta.

La Inspección de Trabajo levanta acta de infracción y se establece una responsabilidad solidaria, ya que el trabajador prestaba sus servicios en el seno de una subcontrata. Consta la inexistencia de accesos adecuados y seguros a la plataforma de trabajo. El INSS impone a las tres empresas recargo de prestaciones.

En la instancia se anula dicho recargo, pronunciándose el Juzgado de lo Social sobre la ausencia de testigos directos de la caída, así como la escasa información aportada por el trabajador acerca del accidente sufrido. También se basa en otros indicios de menor entidad.

Por lo tanto no se prueba la relación de causalidad existente entre la infracción de las medidas de seguridad alegadas y el hecho acaecido.

En el recurso de Casación, se incluye, como sentencia contradictoria, la del TS de 16 de Enero de 2006. Se pronunció sobre una caída en un andamio a través de un hueco con el agravante, de la ausencia de barandilla, fijación... En suplicación, es decir, el TSJ también se había entendido la falta de prueba del nexo causal. Se entendió por el TS, que todas esas deficiencias proporcionan indicios razonables, de la causa del accidente del operario.

Finalmente, el Tribunal Supremo, entiende que no existe contradicción, ya que en la recurrida, no se sabe, la situación del trabajador en el momento de producirse el accidente. Es decir, si ocurrió: *"...ocurrió antes de subirse al indicado andamio, mientras estaba subiendo al mismo a través de los indicados peldaños laterales y portando un bote de pintura, o bien una vez ya se había subido y se encontraba en la plataforma del andamio"*.

En la de contraste sin embargo queda acreditado el lugar dónde sucedió la caída en el andamio y además las diferentes irregularidades en las medidas de protección (sin barandilla de protección, falta arriostramiento y de cinturón de seguridad).

17. STS DE 13 DE MARZO DE 2012.

Resumen: Aunque se ha de partir del respeto del principio general de vinculación a la sentencia firme del orden contencioso-administrativo por parte de la posterior emitida en el orden social, puede darse un pronunciamiento distinto siempre y cuando éste tenga una motivación suficiente.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina, 3779/2010.

Ponente: D. Fernando Salinas Molina.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº29 de Barcelona, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

Una sentencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo anuló la sanción impuesta por la autoridad laboral competente a una empresa por

infracción de medidas de seguridad y por lo tanto hay que examinar los efectos que ello pueda tener respecto al recargo de prestaciones.

Tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ mantuvieron una postura común que consistía en la procedencia de la imposición del recargo de prestaciones. La argumentación o motivación dada para no seguir la línea del orden contencioso-administrativo, es que la vinculación existente es relativa a los hechos declarados probados, pero no a la apreciación de las consecuencias jurídicas derivados de los mismos.

En el recurso de casación planteado, se alega infracción del artículo 42.5 de la LISOS, respecto a la cuestión planteada de la vinculación entre las diferentes decisiones judiciales.

Se entiende como sentencia de contraste, la dictada por el TSJ de la Comunidad de Madrid, de 5 de Marzo de 2007, en la que también se anula la sanción impuesta a la empresa por infracción de medidas de seguridad y posteriormente se la exonera de responsabilidad en el recargo de prestaciones. Su justificación es la siguiente: *“se reconoce y aplica la vinculación existente entre los órdenes jurisdiccionales pues no es posible que en un orden determinado un empresario sea condenado como infractor por lo mismo que en otro orden haya sido previamente absuelto, y así lo mantiene también la doctrina del Tribunal Constitucional que es seguida y aplicada por este Tribunal en esas sentencias. Así, siendo el orden Contencioso-Administrativo el competente para determinar y resolver la existencia o no de infracción empresarial, si este orden ha resuelto de manera firme que no existió infracción alguna no puede imponerse en el orden Social el recargo de prestaciones económicas en base a que hubo tal infracción que en el mundo jurídico ya era inexistente y, por ello, no susceptible de originar efecto alguno. Si el artículo 123.2 de la LGSS exige la concurrencia de un #empresario infractor#, si no existe este elemento constitutivo del presupuesto de aplicación de la norma resulta contrario a derecho aplicarla cuando consta que no se ha conformado tal supuesto, lo que constituye un impedimento legal insoslayable para la declaración de responsabilidad empresarial”*.

El Tribunal Supremo en este supuesto, siguiendo el criterio establecido en una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, concretamente, la 21/2011 de

14 de Marzo, entiende, que los hechos que han sido probados, necesariamente han de vincular a ambos órdenes, pues la existencia de pronunciamientos distintos respecto a esta cuestión iría en perjuicio del principio de Seguridad Jurídica. Ahora bien se posibilita *“la existencia de pronunciamientos distintos si existe en la ulterior sentencia motivación suficiente que exteriorice el fundamento de la conclusión contradictoria”*.

18. STS DE 20 DE MARZO DE 2012.

Resumen: Responsabilidad tanto de la empleadora directa como de la empresa principal, por falta de formación al trabajador.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina, número 1470/2011.

Ponente: D^a María Lourdes Arastey Sahún.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº3, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

El Juzgado de lo Social había estimado las pretensiones del trabajador y el Tribunal Superior de Justicia, revocó dicha sentencia, pero erróneamente no deja sin efecto, la resolución administrativa que imponía el recargo de prestaciones.

El juzgado de lo Social partiendo de la falta de formación específica y de la ausencia de permiso B de conducción, alega, que de no existir esa deficiencia formativa, se podría haber minimizado el resultado lesivo, de ahí la procedencia del recargo.

Al recurrir, se aporta como sentencia contradictoria, la del 27 de Mayo de 2004, de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, que se refiere a un accidente al volcar una carretilla elevadora sin carnet de conducir. Dos empresas: Una de construcción, en una obra realizada por otra empresa principal. Se tramita procedimiento de recargo de prestaciones, que se determina en un 30% a cargo de ambas empresas de forma solidaria. En instancia son desestimadas sus demandas. El TSJ en suplicación entendió que los deberes de información sobre el manejo de

dicha máquina, correspondía a las dos empresas, dedicadas a actividades de construcción.

La diferencia entre la recurrida y la de contraste, es que la primera no entiende responsable a la principal de la falta de formación.

A continuación el Tribunal Supremo, procede a desarrollar la argumentación jurídica, al afirmar que *“cuando estamos ante la prestación de servicios en régimen de subcontratación, doctrina jurisprudencial entiende que es posible que una actuación, que no sea correcta o negligente, por parte del empresario principal, pueda llegar a ser la causa del accidente del trabajador. Por tanto, una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control”*

El artículo 24 LPRL es imprescindible en la materia, al recoger las obligaciones específicas de vigilancia del cumplimiento de las correspondientes obligaciones por parte de la empresa principal, cuando nos encontremos ante una misma actividad o en su centro de trabajo o hasta donde extienda su control.

Prosiguiendo con la motivación dada, *“...una situación de subcontratación establece deberes de prevención para la empresa principal de características y alcance análogos a los de la empleadora directa del trabajador...”*. Se relaciona asimismo en la Sentencia el precepto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales examinado anteriormente con el artículo 11.1 c) del Real Decreto 1627/1997 sobre Disposiciones Mínimas de Seguridad y de Salud en obras de construcción.

Por tanto en cada caso se debe probar la distinta participación de cada empresa y corresponderá la exoneración a la principal, solo cuando haya adoptado aquellas medidas necesarias que devengan ineficaces por la actuación de la empresa contratista.

19. STS DE 10 DE JULIO DE 2012.

Resumen: Otra sentencia relativa a la existencia o no de vinculación por parte del orden social respecto a sentencia firme dictada en el orden contencioso-

administrativo y si puede haber un pronunciamiento distinto, siempre y cuando motive y fundamente la conclusión contradictoria.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina, número 2980/2011.

Ponente: D^a Milagros Calvo Ibarlucea.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº 1 de Huesca y Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

Explosión de un bidón en una planta de tratamiento de aguas residuales, declarándose el grado de incapacidad permanente total para el trabajador accidentado. La causa del accidente fue el uso de un extintor en polvo químico, derivando una serie de reacciones químicas que ocasionaron la explosión. La ficha de datos de seguridad del producto, prohibía el uso de esa determinada categoría de extintor. Se contaba con un Servicio de prevención ajeno, que había realizado la correspondiente evaluación de riesgos, pero no de forma correcta, pues no estaba contemplado el riesgo de explosión.

Se declaró la responsabilidad de la empresa y se impuso un recargo de prestaciones del 35%. Levantamiento de Acta de infracción por parte de la Inspección de Trabajo, confirmada por resolución de la Consejería correspondiente y posteriormente anulada en vía contencioso-administrativa.

El Juzgado de lo Social y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, entienden que existió una prevención de riesgos ineficaz, partiendo de la ausencia de mención en la evaluación de riesgos, además tampoco hay carteles informativos que mencionen a dichos extintores como un riesgo importante de explosión. Manifiestan estar vinculados a aquellos hechos probados, pero no a sus consecuencias.

La empresa recurre en casación y decide aportar como sentencia de contraste, fechada a día, 19 de Abril de 2005. En cuanto a los hechos y correspondientes fundamentos de derechos recogidos en la misma, son los siguientes: Se produjo una deflagración en una grúa, pero el juzgado de lo contencioso-administrativo anuló la resolución por la que se declaraba

administrativamente responsable a la empresa, al entender que las conductas atribuidas no tenían encaje como infracción.

El Tribunal Supremo procede a valorar la situación. Se discute si en materia de recargo de prestaciones se puede producir contradicción entre lo resuelto en la jurisdicción social, en la que se ha impuesto un recargo y en la jurisdicción contencioso-administrativa.

El TSJ en la sentencia objeto de recurso, había partido de la ausencia de una estructura formal de hechos en la sentencia del orden contencioso y que respecto a los que se deducen de la misma, no existe discrepancia. La interpretación de los mismos por parte del juzgado de lo contencioso es expuesto en la sentencia recurrida en casación *“la razón por la que aquella resolución deja sin efecto la sanción impuesta a la empresa por la autoridad laboral viene expresada en su fundamento jurídico 2º y radica en la consideración de que el artículo 121.b) del Real Decreto 5/2000 no impone que la evaluación de riesgos sea exhaustiva, dada la imposibilidad de prever todos los riesgos que puedan presentarse en el futuro, lo que resulta de la propia normativa de prevención, que establece mecanismos revisión de la evaluación inicial, aceptando, en consecuencia, la posibilidad es que esta última no abarque todos los supuestos posibles”*.

También se parte de la doctrina jurisprudencial existente, que desvincula la imposición del recargo prestacional, de la existencia o no de sanción administrativa.

Ya el TS, enfoca la argumentación adecuada para la resolución de la controversia, en la medida en que entiende que *“la prevención de riesgos en la empresa demandante era ya desde su comienzo ineficaz, en la medida en que no contemplaba la posibilidad de una situación presente ya en las prevenciones del propio legislador, resultando incontestable la relación causa-efecto entre el accidente de trabajo sufrido por el codemandado Sr. Pedro y la omisión descrita, a la que se une, como pone de relieve la sentencia recurrida, la inexistencia de carteles junto a los extintores de polvo ABC que alertaran del peligro de explosión en su contacto con el ATCC, por resultar previsible que ante una situación de emergencia, con las prisas y los nervios de los trabajadores, aunque*

conocieran tal riesgos, cometieran una equivocación, posibilidad que se eliminó después del accidente al colocarlos en otro lugar”.

Añade, que se han de prever las distracciones e imprudencias no temerarias del trabajador, ya que la imprudencia profesional tal y como recoge la LGSS no es una excepción al concepto legal de accidente de trabajo. Estamos en la misma situación que en la Sentencia de 13 de Marzo de 2012, ya que no cabe aplicar de forma automática el principio de vinculación, siendo posible un pronunciamiento distinto, siempre y cuando éste se encuentre suficientemente motivado.

20. STS DE 12 DE JUNIO DE 2013

Resumen: Atraco a empleada de un salón recreativo, sin formación e información sobre los diferentes riesgos del puesto de trabajo, falta de evaluación de riesgos completa y también de medidas de seguridad y de prevención del riesgo. Adecuada imposición de recargo de prestaciones.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina, número 793/2012.

Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº32, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

En el supuesto en cuestión, una trabajadora de un salón recreativo sufre un atraco. Entre sus funciones se encontraba la de dar el cambio a los clientes. Trabajaba sola y sin una especial protección, solo separada por una puerta del resto de instalaciones. En caso de atraco, se le había dicho que entregase el dinero y había sido informada de los riesgos y en el Plan de emergencia se recogía el riesgo de atraco. También se instalaron a posteriori cámaras de seguridad.

A la trabajadora, se le declaró la incapacidad permanente absoluta, así como un recargo del 30% a cargo de la empresa. La impugnación en vía judicial del recargo, no hizo variar la postura ni por parte de la instancia ni del Tribunal Superior de Justicia. El TSJ entiende que procede el recargo ya “... *que la*

infracción de las normas de seguridad atinentes a la evaluación de riesgos y en la falta de formación del trabajador sobre los riesgos de su trabajo y el protocolo de actuación en caso de atraco, sin que procediera imponer el recargo en su porcentaje máximo, cual pedía la trabajadora, porque la responsabilidad de la empresa debía calificarse de indirecta y porque "la imposición del máximo sería admitir como demostrado que la instalación de medidas de protección hubiera evitado el atraco y eso sí que no puede afirmarse con rotundidad".

La parte recurrente, considera como Sentencia de contraste, la de 30 de Abril de 1999 ,del TSJ de Cataluña, que versa sobre la muerte de un trabajador, en un atraco producido en la gasolinera donde trabajaba. Según el testimonio de un compañero, se les había entregado “*unas normas de seguridad*”. A posteriori se instaló un sistema de alarma con cámaras de seguridad. Se denegó el recargo tanto por la autoridad laboral, como en sede judicial, al entender que no se había infringido ninguna norma de seguridad y la inexistencia de nexo causal en la producción del resultado lesivo.

El Tribunal Supremo, acepta la existencia de contradicción, ya que en ambos casos se trata de atracos en un centro de trabajo con resultado lesivo para los empleados. Fueron informados de los riesgos existentes en cuanto a la posibilidad de un robo y algunas formas de operar en dicho ámbito. No obstante la diferencia radica, en que en la sentencia recurrida se considera adecuada la imposición del recargo prestacional y en la de contraste se adopta una decisión en sentido contrario.

A continuación el Tribunal Supremo, siguiendo la referencia establecida en las STS de Julio de 2007 y 26 de Mayo de 2009, se embarca en un análisis exhaustivo de la normativa existente en la materia respecto a las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud. Para ello se refiere a la LGSS, LPRL, Convenio 155 OIT, Constitución Española y Directiva 89/391, de la en ese momento Comunidad Económica Europea (Actualmente a todos los efectos Unión Europea).

Una vez expuesto esto, procede a examinar los requisitos establecidos jurisprudencialmente para entender que estamos ante responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo:

“a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado”.

Al albor de la jurisprudencia existente se puede extraer que *“el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado”.*

El TS en este supuesto entiende que no se formó suficientemente a la trabajadora y que se debía haber entregado a la empleada un protocolo de actuación con las medidas de seguridad a tomar. En el Plan de emergencia solo se dan instrucciones de las medidas a tomar con posterioridad y no una evaluación de riesgos de atraco, ni cómo prevenir o evitar el mismo. Por lo tanto se incumple la normativa general sobre evaluación y prevención de riesgos laborales y especialmente y a nivel particular, normativa sobre seguridad privada, que recoge la necesidad de que se tenga un pulsador de alarma, detección de ataque o entrada de armas y un recinto estanco para los cajeros que hagan posible proteger de ataques.

Se sigue la línea de lo marcado por la Sentencia de 25 de Junio de 2008 que en relación a la presencia de relación de causalidad, comienza afirmando que no concurre una casualidad estricta, es decir, las lesiones sufridas no lo son, *“con motivo del trabajo”*, sino que nos encontramos ante una causalidad indirecta, *“con ocasión del trabajo”*. Hace referencia a una caja de ahorros y aunque siempre se debe partir que un robo puede suceder en cualquier circunstancia de la vida de una persona, *“...no es menos cierto que el lugar donde presta servicios - la oficina de la Caja de Ahorros- sufre de forma frecuente, con mucha mayor probabilidad que en otros lugares, y, en ocasiones con una violencia extrema, atracos durante las horas en que permanece abierta al público, concurriendo circunstancias que agravan el riesgo, como es la presencia en ocasiones de*

numerosos clientes, cuyo comportamiento puede influir en el de los atracadores, la necesaria colaboración que se exige por parte de los atracadores a los empleados que han de facilitar el dinero, abrir la caja fuerte, abrir las cajas de seguridad, etc., y cuyo comportamiento asimismo puede influir notoriamente en que el desenlace del atraco se produzca sin daños a las personas".

"Estos datos evidencian que, efectivamente, el atraco a una entidad bancaria tiene el carácter de "riesgo laboral", ya que supone la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo, constituyendo el daño las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con ocasión del trabajo".

También desvirtúa el TS, que el carácter inevitable del atraco suponga que no se considere el mismo como riesgo laboral. En efecto, menciona el artículo 17 de la LPRL, que partiendo de la premisa que siempre se deben evitar los riesgos, en su defecto, de aquellos que no puedan ser evitados, el empresario debe evaluar esos riesgos.

Resulta no menos interesante, la cuestión introducida por el Tribunal al mencionar las Directrices europeas para la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo que incluyen a modo de anexo, situaciones laborales en las que se requieren evaluaciones de riesgos, siendo una de ellas, aquella en que se ejerce violencia sobre el personal que desempeña funciones de atención al público.

21. STS DE 17 DE JULIO DE 2013.

Resumen: Nuevamente se estudia la procedencia de la prescripción del recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad. Entra en juego el ya analizado de forma reiterada plazo máximo de 135 días hábiles establecido en el expediente administrativo para el reconocimiento del recargo. Se entiende que no hay caducidad, y si falta resolución expresa, se procede a reiniciar el cómputo del plazo de prescripción del derecho. El plazo de prescripción es interrumpido una vez incoado el procedimiento de imposición del recargo.

Número de Recurso: Recurso de casación para unificación de doctrina, número 1023/2012.

Ponente: D^a Maria Lourdes Arastey Sahún.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº3 La Coruña, Sala de lo Social del TSJ de Galicia y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

El accidente de trabajo sucedió el 6 de Octubre de 1995, mientras que la situación de incapacidad permanente total tiene lugar a día 1 de Mayo de 1996. Por su parte se incoa el expediente de recargo de prestaciones, el 13 de Junio de 1996, a instancia de Inspección de Trabajo.

No hay cambios, hasta fecha de 23 de Octubre de 2005, cuando se concede trámite de audiencia a la empresa y se dicta la resolución correspondiente declarando la responsabilidad e imponiendo el correspondiente recargo del 30%, el 17 de Julio de 2006.

El Juzgado de lo Social posteriormente desestimó las pretensiones alegadas por la empresa recurrente, mientras que el TSJ atiende a las mismas, al dejar sin efecto el recargo entendiendo que pese a que no se puede hablar de caducidad del expediente, sí nos encontramos ante un supuesto de prescripción, pues conforme al artículo 43 LGSS no se han podido acreditar motivos de suspensión, paralización o interrupción.

El trabajador interpone recurso de casación para unificación de doctrina y lo fundamenta en primer lugar, también en el artículo 43 de la LGSS, pero en la línea de entender que la prescripción se interrumpe al tramitarse el expediente administrativo. Esta interrupción, se prolonga hasta la resolución expresa que se dicte. La sentencia de contraste respecto a esta fundamentación, es una de 15 de Septiembre de 2009 del Tribunal Supremo.

La Orden Ministerial de Enero de 1996, que rige el procedimiento de imposición del recargo, vuelve a ser objeto de discusión y por parte del trabajador se aporta también como contradictoria, la STS de 27 de Diciembre de 2007.

Al final se decidió seleccionar una de las dos sentencias, como de contraste.

El transcurso de más de 5 años desde el accidente a la resolución del recargo, hace que sean objeto de estudio tanto la normativa relativa a la prescripción como las disposiciones reglamentarias en materia de caducidad.

En la sentencia que ha sido seleccionada como de contraste, en relación con el accidente de trabajo que tuvo como consecuencia el procedimiento de imposición de recargo de prestaciones, se superaron los 5 años recogidos en el 43 LGSS y también se trata sobre la correspondiente interrupción del plazo de prescripción mientras se encuentra en tramitación el expediente administrativo.

Se ponen de manifiesto los numerosos pronunciamientos de la Sala de lo Social del TS, respecto a la existencia o no de prescripción del recargo y como en muchas ocasiones, ello se trato de forma conjunta a la posible intervención de la caducidad en el expediente.

La naturaleza del recargo de prestaciones deviene en fundamental de cara a la correcta aplicación de las normas del procedimiento administrativo.

La jurisprudencia fue evolucionando hacia llegar a la postura general que entiende que el recargo no es en puridad ni una sanción ni una prestación o indemnización.

Como se ha visto en anteriores sentencias examinadas, se trata de una naturaleza, de carácter híbrido o mixto, que a juicio del TS supone la no aplicación de las normas procedimentales de actuaciones sancionadoras por parte de la administración.

La competencia para aplicar el recargo de prestaciones corresponde al INSS, conforme a la LGSS y al RD sobre Incapacidades Laborales y además de cara al procedimiento también se debe tener en cuenta la OM de 1996.

Hay que tener siempre en valor, si la presencia de un procedimiento penal incide a través de la suspensión del procedimiento.

La tramitación del expediente del INSS, ¿qué incidencia tiene sobre el mantenimiento del derecho al recargo?. La doctrina jurisprudencial parte del plazo de prescripción de 5 años conforme al artículo 43.2 LGSS y es de aplicación el artículo 43.3 LGSS, por lo cual la acción judicial hace que la prescripción quede en suspenso hasta el momento en que se notifique el auto de sobreseimiento o la sentencia adquiera firmeza, momento en que se volverá a contar el plazo.

Respecto a las paralizaciones del expediente de imposición del recargo, no cabe apreciar la caducidad, ya que el plazo de 135 días establecido en la OM se

refiere a que una vez excedido el mismo, nos encontraremos ante la figura del silencio administrativo. Plazo que es mantenido en el RD referente a procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de seguridad social. Tampoco cabe entender la caducidad del procedimiento administrativo recogida en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. En primer lugar, porque se refiere a procedimientos en los que la administración ejercita potestades sancionadoras, mientras que en el recargo tras un largo devenir jurisprudencial, se ha llegado a dudar de la naturaleza sancionadora del expediente.

Tampoco se puede aplicar aquel supuesto que se refiere a la paralización imputable al interesado, ya que ha sido iniciado el expediente como consecuencia de la actividad de la Inspección de Trabajo.

Respecto a la prescripción, se trata de una figura que se entiende ha de ser interpretada de forma restrictiva, como bien se afirmó en otras sentencias previas, *“cualquier duda que al efecto pudiera suscitarse ... habría de resolverse precisamente en el sentido más favorable para el titular del derecho [los beneficiarios] y restrictivo de la prescripción, pues la doctrina jurisprudencial - tanto de esta Sala como de la Civil- ha venido reiterando que al ser la prescripción extintiva una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho objetivo, por tal razón debe ser objeto de tratamiento cautelar y aplicación restrictiva”*.

En cuanto al día inicial del plazo de prescripción, desde los años 90 se considera que conforme al artículo 1969 de nuestro Código Civil, arranca *“...el día en que las acciones pudieron ejercitarse teniendo en cuenta en cada supuesto las distintas vías jurisdiccionales que se utilizaron para lograr una indemnización global dirigida a resarcir el daño en su integridad”*.

Por su parte la STS de 7 de Julio de 2009, ya analizada previamente, siguiendo la línea marcada por pronunciamientos judiciales previos, conviene que se ha de tener en cuanto de cara al cómputo inicial del plazo, una doble vía, o bien desde el siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho determinante de la prestación o el momento en que la acción pudo ser ejercitada.

Cabe la posibilidad que ese plazo sea interrumpido, tal y como está establecido en el artículo 43.2 de la LGSS, que a su vez remite a lo establecido en el artículo 1973 del Código Civil, es decir, acción ante los tribunales, reclamación extrajudicial, acto de reconocimiento del deudor, sumando además el precepto de la LGSS, el supuesto de reclamación ante la administración y por expediente que tramite la Inspección de Trabajo, en la línea de lo recogida en la Sentencia de Julio de 2009.

Volviendo al artículo 43.3 LGSS y siguiendo lo establecido por Sentencia de 12 de Marzo de 2007, no quiere decir que no suspendan el plazo de prescripción.

En la STS, de 27 de Diciembre de 2007, entre otras, se recoge que la prescripción queda interrumpida desde el mismo momento en que se inició el expediente administrativo. En este supuesto en cuestión no hay resolución expresa, lo que da lugar a problemas interpretativos.

Cuando hablamos de la figura del recargo de prestaciones siempre se ha de tener en cuenta y en esta Sentencia el Tribunal Supremo no va a cambiar esa tendencia, que las consideraciones variaran según como entendamos la naturaleza del recargo de prestaciones. En la línea con la postura jurisprudencial más reciente, no se puede hablar estrictamente ni de una naturaleza sancionadora ni prestacional, pero ello no es óbice a que tengan que tener en cuenta unas mínimas garantías jurídicas.

El efecto de interrupción que tiene la incoación del expediente sobre el recargo, no es absoluto, y las suspensiones o ampliaciones que tengan lugar en el mismo han de ser suficientemente justificadas.

El plazo de 135 días examinado con anterioridad y que se entiende referido al silencio negativo, lo que propicia es el reinicio del cómputo del plazo de prescripción del derecho, si no ha sido ampliado el plazo por el INSS.

No se olvida la sentencia de la obligación de resolver que afecta a la administración. Ya que el fin que persigue ese plazo de 135 días, es que el trabajador pueda reaccionar ante la falta de respuesta y la interrupción de la prescripción, no puede quedar a expensas de la inactividad administrativa.

Entiende, que hay que apreciar la existencia de prescripción, ya que desde que se inició el expediente ninguna actuación de la entidad gestora o interesados interrumpió mencionado plazo. Una vez transcurridos los 135 días, se inició un nuevo plazo de 5 años excedido con creces. La resolución del INSS se dictó extemporáneamente con la acción ya prescrita.

Consta voto particular de D^a Rosa María Viroles Piñol, que se basa en la Sentencia de 15 Septiembre de 2009, entendiendo que la prescripción quedaba interrumpida hasta que se dictó resolución expresa.

Se refiere a esa naturaleza híbrida o mixta del recargo que hace excluir la aplicación de normas procedimentales referidas a actuaciones sancionadoras de la administración. A juicio de la Magistrada, sería conveniente concretar la naturaleza jurídica del recargo. Ello tendría evidentes consecuencias respecto la tramitación del expediente.

La sentencia hace, que esté sometido el plazo de prescripción, partiendo de una naturaleza prestacional, que estrictamente niega.

La magistrada menciona también, el descarte de la caducidad que realiza la sentencia al negar la naturaleza sancionadora del recargo. También habla de la interpretación restrictiva del recargo. Asimismo hace mención a la extensión del plazo prescriptivo hasta la resolución expresa, sin afectar al derecho del particular a actuar una vez tuviera efectos el silencio negativo.

Se refiere a los conceptos de prescripción y caducidad. La resolución aún extemporánea debería surtir efectos, ya que deriva de un claro incumplimiento de la obligación de resolver expresamente y esa demora no provoca ni prescripción ni caducidad.

“En definitiva, en este tipo de expedientes no se produce su caducidad por el transcurso del plazo máximo legal o reglamentariamente previsto para su conclusión, y ello es así como consecuencia de la obligación de dictar resolución expresa que a la Administración impone el art. 42.1 de la LRJAP -PAC, por lo que la interrupción del plazo de cinco años que para la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones establece el art. 43.1 de la LGSS se prolonga -en todos los casos en que la Administración haya cumplido su deber de

dictar resolución expresa- durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga; ello sin perjuicio del derecho del interesado a entablar las oportunas acciones judiciales a partir del momento en que la petición pueda considerarse desestimada por silencio administrativo".

Así, teniendo en cuenta que en el caso sometido a enjuiciamiento existe resolución expresa del INSS (aunque se dice dictada extemporáneamente), estimo que en modo alguno debió apreciarse la prescripción, que premia la demora, lentitud, retraso o desidia en el actuar de una Administración pública, y a la vez impide al interesado la apertura de un nuevo expediente al haberse agotado con creces el plazo de cinco años".

22. STS DE 19 DE JULIO DE 2013.REVISA DOCTRINA DE SENTENCIA ANTERIOR

Resumen: Recargo de prestaciones: Prescripción: el recargo de prestaciones tiene un plazo de prescripción de cinco años. Este comienza a correr desde el momento en que la acción puede ser ejercitada, que es en el momento en que concurren los tres elementos que integran el derecho: 1) el accidente de trabajo; 2) la infracción de las medidas de seguridad y 3) el hecho causante de la prestación de Seguridad Social objeto de recargo. Por otra parte, de conformidad con el *art. 43.2 de la Ley General de la Seguridad Social*, la prescripción del recargo se interrumpe por las causas ordinarias del *art. 1973 del Código Civil* y por reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o ante la Administración laboral o en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo *"en relación con el caso de que se trate"*. El número 3 del precepto citado añade que *"en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza"*.

Número de Recurso: Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, número 2730/2012.

Ponente: Aurelio Desdentado Bonete.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº 1 de La Coruña. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

A fecha 9 de Abril de 1999, trabajador sufre lesiones por puesta en marcha irregular de máquina, que conlleva una incapacidad permanente total con firmeza en Julio de 2002. El Acta de infracción es confirmada a 23 de Junio de 2000. En Octubre del 2000, la Inspección de Trabajo presenta escrito en el INSS de cara a la tramitación de un procedimiento para la imposición del recargo de prestaciones. En Enero del 2008, se formula propuesta para reconocer la responsabilidad empresarial y finalmente en Marzo de 2008 se impone un recargo de prestaciones de un 40%.

El Juzgado de lo Social, había confirmado la resolución del INSS estimatoria del recargo de prestaciones por accidente de trabajo a favor del trabajador afectado por el accidente, siendo revocada por el Tribunal Superior de Justicia.

La sentencia recurrida entiende que se trataba de un procedimiento sancionador y que se ha producido la prescripción, ya que pese a ser interrumpida la prescripción al iniciarse el procedimiento, comenzó a contar de nuevo el plazo tras la resolución del recurso de alzada del año 2000. Se interrumpió asimismo con la iniciación del procedimiento de recargo, pero con un límite de cinco años, por lo que el plazo de prescripción ya había finalizado cuando el INSS resolvió.

En el Recurso de Casación, la entidad gestora, es decir, el INSS, incorpora como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social de 21 de Julio de 2007 y se apoya en el artículo 43 LGSS. Esa sentencia se encuadra en unos hechos consistentes, en un accidente ocurrido en Junio de 1996 respecto del cual derivó un procedimiento sancionador, que valga la redundancia, terminó sin la imposición de sanción en el mes de agosto del año 2000. En Diciembre de 1998 se inició procedimiento por parte de la Inspección de Trabajo ante el INSS de cara a la imposición del recargo de prestaciones, que finalmente se estableció en resolución de Marzo de 2004.

A Juicio del TS, en mencionado pronunciamiento, no se puede estimar la prescripción pues *“conforme al art. 43.1 LGSS , por reclamación ante la Administración de la Seguridad Social se interrumpe el curso de la prescripción, por lo que la iniciación del procedimiento de reconocimiento del recargo produce ese efecto interruptivo que, al excluirse la caducidad del procedimiento, conforme a la doctrina de esta Sala se mantiene "durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga; ello sin perjuicio del derecho del interesado a entablar las oportunas acciones judiciales a partir del momento en que la petición pueda considerarse desestimada por silencio administrativo"*.

También se menciona, la STS de 15 de Septiembre de 2009.

El TS recuerda que la doctrina ha sido revisada por Sentencia del Pleno de 19 de Junio de 2013(recurso 1023-12), que entiende respecto al plazo de dictar resolución, que pese a que no cabe hablar de caducidad, una vez transcurridos los 135 días se entiende el silencio en sentido negativo y por lo tanto se inicia de nuevo el plazo de prescripción.

Por lo tanto, el plazo de prescripción del recargo de prestaciones es de cinco años, desde el momento en que la acción puede ser ejercitada (accidente de trabajo, infracción de medidas de seguridad, hecho causante de la prestación de Seguridad Social objeto de recargo). Se hace referencia otra vez a las formas de interrupción de la prescripción.

En el supuesto a enjuiciar, hay que reflejar los tres elementos concurrentes necesarios para que se inicie la prescripción. En primer lugar, el accidente y la infracción sucedieron en Abril de 1999 y en su caso el hecho causante(la prestación objeto de recargo) se produjo el 22 de Noviembre de 1999. A partir de la última fecha, se entiende iniciada la prescripción, que puede ser interrumpida de diversas maneras. En el supuesto del procedimiento sancionador, con la resolución de alzada. Posteriormente el procedimiento de reconocimiento de prestaciones, se interrumpe con la Sentencia del TSJ. Y en el fundamental del procedimiento de recargo, se entiende que cuando la resolución fue dictada imponiendo el mismo, en el año 2008, este estaba ya prescrito, al haber transcurrido más de cinco años desde la última interrupción. Recordar que se

inició de nuevo el cómputo, una vez transcurrido el plazo de 135 días establecidos para dictar resolución.

23. STS DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2013

Resumen: Caducidad y prescripción.

Número de recurso: Recurso de Casación para unificación de doctrina, 3117/2012.

Ponente: Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

Órganos Judiciales: Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Descripción:

Trabajador de aserrado y cepillado de madera, se encontraba subido en una plataforma de un camión, cuando cayó y sufrió una lesión por aplastamiento al agarrarse a un rodillo. El accidente de trabajo sucedió en Julio de 1999 y en ese mismo día además de levantarse acta de infracción por parte de la Inspección de Trabajo, se inicia expediente para la imposición de recargo, dándose traslado a la empresa del inicio del expediente a 29 de Diciembre de 1999 y no constan más actuaciones hasta escrito con fecha de salida 9 de Febrero de 2007(copia de propuesta de resolución) y finalmente el 29 de Enero de 2008, resolución que impone un recargo del 30 %.

Es objeto de discusión nuevamente, la cuestión relativa a la interrupción del plazo de prescripción para el reconocimiento del recargo de prestaciones. Como hemos visto, se trata de un periodo de 5 años conforme a lo establecido en el artículo 43.1 de la LGSS. Por otro lado los diferentes supuestos de interrupción se encuentran recogidos en su apartado segundo.

Se plantea si la interrupción se extiende hasta que tenga lugar resolución expresa o si en su caso la resolución tardía una vez transcurrido el plazo de cinco años, propicia la prescripción del derecho a la imposición del recargo.

Tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia, consideran prescrito el derecho.

La parte recurrente aporta, la Sentencia de 27 de Diciembre de 2007, de la Sala Cuarta del TS, como contradictoria. Recoge un accidente de trabajo ocurrido en Junio de 1996, levantándose Acta de Infracción el 30 de Diciembre de 1998. Por su parte respecto al expediente de recargo del INSS, no figura fecha de incoación, pero sí con fecha de 25 de Enero de 1999, requerimiento para averiguar si existían actuaciones penales, que finalmente no se daban. Consta resolución del INSS de 18 de Marzo de 2004. Ha sido superado ligeramente el plazo de cinco años. Conforme a ese pronunciamiento judicial, la prescripción se interrumpe siguiendo las reglas de la prescripción previstas en el Código Civil por la iniciación del expediente.

Se incluye también, la importancia del entendimiento sobre si el transcurso del plazo de 135 días en la tramitación del expediente conlleva la caducidad del mismo. Ello es determinante de cara al reinicio del cómputo de la prescripción del derecho, ya que si entendemos que se aplica la caducidad, el plazo comenzará al día siguiente y en sentido contrario, no se reanudará hasta que no recaiga resolución expresa.

No olvida tampoco la jurisprudencia existente que entiende que el expediente administrativo para la imposición de recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad y salud, no es sancionador y no conlleva la caducidad del mismo, sino que quedaría desestimada la solicitud. Tienen presente lo establecido en la OM de 1996, así como en la LRJ-PAC. Y también ocupa de nuevo una posición angular la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones. En este supuesto se considera que no es una sanción sino una indemnización. Hace referencia de la misma forma a la obligación de dictar resolución expresa que vincula a la administración.

Siguiendo, a la Sentencia de 17 de Julio de 2013, no debe estarse de acuerdo con lo establecido ni en la sentencia recurrida ni en la establecida como de contraste. Continúa la línea de lo establecido respecto al plazo de 135 días para tramitar el expediente administrativo, y la inexistencia de caducidad, sino, silencio negativo. Ahora bien, a partir de esta nueva doctrina se considera que se inicia desde ese momento el plazo de prescripción. Se dice que no afecta a la

obligación de resolución expresa, ya que pudo haberse emitido antes de la prescripción del derecho, se pudo haber interrumpido nuevamente etc

La finalidad de la prescripción es evitar la inactividad administrativa. La Sentencia de 19 de Julio, recoge y mantiene esa posición.

En este supuesto, finalmente, considera el TS que: *“habiendo transcurrido cinco años desde el final de los 135 días hábiles contados desde la incoación del expediente de recargo sin que se haya producido actuación alguna, y no habiendo ningún otro motivo de interrupción de la prescripción, procede apreciar la prescripción y, en este sentido, y en estos concretos términos, confirmar la sentencia recurrida, desestimando el recurso interpuesto por el INSS”*.

4. CONCLUSIONES.

➤ Carácter imprescindible de la figura de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, como elemento proactivo de cara a la mejora de la actividad preventiva en el seno de la empresa y la correspondiente reducción de la siniestralidad laboral. Estas responsabilidades se clasifican en: Penal, Civil, Administrativa y el Recargo sobre las Prestaciones de Seguridad Social.

➤ Imposibilidad de abordar aisladamente cada una de las diferentes responsabilidades empresariales.

➤ Importancia del estudio del Sistema de Seguridad Social y sobre todo del concepto de accidente de trabajo, para no tener una visión sesgada de la figura del recargo de prestaciones.

➤ Falta de un criterio común respecto al sistema español de responsabilidades. Pocos problemas respecto a la responsabilidad penal y administrativa. La responsabilidad civil en su relación con el recargo sobre las prestaciones, plantea mayores dificultades. El recargo de prestaciones como figura compleja y discutida, especialmente en cuanto a su naturaleza jurídica y como ello tiene importantes consecuencias prácticas.

➤ Esos criterios divergentes varían temporalmente, de forma peligrosa y contribuyendo a la inseguridad jurídica. Papel destacado, tanto de la práctica judicial (que es la que, a través de sus decisiones incide directamente en la esfera del trabajador y del empresario), como en la doctrina (que mediante sus estudios e investigaciones, inciden de forma ostensible, en la legislación y también en el criterio judicial vigente). No podría estar más de acuerdo con Galdós Loyola, que mantiene que “ *Siga el Tribunal Supremo la línea argumental que mejor le parezca, pero en aras de la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley ¿ Sería mucho pedir que siguiese siempre la misma?*”. Y en referencia al recargo y a las dificultades de encontrar una solución, “ *que por razones que hunden sus raíces en la propia naturaleza de esta institución jurídica, ciertamente peculiar, así como por la casuística que resulta inherente a los supuestos fácticos que pueden darse en ella, su aplicación resulta de muy difícil control por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la función casacional de índole unificadora que tiene atribuida, dependiendo, las más de las veces, la solución que cada caso reciba de los criterios valorativos puestos en juego por los operadores que intervienen en su enjuiciamiento, lo que conduce con frecuencia a situaciones realmente injustas debido a los criterios tan dispares que mantienen unas y otras Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia*”.⁷⁶.

➤ La importancia de la jurisprudencia, hace que la misma tenga que ser examinada. Para eso lo más adecuado es conocer los pronunciamientos más recientes y obtener unas breves nociones del Proceso Laboral y Jurisdicción Social.

➤ Necesidad de mantenimiento de la figura del recargo de prestaciones. Frente a aquellos que son partidarios, de eliminar el recargo de prestaciones, defienden su mantenimiento y también su compatibilidad con el resto de responsabilidades, en especial, con la indemnización civil, sin minoración de la cuantía de la misma, ya que supone un “ *sobreindemnización, pues así se*

⁷⁶www.madrid.org

consigue que para el empresario sea más caro indemnizar que prevenir los accidentes”⁷⁷

➤ Necesidad de mejora del sistema. Pese al descenso de la siniestralidad laboral desde la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, es evidente que aún queda mucho camino por recorrer. Han de producirse avances en todos los ámbitos de la Prevención, para acercarse dentro del realismo, a un objetivo “cero accidentes”. En la medida de lo posible, ha de mejorarse el sistema de responsabilidad, ya que suscribo plenamente lo manifestado por Zuñiga Rodríguez, en referencia a los datos que manejaba del año 2007 sobre siniestralidad laboral : *“Una sociedad que se permite que más de 3 trabajadores mueran diariamente, debe reflexionar seriamente por los mecanismos de responsabilidad que ha diseñado, en suma, por cómo y quiénes deben asumir esos riesgos y sobre las consecuencias que acarrea el incumplimiento de las normativas de prevención”*.⁷⁸

⁷⁷ MONREAL BRIGSVAERD, E (2011); *“Sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de las prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas(aseguramiento y acumulación)”*. Actualidad Laboral 3, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Feb.2011, pag 276, tomo 1, Editorial La Ley.

⁷⁸ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L (2008); *“Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo”*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología.2008, núm.10-10, p.10:1 – 10:15.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Diario La Ley, Nº 8197, Sección La Sentencia del día, 22 de Noviembre de 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley.
- www.istas.net.
- www.madrid.org – Recargo de Prestaciones.
- www.navarra.es Definición Técnico-jurídica.
- www.noticiasjuridicas.com
- El Consultor de los Ayuntamientos. La Ley.
- Base de datos. Tirant Lo Blanch.
- Base de datos. VLEX.
- Base de datos. ARANZADI.
- ALONSO OLEA, M; CASAS BAAMONDE, M.E (1999): “*Derecho del Trabajo*”. Civitas.
- ÁLVAREZ ALCOLEA, M; ELORRIAGA BASOA; SAN SEBASTIÁN CARRERA, A. “*Sistema de la Seguridad Social*”. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.
- ALZAGA VILLAAMIL, O; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I; REVIRIEGO PICÓN, F; SALVADOR MARTÍNEZ, M(2011): “ *Derecho Político Español. Según la Constitución de 1978: Parte Primera: Constitución y Fuentes del Derecho.*” Editorial Ramón Areces.
- ARENAS, M. (2013). “ *El efecto preventivo del Recargo de Prestaciones del art.123 LGSS.*”
- CAPILLA BOLAÑOS, J.A. “*Recargo de prestaciones en materia de accidente laboral y estudio de la indemnización. Criterios de cuantificación.*”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales 74, pp.57-77.

- CHARRO BAENA, P., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C (2012): «*Recargo de prestaciones por riesgos psicosociales: Estado de la cuestión*», en AA.VV. “*La responsabilidad del empresario*”. Laborum, págs. 243 a 244.
- DE VAL TENA, A.L; SAN SEBASTIÁN CARRERA, A ; MORALES VÁLLEZ, C.E. “ *Recargo de prestaciones de la seguridad social*”. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.
- DE VAL TENA, A.L. “*Accidente de Trabajo*”. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.
- FUENTETAJA, J ; PARADA, R (2013). “Derecho de la Función Pública”. Open.
- GALDÓS LOYOLA, E (2013). “*La vigencia del recargo de las prestaciones a través de su interpretación y práctica*”. Lex Nova-Thomson Reuters.
- GARCÍA MURCIA, J (1998). “ *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.*” Editorial Aranzadi.
- GARCÍA MURCIA, J.(1996). “ *Responsabilidades empresariales en materia de salud laboral*” DS Vol 4, Julio- Diciembre.
- GARCIA MURCIA, J (2003)“*Responsabilidad en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*”. Editorial Aranzadi.
- GARCÍA PAREDES, M.L (2014). “*Accidente de trabajo: recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: prescripción*”. Actualidad Laboral 1, Sección Sentencias ejemplares, Enero 2014, Ref. 6, tomo 1, Editorial La Ley.
- GINÈS I FABRELLAS, A (2012). “*Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*”. La Ley.
- INSTITUTO NACIONAL SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. CTSI 14
- INSTITUTO NACIONAL SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. CTSI 16.

- LÓPEZ LÓPEZ, E; MARTÍN JIMÉNEZ, R; PERDIGUERO BAUTISTA,E . “*Jurisdicción Social*”. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.
- MARTÍN VALVERDE, A (2008) “*El concepto de accidente de trabajo en la legislación y la jurisprudencia españolas (Régimen general, autónomos, autónomos dependientes, agrarios).*” Actualidad Laboral, nº 22, quincena del 16 al 31 de Diciembre 2008, pág. 2670, Tomo 2, Editorial La Ley.
- MARTÍN VALVERDE, A; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F; GARCÍA MURCIA, J (2011) “*Derecho del Trabajo*”. Editorial Tecnos.
- MARTINEZ LUCAS, J.A (2003). “*La compatibilidad entre el recargo de prestaciones y las indemnizaciones por accidente de trabajo*”. Diario La Ley, nº 5753, Sección Tribuna, 3 Abr.2003, año XXIV, Ref. D-79, Editorial La Ley.
- MONEREO PÉREZ J.L; SÁNCHEZ PÉREZ, J (2013). “*el recargo de prestaciones en los supuestos de acoso laboral*”, Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. 83/2013 parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.
- MONEREO PÉREZ, J.L (1992). “*El recargo de prestaciones por incumplimientos de seguridad e higiene en el trabajo*”. Civitas, Madrid.
- MONREAL BRINGSVAERD, E. (2011) “*Sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de las prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas (aseguramiento y acumulación)*”. Actualidad Laboral 3, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Feb.2011, pag 276, tomo 1, Editorial La Ley.
- MOSCOSO GIL, J.J. “*La gestión actual de la prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas*”. www.prevencionar.com
- MUÑOZ MOLINA, J. “*El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 59, pp.143-169.

- NARBÓN LAÍNEZ, E; MAGRO SERVET, V. *“Recurso de casación para la unificación de doctrina”*. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.
- NAVARRO SALVADOR, S; MAGRO SERVET, V; LARA ROMERO, J.F. *“Proceso Laboral”*. Enciclopedia de Administración Local. Editorial La Ley.
- PALOMERO GARCÍA, M. *“El procedimiento de declaración de recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”*. www.graduados-sociales.com
- PÉREZ SÁNCHEZ, P.J (2011). *“Accidente laboral: recargo de prestaciones”*. Garrigues artículos.
- PURCALLA BONILLA, M.A (2000). *“El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral”*. Comares, Granada.
- RISUEÑO PÉREZ, A. (2006). *“Recargo de prestaciones por omisión de medidas de prevención de riesgos laborales”*. www.bufeteconesa.com
- ROMERO MARTIN, E (2012). *“El recargo de prestaciones de seguridad social. El supuesto de imprudencia temeraria del trabajador”*. Artículo doctrinal. Noticias jurídicas.
- ROMERO MARTIN, E. (2012) *“El principio de responsabilidad empresarial y la automaticidad de las prestaciones de seguridad social. El supuesto de invalidez permanente derivado de accidente no laboral”*. Ilustre Colegio de Abogados de Huelva.
- ROMERO RODENAS, M.J (COORDINADORA); BALLESTER PASTOR, M. A; LÓPEZ GANDÍA, J; TOSCANI GIMÉNEZ, D; GARCÍA MÁRQUEZ, P; PALOMO BALDA, E; CABEZA PEREIRO, J; FERNÁNDEZ PROL, F; CHACARTEGUI JÁVEGA, C; BODAS MARTÍN, R; TORRES ANDRÉS, J.M & ALFONSO MELLADO, C (2009). *“Accidente de trabajo y sistema de prestaciones”*. Editorial Bomarzo.

- SALINAS MOLINA, F. “Contratas y subcontratas: Jurisprudencia unificadora”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- SAN MARTIN MAZZUCCONI, CAROLINA.” *La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales.*”
- SOTO NIETO, F. (1997). “*Los riesgos laborales y el nuevo Código Penal*”. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-6, tomo 1, Editorial La Ley.
- TORTUERO PLAZA, J.L; MORENO ROMERO, F, SANCHEZ TRIGUEROS, CARMEN, MARTIN-SERRANO JIMÉNEZ, E; VIDENTE PALACIO, A (2011). “*La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*”. Primer premio FRIPROS 2011, REF.PF 2011/23. ORDEN TIN 73172011.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. “*Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo*”. Revista electrónica de ciencia penal y criminología.2008, núm.10-10, p.10:1 – 10:15.

ÍNDICE DE SENTENCIAS COMENTADAS (SALA DE LO SOCIAL TS).

- 1) STS 11 DE DICIEMBRE 2008 (Recurso 4408/2007).
- 2) STS 26 DE MAYO 2009 (Recurso 2304/2008).
- 3) STS 7 DE JULIO 2009 (Recurso 2400/2008).
- 4) STS 8 DE JULIO 2009 (Recurso 4582/2006).
- 5) STS 15 DE SEPTIEMBRE 2009 (Recurso 171/2009).
- 6) STS 12 DE NOVIEMBRE 2009 (Recurso 3522/2008).
- 7) STS 18 DE ENERO 2010 (Recurso 3544/2008).
- 8) STS 18 DE ENERO 2010 (Recurso 3237/2007).
- 9) STS 20 DE ENERO 2010 (Recurso 1239/2009).
- 10) STS 22 DE JULIO 2010 (Recurso 3516/2009).

- 11) STS 22 DE JULIO 2010 (Recurso 1241/2009).
- 12) STS 29 DE NOVIEMBRE 2010 (Recurso 3355/2008).
- 13) STS 22 DE DICIEMBRE 2010 (Recurso 1136/2009).
- 14) STS 18 DE JULIO 2011 (Recurso 2502/2010).
- 15) STS 14 DE FEBRERO 2012 (Recurso 1535/2011).
- 16) STS 5 DE MARZO 2012 (Recurso 1065/2011).
- 17) STS 13 DE MARZO 2012 (Recurso 3779/2010).
- 18) STS 20 DE MARZO 2012 (Recurso 1470/2011).
- 19) STS 10 DE JULIO 2012 (Recurso 2980/2011).
- 20) STS 12 DE JUNIO 2013 (Recurso 793/2012).
- 21) STS 17 DE JULIO 2013 (Recurso 1023/2012).
- 22) STS 19 DE JULIO 2013 (Recurso 2730 / 2012).
- 23) STS 12 DE NOVIEMBRE 2013 (Recurso 3117/2012).