

RESPONSABILIDADES POR LOS ACCIDENTES DE TRABAJO: PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, RECARGO E INDEMNIZACIÓN CIVIL ADICIONAL¹

Aurelio Desdentado Bonete
Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO. 1.- El esquema de la protección frente a los accidentes de trabajo. Prevención y reparación. Los tres mecanismos de reparación: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de prestaciones y la responsabilidad civil adicional. 2.- La protección de los accidentes de trabajo y la responsabilidad empresarial. 3.- El problema de la coordinación. Un poco de historia. a) El principio de inmunidad y la función histórica del recargo de prestaciones, b) La superación de la inmunidad y sus consecuencias. 4.- La polémica naturaleza del recargo y su función efectiva en el marco de la protección frente a los accidentes de trabajo a) Planteamiento general. El recargo es una indemnización y no una sanción. b) las consecuencias de procedimiento: a efectos procesales el recargo deja de ser una sanción c) Otros argumentos: cuantía, afectación y aseguramiento. d) Si el recargo fuera una sanción, se aplicaría el principio *non bis in idem*. 5. - La indemnización “civil” adicional y sus problemas a) Las divergencias judiciales sobre la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones de indemnización y sobre su régimen sustantivo. Algunas consideraciones críticas. 6.- Conclusiones ¿Qué podemos hacer para mejorar la protección de los accidentes de trabajo? Anexo: jurisprudencia de unificación sobre el recargo de prestaciones.

1.- El esquema de la protección frente a los accidentes de trabajo. Prevención y reparación. Los tres mecanismos de reparación: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de prestaciones y la responsabilidad civil adicional.

Los accidentes de trabajo constituyen uno de los principales problemas de nuestra política social. El número de los accidentes es desproporcionadamente alto en relación con los países de nuestro entorno² y parece bastante insensible a la acción normativa, de forma que tras la aprobación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales los accidentes de trabajo han seguido

¹ El texto recoge con ligeras modificaciones y con la incorporación de algunas notas la intervención del autor en las XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social. La tesis que se expone incorpora algunos análisis y desarrollos de otros trabajos anteriores entre los que pueden citarse los siguientes: 1) A.DESDENTADO BONETE y M.NOGUEIRA GUASTAVINO, “Las transformaciones del accidente de trabajo entre la ley y la jurisprudencia (1900-2000). Revisión crítica y propuesta de reforma”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”, nº 24/2000; 2) A.DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil y el recargo de prestaciones”, en AA. VV., “Cien años de Seguridad Social”, Fraternidad/ Muprespa, 2000, pp. 639 – 664, 3) A.DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, “La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la jurisprudencia”, Tribuna Social, mayo 2001, 4) A. DESDENTADO BONETE, “El recargo de prestaciones y su aseguramiento. Contribución a un debate”, Revista de Derecho Social nº 21/2003, y 5) A. DESDENTADO BONETE, “Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes”, Revista de Derecho Social nº 24/ 2003.

² Según la Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2004 del CES, nuestro índice de accidentes de trabajo graves en 2002 era de 103 por 100.000 ocupados, mientras que la media europea se situaba en un 88 (Memoria cit., p. 388).

creciendo³, hasta el punto de que se ha dicho que las mejoras que a veces se logran en los índices de siniestralidad no dependen tanto de la acción normativa, como de las variaciones en el volumen y la clase de empleo. Quizá esto tiene algo que ver con la distribución efectiva del coste de los accidentes de trabajo en nuestro sistema.

La forma como abordamos la cobertura de los accidentes de trabajo es bastante compleja. Contamos con un sistema de reparación y otro de prevención. El sistema de prevención define las obligaciones en la materia y cuenta con dos mecanismos represivos: el de las sanciones administrativas y el penal. No me voy a ocupar de este sistema ahora. Pero hay evidencias de que produce algunas perturbaciones, tanto el plano procedimental (el sistema penal tiende a bloquear el administrativo), como en el sustantivo (no prima la sanción más grave, sino la sanción penal que a veces es menor que la administrativa).

El sistema de reparación cubre los daños derivados de los accidentes y está formado por tres mecanismos: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de esas prestaciones y la denominada responsabilidad civil adicional.

2.- La protección de los accidentes de trabajo y la responsabilidad empresarial

Todos estos mecanismos giran, a mi juicio, sobre la responsabilidad empresarial. Esto es bastante claro para el recargo y la responsabilidad civil adicional, pues es fácil vincularlos con la esfera de responsabilidad del empresario. Pero resulta menos claro para las prestaciones de Seguridad Social por accidentes de trabajo. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo considera en algunas sentencias que la Seguridad Social actúa en los accidentes de trabajo como un seguro personal del trabajador frente a los accidentes de trabajo, al margen de la responsabilidad empresarial y ésta ha sido la tesis de un sector importante de la doctrina científica laboral, que ha recogido la idea de la socialización de la cobertura. No comparto esta conclusión, porque no refleja la realidad normativa y porque, pese a su aparente progresismo, no es socialmente conveniente, pues tiene efectos negativos tanto desde la perspectiva de la redistribución (socializa un coste de producción del empresario), como desde la perspectiva de la prevención.

Explicemos esto último algo más. El coste de los accidentes puede pagarlo la víctima (si no hay reparación o la reparación aplicada es inferior al daño), la sociedad (si ésta asume la cobertura del daño en un seguro público) o el productor del daño (si éste directa o indirectamente debe hacer frente al coste de la reparación). Si se libera al empresario⁴ del coste de los accidentes, ese coste se “externaliza” y el incentivo de la prevención desaparece. Por ello, si socializamos la responsabilidad por los accidentes de trabajo no sólo estamos haciendo mala redistribución, hacemos también mala prevención. Lo que hay que socializar no es la responsabilidad, sino la garantía de la reparación.

Afortunadamente nuestro sistema mantiene la responsabilidad empresarial por los accidentes. No ha socializado la responsabilidad, aunque la ha instrumentado de forma errónea, perjudicando el efecto preventivo. No es un buen sistema preventivo, por su inadecuada forma de financiación⁵, pero la socialización sería peor. A veces se ha tratado de justificar la exclusión

³ Según el Boletín de Estadísticas Laborales, el número de accidentes de trabajo con baja y en jornada laboral era de 537.000 en 1994. La cifra ha ido creciendo de forma constante hasta el año 2001 con 958.493. Desde el 2002 se inicia un descenso con cifras de 948.890 en ese año, 899.737 en 2003 y 876.595 en 2004. La memoria del CES sobre la situación socioeconómica destaca el dato positivo que esta tendencia coincide con un incremento de la actividad (Memoria cit, p. 390), lo que puede mostrar que la siniestralidad comienza a ser sensible a la acción normativa, aunque con cierto retraso. No obstante, parece que el año 2005 se va a cerrar con un incremento de los accidentes más graves.

⁴ Es obvio que el empresario no es el responsable de todos los accidentes, pero, aparte de la doctrina de la responsabilidad por riesgo, su consideración como agente principal se explica en función de su carácter de organizador de la producción y de su poder sobre el contrato de trabajo. Vid. en este sentido CALABRESI, “El coste de los accidentes de trabajo”, Ariel, Barcelona, 1984, p 248.

⁵ La tarifa de primas no valora sólo el riesgo genérico de la actividad de la empresa sin considerar la conducta de ésta en materia de prevención, lo que no fomenta el esfuerzo preventivo empresarial, pues con o sin ella se paga igual. Vid. DESDENTADO / NOGUEIRA, “Las transformaciones del accidente de trabajo.”, cit. pp. 63 y 64.

de las prestaciones de la Seguridad Social del ámbito de la responsabilidad empresarial en atención al denominado desbordamiento del accidente de trabajo. Este fenómeno es cierto. Hoy se protegen como accidentes de trabajo lesiones que no tienen realmente esta calificación y que están completamente al margen de la esfera del riesgo empresarial. Hemos inventado el accidente de trabajo sin empresario (el accidente del autónomo); el accidente de trabajo sin trabajo (el accidente *in itinere*) o sin relación con él (el accidente ocurrido en el desempeño de cargos de representación sindical) o incluso el accidente de trabajo sin trabajo (como el de los miembros de las mesas electorales o el de los emigrantes). Quizá lo que ocurre es que el accidente de trabajo ha tenido demasiado éxito hasta el punto que se ha utilizado para cosas que tienen poco que ver con la protección frente a los riesgos laborales. Pero esto no significa que no haya un núcleo central en la institución que continúe dentro de la esfera de la responsabilidad empresarial y esto es lo que nos importa.

3.- El problema de la coordinación. Un apunte histórico

a) El principio de inmunidad y la función histórica del recargo de prestaciones

Tenemos, por tanto, tres mecanismos fundados en la responsabilidad de empresarios: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de esas prestaciones y la indemnización adicional. ¿Cómo se coordinan y cuál es el papel que corresponde el recargo?

Para contestar hay que hacer un poco de historia. La protección de los accidentes de trabajo nació en España en 1900 como un sistema de responsabilidad objetiva por riesgo, que superó el anterior sistema civil de la culpa. Fue una solución de compromiso en un conflicto clásico entre burgueses y proletarios. La exigencia de la responsabilidad por culpa determinaba que la indemnización de los accidentes laborales fuera en la práctica inaccesible para los trabajadores por razones técnicas de prueba y por razones procesales. Con la responsabilidad objetiva y la posibilidad de reclamación por el cauce procesal en un juicio verbal estas dificultades se superaron. Los accidentados cobrarán. Pero a cambio de una limitación drástica de la reparación. No se indemniza el daño total, sino sólo los importes fijados por la ley que no eran precisamente generosos (p.e: 18 meses de salario para una incapacidad permanente total o dos años para una absoluta). El sistema se completaba con dos instituciones básicas: el denominado principio de inmunidad y el recargo de las indemnizaciones o prestaciones.

El principio de inmunidad supone que quien percibe las indemnizaciones previstas en el sistema legal de responsabilidad objetiva por accidente de trabajo no puede ejercitar la acción civil por culpa para la reparación del daño. Así se establecía en el art. 16 de la Ley de 1900; luego en el art. 13 de la Ley de 1922, aunque a partir de 1932 la situación se hace más confusa, pues se dice que las reclamaciones de daños en los que mediare culpa o negligencia quedan sujetas a la prescripciones de Derecho Común (arts. 63 y 64 TRAT 1932, art. 53 TRAT 1956). Pero esto no rompe el principio de inmunidad y con él la víctima pierde la diferencia entre el importe del daño total y el de la indemnización legal. Una pérdida, desde luego, importante, dado el bajo nivel de las indemnizaciones legales.

Esa pérdida podía justificarse, no sin dificultades, por el carácter objetivo de la responsabilidad, pero era menos tolerable cuando el accidente de trabajo se había producido con infracción de las medidas de seguridad exigibles, es decir, cuando mediaba culpa del empresario. Para compensar la limitación en este caso surge la segunda institución: el recargo de las indemnizaciones, que preveía la Ley de 30.1.1900 en su artículo 5.5, a tenor del cual “las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obra cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución”. No se trata de una reparación íntegra del daño, sino de una mejora de la protección cuando se acredita la culpa del empresario.

Aquí esta clara la naturaleza y la función del recargo: es una indemnización adicional que se suma a la general -prevista por riesgo - cuando hay culpa del empresario en el accidente. Incluso podría decirse más exactamente que hay dos indemnizaciones: una por riesgo y otra más alta por culpa, que incluye el recargo, como uno de sus componentes.

a) La superación de la inmunidad y sus consecuencias

El equilibrio se romperá cuando a partir de la Ley Articulada de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966⁶ se abandone el principio de inmunidad y se instaure un triple sistema de reparación: el recargo es compatible con las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo; éstas y el recargo son compatibles con la indemnización adicional por responsabilidad civil del empresario y todas ellas con las sanciones administrativas y penales que puedan derivarse de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. Esta es también la regulación actual que se recoge en los arts. 123.3⁷ LGSS, 127.3 LGSS⁸ y 42.3 LPRL⁹. Se han abierto, por tanto, tres vías de indemnización: 1ª) las prestaciones de Seguridad Social por accidente de trabajo, que actúan como un seguro de la responsabilidad objetiva del empresario; 2ª) el recargo de prestaciones, que responde a una responsabilidad específica por culpa del empresario, cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se produce con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales¹⁰ y 3ª) la responsabilidad civil adicional, que debería en teoría cubrir la diferencia entre el daño reparado por las prestaciones de la Seguridad Social y el daño total producido por el accidente.

De las prestaciones de la Seguridad Social ya hemos dicho lo necesario a los efectos de esta ponencia. En los apartados siguientes me voy a referir a las dos vías restantes, el recargo y la indemnización adicional.

4.- La polémica naturaleza del recargo y su función efectiva en el marco de la protección frente a los accidentes de trabajo

a) Planteamiento general. El recargo es una indemnización y no una sanción

¿Cuál es la naturaleza del recargo? En el marco de la regulación inicial la respuesta era, como vimos, relativamente sencilla: el recargo era una indemnización adicional que se sumaba a la general por responsabilidad objetiva del empresario cuando concurría culpa por infracción de medidas de seguridad. La ruptura del principio de inmunidad, el caos de la superposición de las indemnizaciones y los distintos criterios, que sobre estas indemnizaciones aplican el orden civil y el social, han complicado extraordinariamente la cuestión. Las respuestas no son concluyentes. El Tribunal Constitucional indicó en la STC 158/1985 que era “una responsabilidad... puramente sancionadora”, pero la STC 81/ 1995 se distancia con prudencia de

⁶ Para el detalle de esta evolución vid. DESDENTADO / NOGUEIRA, “Las transformaciones...”, cit. pp. 31-48.

⁷ “La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”.

⁸ Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva...sin perjuicio de estas responsabilidades”.

⁹ Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones...”.

¹⁰ El recargo es un aumento de la cuantía de todas las prestaciones económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional que se aplica 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”. El incremento de las prestaciones es de un 30 a 50% en función de la gravedad de la infracción (art. 123.1 LGSS) y recae directamente sobre el empresario (art. 123.2 LGSS).

esta afirmación para señalar que “es innecesario terciar en la polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica de esta figura esclareciendo concretamente si en puridad se trata de una genuina sanción administrativa”. La doctrina judicial del orden social tampoco es concluyente, al menos hasta la STS 2.10.2000, dictada por el Pleno de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, aunque con voto particular. A veces se afirmaba que el recargo era “una pena o sanción”¹¹; otras que era una prestación indemnizatoria y, por último, que era a la vez sanción e indemnización¹². En la doctrina científica se advierten también disparidades a la hora de establecer la naturaleza del recargo¹³. La tesis tradicional insistía en el carácter de sanción administrativa del recargo o, al menos, en su función sancionadora predominante. Pero se ha destacado en ocasiones que su finalidad principal es indemnizatoria; también se ha mantenido su carácter de “sanción compleja unitaria”, a la vez punitiva e indemnizatoria, lo que equivale a una indemnización punitiva, y se ha dicho que es una sanción civil indirecta, una cláusula penal de origen legal o una sanción mixta.

Con la STS 2.10.2000 (RJ 9673), el debate, al menos en el plano jurisprudencial, parece resuelto a favor del carácter sancionador del recargo y su independencia de la reparación que pueda obtener el trabajador por otras vías (las prestaciones de la Seguridad Social y la indemnización adicional por responsabilidad civil). Sin embargo, no está tan claro qué se quiere decir cuando se habla de sanción, aparte de mantener la exclusión del descuento¹⁴. Al carácter sancionador se alude al citar la doctrina precedente sobre la exclusión de la responsabilidad del INSS en el abono del recargo en caso de insolvencia del empresario responsable y al mencionar la intervención de la entidad gestora. Pero lo que subraya esta sentencia es *la función fundamentalmente preventiva* del recargo por el efecto que la eventualidad de su imposición produce en la conducta del empresario en orden al cumplimiento de sus obligaciones de seguridad. “La finalidad del recargo - dice - es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales”, pues con él lo que se “pretende es impulsar *coercitivamente* de forma directa el cumplimiento del deber empresarial de seguridad”. Por ello, la sentencia comentada considera que esa función preventiva, a través de un “plus de responsabilidad” del empresario, se anularía o debilitaría si el recargo pudiese ser absorbido o compensado, total o parcialmente, por las restantes vías indemnizatorias y, en consecuencia, concluye afirmando que el importe del recargo no puede deducirse de la indemnización civil adicional.

El problema es, sin embargo, más complejo, porque una cosa es *cómo actúa el recargo como consecuencia de determinadas interpretaciones y otra cosa lo que el recargo pueda ser* como ente lequía jurídica en la pura formulación normativa. Veamos un ejemplo. Un accidente de trabajo ha producido un daño total al trabajador accidentado de 2 millones de euros. Las prestaciones de la Seguridad Social reparan ese daño hasta 1 millón de euros; el recargo añade una protección por 500.000 euros. Si nos mantenemos dentro del *límite de la reparación total del daño*¹⁵, la indemnización “civil” adicional por culpa del empresario debería ser de 500.000 euros (2 millones menos 1 millón de las prestaciones y 500.000 euros del recargo). En este caso el recargo es sólo una partida más de la indemnización, pues su efecto se agota en la reparación,

¹¹ La reforma del art. 55 RAT por el Decreto 3250/1962 iba en esa dirección cuando consideraba el recargo como una sanción (para el patrón) y prohibía su aseguramiento.

¹² Una exposición de estas posiciones en DESDENTADO / DE LA PUEBLA, “Las medidas complementarias...”, cit., pp. 652 y 653.

¹³ Para un examen más detallado de las distintas posiciones vid. J.R. MERCADER UGUINA, “Indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo”, La Ley, Madrid, 2001, pp. 137-160.

¹⁴ Cambia la doctrina anterior de las STS 2.2.1998 y 10.12.1998. El criterio de la STS 2.10.2000 se ha reiterado por las SSTS 9.10.2001, RJ 9595, y 21.2.2002, RJ 4539. Sobre el descuento de las prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización total se mantiene la doctrina anterior (STS 9.2.2005, RJ 6358). La STS 1.6.2005 (rec. 1613/2004) aplica también el descuento a una mejora voluntaria, lo que es cuestionable, porque la mejora opera como un seguro personal a favor del trabajador, no como un seguro de la responsabilidad del empresario.

¹⁵ Este criterio era el aplicado por la Sala IV del Tribunal Supremo hasta el año 2000. Vid. SSTS 2.2.1998 (RJ 3250) y 10.12.1998 (RJ 10.501).

sin introducir ningún elemento punitivo o aflictivo. Si aplicamos la tesis de *la acumulación relativa*, que se desprende de la STS 2.10.2000, el recargo no será deducible del importe de la indemnización, aunque sí lo serían las prestaciones de la Seguridad Social, que cubren la responsabilidad del empresario “asegurada” dentro de la Seguridad Social. En esta hipótesis, la reparación será de 2,5 millones de euros (1 millón por prestaciones, 1 millón por indemnización - diferencia entre el daño total y la parte de éste cubierta por la Seguridad Social - y 500.000 euros por el recargo). En la tercera hipótesis de la *acumulación absoluta*, que es una posición mantenida en ocasiones por la Sala de lo Civil¹⁶, no se deducen de la indemnización civil ni las prestaciones de la Seguridad Social ni el recargo, con lo que la reparación total sería de 3,5 millones de euros (2 millones de indemnización civil sin deducciones, 1 millón de prestaciones de Seguridad Social y 500.000 euros por el recargo).

En el primer caso, el recargo opera como una indemnización estrictamente resarcitoria porque constituye un elemento más de la reparación íntegra del daño. Pero si la suma de las indemnizaciones excede del importe del daño, el recargo comienza a tener también, en ese exceso, un contenido punitivo para el empresario infractor¹⁷. Estamos entonces en el terreno de la indemnización punitiva, que es una indemnización que supera el límite de reparación del daño¹⁸. En resumen, el recargo puede funcionar como una indemnización resarcitoria si, sumado a los restantes mecanismos de cobertura (prestaciones de la Seguridad Social y responsabilidad civil del empresario), no excede del importe del daño total, pero puede también actuar además como una indemnización punitiva cuando su aplicación lleva a una indemnización total superior al daño reparado. Es importante subrayar que, aun en este caso, el recargo no es en nuestro Derecho formalmente una sanción penal o administrativa. La pena suele definirse como “el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de esa infracción”¹⁹ y esta definición vale en lo esencial para la sanción administrativa en la medida en que pertenece al mismo género de las sanciones punitivas o aflictivas²⁰. No es necesario insistir en que el recargo no es una pena, pues ni está prevista como tal en el ordenamiento penal, ni se impone por un órgano jurisdiccional en el proceso penal, aunque, según la doctrina jurisprudencial hoy predominante, pueda tener un contenido punitivo.

Más polémica puede resultar su exclusión de la noción de sanción administrativa, pero también hay que llegar a esta conclusión. En el ordenamiento sancionador administrativo rige el principio de tipicidad y el recargo no figura en la tipificación legal de las sanciones administrativas en la LISOS, sino en las normas generales sobre la acción protectora de la Seguridad Social, pues el artículo 123 LGSS se encuentra en la sección de la LGSS dedicada al “régimen general de las prestaciones”. Esto no significa que el recargo sea una prestación de la

¹⁶ Vid. las sentencias citadas en DESDENTADO /DE LA PUEBLA, “Las medidas complementarias...”, cit., p. 645. La STS 18.10.2001 (RJ 7551) marca distancias frente a esa línea de acumulación no coordinada de indemnizaciones.

¹⁷ También lo serían en parte las dos restantes indemnizaciones concurrentes en la medida en que sumadas excedan del daño total, lo que sucede siempre en la hipótesis de la acumulación absoluta.

¹⁸ Sobre las indemnizaciones punitivas y su difícil encaje en nuestro Derecho, vid. L. DIEZ - PICAZO, “Derecho de Daños”, Civitas, Madrid, 1999, pp. 44-47. El recargo se ha explicado a veces como una indemnización punitiva, pero hay que tener en cuenta que en nuestro Derecho la función punitiva se cumple a través de las sanciones administrativas y penales, con lo que si a través de la indemnización se está imponiendo otra sanción se vulnerará el principio *non bis in idem*.

¹⁹ M. COBO DEL ROSAL y T. VIVES ANTÓN, “Derecho Penal. Parte General”, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, 797.

²⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, “Curso de Derecho Administrativo”, T.II, Civitas, Madrid, 2000, pp. 161- 164. “No parece haber - dicen - base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas”. Por ello, los principios y garantías del Derecho Penal son aplicables, aunque con los necesarios matices, a las sanciones administrativas. La distinción procede de un dato formal: la pena se impone por el juez, mientras que la imposición de sanción administrativa corresponde a la Administración. Vid. también A. NIETO, “Derecho Administrativo Sancionador”, Tecnos, Madrid, 148- 198.

Seguridad Social²¹, pero, desde luego, no es en sentido estricto y formal una sanción administrativa, pues no está definida como tal y el elemento de tipicidad es esencial en esta calificación. Por otra parte, tampoco se impone el recargo en una resolución dictada por un órgano de la Administración con competencia sancionadora en el procedimiento administrativo sancionador previsto en la LISOS y en su reglamento. Es cierto que el recargo se vincula causalmente con la existencia de una infracción administrativa en relación con la normativa de prevención de riesgos laborales. Pero esto no es decisivo, pues también la responsabilidad civil derivada de delito surge de una infracción penal y, sin embargo, no es una sanción penal. Es más, en el régimen del art. 123 LGSS es posible que se aplique un recargo sin que se haya impuesto o se imponga una sanción administrativa. Así se reconoce en el art. 27 del RD 928/1998: si hay acta de infracción o resolución administrativa se acompaña al informe propuesta de la Inspección de Trabajo que inicia el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por el recargo, pero la propuesta puede formularse sin que se haya producido acta de infracción, ni resolución imponiendo una sanción a la empresa, aunque en este caso debe justificarse esta circunstancia²². Por lo demás, la LPRL lo ha estimado así cuando en su art. 42.3 distingue claramente entre “las responsabilidades administrativas que se derivan del procedimiento sancionador” y “las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo”, con lo que está claro que para la ley, éste no es una sanción administrativa, sino una indemnización, aunque lo sea “de recargo”.

b) Las consecuencias de procedimiento: a efectos procesales el recargo no es una sanción

Ya hemos visto que la Sala IV considera a partir de la STS 2.10.2000 que el recargo se aproxima a una sanción con una finalidad preventiva, al menos en lo que se refiere al régimen sustantivo de la coordinación de las diversas vías de reparación. Pero si consultamos dos sentencias más recientes veremos que este criterio no se lleva a sus últimas consecuencias al menos en el plano procesal. Las SSTS 17.5.2004, 8.10.2004 y (RJ 4366 y 7591) se pronuncian sobre si el procedimiento penal suspende el procedimiento de reconocimiento del derecho al recargo ante el INSS. Así lo prevé el art. 16.2 de la OM 18.1.1996. El precepto podría tener su cobertura en el art. 3.2 de la LISOS, que prevé la suspensión del procedimiento sancionador por incoación de proceso penal. Si el recargo fuera una sanción secundaria derivada de una sanción administrativa principal, el procedimiento de reconocimiento del recargo se suspendería como se suspende el procedimiento administrativo sancionador. Pero las sentencias señalan que la paralización sólo afecta al procedimiento sancionador. Ahora bien, si el recargo es sanción parece claro que el procedimiento para imponerlo debería suspenderse por el procedimiento penal. Las sentencias muestran cierta inseguridad en este punto, pero la salvan volviendo a la tesis de la naturaleza “sui generis” del recargo: “es cierto – dicen – que la naturaleza jurídica del recargo por falta de medidas de seguridad es un tanto compleja, teniendo algunos matices propios de la sanción, aunque acaba teniendo una consideración sui generis que le aparta de la sanción propiamente dicha, al ser beneficiario de su cuantía el trabajador y sus causahabientes”. Pero de esta forma se está reconociendo que el recargo opera independientemente de la sanción no sólo penal, sino administrativa. La referencia al campo ignoto de lo “sui generis” es buen recurso dialéctico, pero ontológicamente no aclara gran cosa. Lo que se está diciendo, en definitiva, es que el recargo es sanción para unas cosas (exclusión del descuento en el cómputo de la reparación total), pero no para otras (procedimiento de imposición, principio “non bis in idem”).

c) Otros argumentos: cuantía del recargo, afectación y prohibición de aseguramiento

Otro argumento a favor de que el recargo no es indemnización se relaciona con la determinación de su cuantía, señalando que el porcentaje aplicable se determina por la gravedad

²¹ Vid. en este sentido la doctrina citada por A.DESDENTADO y M. NOGUEIRA, en “La Seguridad Social en la unificación de doctrina (1991-1996)”, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 41.

²² Por ejemplo, puede haber prescrito la sanción administrativa, pero no la responsabilidad por el recargo.

de la infracción y no en atención al daño. Así es, pero esto no es enteramente cierto, porque la variable de cálculo fundamental para la determinación del importe del recargo es la propia cuantía de la prestación, que opera como base de cálculo y que está en función de la situación de necesidad, del daño.

Por otra parte, el carácter indemnizatorio del recargo se pone de manifiesto en su afectación. El recargo no se destina al tesoro público, sino al beneficiario y si no hay beneficiario no hay recargo (SSTSJ Burgos 9.5.1996, Cataluña 11.11.1999 y 10.3.2000), lo que es impensable en una sanción.

En cuanto a la prohibición de aseguramiento del recargo, ya me he ocupado de ella en otro lugar²³. Se trata de una prohibición “ultra vires” y además está derogada por la LPRL (art. 42.3 y 15.5 LPRL). El recargo es asegurable de acuerdo con la legislación mercantil (arts 19 y 73 y ss LCS) y ese aseguramiento no perjudica el efecto preventivo.

d) Si el recargo fuera una sanción, se aplicaría el principio *non bis in idem*

Si el recargo se configura como una sanción y en cualquier caso si, como consecuencia de la doctrina de la acumulación relativa o absoluta, el recargo *actúa materialmente* con un efecto punitivo, al indemnizar en un importe superior al daño²⁴, tendría que jugar el principio de la prohibición del *non bis in idem*²⁵. Esto se ha tratado de obviar diciendo que el recargo y la sanción administrativa no contemplan el hecho sancionado desde la perspectiva de defensa social²⁶. No es así. El interés social defendido es el mismo: la seguridad y la salud de los trabajadores. Lo único que cambia es el destino: la sanción va al tesoro público y el recargo al perjudicado. Pero todo lo que el causante del daño deba dar al perjudicado por encima del valor del perjuicio que le ha infringido es materialmente una sanción punitiva, aunque no lo sea formalmente. El juego dialéctico de eliminar la prohibición del *non bis in idem* mediante el fácil expediente de no calificar como sanción lo que materialmente lo es resulta un juego sumamente peligroso, porque puede destruir las garantías frente al régimen de sanciones, tanto en el plano procesal como en el material.

5. La indemnización “civil” adicional y sus problemas

²³ A. DESDENTADO BONETE, “El recargo de prestaciones y su aseguramiento...”, cit.

²⁴ En mi opinión esta posición es errónea: la reparación total otorgada por todos los mecanismos de indemnización concurrentes tiene el límite del valor del daño producido. Si quiere lograrse un efecto preventivo adicional, hay que recurrir al sistema punitivo (penal o administrativo), pero no cabe asignar una segunda función punitiva al sistema de reparación a través del recargo, porque entonces desde la perspectiva material se infringe la prohibición del “non bis in idem”, pues cuando excede el valor del recargo actúa como indemnización punitiva. El elemento punitivo actúa además de una forma que puede resultar contraria al principio de proporcionalidad, pues sólo pondera la gravedad en el porcentaje, pero no en la base de cálculo que está en función de la prestación causada, con lo que una infracción leve que afecta a un trabajador con salario alto puede determinar un recargo superior al que corresponde a una infracción grave para un trabajador con salario bajo. Esta es una diferencia que puede tenerse en cuenta a los efectos de la reparación del lucro cesante, pero que no puede incluirse en una norma punitiva, que tiene que defender igual la vida y la integridad física del trabajador con independencia del nivel de sus retribuciones.

²⁵ Sobre la aplicación de este principio vid. las consideraciones que se contienen en la STS 2.10.200 y en el voto particular que se acompaña a la misma.

²⁶ STS 2.10.2000 (fj 5.2.d)). Se afirma que recargo y sanción “no contemplan el hecho desde la misma perspectiva de defensa social, pues mientras que el recargo crea una relación indemnizatoria empresario – perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección de los trabajadores”. El argumento es elusivo, pues para afirmar que no hay doble sanción se viene a afirmar que el recargo no es sanción, sino indemnización (“crea una relación indemnizatoria...”), cuando antes para justificar el descuento se ha dicho que su finalidad es de carácter preventivo, al impulsar coactivamente la evitación de los accidentes mediante un plus de responsabilidad, lo que sitúa inequívocamente el recargo en el ámbito de las sanciones materiales.

a) Las divergencias judiciales sobre la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones de indemnización y sobre su régimen sustantivo

La tercera vía de reparación está constituida por la denominada indemnización civil adicional. Es una vía que está marcada por importantes divergencias judiciales que afectan tanto al orden judicial competente para conocer de las reclamaciones en esta materia, como al régimen aplicable a esas indemnizaciones. No es posible entrar aquí en detalle en estos problemas que presentan un notable grado de complejidad²⁷. Baste señalar a efectos de esta ponencia que el orden civil sostiene su jurisdicción, porque entiende básicamente que estamos ante pretensiones de exigencia de una responsabilidad extracontractual²⁸; argumento que suele completarse en ocasiones con referencias a la letra del art. 127.3 de LGSS²⁹, la compatibilidad de la indemnización y la prestación de Seguridad Social reconocida y el carácter residual de la jurisdicción del orden civil. El argumento más consistente es el primero, pues la compatibilidad afecta al régimen de percepción no a la jurisdicción; el carácter residual de la jurisdicción sólo jugaría si no fuera competente el orden social y la letra del art. 127.3 de la LGSS no es decisiva, pues en el contexto general de ese precepto la responsabilidad “civil” se opone a la “criminal” y comprende desde luego los supuestos de incumplimiento de obligaciones contractuales laborales. Por el contrario, el orden social sostiene su competencia, razonando que estamos ante una responsabilidad contractual y, aunque no fuera así, se trataría de una responsabilidad por incumplimiento de una norma laboral, que por ello queda incluida en la rama social del Derecho conforme al art. 9.5 de la LOPJ³⁰.

No estamos sólo ante una discrepancia sobre la jurisdicción, pues existe también una importante divergencia de criterios entre el orden civil y el social que alcanza a los problemas sustantivos más relevantes, como sucede con el criterio de imputación de la responsabilidad y con el cálculo de las indemnizaciones. En cuanto al criterio de imputación, el orden social considera que la responsabilidad objetiva se limita a la parte del daño “asegurada” por la Seguridad Social, mientras que el resto hasta la cobertura del daño total es una responsabilidad por culpa, que corresponde acreditar a quien formula una reclamación fundada en la misma³¹, pues la responsabilidad objetiva del empresario se limita a las prestaciones “aseguradas” en el marco de la Seguridad Social³² y, en consecuencia, la responsabilidad adicional hasta el total del daño cubierto debe regirse por los criterios de la culpa³³. Sin embargo, la Sala de lo Civil tiende a aplicar también criterios objetivos o cuasi objetivos de imputación³⁴.

²⁷ Para un examen más detenido de estas cuestiones vid. DESDENTADO / DE LA PUEBLA, “La responsabilidad del empresario...” cit., pp. 14- 22.

²⁸ En este sentido pueden citarse, entre las más recientes, las sentencias 12.11.2004, RJ 7230, y 19.7.2005 RJ 5340. Para la evolución anterior de la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo vid. DESDENTADO / DE LA PUEBLA, *ibidem*.

²⁹ Este precepto se refiere a la compatibilidad de las prestaciones por accidente de trabajo de la Seguridad Social con las indemnizaciones que procedan por responsabilidad civil.

³⁰ Este criterio se ha mantenido constante desde la STS 24.5.1994, RJ 4296, hasta la STS 1.12.2003, RJ 1168. La STS 22.6.2005 (RJ 6765) ha ampliado la competencia del orden social al conocimiento de reclamaciones claramente extracontractuales, como las dirigidas contra el promotor de una obra y los directores técnicos de la misma, cuando tales reclamaciones se fundamentan en un incumplimiento laboral. El criterio favorable al orden social se mantiene también por la Sala de Conflictos de Competencia (autos 23.12.1993, RJ 10131, 4.4.1994, RJ 3197, 10.6.1996, RJ 9676, 21.12.2000, RJ 2105, y 23.10.2003, RJ 1184/2003).

³¹ SSTS 30.9.1997, RJ 6853 y 2.2.1998, RJ 3250.

³² DESDENTADO / NOGUEIRA, “Las transformaciones del accidente de trabajo cit., pp. 45-46.

³³ SSTS⁴ 30.9.1997 (RJ 6853), 2.2.1998 (RJ 3250) y 17.2.1999 (RJ 2598).

³⁴ En algunos casos el criterio objetivo se formula indirectamente, argumentado que si el accidente finalmente se produjo “se revela la insuficiencia de las medidas adoptadas” y que “faltaba algo por prevenir” (STS 17.10.2001, RJ 8642, 1.10.2003, RJ 6206). La fórmula que tiende a generalizarse es más

La misma discrepancia se advierte en la determinación de las indemnizaciones. Los dos órdenes aceptan la compatibilidad establecida en el art. 127.3 LGSS. Pero para la Sala de lo Social rige, como vimos, el criterio de la complementariedad o de la *acumulación relativa* en atención al cual la indemnización adicional civil debe descontarse de lo abonado por la Seguridad Social en concepto de prestaciones por accidente de trabajo, aunque no el recargo³⁵. Por el contrario, la Sala de lo Civil se ha inclinado a favor de la *acumulación absoluta*, en virtud de la cual de la indemnización civil adicional no se deducen ni las prestaciones de la Seguridad Social, ni el recargo. Esta tesis suele formularse de manera genérica como un argumento complementario en la defensa de la jurisdicción del orden civil, en la medida en que ésta conocería de unas reclamaciones de indemnización por una responsabilidad “civil”, distinta y compatible de la que deriva del contrato de trabajo y que la Sala de lo Civil identifica con las prestaciones de Seguridad Social y el recargo. En este sentido la STS 29.4.2004 (RJ 2092) recoge esa doctrina, señalando que: «la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a relación de trabajo..., ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 del CC, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al aceptar expresamente la posibilidad de que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción del orden civil”, añadiendo que “las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de la Seguridad social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral, que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (artículos 1089 y 1093 del CC)”³⁶. Pero hay algunas sentencias que han aplicado directamente este criterio en el cálculo de las indemnizaciones y en este sentido pueden citarse las SSTs 27.11.1993 (RJ 9143) y 30.11.1998 (RJ 8785). La primera casó una sentencia de apelación que había deducido de la indemnización civil lo percibido por el trabajador en concepto de pensión de incapacidad permanente. La segunda, en un supuesto menos claro, estima el recurso contra la sentencia de la Audiencia Provincial, porque la conclusión a la que había llegado esa sentencia de que los daños materiales del accidente “habían quedado reparados por las prestaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y del seguro concertado por la entidad «Pikolín, SA» quebranta” la doctrina jurisprudencial sobre la compatibilidad de las indemnizaciones.

b) Algunas consideraciones críticas: ¿responsabilidad contractual o extracontractual por los accidentes de trabajo ?

amplia y señala que “la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa del agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo” (SSTS 29.4.2003, RJ 3913, 18.6.2004, RJ 443). Pero, aunque se pruebe la adopción de las medidas de prevención, la responsabilidad puede apreciarse “si la realidad fáctica evidencia que las medidas adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces” (STS 8.10.2004, RJ 6693). Así el propio accidente se convierte en prueba de la culpa. Vid., sin embargo, la STS 31.12. 2003 (RJ 367), que reacciona de forma enérgica contra el criterio objetivista, aunque esta dirección no parece haberse impuesto.

³⁵ SSTs 4^a 2.2.1998 (RJ 3250), 10.12.1998 (RJ 10501), 17.2.1999 (RJ 2598) y 9.2.2005 (RJ 6358). Sobre la no deducción del recargo vid. SSTs 2.10.2000, RJ 973, 9.10.2001, RJ 9595, y 21.2.2002, RJ 4539. Se descuentan, sin embargo, las mejoras voluntarias, según el criterio discutible de la STS 1.6.2005 (rec. 1613/2004).

³⁶ En el mismo sentido vid. SSTs 28.11.2001, RJ 9530 y 18.12.2003, RJ 8793, aparte de la larga lista de sentencias anteriores que se relacionan en estas resoluciones. La STS 8.10.2001 (RJ 7551) se aparta, aunque *obiter dicta*, de este criterio en la medida en que del mismo puede derivar de “una acumulación no coordinada de indemnizaciones” y se pronuncia por un “sistema de complementariedad de las indemnizaciones hasta lograr la reparación íntegra del daño” en línea con lo que se propone por DESDENTADO / DE LA PUEBLA, “Las medidas complementarias ...” cit., pp. 663 y 664.

No es posible entrar ahora en una valoración de estas posiciones judiciales. Pero algo puede decirse sobre el problema de la jurisdicción y el carácter de la responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo. La tesis de la jurisdicción del orden civil parte de que la pretensión que se ejercita por la víctima se funda en una responsabilidad extracontractual. Esta se caracteriza porque el hecho dañoso se produce entre personas que no están ligadas por una previa relación contractual, mientras que en la responsabilidad contractual el hecho dañoso se produce entre personas que están vinculadas por una relación previa y como consecuencia *precisamente* del incumplimiento de una obligación que forma parte del contenido de esa relación. Ahora bien, en nuestro Derecho la obligación de seguridad del empresario es una de las obligaciones típicas del contrato de trabajo. El empresario está obligado a “garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo” (art. 14 LPRL) y ello no sólo obliga a cumplir las obligaciones establecidas de forma concreta “en la normativa sobre prevención de riesgos” (art. 14.3 LPRL), sino también a “adoptar cuantas medidas sean necesarias” para lograr aquella garantía (art. 14.2 LPRL). Por ello, las reclamaciones de indemnización por incumplimiento de las obligaciones de seguridad del empresario son siempre reclamaciones fundadas en una responsabilidad contractual. Podría objetarse que la obligación de seguridad no nace del contenido regulador del contrato de trabajo, sino de la norma estatal sobre prevención de riesgos laborales. Pero la objeción es inconsistente, porque la ley está determinando el contenido obligacional de la relación de trabajo y, por tanto, el incumplimiento del empresario se produce en esta esfera, como muestran los artículos 4.2.d) y 19.1 ET en relación con el art. 14 de la LPRL. El contenido del contrato está integrado, según el art. 1258 CC, no sólo por lo expresamente pactado, sino por todas las consecuencias que se deriven conforme a la buena fe, al uso y la ley.

Ante la dificultad de obviar el carácter contractual de la obligación de seguridad del empresario, la defensa de la competencia del orden civil ha tratado de construirse a partir de la constatación de una concurrencia de responsabilidades en la medida en que el empresario habría infringido no sólo su obligación laboral de seguridad frente al trabajador, sino también la obligación general de evitar la producción de un daño a tercero. Si hay un supuesto de concurrencia de responsabilidades, la consecuencia, partiendo del principio de indemnización única, será la necesidad de optar por una de las responsabilidades concurrentes, bien aplicando una preferencia por la responsabilidad contractual o estando a la opción del perjudicado. Lo que se sostiene en algunas sentencias del orden civil es que el actor ha optado por fundar su pretensión en una responsabilidad extracontractual. Pero esto es muy discutible, porque el examen de las pretensiones ejercitadas ante el orden civil muestra que en realidad se están invocando como fundamento de la indemnización reclamada incumplimientos de obligaciones laborales³⁷ y que la parte demandante se limita a una invocación meramente formal del art. 1902 CC, sin duda por un planteamiento estratégico, pues por las divergencias sustantivas en orden a los criterios de imputación y de cálculo de la indemnización, es más ventajoso para el actor acudir al orden civil, disfrazando de extracontractual una responsabilidad claramente contractual. Pero, aun en la hipótesis de que hubiera realmente concurrencia³⁸, lo cierto es que no podría ejercitarse opción ninguna por parte del demandante, porque, como su propio nombre indica y como sabemos por la historia normativa, *la indemnización civil adicional no es más que una parte de la indemnización total*, de la que forman parte las prestaciones de la Seguridad Social y eventualmente el recargo cuando éste opera como indemnización. Y si el carácter contractual y laboral de estos componentes de la indemnización es claro por ministerio de la ley, la conclusión que se impone es que no cabe fragmentar el fundamento de la responsabilidad para que dos partes de la indemnización se rijan por las normas de la responsabilidad contractual y otra por el régimen de la responsabilidad extracontractual. El error consiste en que

³⁷ Vid. los ejemplos concretos examinados en DESDENTADO / DE LA PUEBLA, “La responsabilidad del empresario...”, cit., pp.21.

³⁸ Vid. en DESDENTADO / DE LA PUEBLA (“La responsabilidad del empresario...”, cit., 22) algunos ejemplos en los que excepcionalmente puede apreciarse la concurrencia de responsabilidades.

no hay una responsabilidad contractual (prestaciones de Seguridad Social y recargo) y otra extracontractual (indemnización civil adicional), sino una sola responsabilidad que ha de tener una calificación unitaria aun en los supuestos de concurrencia de un incumplimiento contractual y otro extracontractual.

6.- Conclusiones. ¿Qué podemos hacer para mejorar la protección de los accidentes de trabajo?

El examen realizado en los apartados anteriores pone de manifiesto que nuestro sistema de protección frente a los accidentes de trabajo es demasiado complejo. Hay complejidad sustantiva por la superposición de tres vías de indemnización y la existencia de criterios judiciales opuestos sobre una de ellas –la indemnización civil adicional- en puntos esenciales de su régimen jurídico. Hay también complejidad procesal y ésta tiene efectos particularmente negativos. Un accidente de trabajo puede dar lugar a cinco procesos: un proceso laboral para reclamar las prestaciones de Seguridad Social y otro para el recargo, a los que hay que añadir un proceso civil para pedir la indemnización civil adicional, aparte de los procesos contencioso-administrativo y penal que pueden suscitarse para debatir las responsabilidades en materia sancionadora. Y el número de procesos puede multiplicarse si, como sucede con alguna frecuencia, el accidente da lugar a distintas situaciones protegidas (incapacidad temporal, incapacidad permanente y muerte). Esto provoca interferencias, dilaciones y contradicciones.

Por otra parte, pese a la acumulación de vías de indemnización, no parece que la reparación total sea alta. Esto se debe probablemente a que los daños no económicos se suelen infravalorar³⁹ y a que la indemnización de los económicos no cubre la totalidad del daño en algunas prestaciones de Seguridad Social, en las que la tasa de sustitución de la renta perdida es inferior al 100%, como ocurre con las prestaciones de incapacidad temporal y de incapacidad permanente total. Pero también hay que tener en cuenta la propia complejidad del sistema y las dificultades de acceso al proceso civil.

La posición del recargo es especialmente polémica. Desde el momento en que se superó el principio de inmunidad, la existencia de un recargo separado de la responsabilidad civil adicional carece de sentido y tiene el inconveniente de condicionar la pretensión de una reparación total a una decisión administrativa previa sobre la existencia de una infracción de las normas de prevención. Si se sostiene que el recargo es una indemnización, la aplicación del límite total del daño en la reparación, determina que su utilidad práctica sea nula en términos de protección del accidentado, que podría conseguir más fácilmente la indemnización total en una sola reclamación. Pero si se permite que el recargo, sumado a las otras indemnizaciones, supere el total del daño, entramos en el terreno de las sanciones y de la posible vulneración del principio “non bis in idem” y de las garantías procedimentales. La calificación del recargo como indemnización punitiva no supera el problema, porque en nuestro ordenamiento ya existen mecanismos específicos de garantía de la función preventiva - las sanciones administrativas y penales-, por lo que el cambio de nombre no permite superar la objeción de la coexistencia de dos sanciones por el mismo hecho y con la misma función.

Por todo ello, no parece que, con toda su complejidad, el sistema garantice un efectivo desplazamiento del coste de los accidentes sobre los empresarios en cuanto agentes de riesgo. Un factor decisivo en esta perturbación es la propia financiación de las prestaciones por accidentes de trabajo que, con el sistema de primas uniformes en función de la actividad, no fomenta precisamente la prevención, pues el empresario con un índice de siniestralidad alto paga lo mismo que el que lo tiene bajo. Pero también influyen para producir este efecto de limitación de la asunción del coste total el nivel relativamente bajo de las indemnizaciones y las complejidades de procedimiento.

³⁹ El baremo de lesiones permanentes no invalidantes revisado por OM 18.4.2005 ilustra sobre los criterios de compensación de estos daños.

Nuestro elevado índice de siniestralidad, por tanto, tiene relación con estos defectos de nuestro sistema, pues como consecuencia de ellos una parte del coste de los accidentes se desplaza hacia el conjunto de las actividades productivas por la vía de la tarifa de primas y otra parte se desplaza hacia la víctima por la limitación de las indemnizaciones. Una acción eficaz contra los accidentes exige corregir esas deficiencias del sistema. Hay que revisar la tarifa de primas para que el coste de la cobertura se establezca en función de la siniestralidad de cada empresa e incluso habría que plantearse si debería seguir atribuyéndose a la Seguridad Social la cobertura de la responsabilidad empresarial en los accidentes de trabajo⁴⁰. Por otra parte, es necesario que el nivel de protección de la víctima se incremente tanto en el cálculo de las prestaciones de sustitución de rentas, como, muy especialmente, en la reparación de los daños no económicos, en los que podría estudiarse la aplicación de baremos efectivos y actualizados de compensación en la línea del Real Decreto Legislativo 8/2004, aunque contemplando la posibilidad de criterios más generosos de indemnización. El sistema de reparación tiene que simplificarse y en este sentido la supresión del un recargo es una medida esencial. Las vías de reparación deben reducirse a dos: las prestaciones de la Seguridad Social y la indemnización civil adicional hasta lograr por estas vías la reparación total del daño, sin los enojosos problemas de coordinación y prejudicialidad que se producen en la actualidad. Si la supresión del recargo debilita la función punitiva, esa supresión debería compensarse con un reforzamiento de las sanciones administrativas y penales. Por último, debería aclararse de una vez que el orden social es el competente para conocer de todas las reclamaciones de responsabilidad por accidente de trabajo, aunque algunas aportaciones del orden civil sobre la inversión de la carga de prueba o la presunción de culpabilidad no deberían descartarse, como tampoco debería olvidarse que una extensión de la responsabilidad objetiva al ámbito de la indemnización adicional podría mejorar los efectos preventivos de la reparación. Todo lo que mejore la protección mejora también la prevención.

ANEXO: JURISPRUDENCIA DE UNIFICACIÓN DE DOCTRINA SOBRE EL RECARGO DE PRESTACIONES

1.- SUJETOS RESPONSABLES

- 1) El recargo no es prestación de Seguridad Social y el INSS no está obligado a su abono en caso de insolvencia del empresario (SSTS 8.3.1993, RJ 1714, 7.2.1994, RJ 809, 13.3.1994, 2627, 22.9.1994, RJ 7170, 22.4.2004, RJ 4849).
- 2) Extensión de la responsabilidad sobre el recargo en las contratas (SSTS 18.4.1992, RJ 4849, 16.12.1997, RJ 6258, 5.5.1999, RJ 4705, 22.11.2002, RJ 510/2003, 11.5.2005, rec. 2291/2004, 26.5.2005, rec. 3726/ 2004)

2.- OBJETO

El recargo se aplica al 50% de incremento de la pensión de gran invalidez: STS 27.9.2000, RJ 8348.

El recargo no se aplica las mejoras voluntarias: STS 11.7.1997, RJ 6258.

3.- CUANTÍA

Control del porcentaje en suplicación: STS 19.1.1996, RJ 112.

⁴⁰ DESDENTADO y NOGUEIRA, op. cit.p. 65. Esta propuesta supone que la Seguridad Social se haría cargo de la protección de todos los accidentes de trabajo como accidentes no laborales con una acción de reintegro frente al empresario, que respondería de la totalidad del daño frente a la Seguridad Social (por el importe de lo abonado como accidente no laboral) y frente a la víctima (por el resto hasta el daño total).

Descuento de la indemnización total: SSTS 2.10.2000, RJ 9673, 14.2.2001, 2521, 9.10.2001, RJ 9595, 21.2.2002, RJ 4539.

4.- RELACION DE CAUSALIDAD E IMPUTACION

SSTS 6.5.1998 (RJ 4096) y 30.6.2003 (RJ 7694).

5.- PRESCRIPCIÓN

SSTS 12.12.1997, RJ 9168 y 10.12.1998, RJ 10.501. Plazo de cinco años; cómputo desde la terminación del proceso penal

6.- CUESTIONES PROCESALES

No suspensión del procedimiento administrativo del reconocimiento del recargo por la iniciación del proceso penal: STS 17.5.2004, RJ 4366, y 8.10.2004, 7591.

Recargo y requisitos para el recurso extraordinario: STS 22.4.2004, RJ 4391.

Emplazamiento del trabajador en el proceso contencioso administrativo sobre la imposición de sanción administrativa al empresario: STC 143/2000.