

El recargo de prestaciones. Crónica de un anacronismo

The benefits surcharge. Chronicle of an anachronism

Rodrigo Martín Jiménez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo

Universidad Rey Juan Carlos

ORCID ID: 0000-0001-5728-9245

doi: 10.20318/labos.2025.9682

El recargo de prestaciones es una figura singular, sugerente, polémica, cuestionada¹ y de difícil justificación dogmática en un momento en que los sistemas normativos e institucionales de seguridad social y de seguridad y salud en trabajo gozan de un elevado nivel de desarrollo y otorgan una adecuada y seguramente completa protección jurídica y económica al trabajador que sufre un accidente laboral y establecen también una adecuada reacción frente a la empresa que no aplicó con la diligencia suficiente las medidas de adecuadas de prevención y evitación de los accidentes.

La vigencia del recargo, 125 años después de su nacimiento, suscita serias dudas. La lectura del art. 164 de la LGSS y de otras normas concordantes, así como de las resoluciones judiciales que lo aplican produce cuando menos desconcierto y duda.

1. Origen, justificación y anacronismo actual

El recargo de prestaciones tiene su origen en la vieja Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, cuyo artículo 5 establecía para el caso de que “el accidente produjese la muerte del obrero” una obligación a cargo del patrono consistente en que “las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento ú obra cuyas máquinas ó artefactos carezcan de los aparatos de precaución” (disposición 5ª).

El hecho de que los beneficiarios de esta indemnización fueran la viuda, los descendientes legítimos menores de diez y seis años y los ascendientes, pero no el propio trabajador accidentado, era coherente con el carácter de una Ley “hecha para los pobres”²

¹ Pionero fue, en esta idea, el trabajo de A.V. Sempere Navarro “La responsabilidad del empresario por accidente de trabajo” V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 1994.

² A. Ossorio y Gallardo, *Accidentes del trabajo*, 2ª ed., Las Leyes, Biblioteca económica de legislación y jurisprudencia, Madrid, 1902, pág. 34.

como lo prueba que el propietario de los establecimientos industriales pudiera sustituir las indemnizaciones establecidas en el art. 5 (entre ellas, el recargo) por pensiones vitalicias garantizadas a satisfacción de la víctima o de sus derechohabientes en porcentajes variables entre el 40 y el 10% del salario anual dependiendo de la supervivencia o no del cónyuge y de, en su caso, las cargas familiares.

Muy escasas y fragmentarias eran las normas laborales de la época. Dejando a un lado el Real Decreto de 1 de marzo de 1906 –que estableció como objeto de inspección, dentro del Instituto de Reformas Sociales, el cumplimiento de la Ley de Accidentes “en lo que hace relación á la previsión de estos accidentes”– o la Ley de Tribunales Industriales de 1908, el panorama normativo hasta la década de 1920 venía representado por un puñado normas dispersas vinculadas a la legislación industrial o legislación obrera³; tras la creación del Ministerio de Trabajo en 1920, fue el Código del Trabajo de 1926 el primer cuerpo normativo que refundió y sistematizó las normas de la época atinentes a las relaciones de trabajo; habría que esperar hasta los años 30 para ver en letra impresa la expresión “Derecho del Trabajo”⁴, la obligatoriedad del seguro de accidentes (1932)⁵ o, pasado el ecuador de los años 40, asistir a la creación de la primera Cátedra de Derecho del Trabajo, que fue ganada por Eugenio Pérez Botija. No ha de olvidarse, en fin, que la Jurisdicción especializada data de 1938 con la creación de las Magistraturas de Trabajo⁶, que la primera Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo fue de 1962 y que no fue hasta la Ley de Bases de 1963 cuando se crea la Seguridad Social como sistema público de protección que pone fin al viejo sistema de seguros privados y seguros sociales⁷ ...

Podría pensarse que este aumento de la indemnización en que consistía el recargo de prestaciones podría encajar conceptualmente en la responsabilidad contractual del art. 1101 o aún en la extracontractual del 1902 del Código Civil. Una razón puramente temporal –los poco más de 10 años que separan la aprobación de éste y la de la Ley de Accidentes– abonaría esta tesis. Sin embargo, como si de un anticipo premonitorio del actual art. 14 de la LPRL se tratara, el art. 2 de la Ley de Accidentes atribuía al empresario la responsabilidad “de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen”, y el art. 53 del Reglamento de 28 de julio de 1900 añadía: “Los patronos tienen el deber de emplear en las fábricas, talleres y obras todas las medidas posibles para la seguridad de sus operarios”⁸. Con toda razón se

³ L.E. de la Villa Gil, *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003, pág. 135.

⁴ C. García Oviedo: “Consideraciones jurídicas acerca del derecho del trabajo”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 164, 1934.

⁵ Como indica M. Alonso Olea, “el seguro forzoso hubo de esperar hasta el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo de 1932 (bien que éste fue precedido, para los accidentes del mar, por el Decreto de 15 de octubre de 1919). *Vid.* “La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 como origen de la Seguridad Social”, en *Cuadernos de Información Económica*, nº 159, noviembre/diciembre 2000, pág. 148. El texto refundido se publicó en la Gaceta de Madrid de 12 de octubre de 1932.

⁶ Decreto de 13 de mayo de 1938, de supresión de los Jurados Mixtos y creación de las Magistraturas de Trabajo.

⁷ Sobre el tema, F. García Ortuño, *Seguros privados y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, 1976.

⁸ Ciertamente, estas medidas no eran cualesquiera, sino las “que dicte el Gobierno, de acuerdo con la Junta técnica, para la previsión de los accidentes, con el fin de aplicar aparatos y mecanismos especiales destinados a la seguridad de los operarios” (art. 56).

ha escrito que este precepto fue revolucionario⁹, pues la responsabilidad sin mediar culpa o negligencia rompe con una tradición milenaria y la convierte —añadimos nosotros— en una responsabilidad objetiva o cuasi objetiva que solo admite como excepción a su nacimiento la fuerza mayor y la improcedencia temeraria.

Situados ante una responsabilidad objetiva o cuasi objetiva por accidente de trabajo, el recargo de prestaciones deviene en una figura o institución anacrónica y carente de justificación hoy en día por las siguientes razones:

- El presupuesto de la indemnización en que consistía el actual recargo era el fallecimiento del trabajador accidentado, lo que justificaba que los beneficiarios del mismo fueran la viuda, los descendientes menores de una cierta edad y los ascendientes. En la actualidad, tal presupuesto se ha sustituido por la existencia de una prestación de la Seguridad Social.
- Si la empresa incumple las medidas preventivas y este incumplimiento es la causa del accidente:
 - a) El sistema de vigilancia en el cumplimiento de la legislación preventiva a cargo de la Inspección de Trabajo se aplicará a la empresa inculpidora, con las garantías propias del Derecho Administrativo Sancionador (legalidad, tipicidad, etc.).
 - b) Se depurará la responsabilidad penal de los presuntos responsables, como lo prueba el número creciente de resoluciones judiciales que aplican los arts. 316 a 318 del Código Penal.
 - c) El trabajador podrá obtener una indemnización de daños y perjuicios si la empresa concertó el correspondiente seguro y, en otro caso, podrá exigir a la misma los daños que consiga acreditar ante los órganos jurisdiccionales del orden social derivados de la responsabilidad civil/laboral por el accidente de trabajo¹⁰.
- Compatibilidad con otras responsabilidades:
 - El Reglamento de Accidentes de Trabajo de 28 de julio de 1900 ya advertía (artículo 64) que ese aumento de las indemnizaciones procedía “con independencia de toda clase de responsabilidades”. Esta regla general pudo ser matizada por la jurisprudencia (civil) de la época: “aun cuando por sus términos literales pudiera suponerse aplicable el art. 64 a los casos de total inobservancia de los preceptos generales de la ley, en modo alguno cabe apli-

⁹ M. Alonso Olea, “La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 como origen de la Seguridad Social”, cit. pág. 145.

¹⁰ Es llamativo que el art. 27 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 28 de julio de 1900 ya previera que “El obrero víctima del accidente, ó la persona ó personas interesadas, tienen derecho a reclamar ante las Autoridades gubernativas y á demandar al patrono ante el Juez de primera instancia

car dicho texto a otras omisiones del patrono como las de asistencia médica, la cual tiene adecuada compensación en la condena al pago de los gastos hechos”¹¹. Matizado o no, el hecho de que el recargo fuera compatible en una época de escaso desarrollo normativo y con contados casos que acreditaran la plena cobertura de la responsabilidad nacida del accidente, no justifica su compatibilidad actual, considerando la responsabilidad la amplia responsabilidad (penal, administrativa, civil/laboral, prestacional de la Seguridad Social) que hoy en día surge y es exigible.

- La compatibilidad se ha mantenido en los diversos textos de las Leyes de Accidentes de Trabajo –cuya cita omitimos en aras a la brevedad expositiva– y el vigente art. 164.3 de la LGSS: “La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”. Preguntarse por la pertinencia actual de esta compatibilidad exige cuando menos una aproximación al primero de los puntos débiles del recargo: su naturaleza jurídica.

2. Puntos débiles y/o de especial complejidad

2.1. Naturaleza jurídica

Las diversas finalidades que persigue el recargo –sancionadora-punitiva, indemnizatoria-resarcitoria– han motivado un amplio debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la determinación de su naturaleza jurídica. Su fundamento incumplidor lo encuadraría en el área del Derecho Sancionador Público (Derecho punitivo del Estado), mientras que su finalidad y destino lo asimila a las indemnizaciones.

Sanción administrativa

Es clásica la posición doctrinal y jurisprudencial favorable al encuadramiento del recargo como tipo o subtipo especial de las sanciones administrativas. El fundamento de esta tesis se encuentra, históricamente, en la reforma de 1955 que conectó la normativa en materia de accidentes con la de la incipiente Seguridad Social y reconoció legalmente el carácter sancionador del recargo¹².

Hay argumentos que permiten respaldar esta postura: su responsabilidad se depura tras un procedimiento administrativo a cargo del INSS que, si bien es entidad gestora

¹¹ Sentencia de 28 mayo 1918, sintetizada por A. RODRÍGUEZ MARTÍN y S. ALARCÓN HORCAS, en *Accidentes del trabajo (teoría y práctica de la responsabilidad)*, Reus, Madrid, 1923, p. 347 y 348. La sentencia de 23 abril 1918 (también recogida, en esencia, en la obra citada, p. 348) a fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en este precepto, entendió infringido “el art. 64 del Reglamento al no imponer en la sentencia el aumento de indemnización por la falta de medidas previsoras para la seguridad del obrero en el trabajo”.

¹² A.V. Sempere Navarro y R. Martín Jiménez, *El recargo de prestaciones*, Aranzadi, 2001, pág. 34.

y no tiene la condición de autoridad pública, conecta con el procedimiento administrativo sancionador tramitado por la Inspección de Trabajo y concluido mediante resolución de la Autoridad laboral; como las sanciones administrativas, no puede ser objeto de aseguramiento; la obligación de constituir ante la TGSS el capital coste hace que su importe se considere un recurso de la Seguridad Social, especialmente visible cuando los beneficiarios fallecen; el principio de tipicidad que, ciertamente debilitado, sigue rigiendo en la materia, permite entender como exigible un previo incumplimiento normativo...

Esta tesis presenta indudables objeciones: el fundamento de la imposición de sanciones se encuentra en el incumplimiento objetivo de un deber tipificado en la norma, de manera que el incumplimiento es el factor desencadenante de la sanción sin que el resultado concreto pueda considerarse como esencial o inherente a aquélla, sin perjuicio de que este resultado pueda servir como criterio de agravación de la responsabilidad; por otra parte, el beneficiario del importe de las sanciones debería ser el sistema público y no el trabajador accidentado; en fin, si fuese precisa la comisión de al menos una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, pese a su carácter abierto en cuanto a los tipos [basta una falta de medidas generales o particulares (art. 164.1 LGSS)] el *non bis in idem* resultaría vulnerado.

Indemnización

Los argumentos sobre los que se apoya la concepción indemnizatoria del recargo son, sucintamente, los siguientes: el destinatario del mismo es un particular (el beneficiario de las prestaciones) y no el sistema público de Seguridad Social, con lo que su naturaleza se sitúa en un plano de relación jurídico-privada, a pesar de la intervención de un organismo público; se evita la colisión con el principio *non bis in idem*, la capitalización del importe del recargo ante la TGSS no desvirtúa esta naturaleza; en fin, la LISOS no lo ha incorporado en su articulado.

También esta tesis presenta sus objeciones: dificultad de deslindarlo de la indemnización civil/laboral de daños y perjuicios, porcentaje tasado (30-50% en función de la gravedad de la falta) y vinculado la cuantía de una prestación de la Seguridad Social de duración indeterminada, etc.

Síntesis

El Prof. Monereo ha tenido ocasión de postular la naturaleza dual (aflictiva y reparadora) del recargo en términos no de yuxtaposición sino de combinación: el recargo posee carácter esencialmente sancionador, pero está limitado por un componente indemnizatorio en razón del perjuicio causado por el siniestro laboral. Se trata de una “sanción compleja unitaria” o una “sanción extraordinaria”¹³, situada entre las sanciones públicas

¹³ STSJ del País Vasco de 15 de abril de 1998 (AS 1998\2026).

y las privadas, lo que induce a hablar de su “modernidad”, habida cuenta de que “son justamente este tipo de sanciones complejas las que han demostrado mayor eficacia para atender a los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico”¹⁴.

La naturaleza híbrida del recargo exige admitir la presencia de elementos propios de las indemnizaciones junto a otros caracterizadores de las sanciones. Así, persigue reparar los daños sufridos por el trabajador, pero se trata de una responsabilidad no asegurable; se penaliza al empresario infractor, pero la LGSS lo recoge entre las “Normas generales en materia de prestaciones”; el beneficiario natural es el trabajador, pero cuando el mismo ha fallecido y carece de causahabientes el importe correspondiente puede integrarse en los fondos del Sistema de la Seguridad Social mediante el capital coste constituido ante la TGSS; quien lo impone es una entidad gestora que carece de la auctoritas necesaria para la imposición de sanciones; se precisa de un previo procedimiento administrativo a su imposición, y la resolución que se dicte es susceptible de impugnación jurisdiccional, pero el procedimiento seguido no es el propio de las sanciones administrativas; en fin, su imposición requiere un previo incumplimiento empresarial, pero los criterios acogidos para determinar su existencia parecen separarse de los propios del Derecho sancionador (por ejemplo, la tipicidad) y adentrarse en los de la responsabilidad patrimonial.

2.2. Ausencia de tipicidad

Podríamos analizar algunos pronunciamientos judiciales que han elaborado criterios relevantes respecto de la exigencia o no de tipicidad en la falta cometida y su conexión con el accidente. Creemos, sin embargo, que puede resultar de mayor utilidad aportar algunas ideas propias que son el resultado de la lectura de infinidad de sentencias sobre esta cuestión. Tengamos en cuenta que el recargo surge “cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador” (art. 164.1 LGSS). La referencia a la inobservancia de las medidas generales bastaría para dejar zanjada la cuestión, más aún si se considera que el art. 14 de la LPRL establece a cargo de la empresa un deber general de prevención que llega a ser ilimitado, pues aquélla es garante y responsable de cualquier lesión producida en tiempo y en lugar de trabajo. De otra parte, el concepto de norma preventiva es sumamente amplio presta cobertura a nor-

¹⁴ 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*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 78; su desarrollo, en págs. 54-82. Así, el componente indemnizatorio explica que “el beneficiario último de la prestación suplementaria de recargo sea el trabajador accidentado (o, en su caso, otro destinatario legal), aunque no se trata de una pura indemnización de naturaleza jurídico-privada, sino de una responsabilidad anudada a la infracción de normas eminentemente de Derecho público” (pág. 65); “se produce una pervivencia de la responsabilidad individual del empresario, pero no se trata de la permanencia de las técnicas de Derecho Civil, sino de la responsabilidad aneja a la medida sancionadora” (pág. 67).

mas de muy diverso rango (legales, reglamentarias, convencionales) e incluso a normas de dudosa naturaleza como lo son las llamadas normas jurídico-técnicas¹⁵. La ausencia de tipicidad es fuente de inseguridad jurídica, y ésta se incrementa con el carácter cuasi objetivo de esta responsabilidad, la cual no queda anulada por la concurrencia de culpa o negligencia del trabajador o por el acaecimiento de un hecho fortuito o improbable (lluvia en Madrid en el mes de julio, por ejemplo). La culpa *in eligendo* o *in vigilando* no eximen de responsabilidad, aunque sí (y solo) la fuerza mayor y la imprudencia temeraria del trabajador, pero estos casos son muy poco habituales, por lo que el recargo se impone con un (casi) inevitable automatismo.

2.3. Necesidad de que haya (o no) una prestación de la Seguridad Social que recargar y constitución del capital coste

La conexión entre un importe capitalizado por la empresa ante la TGSS y la prestación que el beneficiario percibe del INSS a resultas del accidente de trabajo permite detectar algunas anomalías.

El importe del recargo se otorga al beneficiario de la prestación, es decir, al propio trabajador (en accidentes que dan lugar a la declaración de incapacidad temporal o incapacidad permanente) o a sus causahabientes en caso de fallecimiento (viudedad, orfandad), lo que permite cuestiona el carácter reparador del recargo respecto del trabajador accidentado, que en estricta lógica preventiva debería ser –al margen de los poderes públicos– el único beneficiario. Por otra parte, la vinculación del recargo a una prestación implica, paradójicamente, que sin prestación no haya recargo (por ejemplo en el caso del accidente mortal de un trabajador sin cónyuge o pareja de hecho, hijos y ascendientes) y también supone que si la prestación se extingue por fallecimiento del beneficiario, el capital coste resultante del cálculo actuarial que ya abonó la empresa no le sea reintegrado a ésta, dando lugar a un inexplicable enriquecimiento injusto a favor de la Administración.

Si la empresa resulta finalmente condenada al abono del recargo –ya sea porque no recurre la resolución del INSS o porque, recurrida ésta, el orden jurisdiccional social entiende procedente la imposición del recargo– deberá ingresar el importe (capital-coste) correspondiente en la Dirección provincial de la TGSS:

- El INSS no está obligado a anticipar las cantidades de que se trate en caso de que el empresario no pueda hacerlo¹⁶.
- Tampoco cabe imputar al INSS responsabilidad subsidiaria en el supuesto de insolvencia empresarial: el recargo no es una modalidad de prestación, sino una pena o sanción que se añade a la propia prestación de la que sólo es responsable

¹⁵ Sobre el tema, R. Martín Jiménez, *Informe conmemorativo de los veinte años de la aprobación de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, CEOE, Madrid, 2015, págs. 25-37.

¹⁶ Art. 16.3 OM 18 enero 1996.

la empresa incumplidora de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales¹⁷.

- Consecuencia de lo anterior es que no se aplica al recargo la revalorización anual prevista para las prestaciones de la Seguridad Social; de igual modo, su cuantía no se ve limitada por el tope máximo de las pensiones que se establece anualmente¹⁸.

Se ha dicho que el recargo lo es sobre las prestaciones de la Seguridad Social, de manera que la inexistencia de éstas –ya sea por incumplimiento de los requisitos para causar derecho a ellas o por inexistencia de beneficiarios– determina la improcedencia de su imposición efectiva, al no ser posible recargar lo que no existe¹⁹. Y ello porque, más técnicamente, la imputación de responsabilidad a un sujeto implica admitir la previa existencia de un derecho atribuible a otro²⁰, de modo que la ausencia de éste determina también la de aquélla. Ocurre, sin embargo, que la capitalización del importe del recargo por la TGSS se realiza sin necesidad de que la resolución del INSS (o la sentencia dictada por los órganos jurisdiccionales sociales en caso de impugnación) sea firme, y ello sin perjuicio de las devoluciones que en su caso procedan si su pago resultara indebido²¹; por esta razón es posible que el INSS dicte resolución condenando a la empresa al pago del recargo sin que existan beneficiarios e inmediatamente después la TGSS le exija el pago del capital-coste correspondiente, lo que no parece lógico ni razonable, además de ser su muchas veces inasumible y de consecuencias dramáticas para las pequeñas y medianas empresas. Como apunte, se indica que es posible aumentar el importe del recargo si aumente el porcentaje de la base reguladora de la pensión (en el caso, de viudedad) a consecuencia de una reforma normativa²².

2.4. Prohibición de aseguramiento

La Ley de 10 de enero de 1922, de Accidentes de Trabajo, en el artículo (sexto) encargado de regular las indemnizaciones a satisfacer por el empresario en casos de fallecimiento por accidente de trabajo, advertía que “las indemnizaciones determinadas por esta Ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas y artefactos carezcan de los aparatos de precaución a que se refiere el artículo 17” (regla quinta, párrafo primero), añadiéndose que “el riesgo

¹⁷ SSTs de 8 de marzo y 16 de noviembre de 1993 (RJ 1714 y 9069), 31 de enero, 7, 8, 9 y 12 de febrero, 20 de mayo, 22 de septiembre (RJ 398, 809, 815, 820, 1030, 4288, 7170) y 20 de marzo de 1997 (RJ 2591), entre otras.

¹⁸ Cfr. A. Cea Ayala, “El recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: criterios jurisprudenciales y administrativos”, *Actualidad Laboral* nº 24, 1994, pág. 372.

¹⁹ STS 14 octubre 1991.

²⁰ S. Olarte Encabo, *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997, pág. 163, quien cita, en apoyo de esta idea, a RODA LÓPEZ, “La relación jurídica de previsión: su naturaleza y estructura estática”, *Revista de Trabajo* nº 54-55, 1976, pág. 203.

²¹ Art. 83.2 de RD 2064/1995, de 22 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

²² STS de 25 de enero de 2024 (rec. 3521/2020).

de la indemnización especial a que se refiere esta disposición 5ª no puede ser materia de seguro” (párrafo segundo). Los comentaristas de la época configuraron esta indemnización como un supuesto de *agravación de la responsabilidad del patrono que se adapta a las medidas de represión típicas del derecho penal positivo*²³; el carácter personalísimo de esta responsabilidad implicaba que no fuera considerada como una indemnización agravada —“fenómeno objetivo que reca(y)e(ra) sobre la propia obra o industria”²⁴—, sino que se trata(ba) de una *pena pecuniaria* impuesta al patrono por la omisión ilegal de los mecanismos y medidas de seguridad encaminadas a evitar accidentes de trabajo; por eso se prohibió el aseguramiento del recargo en términos tan absolutos.

Un siglo más tarde cabe preguntarse por el recto sentido que deba tener esta prohibición, especialmente si se tiene en cuenta que el art. 15.5 de la LPRL permite a las empresas “concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo”²⁵. Algún autor que ha estudiado en profundidad esta cuestión²⁶, ha concluido que del examen de los trabajos parlamentarios de la LPRL en relación con este precepto y con el nonato art. 42.6²⁷ no puede extraerse la consecuencia de la admisibilidad de su aseguramiento, sin perjuicio de la conveniencia —en aras al fortalecimiento de la seguridad jurídica— de haber reiterado en esta Ley la referida prohibición de aseguramiento²⁸.

La mayoría de los autores se han mostrado contrarios a la posibilidad de asegurar el recargo²⁹. Desde otra óptica se ha apuntado que el cumplimiento empresarial de las medidas preventivas puede conseguirse a través de otros medios como las sanciones administrativas o la participación de los trabajadores³⁰. También se ha escrito que el asegu-

²³ A. Rodríguez Martín y S. Alarcón Horcas, *Accidentes del trabajo (teoría y práctica de la responsabilidad)*, Reus, Madrid, 1923, pág. 340.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Así, por ejemplo, S. González Ortega y J. Aparicio Tovar entendieron que el art. 15.5 LPRL ha derogado en la práctica el art. 123.2 LGSS; *vid. Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 118. En el mismo sentido, J.I. Moltó García, *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 48.

²⁶ M.A. Purcalla Bonilla, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, cit., págs. 187 y 188.

²⁷ Este precepto prohibía expresamente el aseguramiento del recargo, en los mismos términos del vigente art. 123.2 LGSS.

²⁸ En este sentido, M.E. Casas Baamonde, “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, en AA.VV., *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley, Madrid, 1997, pág. 139; también A. Fuertes Leganés, “La problemática del aseguramiento del recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad e higiene”, *RCEF* nº 2, 1997, pág. 57 y C.L. Alfonso Mellado, *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 45.

²⁹ Por todos, M.E. Casas Baamonde, “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, cit., p. 139; M. González Labrada, *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 567; del mismo, “El recargo de prestaciones y la reforma: ¿un retorno a 1900 o la pérdida de su carácter coactivo?”, en J.L. Monereo Pérez (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, Granada 1996, págs. 743 y 744; J. García Murcia, *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 146.

³⁰ En este sentido, J.M. Blanco Martín, “La responsabilidad civil y penal del empresario derivada del accidente de trabajo: a propósito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en L.J. Dueñas Herrero, *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 644.

ramiento del recargo incrementaría notablemente las garantías del cobro de la cantidad correspondiente por el beneficiario de las prestaciones en caso de insolvencia empresarial, teniendo en cuenta que el INSS no es responsable subsidiario en estos casos³¹. Más matizadamente, algún autor ha señalado la posibilidad de tal aseguramiento limitada a los supuestos en los que el incumplimiento de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo sea exclusiva y directamente imputable a las entidades externas responsables con las que el empresario haya contratado el desarrollo de las oportunas funciones³².

En contra de la admisibilidad del aseguramiento del recargo aun en un plano *de lege ferenda* se ha traído a colación la pérdida de la función preventiva tradicionalmente asignada a la institución y su correlativa sustitución por una función meramente reparadora de los daños causados³³. En efecto, permitir el aseguramiento del recargo con independencia de la naturaleza de los incumplimientos que dan lugar a su imposición desembocaría en una pérdida de la cultura preventiva general, en tanto la vigilancia del cumplimiento de las medidas de seguridad y salud quedarían descentralizados en empresas especializadas, desplazándose consiguientemente la función preventiva –y, por tanto, la responsabilidad– a otras entidades. No obstante, si se establece una distinción atendiendo a las circunstancias concurrentes en el accidente –*v.g.*, imprevisibilidad o inevitabilidad del accidente, imprudencia del trabajador– podría pensarse en la posibilidad de aseguramiento de los accidentes debidos a caso fortuito o a la propia imprudencia del trabajador. Sea como fuere, personalmente creo que la prohibición de aseguramiento del recargo no contribuye a reforzar el cumplimiento normativo en materia preventiva (pues éste es inespecífico) y las consecuencias de aquélla son en muchas ocasiones fatales en términos de impacto en las empresas y en los propios trabajadores, que pueden llegar a no percibir el recargo.

2.5. Subcontratación

La STS de 18 de septiembre 2018 (rec. 144/2017) compendia los criterios generales:

- “a) La encomienda de tareas propias de la propia actividad a otra empresa genera específicos y reforzados deberes de seguridad laboral, pero no comporta un automatismo en la responsabilidad del recargo de prestaciones que pueda imponerse a los trabajadores de las contratistas o subcontratistas.

³¹ Vid. A. Fuertes Leganés, “La problemática del aseguramiento del recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad e higiene”, cit., pág. 64.

³² M. Luque Parra, “El aseguramiento del recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 96, 1999, pág. 558-560.

³³ En este sentido, M. González Labrada, “El recargo de prestaciones y la reforma: ¿un retorno a 1900 o la pérdida de su carácter coactivo?”, cit., pág. 728: La evolución histórica de la prohibición de aseguramiento del recargo pone de manifiesto que su fundamento se encuentra en la finalidad de “evitar que se sustituya la obligación de prevención por el seguro voluntario; así pues, al ser el empresario responsable directo y único de las consecuencias derivadas de una conducta propia no conforme con la normativa técnica preventiva, se impone la prevención sobre la reparación, quedando sólo la posibilidad de asegurar la responsabilidad en aquellos supuestos en que el accidente es debido a un riesgo inevitable por medios técnicos o a la propia imprudencia profesional”.

- b) La encomienda de tareas correspondientes a actividad ajena a la propia es un elemento que debe valorarse, junto con otros, de cara a la exención de responsabilidad de la empresa principal.
- c) La empresa principal puede resultar responsable del recargo de prestaciones aunque las tareas encomendadas a la empresa auxiliar del trabajador accidentado no correspondan a su propia actividad.
- d) En todo caso, lo decisivo para determinar si la empresa principal asume responsabilidad en materia de recargo de prestaciones es comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.
- e) Que las tareas encomendadas sean ajenas a la propia actividad no comporta la imposibilidad de que se imponga el recargo de prestaciones, como en ella se afirma.
- f) Es errónea la doctrina extensiva de la responsabilidad por el recargo de prestaciones al empresario principal en todo caso, incondicionalmente y sin apreciar la existencia de infracciones que le sean achacables”.

De acuerdo con los criterios expuestos, la responsabilidad establecida en el art. 42 del ET puede ampliarse dependiendo del tipo de subcontratación de que se trate, de la puesta en juego de los elementos personales y materiales y de las concretas obligaciones preventivas que correspondan en función de aquélla. Así, se ha rechazado la extensión a la empresa principal de la responsabilidad solidaria del recargo de prestaciones impuesto a la contratista por el accidente sufrido por un trabajador de esta última en una explotación forestal porque no era precisa la aplicación de medidas de coordinación empresarial en el lugar de trabajo³⁴.

2.6. Sucesión o transmisión de empresas

Sin ánimo de ir más allá de un mero apunte, el carácter universal que el art. 44 del ET impone a estos fenómenos justifica que, sin mayores argumentos, se ofrezca una respuesta afirmativa: el recargo es transmisible. En este sentido se ha pronunciado (modificando el criterio anterior) la STS de 23 de marzo de 2015 (rec. 2057/2014) con argumentos tomados de la STJUE de 5 de marzo de 2015.

³⁴ STS de 23 de enero de 2025 (rec. 2396/2022).