

# El recargo de prestaciones y su laberinto

## The benefit surcharge and its labyrinth

José Delgado Ruiz\*

*Doctor en Derecho. Profesor Asociado Derecho del Trabajo  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 28/12/2023

Aceptado: 2/4/2024

doi: 10.20318/labos.2024.8742

*Resumen:* Un complejo aroma tiene el recargo de prestaciones de la Seguridad Social, encerrado en su propia naturaleza y en un juego de palabras que no cesa. El deber de seguridad del empresario es concepto elástico que se ajusta a los numerosos factores que intervienen en la producción del daño y sufre graves alteraciones cuando se mezcla con la imprudencia de otro trabajador o de un tercero ajeno al entorno laboral. Para deshacer el enredo de la figura sería necesario separar su origen infractor del verdadero rostro que presenta como prestación singular destinada a prevenir e indemnizar el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

*Palabras clave:* Accidente de trabajo, recargo de prestaciones, despido, responsabilidad, imprudencia.

*Abstract:* A complex aroma has the surcharge of Social Security benefits, enclosed in its own nature and in a play on words that does not cease. The employer's duty of safety is an elastic concept that adjusts to the many factors involved in the production of the damage and undergoes serious alterations when mixed with the recklessness of another worker or a third party outside the work environment. In order to undo the entanglement of the figure, it would be necessary to separate its infringing origin from the true face that it presents as a singular benefit aimed at preventing and compensating accidents at work and occupational diseases.

*Keywords:* Work accident, benefit surcharge, dismissal, liability, imprudence.

### 1. Planteamiento de la cuestión

Las sentencias dictadas en suplicación recientemente por nuestros tribunales ponen al descubierto el elástico e inestable concepto de imprudencia profesional en el contexto

---

\*jdelgado@der-pr.uc3m.es

del deber de seguridad del empresario<sup>1</sup>. Sobre todo, cuando el accidente de trabajo se produce con la intervención de terceros, sean o no trabajadores de la empresa, que se muestran como objetivo y blanco perfecto para descargar o desviar la responsabilidad en la producción del daño<sup>2</sup>.

Las distintas resoluciones hacen referencia a la línea jurisprudencial que sigue la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2019 (Rº. 508/2017) en un supuesto de accidente de trabajo por electrocución que provoca el despido del jefe de equipo por negligencia, toda vez se había comprometido a crear una zona de seguridad que no llegó a establecerse. Su compañero, a resultas del accidente, sufrió quemaduras en ambas manos, iniciando una situación de incapacidad temporal que, tras un largo peregrinaje procesal, acaba eximiendo de toda responsabilidad a la empresa y privando de recargo al accidentado<sup>3</sup>.

Aunque evidentemente no vamos a reflexionar sobre este pronunciamiento en particular, se hace necesario partir de los ejes del supuesto que trata, centrados en el reconocimiento inicial de recargo en la prestación de incapacidad temporal por infracción grave del empresario que viene a coincidir con del despido del jefe de equipo, señalado como exclusivo responsable del accidente. La sentencia que dicta el juzgado en primera instancia estima la imposición del aumento, pero es anulada por el Tribunal Superior de Justicia porque la responsabilidad del siniestro se hace recaer en la persona que incumple el protocolo de actuación y no ejecuta la tarea que estaba a su cargo. Dicha conducta se entiende por la Sala de suplicación como una grave imprudencia que antes ya había justificado su despido y viene a romper el nexo causal entre el accidente y la infracción del empresario, sentando con determinación los límites del deber de vigilancia de éste<sup>4</sup>.

Este elástico criterio determina con frecuencia tensiones entre los agentes responsables de la seguridad en la empresa, siendo a menudo independiente la suerte que tome

---

<sup>1</sup> La dictada por el TSJ de Galicia el pasado 21 de abril de 2023 (Rº. 4973/2022) imputa responsabilidad al empresario en el accidente que sufre el trabajador al atraparse el brazo en una máquina plegadora de chapa metálica, concediendo el aumento de la prestación por no haber adoptado *cuantas medidas son necesarias* para garantizar la seguridad en el trabajo. Y en sentido contrario se sitúa la del TSJ de Andalucía, Granada, de fecha 13 de abril anterior (Rº. 899/2022), que rechaza el recargo por la imprudencia del conductor cometida cuando repara el camión en terreno pendiente y se desbloquea el sistema de frenado causando el accidente.

<sup>2</sup> El asunto que estudia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, en sentencia del pasado 9 de febrero de 2023 (Rº. 505/2022), parte de la caída de una puerta metálica sobre una trabajadora y que no impide la responsabilidad del recargo de prestaciones pese a estar acreditado que el accidente tuvo lugar por la defectuosa instalación de la misma a cargo de un tercero. La Sala no atiende los argumentos de la empresa recurrente, centrados en ese factor ajeno a la relación de trabajo y, sobre todo, en el propósito de desviar la culpa hacia el encargado que dio la orden a la accidentada.

<sup>3</sup> El supuesto de hecho se corresponde con el tratado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2019 recaído en el recurso para la unificación de doctrina número 508/2017.

<sup>4</sup> La STS de 30 de junio de 2003 (Rº. 2403/2002) reconoce el recargo por falta de vigilancia en el desempeño de un trabajo con explosivos por la ausencia de técnico o encargado que supervisaran la tarea, entre otras irregularidades. Las actividades peligrosas exigen el máximo rigor en la adopción de medidas preventivas, al objeto de impedir *las distracciones o imprudencias no temerarias que pudieran cometerse* (artículo 15.1.i LPRL), no bastando con ajustarse al requisito formal de la existencia de plan o reglamento específico.

el recargo de prestaciones de la que siga el procedimiento penal contra el autor de los hechos por imprudencia temeraria. Así, la inobservancia del responsable de las medidas de seguridad establecidas por no cortar la tensión de la red o por dar una orden sin comprobar que estaba neutralizada comporta una premisa elemental que sitúa la negligencia en el centro del debate. Y ello al margen del procedimiento abierto por el recargo de prestaciones de la Seguridad Social y de su resultado.

Por tanto, los elementos propios del recargo se incorporan al debate jurídico que produce: primero, la infracción del deber de seguridad, que después se extiende al resultado lesivo que afecta al trabajador, determinante de la prestación de Seguridad Social; y por último, se muestra concluyente en la relación de causalidad entre ambos factores. En este esquema formal se mueve el debate de fondo que ahora examinamos, con un resultado tan peculiar como sorprendente<sup>5</sup>.

## 2. Los hechos y la infracción

El recargo debe vincularse a una infracción del empresario que implique incumplimiento de su deber de protección y la necesaria vulneración de una regla o la omisión de un compromiso explícito; éste es el presupuesto inexcusable de la sanción. En su nacimiento, pues, se hace precisa la existencia de falta que, entendida como noción vinculada al régimen sancionador, en el orden laboral encuentra su máximo exponente legislativo en el texto refundido de la ley sobre infracciones y sanciones, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto<sup>6</sup>. Por ello la infracción del empresario se alimenta de fuentes inagotables que vienen no sólo a regar los escenarios propios del contrato de contrato sino a inundar cuantos territorios acompañan su recorrido. Y ello es así porque el concepto de *falta*, que aparecía en el artículo 123 del texto refundido de Seguridad Social vigente durante más de veintidós años (y con igual sentido literal sigue en el actual 164), se ha visto desplazado por el más general de *infracción* que contiene la LISOS; su artículo 5 en el apartado primero llega a extender su significado a las *acciones y omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y convencionales tipificadas y sancionadas conforme a dicha ley*, para en el segundo centrar las referidas en materia de prevención de riesgos laborales sólo al incumplimiento de normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos *en materia de seguridad y salud en el trabajo* sujetas a responsabilidad.

---

<sup>5</sup> Tal esquema de partida en realidad no resulta ajeno a una institución que, a juicio del profesor Mercader, se ha visto obligada a pagar un alto precio al verse convertida en un *monstruo de tres cabezas* por ser al mismo tiempo sanción, indemnización y prestación social, *naturaleza trina que aparece y desaparece según los casos en el debate judicial* y que a su vez conduce a una compleja e imprevisible respuesta (MERCADER UGUINA, p. 579).

<sup>6</sup> Obviamente entre sus garantías se encuentran las que el artículo 1.2 del citado texto legal establece: ninguna sanción puede imponerse si con carácter previo no se ha tramitado el oportuno procedimiento administrativo especial, quedando además sometida al filtro que en intensidad y jerarquía imponen la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado, conforme al apartado 3 del citado precepto.

Al hilo de este despliegue conceptual puede entenderse que el recargo exige de una norma concreta y expresa. Esta visión se refuerza en el mismo precepto, que da por existente la infracción cuando se produce cualquier suerte de quebranto normativo en toda su generalidad y amplitud. No cabe, por tanto, incurrir en contradicción cuando de un lado se sostiene no solo que existe *infracción de normas de seguridad* sino que además se perpetra; y por otro, de forma sorprendente, que llegue luego a neutralizarse tan rotunda afirmación con matizaciones restrictivas que terminan por hacerla desaparecer mediante la invocación de una normativa general no infringida por el empresario, dicho sea en términos puramente voluntaristas, y cuya inobservancia se desvía hacia la persona de un tercero. Y ello, aunque medie el criterio en contra de la Inspección de Trabajo entendiendo vulnerado tanto esas disposiciones de carácter general<sup>7</sup> como otras, de carácter mínimo y específico, en materia de protección de la salud y seguridad de los trabajadores<sup>8</sup>. Pero estas concretas faltas del empresario también pueden desconocerse cuando en el protocolo de actuación se atribuye una tarea preferente a un determinado trabajador que, aunque cualificado y formado, sin embargo obra negligentemente en la ejecución de la misma.

### 3. El deber general de seguridad

En la lógica del recargo se parte de la existencia de alguna norma de seguridad, concreta o previsible, cuya infracción sea imputable a la empresa. Y a partir de esa premisa la cuestión queda reducida a determinar si hay culpa del empresario infractor y si cabe su exculpación por hecho cometido por un tercero, aunque no sea ajeno a la empresa. Pero no es un tránsito fácil, como vemos a continuación.

Para acometer esta delicada tarea debe considerarse el marco general en el que se mueve la noción de culpa, primero el determinado por la doctrina constitucional<sup>9</sup> que excluye la responsabilidad objetiva y que al menos la requiere en su expresión mínima, aunque sea levísima, para poder sancionar; después cabe invocar el artículo 5 de la Directiva 89/391 CE que con todo rigor entiende que ni siquiera el error o la imprevisión la excluyen *porque el patrono debe conocer su industria y prever los diferentes riesgos*. A tal punto es relevante la incidencia de este criterio que incluso podría sostenerse que el

---

<sup>7</sup> El Anexo 1, punto 1-16, del Real Decreto 1215/1997 incorpora las disposiciones mínimas que deben aplicarse a los equipos de trabajo, siendo que el apartado infringido, conforme al autorizado criterio de la Autoridad de Trabajo, alude literalmente a la adecuación que deben reunir *para proteger a los trabajadores expuestos contra el riesgo de contacto directo o indirecto con la electricidad*.

<sup>8</sup> Así, en el artículo 2 del RD 614/2001, en relación con el apartado A-1 del Anexo II del mismo. Por ello resulta especialmente llamativa la obligación, absolutamente contundente, de adoptar las medidas necesarias que propicien riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores mediante su oportuna evaluación conforme al artículo 16 de la LPRL; y después porque, dando por sentado que la operación de desconexión corresponde realizarla al trabajador autorizado conforme detalla el Anexo II-A, es manifiesto que tal ejecución ni anula ni puede esconder la última responsabilidad del empresario en el diseño y cumplimiento de su exclusivo deber de protección.

<sup>9</sup> STC 76/90 de 26 de abril de 1990, entre otras.

deber de cuidado del empresario alcanza la vigilancia exhaustiva de la actuación de los empleados para de este modo prever las imprudencias profesionales, conforme mantiene la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo<sup>10</sup>.

En suma, la doctrina sobre la culpa queda enmarcada en el contexto de los accidentes de trabajo que refieren tanto el artículo 96.2 de la vigente Ley de la Jurisdicción Social como la STS de 4 de mayo de 2015 (Rº. 1281/2014), sentando un principio indiscutido en esta materia: el deber de seguridad del empresario sólo cede en los supuestos de temeridad del trabajador y en los supuestos del artículo 1.105 del Código Civil<sup>11</sup>.

No olvidemos que en la línea de jurisprudencia que venimos comentando se parte abiertamente de considerar si concurre o no culpa del empresario infractor y si puede eximirle de responsabilidad *el hecho culposo de un tercero*, incluido si reviste la condición de compañero de la víctima. Es decir, se califica como *infractor* al empresario y se le atribuye culpa; pero de ésta le libera la que en un tercero se aprecia ¿Y por qué no aplicar un criterio de ponderación o reducción del porcentaje como sucede en el supuesto de concurrencia? Porque con esta decisión está claro qué clase de consecuencias se producen: se deja fuera de toda responsabilidad a la empresa con perjuicio exclusivo de los dos trabajadores, uno sin recargo y el otro sancionado con despido procedente, convirtiendo a este último en chivo expiatorio de un planteamiento de culpabilidad ya superado, favorable a entender el recargo como sanción y no como verdadera prestación de Seguridad Social.

Ello no impide que, conforme al marco contractual, y en aplicación del artículo 1.101 del Código Civil, sea preciso determinar un comportamiento culpable del empresario en relación con los actos de los auxiliares que hayan provocado un daño a otros trabajadores. Pero la exoneración solo puede venir por vía del caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima que en los supuestos de riesgo eléctrico resulta, a priori y en términos de estricta honestidad, a todas luces impensable<sup>12</sup>. No se trata de imponer al empresario una exigencia de control mediante el conocimiento exhaustivo de cada movimiento de sus trabajadores o la aprobación de cada uno de los actos en que intervienen, llegando a la desmesura, sino sencillamente de supervisar el escenario previendo sus riesgos. Sin duda la aplicación de este modelo, cuasi objetivo de la responsabilidad

---

<sup>10</sup> No se agota la deuda de seguridad cuando a un menor se le prohíbe el uso de una sierra cortadora y contraviniendo esa orden se accidenta, porque la empresa *viene obligada a la adecuada vigilancia del contenido de sus instrucciones*. En efecto esta doctrina que contiene la referida jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, condensada en la sentencia de 3 de marzo de 1998 (recurso de apelación 8809/1992), significa que es preciso ir más allá de la simple declaración, toda vez lo importante es precisamente *cuidar que tengan realidad* con adopción de las medidas precisas para su efectivo cumplimiento.

<sup>11</sup> El precepto no deja resquicio alguno para mantener este principio con toda rotundidad: el procesal porque así lo proclama expresamente; y el sustantivo porque el accidente es manifiesto que forma parte de los que pueden considerarse evitables.

<sup>12</sup> En su obra *El escándalo del daño moral* el profesor Luis Díez-Picazo nos aproxima al concepto de *riesgo tolerable* mediante la noción de *riesgo general de vida*, aportándonos un criterio de adecuación muy razonable al caso estudiado, toda vez resulta irrelevante –nos dice con determinación– que el resultado aparezca como previsible o probable (.../...) de manera que *deben quedar excluidas aquellas conductas o condiciones que se corresponden con la regla de la vida*. Es decir, *el actuar dentro del marco del riesgo permitido limita la responsabilidad por imprudencia*.

por hecho ajeno, satisface la reparación del daño sin que en ningún momento pueda hablarse de ruptura del nexo de causalidad. Además, eventualmente, cabe ejercer la acción de repetición del empresario frente a los dependientes por cuyos incumplimientos deba responder a tenor del artículo 1.904 del Código Civil<sup>13</sup>.

No se entiende que una contrata de alta tensión delegue en un operario tan alto grado de responsabilidad asignándole una labor que puede llegar a comprometer su propia vida y la de sus compañeros. Porque al fin y al cabo siempre predominará su condición de mero miembro de un equipo de trabajo y tal encomienda no dejará de evidenciar la falta de medios (o el mero descuido) en la supervisión de una tarea peligrosa<sup>14</sup>. Y menos se entiende aún la inmisericorde respuesta de quien puede perder el contrato con una empresa principal que se limita a esconder su responsabilidad tras el escudo de aquélla. El comportamiento de ambas es abiertamente censurable; y la ausencia de respuesta equilibrada, más aún.

La peligrosidad de estas actividades merece mayor prevención y más reproche a las empresas, no a quienes sólo son emisarios y cortafuegos de una mala práctica: la de ahorrar en recursos que impidan el siniestro. Desde un elemental prisma ético y jurídico no cabe aceptar que quien es titular del deber de seguridad termine premiado, sancionado con desmedido rigor quien haya podido causarlo por mera negligencia profesional y, a modo de epílogo lacerante, que la víctima del daño sea privada de su legítimo derecho a incrementar la prestación.

#### 4. La delgada línea entre negligencia y temeridad

La gravedad de la falta determina el porcentaje del recargo, siendo la concurrencia de culpa su principal criterio delimitador. Y en este punto confluyen la impudencia del trabajador y la responsabilidad final del empresario, que resulta excluida por la temeridad de aquel. El problema puede surgir al abordar la calificación de la imprudencia, porque la llamada *profesional*, basada en la confianza que el desempeño del trabajo infunde, también puede ser causa de accidente. Esta modalidad es objeto de protección expresa y cabe su extensión al compañero que causa el accidente.

La imprudencia profesional no puede exonerar al empresario de la responsabilidad por recargo a no ser que se aplique desde una visión restrictiva y sancionadora que

---

<sup>13</sup> La sentencia del TSJ de Canarias de 31 de marzo de 2006 (Rº. 221/2003) incorpora este mismo razonamiento al supuesto que estudia: la imprudencia de un compañero del trabajador accidentado que le ocasiona graves lesiones por derribar una instalación metálica que cae sobre el mismo por la manipulación incorrecta de una carretilla autoelevadora. La consecuencia no puede ser mas lógica y concluyente: se impone el recargo de prestaciones porque la responsabilidad de la empresa es clara *por no haber elegido adecuadamente a la persona que tenía que manipular la carretilla autoelevadora, por no formarla debidamente para ello o por falta del preciso control en su uso.*

<sup>14</sup> El artículo 24 de la LPRL dispone en su apartado 3 que las empresas que contraten con otras obras o servicios de su propia actividad y que se desarrollen en sus centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

quiebre la relación de causalidad<sup>15</sup>. Es, pues, la temeridad concepto cabal y trascendente que no admite ningún resquicio de duda. Cuando es la propia confianza en la tarea, o el simple descuido, el factor que conduce al daño, debe prevalecer la imposición del recargo porque en este punto la ley es rotunda y en su interpretación no caben medias tintas: el artículo 15.4 LPRL obliga a prever incluso las distracciones o imprudencias no temerarias que el trabajador pudiera cometer. Ese *exceso de imprudencia que arrostra peligros* (tal es la definición literal en el Diccionario de la Academia Española) no puede predicarse de quien integra un grupo de trabajo y omite (naturalmente de forma involuntaria) la desconexión de una zona de seguridad para el trabajo de alta tensión, toda vez resulta impensable que haya intención de producir daño a sí mismo o sus compañeros.

Cuando expresamente se sostiene que determinada conducta no llega a ser temeraria, esto es, que *no existe patente menosprecio del riesgo*, resulta inadmisibles dejar fuera de protección a quien no haya asumido *riesgos manifiestos innecesarios y especialmente graves, ajenos al usual comportamiento de las personas*, conforme exige la reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal en este punto<sup>16</sup>. Así sucede cuando en un grupo de trabajo corresponde al jefe de equipo como *principal misión* la de desconectar la tensión, atribución que no implica necesariamente hacerle responsable del accidente que pueda sufrir un compañero ni tampoco determina un comportamiento temerario<sup>17</sup>, máxime si la empresa estaba obligada a elaborar un plan de prevención y evaluación de riesgos conforme a los artículos 14 y 15 LPRL.

La liberación del empresario de toda infracción requiere partir de un presupuesto de dolo y culpa del sujeto infractor como elemento necesario para la imposición de la sanción. Es claro que, conforme queda expuesto, para sancionar se requiere al menos culpa levísima. Así lo requiere la Directiva 89/391 que en su artículo 5<sup>18</sup> sienta que ni siquiera el error o la imprevisión liberan de culpa leve, *porque el patrono debe conocer su*

---

<sup>15</sup> La relación de causalidad se refuerza cuando en un accidente en alta mar se extiende al trabajador que pierde la vida en un acto encomiable al lanzarse a las aguas para socorrer a compañero que había caído por omisión de medidas de seguridad debido a la defectuosa instalación de barandas protectoras. Así lo entiende la sentencia del TSJ de Galicia de 9 de febrero de 2010 (Rº. 4531/2006) que termina reconociendo el recargo de prestaciones en favor de sus familiares, descartando toda suerte de imprudencia en la tarea de salvamento del fallecido así como la falta de conexión con el accidente laboral origen del fatal desenlace.

<sup>16</sup> Así, entre otras muchas, la STS de 25 de febrero de 2016 (Rº. 846/2014, Sala de lo Social).

<sup>17</sup> La concurrencia de culpas entre la imprudencia no temeraria del trabajador y el incumplimiento de normas básicas de seguridad por parte del empresario no impide ni la infracción ni el consiguiente recargo de prestaciones, conforme lo entiende el TSJ Madrid de 30 marzo de 2012 (Rº. 679/2012). Igualmente es responsable el empresario que, en una obra de instalación de electricidad, no comprueba la retirada de materiales, herramientas y trabajadores en el momento de reposición de la tensión, causando el accidente, conforme declara la STSJ Asturias de 11 mayo de 2012 (Rº. 861/2012).

<sup>18</sup> La responsabilidad del empresario en garantizar la seguridad y salud de los trabajadores queda determinada mediante el artículo 5.1 de la mencionada Directiva que abierta y literalmente dispone tal deber *en todos los aspectos relacionados con el trabajo*. De manera expresa sienta dicho precepto en su apartado 4 que la responsabilidad del empresario podrá excluirse o aminorarse por la concurrencia de *hechos derivados de circunstancias ajenas, anormales o imprevisibles, cuyas consecuencias no hubieren podido ser evitadas a pesar de la diligencia desplegada*. La conclusión es tajante: el empresario solo se libera cuando pueda demostrar que ha adoptado todas las *medidas razonablemente viables* con el fin de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores.

*industria y prever los diferentes riesgos.* Además, este deber empresarial viene corroborado por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Alto Tribunal sobre la materia que así lo resuelve mediante la sentencia de la Sala de lo Social de 30 de junio de 2003 recaída en el recurso 4123/2008<sup>19</sup>, en un supuesto de accidente sufrido por un aprendiz al ser arrastrado por la estructura de una instalación que estaba desmontando en altura. Tan elemental aspecto de la responsabilidad por omisión en las medidas de seguridad ha sido puesto de relieve en la sentencia que poco después dicta el Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha de 4 de junio de 2019 (recurso 708/2018) que impone el recargo solidariamente a las empresas principal y contratista pese a la actitud negligente del trabajador accidentado, al constatarse tanto una manifiesta falta de previsión como la ausencia física del coordinador de seguridad y salud en el lugar del accidente<sup>20</sup>.

Pero no se trata de hacer comentarios inconexos invocando doctrinas sobre la culpa con referencias genéricas a la responsabilidad civil y sus causas de exclusión. Tampoco cabe aludir a la exigencia de culpa flexibilizada<sup>21</sup> por la jurisprudencia conforme a los principios de la responsabilidad *cuasi objetiva*, la teoría del riesgo o la inversión en la carga de la prueba, con citas de autoridad como la sentencia del propio Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010 (Rº. 4123/2008): el empresario es deudor de seguridad quedando liberado si concurre fuerza mayor o caso fortuito, negligencia exclusiva del trabajador o culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario (1.105 CC y 15.4 LPRL). Y ello porque resulta paradójico, aún más, coronar este itinerario argumentativo haciendo alusión al artículo 96.2 de la Ley de la Jurisdicción Social que literalmente y con toda la fuerza expresiva proclama que *no exonera la culpa no temeraria del trabajador*, principio éste que también recoge la sentencia del Alto Tribunal de 4 de mayo de 2015 (Rº. 1281/2014)<sup>22</sup>. Es decir que, *a sensu contrario*, solo la temeridad del trabajador libera

<sup>19</sup> En este caso el trabajador adolecía de formación adecuada toda vez su tarea habitual era la de almace-nero careciendo de experiencia previa en el desmontaje de estructuras de altura.

<sup>20</sup> Es evidente que los requisitos mínimos de seguridad deben ser no solo cumplidos sino supervisados cuando se trata de actividad peligrosa. El Anexo III del Real Decreto 614/2001, sobre riesgo eléctrico, regula los trabajos en tensión y llega a tal punto de exigencia en la prevención que impone que los métodos de trabajo deban prever *tanto los defectos razonablemente posibles de los aparatos como la posibilidad de que se efectúen maniobras erróneas* en la apertura de carga o cierre en cortocircuito, determinando que incluso deben tomarse las precauciones necesarias en los supuestos de retroalimentación intempestiva de la tensión eléctrica.

<sup>21</sup> A este particular se refieren los profesores García-Perrote y Mercader cuando entienden que la STS de 28 de febrero de 2019 (Rº. 149/2019), objeto de nuestro comentario, viene a construir un criterio de responsabilidad *cuasi-objetiva reforzada*, distinguiendo entre la responsabilidad civil que se contrae por el acto de un empleado de la estrictamente penal y administrativa, cuya sanción requiere en todos los casos la culpa del infractor.

<sup>22</sup> Sorprende la cita de esta sentencia, que estudia el accidente por atrapamiento de una máquina que no se detiene al introducir el brazo, determinando una conducta que puede calificarse como imprudencia profesional, que no temeraria. El razonamiento no puede ser más contundente. La empresa no agotó todos los recursos a su alcance ni protegió a la trabajadora frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias, lo que implica el *fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado (porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable)*. Y recuerda un aspecto clave: la vigilancia sobre el cumplimiento por parte de los trabajadores de las normas de prevención *no son una mera obligación formal que se cumpla justificando poseer unos detallados planes de seguridad y salud si no se constata que los mismos son eficaz y efectivamente aplicados*.



de responsabilidad *a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo*. Llegados a este punto, cabe preguntar de qué forma, en base a qué título y con qué clase de fundamento se puede negar el recargo de prestaciones cuando incluso se parte de una declaración previa de imprudencia temeraria del jefe de equipo<sup>23</sup>.

Este golpe de timón podría mantenerse entendiendo que la garantía de seguridad debe integrar medidas que sean razonables y factibles conforme a la expresión *entorno laboral seguro* que fija el Convenio 155 OIT y la Directiva 89/391/CEE; además, la existencia de culpa sería constatable si se argumenta que la objetivación de responsabilidad podría desmotivar el gasto en prevenir siniestros, conectando la de terceros al deber general del artículo 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que de forma contundente remacha el 96.2 de la ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social. En efecto, es la temeridad el criterio diferenciador.

Lo expresado hasta este punto conduce a una inevitable y forzosa imputación de responsabilidad empresarial; sin embargo, puede saltar la sorpresa si se argumenta primero que, en efecto, la calificación concreta de temeridad no procede hacerse, para seguidamente dejar constancia de un severo reproche a la conducta del tercero que obra con omisión de las más elementales normas de prudencia que deben observarse cuando existe riesgo para la integridad física de otros y propia. Este cuadro, completado con la procedencia del despido sufrido por un compañero, inevitablemente conduce a reforzar e insistir en que sólo la imprudencia temeraria puede liberar al patrono de responsabilidad<sup>24</sup>. Y aunque se reconozca abiertamente que tal clase de imprudencia no ha existido, siempre puede darse la paradójica excepción de evitar la imposición del recargo a la empresa que tomó las medidas de prevención necesarias y centrar la culpa en la negligencia grave del empleado.

Este intrincado juego de ramificaciones dibuja un tránsito inesperado que nace de la culpa con responsabilidad para, al mismo tiempo y al amparo de igual fundamento legal, ignorar primero toda culpa por falta de vigilancia y conceder después una indemnización por hecho ajeno.

## 5. El recargo es prestación y tiene naturaleza reparadora

La referida contradicción se sostiene en que la culpa *in vigilando* del artículo 1.903 del Código Civil genera una responsabilidad vicaria que, desprovista de culpa, sólo se extien-

---

<sup>23</sup> Contrariamente, en la sentencia del Alto Tribunal de 25 de abril de 2018, en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 711/2016 y con la misma ponencia, sí se parte de una declaración previa y expresa de temeridad acordada en sentencia firme que se incorpora a las actuaciones produciendo efecto de cosa juzgada a tenor del artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>24</sup> Este principio aparece de forma constante en la doctrina del Tribunal Supremo de la que es muestra relevante la STS número 4595/2010 (Rº. 3516/2009) con ponencia de Aurelio Desdentado, que sienta que incluso concurriendo culpa de la víctima no se rompe el nexo causal y debe determinarse la responsabilidad del empresario, por cuanto *a partir de una generalización de la regla del artículo 1.103 del Código Civil, hay que ponderar las responsabilidades concurrentes moderando en función de ello la indemnización a cargo del agente externo* (MONEREO PÉREZ, J.L. p. 144).

de al acto de otro por no haber controlado debidamente su actividad y que en todo caso podría justificar la reclamación de daños y perjuicios. Para llegar a esta conclusión cabe distinguir entre la responsabilidad civil por el acto de un empleado y la que nace por la comisión de infracciones penales o administrativas, cuya sanción requiere la culpa del infractor. Y esta mención conduce a la vertiente sancionadora del recargo de prestaciones, lo que obliga a entender la responsabilidad de la empresa de forma distinta, más estricta y rigurosa según el ámbito afectado (STC 81/1995)<sup>25</sup>.

Sin embargo, la dicotomía de planos entre las responsabilidades civil, de una parte, y penal y administrativa, de otra, no es aplicable al recargo de prestaciones de la Seguridad Social<sup>26</sup>, que como su propio nombre expresa no cabe identificar con sanción alguna al articularse como un mero aumento prestacional. Por eso, contrariamente a lo que sostiene esa línea de jurisprudencia, no procede hacer aplicación de criterio restrictivo alguno ni de buscar a la figura un forzado rigor de tratamiento, contrario a los más elementales principios de protección social<sup>27</sup>.

Tampoco el Convenio 155 OIT en sus artículos 4-2, 12-A y 16.1 y 2 puede constituirse en el fundamento de tal versión, pues las medidas *razonables y factibles* de que habla la norma internacional deben darse siempre por satisfechas. Pero ello también obliga a realizar un ejercicio de sensatez evitando llevar la obligación a límites de pura fantasía o de imposible cumplimiento. En efecto, *sería diabólico exigir al titular de la empresa el don de la ubicuidad para estar presente en todos los lugares en que se desarrollan actividades de peligro*. Pero más perverso y terrible resulta construir una ficción de conveniencia, a sabiendas de su realidad imposible para huir del escenario y salirse del guión con el argumento, contrario al criterio técnico de la Inspección de Trabajo, de que la empresa en

---

<sup>25</sup> En esta nuclear sentencia se estudia el alcance del concepto *empresario infractor* en lo tocante a las medidas de seguridad, siendo que el Tribunal lo extiende al propietario del poste del tendido eléctrico en que se produce el accidente mortal de un trabajador de la contrata. Deja claro que la responsabilidad en la vigilancia de las medidas de seguridad no solo corresponde al empresario del trabajador sino también al arrendador de la obra o servicio para cuya realización contrató a un tercero con sus propios operarios. No cabe una solución simplista que libere por sistema a la empresa principal para considerar como anclaje de este razonamiento el concepto mismo de culpa extracontractual del 1.902 del CC. Resulta relevante advertir que esta sentencia no entra a pronunciarse *ni tertia en la polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica* del recargo y solo hace referencia a su componente sancionador por remisión a la STC 158/1985 de 26 de noviembre de 1985, dando a la misma un soporte incidental.

<sup>26</sup> REGLERO CAMPOS distingue entre culpa (reproche) y antijuridicidad (juicio de desvaloración). En este marco sitúa el recargo DUQUE GONZÁLEZ cuando establece que hay un espacio para lo objetivo y otro donde sí interviene la culpa para obtener la reparación mediante la indemnización civil (*El recargo de prestaciones como manifestación de la acción de regreso de l Seguridad Social (I)*). Nota 40).

<sup>27</sup> La compleja naturaleza de la figura hace que desde la propia judicatura se cuestione la propia institución a partir de la errática y constante postura que vienen adoptando nuestros tribunales, en función de que se adopte una perspectiva u otra; así, para un relevante sector de aquella las soluciones aparentemente contradictorias en que incurre el Alto Tribunal responden al valor y prioridad que se otorgue a cada uno de sus componentes, concluyendo de forma destacada que las vicisitudes propias de la figura comprometen seriamente el principio de seguridad jurídica y que sus cualidades preventivas y reparadores pueden abordarse con eficacia desde otros mecanismos ya existentes que vengán a reforzar el sistema tanto de sanciones como el propiamente resarcitorio por daños y perjuicios (VILLAR DEL MORAL, p. 173).

absoluto ha infringido los Decretos 1215 y 773 del año 1997, sobre equipos de trabajo y medios de protección.

Es manifiesto que tal concepción unitaria del recargo de prestaciones de la Seguridad Social responde a un modelo ya superado, toda vez no distingue los planos, perfectamente diferenciados, de la figura: uno, el origen infractor que con toda evidencia tiñe su partida de bautismo; y otro que, palmariamente también, la distingue y caracteriza como una institución plena y esencialmente reparadora<sup>28</sup>. La prohibición radical de aseguramiento del recargo, que se recoge en el artículo 164.2 del texto refundido de Seguridad Social, constituye un marco cada vez más cuestionado y decreciente como lo demuestra la posibilidad de asegurar las medidas preventivas del accidente de trabajo. Sin duda aquel impedimento, que curiosamente se estableció por vía reglamentaria en el año 1955 en contra de su original naturaleza resarcitoria, tiene un marcado acento circunstancial en la historia de la institución que se asocia a su rasgo punitivo para lograr del empresario la mejora de condiciones y el cumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo.

Por ello resulta arriesgado comprender y juzgar la figura solo desde su componente sancionador porque el reproche a la conducta del empresario admite una elástica gama de matices que, como queda expuesto, transita desde la exculpación del infractor a la protección de la víctima y desde el rigor disciplinario al simple infortunio<sup>29</sup>.

## Bibliografía

- DÍAZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo del daño moral*. Cizur Menor, Aranzadi-Civitas 2008.
- DUQUE GONZÁLEZ, M., *El recargo de prestaciones como manifestación de la acción de regreso de la Seguridad Social: su incardinación en el sistema de protección social y su coordinación con el sistema de responsabilidad civil*. Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 220 y 221/2019, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2019.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., *Revisitando (una vez más) el recargo de prestaciones*. Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 241/2021. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2021.

<sup>28</sup> La STS de 25 de febrero de 2016 (Rº. 846/2014, Sala de lo Social), recaída en supuesto de sucesión en el recargo a propósito de las prestaciones causadas por asbestosis, deja bien clara su naturaleza y la postura del Alto Tribunal: con remisión a la sentencia de Pleno de 23 de marzo de 2015 (Rº. 20157/2014, Sala de lo Social) se refiere al *definitivo posicionamiento en la materia* que pasa por superar la precedente doctrina mixta para confirmar, *pese a que seguimos manteniendo la existencia de aquella faceta preventivosancionadora en el marco de una naturaleza compleja* por presentar tres finalidades diversas *que deben articular su gestión –reconocimiento, caracteres y garantía– en forma prestacional*. La sentencia y doctrina precedentes ha sido ratificada por la de 18 de mayo del mismo año (Rº. 1042/2014) que mantiene la naturaleza plural del recargo, primando la faceta resarcitoria sobre la preventivo/sancionadora, en cuanto a su transmisibilidad.

<sup>29</sup> En el supuesto que estudia la sentencia, también de la Sala de lo Social del Alto Tribunal, de fecha 14 de marzo de 2017 (Rº. 1083/2015), el accidente de trabajo se centra en las consecuencias de una explosión sin advertencia alguna sobre el riesgo de manipulado de la máquina, careciendo ésta de detectores de presión y de válvulas de seguridad, a lo que se unía un incorrecto mantenimiento del aparato.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., *La repercusión de la imprudencia del accidentado en el recargo de prestaciones*. Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 206/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.
- MERCADER UGUINA, J.R., *El sistema de responsabilidad empresarial por el accidente de trabajo: un modelo en transición*, en AA.VV. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Laborum, 2020, Murcia (pp. 571 a 592).
- MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de prevención en Aurelio Desdentado. Las sentencias sobre pensiones europeas del magistrado Aurelio Desdentado*. Revista de Derecho de la Seguridad Social número extraordinario. Laborum, 2021, Murcia (pp. 139-159).
- REGLERO CAMPOS, L.F. y BUSTO LAGO, J.M. (Coords.) *Tratado de responsabilidad civil*. Cizur Menor. Aranzadi 2014.
- VILLAR DEL MORAL, F.J. ¿Un motivo más para la desaparición en nuestro derecho de la institución del recargo de prestaciones? Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF nº. 443, febrero 2020 (pp. 164-174).
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil por accidentes de trabajo* en REGLERO CAMPOS, L.F. y BUSTO LAGO, J.M. (Coords.) *Tratado de responsabilidad civil*. Cizur Menor. Aranzadi 2014.