

¿Qué hacemos con el recargo de prestaciones? Reflexiones y propuestas para un debate necesario

What to do with the Social Security benefits surcharge?*Thoughts and suggestions for a much needed debate

Elena Desdentado Daroca

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UNED)

doi: 10.20318/labos.2025.9674

Resumen: El recargo de prestaciones que regula el art. 164 LGSS es una figura extraña, híbrida y anacrónica, con un régimen jurídico escaso y confuso. La crítica a esta figura jurídica es prácticamente unánime. Son muchas las voces que defienden la modificación de su régimen jurídico e incluso su supresión, pero el legislador no ha reaccionado ante las críticas y, así, el recargo lleva ya más de un siglo entre nosotros. Esta situación no beneficia a nadie. Los trabajadores o sus causahabientes tienen que enfrentarse a una auténtica maraña de procedimientos administrativos y judiciales para poder cobrar el recargo; si es que, finalmente, lo cobran, porque, al estar prohibido su aseguramiento, las probabilidades de que la TGSS declare la deuda incobrable son altas, más aún teniendo en cuenta el elevado importe de los capitales coste. Tampoco desde la perspectiva empresarial los resultados son satisfactorios: el recargo puede llegar a ser desproporcionado y actuar de forma extemporánea. En este trabajo se reflexiona sobre algunos de los aspectos más problemáticos del régimen del recargo y se ofrecen propuestas de *lege data* y de *lege ferenda* como contribución a un debate que es necesario recuperar en el marco de una reforma que no debe esperar más.

Palabras clave: Recargo de prestaciones, accidente de trabajo, reparación, daño, responsabilidad empresarial, procedimiento, devolución, compensación.

Abstract: The surcharge for social security benefits, established in article 164 of the current Social Security regulation, is an odd concept, hybrid and anachronistic, with an insufficient and confusing legal framework. Criticisms of this concept are practically unanimous. Many are those who defend its modification, even its suppression, but legislators have not taken any action in the face of these criticisms and so, this peculiar surcharge has been with us for over a century. This situation benefits nobody. Workers or their successors have to face a tan-

*We have chosen to refer thus to the “recargo”. It is in fact a concept with no equivalent in an English-speaking legal system. It refers to an increase in the benefits an employee is entitled to, in the case of a workplace accident that the employers are at fault for. It is an increase that the employers themselves are responsible for paying.

gle of administrative and judicial proceedings in order to receive the surcharge; if they do in fact receive it at the end of the road, because, since employers are not allowed to have insurance for it, there is a high probability that the Treasury of Social Security will declare the surcharge uncollectible, especially when the sums are often very high. Results are no more satisfactory from the employer's perspective: the surcharge might be disproportionate or mistimed. This paper reflects on some of the most problematic aspects of this legal concept and offers some suggestions in terms of *lex data* and *lex ferenda*, as contributions to a debate that must be reopened about an urgent legal reform.

Keywords: Social Security benefit surcharge, workplace accident, reparation, injury corporate responsibility, proceedings, return, compensation.

1. Un breve viaje por el tiempo: las razones históricas del recargo de prestaciones y su desconexión actual

En España, como es sabido, el marco general de protección de los accidentes de trabajo¹ se articula a través de un sistema de prevención y un sistema de reparación. En el sistema de prevención, se definen las obligaciones en materia de prevención de los riesgos laborales (en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en sus normas de desarrollo y en los convenios colectivos) y se establecen dos mecanismos represivos: el administrativo (LISOS) y el penal (arts. 316, 317 y 350 del Código Penal). El sistema de reparación, por su parte, funciona a través de tres mecanismos resarcitorios: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de esas prestaciones y la denominada indemnización “civil” adicional, que llamaremos simplemente “indemnización adicional” pues, en realidad, no es civil sino laboral.

Centremos nuestra atención en este sistema de reparación. ¿Por qué es tan complejo? ¿Realmente son necesarias tres vías distintas de reparación? Y, en especial, ¿qué sentido tiene el recargo en este sistema?

En un trabajo especialmente clarificador, DESDENTADO BONETE y DE LA PUEBLA PINILLA explican las razones históricas de este complejo sistema². La cobertura de los accidentes de trabajo se articuló en España, como en la mayoría de los países de nuestro entorno, a través de la responsabilidad del empresario. Al principio, la reparación se regulaba por el art. 1902 del Código Civil, que exigía la prueba de la culpa. Este régimen era muy insatisfactorio, por dos razones fundamentales: primero, por la dificultad de la prueba; segundo, porque dejaba sin protección a los accidentes producidos sin culpa empresarial. Era necesario pasar de una responsabilidad por culpa a una responsabilidad objetiva. Y esto es lo que hace la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. Esta ley estableció la responsabilidad objetiva del empresario, aunque lo hizo mediante una

¹ A efectos de claridad expositiva, a lo largo del trabajo me voy a referir tan solo al accidente laboral, aunque bien entendido que todo lo que diga en relación con este resulta aplicable también a la enfermedad profesional.

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 del empresario y el recargo de prestaciones”, en AAVV, *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000, pp. 639 a 664.

solución de compromiso: el empresario responde siempre, pero esa responsabilidad objetiva queda limitada a las indemnizaciones tasadas expresamente por la ley (cuya cuantía, por otra parte, resultaba muy reducida). Ese sistema de responsabilidad objetiva pero limitada se completaba con el principio de inmunidad y el recargo de las indemnizaciones legales. El principio de inmunidad suponía que quien percibía las indemnizaciones previstas en el sistema legal de responsabilidad objetiva no podía ejercitar la acción civil por culpa para reparar el resto del daño. Pero si existía culpa empresarial, el principio de inmunidad se compensaba imponiendo al empresario la obligación de pagar a la víctima o a sus causahabientes un recargo sobre esas indemnizaciones legales tasadas³. El esquema legal podía resumirse de la siguiente forma: las indemnizaciones legales cubrían la responsabilidad objetiva del empresario en los accidentes de trabajo; si además se acreditaba la culpa del empresario en el accidente de trabajo, se imponía al empresario el pago de un recargo sobre esas indemnizaciones legales, que venía a completar la reparación; estas dos vías de cobertura impedían ejercitar la acción civil de responsabilidad.

Posteriormente, el legislador obligó a asegurar la responsabilidad objetiva del empresario y más adelante el seguro pasó a ser público, momento en el que las indemnizaciones se configuraron como prestaciones de la Seguridad Social.

Este esquema original (indemnizaciones legales + recargo + principio de inmunidad) tampoco fue satisfactorio, pues la mayoría de las veces las dos vías de reparación (indemnizaciones legales + recargo) resultaban insuficientes para reparar el total del daño y el principio de inmunidad impedía que esa reparación íntegra pudiera obtenerse por vía judicial.

La Ley Articulada de la Seguridad Social de 1966 intentó superar las deficiencias de ese esquema originario, suprimiendo el principio de inmunidad: se mantiene la responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes de trabajo, que ahora se cubre con las prestaciones de la Seguridad Social; pero esa responsabilidad objetiva no impide que, si en el accidente media culpa del empresario, el trabajador o sus causahabientes puedan acudir a la vía judicial para exigir una indemnización adicional que garantice la reparación íntegra del daño.

Hasta aquí todo parece claro y el nuevo esquema legal resulta coherente: prestaciones de Seguridad Social + indemnización adicional en caso de culpa empresarial. El problema es que la Ley Articulada de la Seguridad Social de 1966 no eliminó, junto con el principio de inmunidad, el recargo, que, como vimos, iban de la mano: había recargo porque había inmunidad. Con la Ley Articulada de la Seguridad Social de 1966 ya no hay inmunidad, pero sigue habiendo recargo. Un recargo que ha perdido su fundamento y que complica el esquema de reparación del accidente de trabajo, con tres mecanismos resarcitorios distintos (prestaciones, recargo e indemnización), cuya coordinación plantea graves problemas, teniendo en cuenta, además, su compatibilidad con las sanciones administrativas y penales que puedan derivarse de la infracción.

³ El art. 5.5 lo establecía así: "las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía" cuando el accidente se produzca con incumplimiento de las medidas de prevención de accidentes de trabajo.

El recargo, fuera ya de su contexto histórico, no tiene un encaje coherente en nuestro ordenamiento jurídico. A ello hay que añadir que su régimen jurídico es, además, claramente insuficiente, fragmentario y confuso.

No es posible aquí hacer un análisis de todas las cuestiones problemáticas que plantea el recargo. Me remito para ello a mi trabajo “El recargo y su problemática: régimen sustantivo, procedimientos administrativos y aspectos procesales”, de próxima publicación en Bomarzo. Me limitaré ahora simplemente a apuntar los aspectos del recargo que considero más conflictivos y a ofrecer algunas propuestas de *lege data* y de *lege ferenda*, como contribución a un debate que es necesario recuperar en el marco de una reforma que no debe esperar más.

2. Las disfunciones del recargo de prestaciones. Propuestas de *lege data*

2.1. La premisa: el recargo como indemnización

De *lege data* es importante, a mi juicio, partir de la naturaleza resarcitoria del recargo. El recargo es una indemnización y no una sanción.

Es cierto que la naturaleza jurídica del recargo no es clara y así se refleja en la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo que, como sabemos, ha adoptado una solución ecléctica, aplicando unas veces el régimen propio de la sanción, otras el de la indemnización y en algunas casos el de las prestaciones de Seguridad Social. Tampoco la doctrina científica se ha puesto de acuerdo sobre este punto⁴: hay autores que consideran el recargo una sanción impropia o una institución compleja con una naturaleza predominantemente sancionadora; otros autores, alegando el principio *non bis in idem*, defienden que solo puede ser una indemnización; en los últimos años, se ha defendido también su consideración como indemnización punitiva, argumentando que esta figura, propia de los países anglosajones, ya está aceptada en nuestro ordenamiento laboral por el art. 183.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Ninguna de estas teorías resulta totalmente satisfactoria y los autores son conscientes de ello, al igual que la propia jurisprudencia. El problema no está en sus razonamientos: todos ellos tienen, en parte, razón. El recargo, tal y como se configura en el art. 164 LGSS, tiene una naturaleza híbrida, que, en la práctica, lo convierte en camaleónico: unas veces se mimetiza con la prestación de Seguridad Social (no hay recargo sin prestación), otras veces parece actuar como una “sanción complementaria” a la prevista

⁴ Para una exposición detallada de este debate doctrinal, vid J.L. MONEREO PÉREZ, “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: la modernidad de una institución tradicional”, Madrid, Cívitas, 1992; M.A. PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral: análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, Comares, 2000; J.R. MERCADER UGUINA, *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo: Seguridad Social y Derecho de Daños*, La Ley, Madrid, 2001; M.J. ROMERO RODENAS, *El recargo de prestaciones en la doctrina judicial*, Bomarzo, Albacete, 2010; C.L. ALFONSO MELLADO, “El recargo de prestaciones: una mirada en atención a su función”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 17, 2018, pp. 53 a 82.

en el sistema punitivo (no es asegurable) y en otros casos opera como una indemnización punitiva (cuando la reparación, con el recargo, supera el daño).

Pero las indemnizaciones punitivas tienen difícil encaje en un sistema como el de los riesgos laborales, donde ya opera un sistema sancionador específico, administrativo o penal. A favor de la calificación del recargo como indemnización punitiva, se ha dicho que ya existen normas en nuestro ordenamiento jurídico que establecen un plus de responsabilidad en función de la mayor reprochabilidad de la conducta o del beneficio obtenido por el autor del daño⁵. Se citan, en este sentido, el art. 9.3 de la Ley de Protección Civil del Honor, el art. 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, el art. 74 de la Ley de Patentes, el art. 43 de la Ley de Marcas y el art. 55 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Sin embargo, la doctrina civil ha rechazado que en estos supuestos el legislador esté realmente admitiendo la figura de la indemnización punitiva. En todos estos casos, se trata de partidas del daño difíciles de cuantificar con las reglas objetivas de estimación (daño moral y lucro cesante, principalmente); de ahí que el legislador acuda a otros criterios de cuantificación, como el beneficio del infractor⁶. De la misma forma, creo, hay que interpretar el art. 183.2 LRJS. Es muy cuestionable que este precepto admita las indemnizaciones punitivas en un contexto en el que ya existen sanciones administrativas y penales que cumplen con esa finalidad preventiva. Lo que el precepto dice es que, en los supuestos en los que el daño sea difícil de determinar, el juez fijará la cuantía de la indemnización de forma prudencial, teniendo en cuenta la función que, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene la responsabilidad por daños: la reparación íntegra del daño, y, en esa justa medida, la contribución también a la prevención de conductas semejantes. Esto no equivale, a mi juicio, a admitir una indemnización por encima del daño, que es ajena a nuestro Derecho.

El recargo de prestaciones no debe entenderse como una indemnización punitiva sino como una indemnización complementaria a las prestaciones de Seguridad Social, cuya finalidad es reparar el daño causado por el accidente. Es cierto que en ocasiones puede operar como una verdadera indemnización punitiva. Este efecto no se puede evitar, tal y como está regulado actualmente el recargo, y, de hecho, puede intensificarse, debido a la forma en se recauda el capital-coste del recargo en los supuestos de prestaciones sucesivas, lo que crea graves disfunciones en la práctica como después comentaremos. Pero que el recargo opere, en algunos supuestos, como una indemnización punitiva, no significa que lo sea y, desde luego, no significa que lo deba ser.

En nuestro ordenamiento jurídico, las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales están tipificadas en la legislación administrativa y penal. Estos son los únicos mecanismos punitivos que deben aplicarse. El principio *non bis in idem* prohíbe que a la sanción administrativa o penal se pueda sumar otra en forma de recargo sobre las prestaciones causadas. Y, en este sentido, no se puede argumentar que el recargo y la sanción tienen finalidades distintas, pues es evidente que, desde una perspectiva punitiva,

⁵ Se manifiestan a favor de esta interpretación, en su excelente monografía, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN y L.F. DE CASTRO FERNÁNDEZ, *Accidente de trabajo: procedimientos administrativos y soluciones procesales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 115 a 117.

⁶ R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Constitución y Derecho de Daños”, Estudios de Deusto, 2007, vol. 55, nº 1, pp. 30 y ss.

ambos buscan la tutela del mismo bien social: la salud y seguridad en el trabajo. Además, el Derecho Sancionador está sometido a una serie de exigencias y garantías que el recargo no cumple: el recargo no está tipificado como sanción, no se impone por una autoridad con competencia sancionadora y no se determina a través de un procedimiento sancionador; tampoco se aplican al recargo principios propios del Derecho Sancionador como son el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad y el principio de presunción de inocencia. No debería, pues, operar como una medida punitiva.

El recargo, por tanto, solo puede ser una indemnización. Y es lógico que sea así, pues se trata de una cantidad de dinero que pasa del patrimonio del empresario incumplidor al patrimonio de la víctima o de sus causahabientes. Es, ciertamente, una indemnización peculiar, pues se vincula a una prestación de Seguridad Social, con las consecuencias que derivan de ello (cálculo mediante un porcentaje sobre la prestación, recaudación por la TGSS, pago junto con la prestación, etc). Pero, en definitiva, su finalidad principal es reparar el daño, aunque ello pueda tener también un efecto general preventivo frente al ilícito, como siempre lo tienen las indemnizaciones.

De la consideración del recargo como indemnización se derivan el resto de las propuestas que a continuación expongo.

2.2. *La eliminación del procedimiento administrativo de reconocimiento del recargo*

En el punto anterior he concluido que el recargo debe ser entendido como una indemnización que el empresario debe pagar al trabajador, aunque esta indemnización opera de una manera peculiar, incrementando las prestaciones económicas de la Seguridad Social. Esta particularidad justifica que sea la TGSS quien liquide y, en caso de quedar afectada una pensión, sea también la TGSS la que recaude el capital coste del recargo, comunicándolo después a la entidad gestora para que proceda al pago mensual de la pensión ahora con el incremento.

Pero lo que resulta cuestionable es que el reconocimiento del derecho al recargo corresponda a la Administración. El deudor y el acreedor son ambos particulares. Estamos, pues, ante una relación *inter privatos*. Y la competencia para resolver los conflictos entre particulares corresponde en exclusiva a los tribunales. Así lo dispone el art. 117.3 de la Constitución. El pago del recargo solo interesa al empresario y al trabajador, y, por ello, son los tribunales los que deben conocer directamente de esta cuestión.

La competencia de la Administración en el reconocimiento del derecho al recargo tiene una explicación histórica, pero no debe actualmente admitirse. El trabajador debería poder reclamar el recargo directamente ante la jurisdicción social, sin tener que pasar primero por un procedimiento administrativo y, en su caso, por una reclamación administrativa previa.

El pago por la TGSS es perfectamente compatible con la competencia directa de los tribunales en el reconocimiento del derecho al recargo, como, de hecho, se demuestra

en todos los supuestos en que el recargo se impugna y, finalmente, se ejecuta la sentencia de condena al pago.

La supresión de la competencia del INSS no solo es lo correcto, sino también lo más eficiente, pues, de esta forma, se simplificarían los trámites.

Y, en este sentido, hay que tener en cuenta que la normativa que atribuye al INSS la competencia para imponer el recargo [art. 1.1.e) del RD 1300/1995, de 21 de julio y art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1996] carece actualmente de apoyo legal⁷. Me remito para esta cuestión a un trabajo anterior⁸.

2.3. La detacción del recargo en el cálculo de la indemnización adicional

Partiendo de que el recargo es una indemnización y no una sanción, creo que sería conveniente también revisar la doctrina de la Sala IV en relación con la forma de cálculo de la indemnización adicional. El recargo, las prestaciones y la indemnización son tres mecanismos resarcitorios; por eso, a la hora de calcular la cuantía de la indemnización adicional debería detraerse no solo las prestaciones sino también el recargo. Con un sistema de baremación adecuado, esta fórmula nos debería llevar a garantizar la reparación íntegra del daño: ni más, ni menos. Esta es la lógica del Derecho de Daños y hay que respetarla. La reparación no debe ser insuficiente, pero tampoco debe ir más allá del alcance económico del daño efectivamente producido.

Esta conclusión puede producir, en principio, cierto rechazo. Se puede afirmar, en este sentido, que, al detraer el recargo en el cómputo de la indemnización, se pierde su función preventiva. Pero creo que no hay que confundir los distintos planos en que opera el ordenamiento jurídico. La función resarcitoria la cumple el Derecho de Daños; la función preventiva, por el contrario, la tiene que asumir el Derecho sancionador a través de las sanciones administrativas y penales. Si confundimos estos planos, el ordenamiento jurídico pierde coherencia y esto tiene un precio: la inseguridad jurídica y las disfunciones.

El Derecho sancionador es el que debe cumplir la función punitiva. Y no solo por coherencia, sino también porque solo él puede hacerlo de forma eficiente y equitativa. Está configurado para ello. Su finalidad es justamente esa.

DIEZ PICAZO⁹ pone un ejemplo muy ilustrativo al respecto: “hace tiempo, un conocido cronista de asuntos judiciales de un importante diario de difusión nacional, aunque probablemente no plenamente experto en materias jurídicas, mostraba su extrañeza y casi su irritación, ante una sentencia judicial que, en un caso de muerte por acci-

⁷ Es cierto que el art. 22.8 de la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social dispone que los inspectores de trabajo y Seguridad Social pueden instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones. El precepto reconoce, así, la competencia de la Administración de la Seguridad Social para resolver sobre el derecho al recargo de las prestaciones, pero no se trata de una atribución de competencias, sino más bien de la referencia a una atribución previa que no está hecha por la ley.

⁸ E. DESDENTADO DAROCA, “Procedimiento administrativo y protección social. Algunas perturbaciones recíprocas”, *Revista de Derecho Social*, nº 40, 2007, pp. 31 a 62.

⁹ L. DIEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 47.

dente de tráfico de un indigente sin familia, no había acordado ninguna indemnización, no obstante reconocer la culpabilidad del acusado". La sentencia, como advierte DIEZ PICAZO, era, sin embargo, correcta. El Derecho de Daños se limita a reparar el daño causado; si no hay daño, no hay obligación de indemnizar. DIEZ PICAZO se pregunta qué hubiera pasado si el mismo automovilista culpable hubiera ocasionado la muerte de un banquero o de un notario de Madrid, con familia. La respuesta es evidente: en tal caso, el automovilista tendría que haber pagado una cuantiosa indemnización.

Un ejemplo similar se podría poner en relación con el accidente de trabajo. Imaginemos que, por un grave incumplimiento de las medidas de prevención, un trabajador sufre un accidente de trabajo que le produce la muerte, pero este trabajador no tiene familia. No hay daño y, por tanto, no surgirá ninguna de las tres vías de reparación: ni prestaciones, ni recargo, ni indemnización, a pesar de que existe una grave infracción de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales por parte del empresario.

El Derecho de Daños no sirve para sancionar los ilícitos. Para eso ya está el Derecho Sancionador, que, además, es absolutamente igualitario. Las normas sancionadoras son iguales para todos: el automovilista merece la misma sanción con independencia de si la víctima es un indigente o un banquero; el empresario merece también la misma sanción con independencia de si el trabajador tiene o no familia, y con independencia también del nivel de salario del que, como sabemos, depende la prestación que el recargo incrementa.

Volveremos después sobre ello. Pero quedémonos con esta idea, que DIEZ PICAZO nos ha mostrado: las normas verdaderamente igualitarias son las normas sancionadoras. El Derecho de Daños indemniza al que sufre un daño y en la medida en que lo sufre. El Derecho Sancionador, por el contrario, sanciona al que comete una infracción y, en este sentido, la misma infracción merece quien, con la infracción, ha producido un daño, que quien, aun cometiendo idéntica infracción, no ha producido ningún daño o lo ha producido en menor medida. Por eso, es el Derecho Sancionador y no el Derecho de Daños el que debe asumir la función punitiva.

2.4. El aseguramiento del recargo

Durante muchos años, se ha entendido que la responsabilidad empresarial que deriva del recargo no es asegurable¹⁰. Esta conclusión parte de dos razonamientos. El primero parece concluyente: el art. 164.2 LGSS lo prohíbe claramente cuando dispone que la responsabilidad del empresario en el pago del recargo "no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla". La segunda razón es más discutible: se afirma que, aun cuando no existiera esa prohibición legal, seguiría sin poder asegurarse el recargo,

¹⁰ Sobre el aseguramiento del recargo, vid A. ARUFE VARELA, "La asegurabilidad del recargo español de prestaciones de seguridad social: el marco teórico", en AAVV, *La responsabilidad del empresario*, 2012, pp. 271 a 281; M. LUQUE PARRA, "El aseguramiento del recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales", en AAVV, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, 2007, pp. 1269 a 1294.

dada su naturaleza sancionadora; el recargo, desde esta perspectiva, no puede ni debe asegurarse, pues, en caso contrario, perdería su efecto preventivo.

Algunos autores, sin embargo, han defendido que la prohibición de aseguramiento prevista en la Ley General de la Seguridad Social quedó derogada por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales¹¹. Para fundar esta interpretación se alude a los art. 42.3 y 15.5 de esta última ley: el art. 42.3 califica el recargo como una indemnización y, a su vez, el art. 15.5 admite, con carácter general, el aseguramiento de los riesgos derivados del trabajo. A estos razonamientos legales, se añade una defensa de los efectos positivos del aseguramiento del recargo. Se afirma, en este sentido, que la prohibición de aseguramiento perjudica a la víctima: hay que tener en cuenta que en el recargo no hay anticipo ni responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora, por lo que si el empresario es insolvente las prestaciones de la víctima o de sus causahabientes no recibirán ese incremento económico; con el aseguramiento se garantizaría el cobro.

Es cierto que, si se examina la tramitación parlamentaria de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no está claro que, con los arts. 42.3 y 15.5 de esta ley, el legislador quisiera derogar la prohibición de aseguramiento del recargo establecida en el art. 164.2 LGSS¹². Creo, a pesar de ello, que hay argumentos para superar esta prohibición: su posible carácter *ultra vires*, su clara contradicción con lo dispuesto en los arts. 42.3 y 15.5 de la LPRL y su encaje en el seguro de responsabilidad civil (arts. 73 a 76 de la Ley del Contrato de Seguro)¹³. En todo caso, lo que es innegable es que el aseguramiento del recargo tendría efectos positivos tanto para la víctima, que tendría una mejor garantía de cobro, como para el propio empresario, que ganaría en seguridad. Aunque, lo cierto es que en la práctica es dudoso que las entidades aseguradoras estén interesadas en cubrir este riesgo, dada la dificultad de calcular mínimamente su coste al estar sometido a numerosos factores aleatorios.

2.5. *El recargo debe ser proporcionado al daño. Revisión del régimen reglamentario de las devoluciones y compensaciones*

Otro aspecto que, en mi opinión, debería revisarse es la interpretación judicial del régimen

¹¹ J. APARICIO TOVAR y S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales”, Trotta, Madrid, 1996, p. 273; C. PALOMEQUE LÓPEZ, “La configuración del derecho a la protección frente a los riesgos laborales. Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales”, en AAVV, *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 1997, pp. 11 y ss; A. DESDENTADO BONETE, “El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate”, *Revista de Derecho Social*, nº 21, 2003, pp. 11 a 27.

¹² Enmienda nº 97 del Grupo Parlamentario Socialista, BOCG (CD), serie A 9-10, 2-6-1995, p. 165. La doctrina mayoritaria entiende, con apoyo en el trámite parlamentario de la LPRL, que la prohibición de aseguramiento sigue vigente. Comenta esta tramitación parlamentaria M.E. CASAS BAAMONDE en “Derecho público y salud laboral: el régimen sancionador”, AAVV, *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, La Ley, 1997, pp. 138 y 139; también en “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, *Derecho y salud*, vol. 4, julio-diciembre, 1996, nota 20.

¹³ A. DESDENTADO BONETE, “El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate”, cit., pp. 11 a 27; J. APARICIO TOVAR y S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales”, Trotta, Madrid, 1996, p. 273.

men de la devolución del recargo establecido en el art. 71 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGRSS). Para facilitar la exposición de esta problemática, especialmente compleja, propongo que imaginemos dos hipótesis.

En la primera hipótesis, se impone el recargo sobre una pensión de viudedad, pero, poco después del ingreso del capital coste, el beneficiario fallece. ¿Es posible, en este caso, la devolución del capital coste sobrante al empresario? La respuesta es sencilla: no es posible, pues el art. 71 RGSS no admite la devolución en estos supuestos. Esta solución legal es, a mi juicio, razonable. La TGSS calcula el capital coste de acuerdo con unos criterios técnicos actuariales, entre los cuales está la esperanza de vida del beneficiario de acuerdo con su edad. Si, finalmente, esa persona vive más años que los previstos, la Seguridad Social asumirá el coste adicional, pues seguirá pagando la pensión con el recargo. Si, por el contrario, vive menos años, la Seguridad Social se quedará con el remanente, lo que le permitirá afrontar los desajustes que se puedan producir en otros casos. No es una solución desproporcionada, ni irracional; al contrario, responde a la lógica del seguro¹⁴.

La segunda hipótesis es un caso de prestaciones sucesivas. Como consecuencia de un accidente de trabajo, el empresario debe ingresar de forma sucesiva tres recargos: un primer recargo sobre una prestación de incapacidad temporal; un segundo recargo sobre una pensión de incapacidad permanente absoluta; y, finalmente, conforme al art. 217.2 LGSS, un tercer recargo sobre una pensión de viudedad. ¿Es posible en estos casos la aplicación del importe del capital coste no consumido a la capitalización de la pensión de viudedad? La respuesta ya no es tan evidente. La doctrina de suplicación rechaza esta posibilidad¹⁵ y también lo hace, aunque sea *obiter dicta*, la Sala IV del Tribunal Supremo¹⁶. Se argumenta, en este sentido, que, de acuerdo con el art. 71 RGRSS, salvo supuestos especiales expresamente previstos, los capitales coste no son objeto de reversión, ni de rescate, ni de reintegro.

Pero aquí no se trata de rescatar, ni de revertir a la empresa, ni de reintegrar al deudor. De lo que se trataría es de pasar el sobrante del capital coste de la primera pensión al capital coste que ha generado la segunda pensión, exigiendo al empresario únicamente el pago de lo que falte para cubrir la nueva deuda. No se le devolvería nada al empresario, solo se le exigiría pagar la parte que falte. Si, finalmente, la viuda falleciera antes del tiempo que se ha previsto para calcular el capital coste del recargo, ese sobrante final, conforme al art. 71 RGRSS, no se devolvería. Estaríamos, ya, en el caso de la primera hipótesis.

¹⁴ Un supuesto parecido, aunque no idéntico, se planteó en la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, 30.7.2020 (r. 1719/2021). La sentencia entiende que la normativa aplicable no considera la muerte como una causa que justifique la devolución del recargo no consumido. Y afirma que el resultado no supone un enriquecimiento injusto de la Administración de la Seguridad Social: “la extinción de la pensión sin haber consumido todo el capital coste del recargo no puede implicar devolución del sobrante, como tampoco se exige complementos del recargo en caso de superarse el promedio de vida calculado para el beneficiario”. Dada la aleatoriedad que supone el fallecimiento, “unas veces la Administración resultará beneficiada y otras, por el contrario, el resultado saldrá perjudicada”.

¹⁵ STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, 10.3.2020 (r. 999/2019) y Sevilla, Sala de lo Social, 14.12.2017 (r. 3820/2016).

¹⁶ STS 11.10.2023 (r. 1719/2021).

Esta solución, a mi juicio, es más razonable pues, de lo contrario, el empresario podría terminar pagando en concepto de recargo una cantidad de dinero completamente desproporcionada en relación con el daño causado. Imaginemos, por ejemplo, que el trabajador y su esposa son dos personas jóvenes. Si al trabajador, como consecuencia del accidente, se le reconoce una prestación de incapacidad permanente absoluta, el capital coste que deberá pagar el empresario será muy elevado. Pero pensemos que este trabajador, al cabo de tres años, tiene un accidente de circulación y fallece. Como consecuencia de la presunción *iuris et de iure* prevista en el art. 217.2 LGSS, que, según la jurisprudencia, es aplicable al recargo¹⁷, se fijará un nuevo recargo, ahora a favor de la pensión de viudedad; este recargo, dada la juventud de la esposa, también tendrá un capital coste muy alto. El daño, en este caso, se ha transformado y es lógico que, en estas circunstancias, lo que se ha ingresado para cubrir el daño originario, pase a cubrir el nuevo daño. No es este un supuesto que se pueda equiparar a la primera hipótesis que planteamos (pensión de viudedad y fallecimiento del beneficiario *ante tempus*). En esa primera hipótesis hay un daño de cuantía incierta, que se indemniza de acuerdo con criterios actuariales objetivos. En esta segunda hipótesis (prestaciones sucesivas), se producen distintos daños consecutivos; la entidad del primer daño cambia y se añade uno nuevo. Por eso lo más equitativo es admitir que, a medida que el daño se transforma, la indemnización lo haga también, permitiendo la compensación. De lo contrario, el recargo resulta totalmente desproporcionado y contrario a los principios básicos del Derecho de Daños.

Esta solución, sin embargo, tiene un inconveniente. Se podría decir que no es equitativa para la TGSS. Hay que tener en cuenta que la TGSS asume el riesgo de que el capital coste del recargo de la primera pensión sea insuficiente. Si falta, lo paga la TGSS; si sobra, se pasa al segundo recargo. Volvamos a nuestra hipótesis e imaginemos que el trabajador, pensionista de incapacidad permanente absoluta, fallece a una edad superior a la esperanza de vida media que se tuvo en cuenta para calcular el capital coste del recargo de esa pensión. Imaginemos que el coste adicional que ha supuesto esta circunstancia asciende a 50.000 euros. Esos 50.000 euros de más los paga la TGSS. Pero si, por el contrario, el pensionista vive menos tiempo del esperado, se produce un excedente en el recargo de la primera pensión, que, en caso de generarse una pensión de viudedad, no se quedaría la TGSS, sino que, conforme a nuestra propuesta, se llevaría al segundo recargo, vinculado con esta última pensión. La TGSS, en esta operación, asume siempre el riesgo; mientras que el empresario solo lo asumiría en relación con el último recargo.

El resultado, desde luego, no es satisfactorio. Pero creo que, a pesar de todo, esta opción es preferible a la que actualmente aplica la jurisprudencia, exigiendo tres recargos independientes: uno por la incapacidad temporal, otro por la incapacidad permanente

¹⁷ SSTS 9.6.2015 (r. 36/2014) y 11.10.2023 (r. 1719/2021). Esta doctrina resulta cuestionable. No se puede equiparar de forma automática el régimen de las prestaciones al recargo. Las prestaciones cubren la responsabilidad objetiva del empresario en el accidente de trabajo o en la enfermedad profesional; mientras que el recargo solo opera si ese accidente o enfermedad se ha producido por culpa del empresario. El fundamento de las prestaciones de Seguridad Social y del recargo sobre esas prestaciones es distinto. El fundamento de este último es la culpa empresarial y no resulta razonable imputar *iuris et de iure* esa culpa a otros daños.

absoluta y otro por la pensión de viudedad, sin que, en caso de que haya excedentes en el segundo recargo, estos puedan pasar a cubrir parte de la deuda generada como consecuencia del tercer y último recargo.

En todo caso, hay que reconocer que ninguna de las opciones resulta óptima. Y esto es así porque, en realidad, el recargo no es, en ningún caso, la solución adecuada.

¿Por qué pasa esto? Porque una indemnización para reparar el daño no debería estar vinculada, como lo está el recargo, a una prestación de Seguridad Social. Y esto nos lleva a la segunda parte de estas reflexiones: el recargo debe suprimirse, porque no tiene solución de *lege data*. Por mucho que se intente corregir su régimen jurídico por vía interpretativa, el resultado nunca es satisfactorio.

3.1. Revisión de lege ferenda. La necesaria eliminación del recargo

El recargo de prestaciones es una contradicción en sí misma. Hemos intentado superar los problemas del recargo considerándolo una indemnización; es la única vía posible, porque, como sanción, vulneraría el principio *non bis in idem*. Pero, aun aceptando que, en esencia, es una indemnización, resulta innegable que tiene también ciertos elementos que lo aproximan a la sanción.

Sabemos que el recargo tiene un régimen especial, que, claramente, pretende cumplir dos funciones: una resarcitoria y una punitiva. Pero sabemos también que nuestro ordenamiento jurídico ya tiene mecanismos que cumplen estas dos funciones: el Derecho de Daños y el Derecho Sancionador. El recargo se solapa con estos mecanismos generando graves disfunciones.

Ahora bien, destruir la lógica interna del ordenamiento jurídico tiene un coste en la coherencia del sistema. Si el Derecho Sancionador no funciona hay que mejorarlo. Lo mismo sucede con el Derecho de Daños. El primero se puede mejorar reforzando las actuaciones inspectoras; el segundo, claramente resultaría más eficaz si se articulara un baremo específico para los accidentes de trabajo con valoraciones del daño realistas y con actualizaciones regulares, como desde hace mucho tiempo lleva reclamando la doctrina.

Los problemas del Derecho Sancionador y del Derecho de Daños tienen que resolverse con reformas legislativas adecuadas que actúen en cada una de estas ramas del ordenamiento jurídico. No hay que pensar que estos problemas los va a resolver el recargo. Muy al contrario, el recargo actúa como un problema añadido. Ello es así porque el recargo no es eficiente ni como mecanismo preventivo, ni como mecanismo resarcitorio.

El recargo no es eficiente como mecanismo preventivo, porque actúa de forma aleatoria y desproporcionada:

- a) Si no hay prestación, no hay recargo, aunque la infracción empresarial haya sido muy grave.
- b) Si hay prestación, opera el recargo, pero su importe dependerá de la cuantía de la prestación, que a su vez dependerá del salario de la víctima. La misma

infracción con un resultado similar tendrá recargos distintos en función del mayor o menor salario del trabajador accidentado.

Es evidente que un régimen de estas características no es equitativo ni eficiente en el plano preventivo.

En el ámbito resarcitorio, tampoco el recargo actúa con eficacia. Y esto es debido fundamentalmente a la cantidad de procedimientos administrativos y judiciales que debe seguir el afectado para poder cobrar el recargo; si es que, finalmente, lo cobra, porque, al estar prohibido su aseguramiento, las probabilidades de que la TGSS declare la deuda incobrable son altas, más aún teniendo en cuenta el elevado importe de los capitales coste.

La víctima, o sus causahabientes, pueden tener que pasar por varios procedimientos administrativos: el procedimiento de reconocimiento de la prestación de Seguridad Social, el procedimiento sancionador (en el que tiene la condición de interesado), el procedimiento de reconocimiento del recargo y el procedimiento de liquidación y recaudación del recargo. Cada uno de estos procedimientos puede dar lugar a una impugnación judicial, generando hasta cuatro procesos distintos. Los tres primeros son competencia del orden social, pero la posibilidad de resoluciones contradictorias existe desde el momento en que no se admite la acumulación de acciones ni la acumulación de procesos¹⁸. Del último conoce el orden contencioso-administrativo. En paralelo, también es posible que se abra un proceso penal. Y, finalmente, habrá también que presentar demanda en el orden social para reclamar la indemnización adicional. En total: 4 procedimientos administrativos y 6 procesos judiciales. Esto sin contar la posibilidad de tener que impugnar la calificación de la contingencia.

Ya el Tribunal de Cuentas alertó en 2019 de las deficiencias del recargo como mecanismo de reparación del daño¹⁹. En su informe, el Tribunal señala que existen “graves retrasos desde la resolución de la declaración de responsabilidad hasta que el beneficiario comienza a percibir el importe del recargo reconocido”. De 24 expedientes analizados, el Tribunal de Cuentas señala que “en 7 de ellos, el tiempo transcurrido fue de 509 días; en 6 expedientes, ese tiempo se elevó a 946 días; en siete expedientes subió a 1.342 días; en ocho a 1.658 días y en dos expedientes a 1.968 días”. En la jurisprudencia se pueden ver casos en los que pasaron casi 20 años entre el reconocimiento inicial del derecho y el término del *via crucis* judicial, casos en los que, finalmente, no se llegó a cobrar nada; también supuestos en los que la Administración ha tenido que asumir la responsabilidad patrimonial por el largo tiempo transcurrido entre la resolución del INSS relativa al recargo y el inicio del procedimiento de recaudación, socializándose así el coste derivado de la infracción empresarial²⁰.

¹⁸ Arts. 25.4 y 30.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

¹⁹ Tribunal de Cuentas, “Informe de fiscalización sobre los procedimientos de gestión y control relativos a los recargos aplicados por la falta de adopción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo”, nº 1332.

²⁰ Un caso especialmente significativo es el que se planteó en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2021, r. 289/2017. En la doctrina de suplicación, tiene también interés el supuesto suscitado en la STSJ de Castilla y León (Burgos), de la Sala de lo Contencioso-administrativo, de 25 mayo de 2018 (r. 54/2017).

En fin, es innegable que en muchos casos la víctima del accidente o sus causahabientes tiene importantes dificultades para cobrar el recargo, que se agravan, además, como consecuencia de la prohibición de aseguramiento.

Tampoco desde la perspectiva empresarial los resultados son satisfactorios: el recargo puede llegar a ser desproporcionado y actuar de forma extemporánea. En algunos casos el empresario puede llegar a pagar varios recargos sucesivos, sin compensación entre ellos; el último recargo, además, se puede imponer muchos años después del accidente de trabajo, 15, 20 e incluso 30 años después, a veces sobre la empresa sucesora, que no contaba con semejante deuda.

¿Es este un sistema de reparación adecuado? Claramente no.

Se ha dicho que el recargo tiene un enorme atractivo emocional, que responde a un ideal de justicia romántico²¹. Es cierto. En principio, una figura de este tipo, que azota al empresario incumplidor, parece justa y uno siente que eliminarla supone debilitar tanto el sistema de reparación como el de prevención. Pero ya hemos visto que, en la práctica, no funciona; al contrario, puede ser perjudicial.

A mi juicio, la solución más razonable es eliminarlo y volver nuestra atención sobre el Derecho de Daños y el Derecho Sancionador. Mejoremos estos mecanismos, para prevenir de forma eficiente los accidentes de trabajo y para reparar a la víctima como merece, de forma íntegra y rápida. No lo confundamos con una telaraña de procedimientos administrativos y judiciales. Ofrezcámole una solución sencilla, que le permita solicitar la reparación del daño directamente, en un único proceso. Y demos al empresario también la claridad y seguridad necesaria para que conozca el alcance de su responsabilidad, lo que facilitará, sin duda, su aseguramiento. Esto, a su vez, ofrecerá una garantía de cobro a la víctima. Todo ello, dejando aparte las prestaciones de Seguridad Social, que tienen una lógica y un fundamento distintos. Creo que así el sistema mejoraría en coherencia, en claridad, en eficacia y, lo que es más importante, en equidad.

²¹ A. DESDENTADO BONETE, "El recargo de prestaciones y el complejo de Robin Hood", *Diario La Ley*, nº 6857 (9 de enero de 2008).