

Recargo de prestaciones: exigencias de infracción concreta de las normas preventivas y de culpa por parte de la empresa

STS, Sala Social, de 28 de febrero de 2019 (RCUD núm. 508/2017)

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Paz Menéndez Sebastián

Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

I. Introducción

La STS-SOC 149/2019 se refiere sobre todo a las condiciones que deben concurrir para la procedencia del recargo de prestaciones de seguridad social. Sin decirlo expresamente, supone un cierto cambio de criterio respecto de anteriores pronunciamientos, pues se inclina por la naturaleza sancionadora del recargo, exige para su imposición la infracción de una norma concreta de seguridad y salud en el trabajo, y lo condiciona a la existencia de culpa del empresario en el acaecimiento de los hechos, con un notable esfuerzo de precisión acerca de ese ingrediente de la responsabilidad empresarial en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Según la sentencia, la falta de culpa de la empresa en los hechos acaecidos, por ser imputables al trabajador encargado de dirigir y supervisar los trabajos, la exime de la responsabilidad por recargo, aunque no de otras posibles consecuencias, como la responsabilidad vicaria por daños y perjuicios derivados de actos de otro prevista en el art.1903 del CC.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución: sentencia.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: STS 149/2019 de 28 de febrero.

Número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina 508/2017.

ECLI: ES:TS:2019:983.

Fuente de consulta: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

El trabajador accidentado, con la categoría de instalador y reparador de equipos electrónicos y suficientemente informado de los riesgos de su trabajo y de la manera de afrontarla, recibió una descarga eléctrica de tensión de retorno cuando realizaba junto con otros compañeros tareas de sustitución de una torre metálica a la que había amarrado los cables procedentes del correspondiente entronque existente. Dicha descarga se debió a que su jefe del equipo, encargado de esa función, olvidó desconectar las fuentes de tensión de la línea.

El accidente causó al trabajador lesiones que le condujeron a la situación de incapacidad temporal, y a resultas del mismo fue despedido el empleado causante de los hechos, despido que fue declarado procedente, por incumplimiento grave de sus obligaciones y omisión del protocolo de operaciones de alta tensión. Por su parte, el INSS impuso a la empresa un recargo del 30% en la prestación de seguridad social. El recargo, no obstante, fue dejado sin efecto en vía judicial (en suplicación y finalmente por la sentencia que ahora se comenta) por ausencia de culpa en el empresario.

2. Sentencia del Juzgado

La sentencia de fecha 31 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tortosa, en autos nº 520/2015, desestimó la demanda presentada por la empresa contra la resolución del INSS que le había impuesto el recargo señalado.

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

La sentencia de instancia fue revocada por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de 21 de octubre de 2016, que estimó el recurso de suplicación (núm.4739/2016) interpuesto por la empresa.

La sentencia de suplicación fundamenta su fallo en que el siniestro no es imputable a la empresa en cuanto proporcionó a sus empleados la formación suficiente, les previno de los riesgos, les informó de cómo evitarlos y adoptó las medidas de prevención necesarias, por lo que no concurría déficit alguno de prevención, de modo que el siniestro sólo podía imputarse al jefe del equipo, que incumplió el protocolo de actuación existente y cometió una grave imprudencia. Tales actos rompen el nexo causal que debe existir entre el accidente y el proceder de la empresa, cuyo deber de vigilancia no podía extenderse al constante y exhaustivo control de sus empleados en todo momento.

IV. Posiciones de las partes ante el TS

1. Trabajador (recurrente)

Alega infracción del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, hoy artículo 164 del nuevo Texto Refundido, bajo la premisa de que concurren todos los elementos necesarios para la imposición del recargo: comisión de una infracción, producción de un daño y nexo causal entre uno y otro elemento. Se remite al acta de infracción levantada por la inspección de trabajo, donde se imputa la infracción del Anexo 1, punto 1-16, y del Real Decreto 1215/1997 sobre los equipos de trabajo. Aduce también la existencia de una lesión y del necesario nexo causal entre la supuesta infracción y la lesión.

2. Empresa

No hay información sobre sus argumentos.

V. Normativa aplicable al caso

Sin perjuicio de la consideración que de forma menos intensa reciben otras previsiones normativas (como la Directiva 89/391/CEE), los preceptos sobre los que se construye la sentencia son, esencialmente, los que siguen:

1. Preceptos del Código Civil

Art. 1104: «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

Art. 1105: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

Art. 1183: «Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096».

Art. 1903: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder [...] Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones ...».

2. Preceptos de la LRJS

Art. 96.2: «En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira».

3. Preceptos de la LPRL

Art. 15.4: «La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Para su adopción se tendrán en cuenta los riesgos adicionales que pudieran implicar determinadas medidas preventivas, las cuales sólo podrán adoptarse cuando la magnitud de dichos riesgos sea sustancialmente inferior a la de los que se pretende controlar y no existan alternativas más seguras».

4. Preceptos del Convenio 155 de la OIT

Art. 4.2: «Esta política tendrá por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo».

Art. 12.a): «Deberán tomarse medidas conformes a la legislación y práctica nacionales a fin de velar por que las personas que diseñan, fabrican, importan, suministran o ceden a cualquier título maquinaria, equipos o sustancias para uso profesional: (a) se aseguren, en la medida en que sea razonable y factible, de que la maquinaria, los equipos o las sustancias en cuestión no impliquen ningún peligro para la seguridad y la salud de las personas que hagan uso correcto de ellos».

Art. 16: «1. Deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones y procesos que estén bajo su control son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y la salud de los trabajadores; y 3. Cuando sea necesario, los empleadores deberán suministrar ropas y equipos de protección apropiados a fin de prevenir, en la medida en que sea razonable y factible, los riesgos de accidentes o de efectos perjudiciales para la salud».

5. Preceptos de la LGSS

Art. 164.1: «Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, 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». De dicción literal idéntica a su precedente art. 1123.1, aplicable por razones temporales al caso de autos.

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada fija doctrina sobre las exigencias que deben observarse para la imposición de un recargo de esa clase en las prestaciones de seguridad social. Insiste en la necesidad de que exista incumplimiento de normas preventivas concretas y que concorra culpa empresarial, da al recargo naturaleza sancionadora y advierte que la culpa “in vigilando” que genera responsabilidad por actos de otro según el art. 1903 del CC juega en el ámbito de la responsabilidad civil, pero no en el ámbito del derecho sancionador.

1. Contradicción en materia de recargo de prestaciones

Antes de entrar en la cuestión de fondo, conviene detenerse en el análisis de contradicción entre las resoluciones judiciales comparadas a efectos de unificación de doctrina, dado que, como es sabido, en materia de recargo de prestaciones no resulta sencillo cubrir esta exigencia, en tanto que requiere un examen de circunstancias fácticas de mucho detalle. En este caso se admite la contradicción porque «aunque existen hechos diferenciales, los hechos contemplados en cada caso son sustancialmente iguales»: en ambos casos se trata de trabajadores que estaban reparando en el exterior, al aire libre, tendidos eléctricos (bajo las órdenes del jefe de equipo nombrado por la empresa empleadora o por la empresa a la que estaban cedidos por su empleadora), en los dos casos el accidente ocurrió porque el jefe del equipo no cumplió con las medidas de seguridad establecidas (por no cortar la tensión de la red o por dar una orden sin cerciorarse de que la tensión se había cortado), y en los dos casos fue declarada la negligencia del jefe de servicio mediante sentencia firme. Pese a esta identidad, el fallo fue distinto: la sentencia recurrida dejó sin efecto la resolución del INSS que impuso el recargo, mientras que la sentencia de contraste lo entendió procedente.

2. Sobre la infracción de normas preventivas. Necesidad de infracción concreta

Frente al argumento de la parte recurrente, la Sala sostiene que no hubo infracción del Anexo 1 (punto 1-16) del Real Decreto 1215/1997 sobre equipos de trabajo, pues no se acreditó incumplimiento de ninguna de sus normas concretas, dado que los trabajadores estaban formados y habilitados para el trabajo en cuestión y que el accidente no se debió a falta de prevención sino a negligencia del jefe de servicio. A juicio de la Sala, y frente a las alegaciones de la Inspección de Trabajo, tampoco hubo infracción del artículo 2 del RD 614/2001, en relación con el apartado A-1 del Anexo II del mismo, porque el protocolo de actuación de la empresa contemplaba en primer lugar la desconexión de la tensión, labor encomendada a un trabajador cualificado cuya preparación no se puso en duda. La Sala concluye que «no

existe una norma de seguridad concreta o previsible cuya infracción sea imputable a la empresa».

Al no acreditarse infracción de una norma de seguridad concreta no cabe imponer un recargo que, precisamente, está dirigido a sancionar ese tipo de infracciones, que pueden darse por falta de previsión desde luego, pero que ni siquiera de esa forma pueden advertirse en este caso.

3. Sobre la necesidad de culpa para generar responsabilidad empresarial

La sentencia se centra asimismo en la cuestión relativa a la culpa, para determinar si es necesario que concurra en el empresario y si éste queda liberado por el hecho culposo de un tercero, aunque no sea ajeno a la empresa. A tal efecto, la Sala da los siguientes pasos.

En primer término, parte de que la LISOS (arts. 1º y 5º) omite cualquier referencia al dolo o culpa del sujeto infractor como elemento necesario para la imposición de una sanción, pero aclara que dicha circunstancia no ha impedido que la doctrina constitucional (sentencia 76/90, de 26 abril, entre otras) y la jurisprudencia ordinaria hayan trasladado al ámbito de la potestad administrativa sancionadora los principios propios de la responsabilidad penal, entre los que se encuentra la culpa, cerrando con ello cualquier puerta a la responsabilidad objetiva en materia sancionadora^[1].

Esta culpa está conectada con la diligencia que es exigible al deudor en cada supuesto, teniendo en cuenta que en el ámbito laboral resulta exigible la máxima diligencia objetiva y técnicamente. De hecho, la normativa comunitaria sólo impide la existencia de culpa y el nacimiento de responsabilidad por aquellos hechos extraños por completo al sujeto responsable, como son las situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y situación de necesidad (art. 5º de la Directiva 89/391), sin que el error o la imprevisión le liberen de incurrir en culpa leve, porque el patrono debe conocer su industria y prever los diferentes riesgos que acarrea. Además, la diligencia exigible comporta el que no baste con facilitar los medios de protección y prohibir su no uso, así como las prácticas peligrosas, sino que es preciso cuidar de que se observen las instrucciones dadas y, se usen los medios de protección facilitados, lo que supone que sea preciso vigilar la actuación de los empleados y prever las imprudencias profesionales^[2].

4. Flexibilización de la culpa en la indemnización pecuniaria

Llegados a este punto, la sentencia recuerda que es requisito típico de la responsabilidad por los daños y perjuicios que éstos se hayan causado mediante culpa o negligencia (arts. 1.101, 1.103 y 1.902 del Código Civil), de modo que "nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables" (art. 1.105 del Código Civil). También recuerda que la jurisprudencia ha flexibilizado muy notablemente esta exigencia de culpa en el caso de la indemnización civil por accidente, en el que se ha venido hablando de una responsabilidad cuasi objetiva, en la medida en que la importancia del obrar empresarial en el nacimiento de esa responsabilidad parece pasar a un segundo plano, bien mediante la aplicación de la teoría de riesgo, bien por el procedimiento de exigir la máxima diligencia y cuidado para evitar los daños, bien, sobre todo, invirtiendo las normas que regulan la carga de la prueba (art. 217 LECv). En efecto, en este terreno el empresario debe probar que obró con la diligencia debida, que adoptó todas las medidas de seguridad reglamentarias y las demás previsible en atención a las circunstancias y que el hecho causante del daño no le era imputable^[3].

Así lo viene sosteniendo la Sala Cuarta desde su sentencia de 30-6-10, Rec. 4123/08, en la que se entiende que el empresario es deudor de seguridad y que la indemnización por daños es un supuesto de responsabilidad contractual, lo que conlleva (conforme al art. 217 LECv y al 1.183 CC), que deba probar que actuó con toda la diligencia que le era exigible. Como resulta de esa doctrina, el empresario queda exento de responsabilidad "cuando el resultado lesivo se hubiese producido por

fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario [argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL], pero en todos estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente". Una doctrina que puede sustentarse específicamente en el art. 96.2 LRJS: "En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira"^[4].

5. Circunstancias exonerantes de responsabilidad: imprudencia temeraria de tercero

En atención a lo expuesto, concluye la Sala que «no existirá culpa del patrono-deudor cuando pruebe que obró con la diligencia exigible, que el acto dañoso no le es imputable por imprevisible o inevitable», y que «quedará liberado en los supuestos del art. 1.105 del Código Civil». Así, en principio, «no será responsable el empresario del acto de un tercero ajeno a la empresa salvo supuestos excepcionales en que tuviera que haber previsto los riesgos de la actuación de empleados de las empresas con las que contrató algún servicio, cuestión ajena a este procedimiento». Por lo tanto, será necesario aclarar si en el caso de autos, en el que el tercero es un empleado tiene cabida esta causa de exoneración de responsabilidad.

A tal fin, acude la sentencia por lo pronto al art. 14.2 de la LPRL, que obliga al empresario a garantizar la seguridad y salud de sus empleados en el trabajo y a realizar toda la actividad preventiva necesaria. Según la sentencia, tal precepto debe ser interpretado a la luz de nuestros compromisos supranacionales, y en particular, de los arts. 4.2, 12-a) y 16, entre otros, del Convenio 155 de la OIT, de 22 de junio de 1981, y del art. 5 de la Directiva 89/391/CEE, que obligan a la adopción de las medidas que sean razonables y factibles y que permiten a los Estados excluir y minorar la responsabilidad de los empresarios por hechos y circunstancias que les sean ajenas o sean anormales e imprevisible o que no se hubieran podido evitar a pesar de la diligencia empleada^[5]. Con ese trasfondo, entiende el TS que aunque el art. 15.4 de la LPRL disponga que el plan de prevención "deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador" (actuaciones que, por ende, no liberan de responsabilidad a quien debió haberlas previsto y tomado las oportunas medidas preventivas), debe llegarse a conclusión distinta en caso de imprudencia temeraria del trabajador accidentado o de un compañero, pues tal imprudencia libera a su patrono de responsabilidad (art. 156.4 y 164.1 LGSS).

También considera la sentencia que debe eximir de responsabilidad al empresario el dolo o imprudencia temeraria de otro empleado, porque tales elementos son difíciles de prever y de evitar. Llevado al caso de autos, ello le permite precisar que no cabe prever la conducta temeraria de un jefe de equipo que, estando debidamente formado, capacitado e instruido para la realización de trabajos eléctricos con alta tensión, omite su principal misión en los trabajos al incumplir el protocolo de actuación establecido, causando el correspondiente accidente. Ese comportamiento supone infringir los deberes objetivos de su condición profesional, incumplir órdenes expresas y actuar en contra de las más elementales normas de prudencia. Hasta el punto de que conforme a los arts. 5, 10, 12, 152, 317 y otros del CP la actuación habría de calificarse de temeraria grave, lo cual, dejando al margen lógicamente la responsabilidad penal, sirve para declarar que no cabe imponer el recargo a una empresa que tomó las medidas de prevención necesarias y que no es culpable de la negligencia grave con la que obró su empleado.

6. Sobre la culpa "in vigilando"

Reconoce la sentencia que la responsabilidad civil por actos de los empleados derivada del art. 1.903 CC, que supone la obligación de reparar los daños causados culposamente por los auxiliares (empleados) del empresario al realizar su actividad (la llamada responsabilidad vicaria), prescinde del elemento de culpa directa del empleador, al que se hace responsable «por no haber controlado debidamente su actividad». Pero inmediatamente después aclara que esta atribución de responsabilidad por "culpa in vigilando" puede sustentar una pretensión de indemnización por daños, pero no un recargo de prestaciones de seguridad social, por tener una naturaleza distinta.

7. Carácter sancionador del recargo

La sentencia deja clara, a la postre, la naturaleza sancionadora del recargo, lo cual obliga a interpretar los términos legales de dicha responsabilidad de forma estricta, con la exigencia de culpa de la empresa de forma más rigurosa que cuando responde civilmente por actos de sus empleados. El empresario sólo está obligado a adoptar medidas "razonables y factibles" con vistas a la prevención y seguridad de sus empleados, siendo así que en este caso el siniestro acaeció por imprudencia temeraria del jefe de servicio formado y suficientemente cualificado, sin incumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas. Así las cosas, no puede exigírsele responsabilidad por recargo.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a los argumentos expuestos, la sentencia falla a favor de la empresa, desestima el recurso del trabajador y confirma la sentencia recurrida, que había dejado sin efecto el recargo impuesto por el INSS. No se imponen costas.

VIII. Pasajes decisivos

Son muchos los pasajes relevantes de esta sentencia contenidos en el fundamento jurídico cuarto, en particular los siguientes:

Así, en el punto 2 de este fundamento se dice: *Consiguientemente, no existe una norma de seguridad concreta o previsible cuya infracción sea imputable a la empresa. Si no se ha producido la infracción de una norma de seguridad no cabe imponer un recargo de prestaciones que, precisamente, sanciona las infracciones de normas concretas, aunque sea por falta de previsión, esto es las que se debieron prever con arreglo a las circunstancias en las que se ejecutaba el trabajo.*

En este sentido, el artículo 5-2 de la Ley Infracción y Sanciones del Orden Social (LISOS) considera infracciones laborales en esta materia los incumplimientos de normas legales, reglamentarias y disposiciones normativas de los convenios colectivos, luego el recargo requiere la infracción de una concreta sobre la materia.

Es cierto que los artículos 14 y 15 de la Ley de Prevención de Riesgos obligan al empresario a preparar un plan de prevención y a prever las imprudencias no temerarias de sus trabajadores (art. 15-4), pero lo que resulta difícil de prever y vigilar es el incumplimiento por el encargado de la principal misión que tiene.

En el punto 3.C). Tercera destaca: *«Cuestión diferente y con más enjundia se produce cuando el causante es un trabajador de la empresa, sea o no el accidentado. Sobre este particular debe destacarse en primer lugar que, conforme al artículo 15-4 de la LPRL el plan de prevención "deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador" actuaciones que, por ende, no liberan de responsabilidad a quien debió haberlas previsto y tomado las oportunas medidas preventivas, cual remacha el artículo 96-2 de la LJS. Diferente es el supuesto en el que haya existido imprudencia temeraria del trabajador accidentado o de un compañero. De salida conviene señalar que la imprudencia temeraria del accidentado libera a su patrono de responsabilidad, conforme a los artículos 115-4 y 123-1 de la LGSS (hoy art. 156-4 y*

164-1 del vigente Texto Refundido de esa ley), en relación con el 15-4 de la LPRL. A igual solución debe llegarse en los supuestos de dolo o imprudencia temeraria de otro empleado, porque esa actuación dolosa o temeraria era difícil de prever y de evitar, como nos muestra el art. 15-4 de la LPRL cuando no obliga al patrono a prever ese tipo de actuaciones imprevisibles. En efecto, es difícil de prever que un jefe de equipo, formado, capacitado e instruido para la realización de trabajos eléctricos con alta tensión omita realizar su principal misión, según el protocolo de actuación establecido, desconectar la tensión antes de iniciar los trabajos a realizar, acción omisiva que fue la causa del accidente. Esta acción puede calificarse de temeraria ...»

«Consecuentemente, la culpa fue exclusiva del encargado del trabajo, jefe de equipo, y no cabe imponer el recargo a la empresa que tomó las medidas de prevención necesarias y no es culpable de la negligencia grave con la que obró su empleado».

En el punto 3.C). Cuarta destaca: «... la llamada "culpa in vigilando" podrá justificar la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios causados y así como la condena al pago de la misma. Pero una cosa es la responsabilidad civil por el acto de un empleado y otra diferente la responsabilidad penal y la administrativa por la comisión de infracciones penales o administrativas, cuya sanción requiere la culpa del infractor, cual sucede con el recargo de prestaciones que tiene naturaleza sancionadora, lo que obliga a interpretar esa responsabilidad de forma estricta (STC 81/1995), esto es exigiendo la culpa de la empresa de forma más rigurosa que cuando responde civilmente por actos de sus empleados».

«En apoyo de esta solución pueden citarse los artículos 4-2, 12-A y 16, números 1 y 2 del Convenio 155 de la OIT que nos dicen que deben tomarse medidas "razonables y factibles". Pues bien, dado que en el presente caso el siniestro acaeció cuando se sustituía una torre de un tendido eléctrico la pregunta es si era razonable y factible que el empresario (persona jurídica) estuviese allí controlando la operación [...] La respuesta es que no es razonable y factible esta exigencia [...], porque 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».

IX. Comentario

Aunque la sentencia no sostiene en ningún momento que formule un cambio de criterio jurisprudencial, lo cierto y verdad es que conlleva una apuesta clara por el carácter sancionador del recargo de prestaciones, lo cual puede tener consecuencias jurídicas nada desdeñables. También son destacables sus razonamientos sobre la exigencia de infracción concreta, y lo son igualmente, aunque se sustenten en mayor medida en doctrina anterior, sus consideraciones sobre el elemento de la culpa y sobre la carga probatoria del empresario en caso de accidente de sus empleados.

1. La exigencia de culpa en el recargo y su traducción en la infracción de una norma concreta (descarte de la "culpa in vigilando")

La sentencia es clara y tajante cuando sostiene que el recargo requiere del incumplimiento de una medida preventiva concreta. Con ello se ponen en tela de juicio, por ejemplo, las afirmaciones contenidas en la STS 14-9-16, Rec. 846/15, en la que se decía que no cabe confundir el "incumplimiento" al que se refiere el art. 164 LGSS y la "infracción" de la LISOS, en el sentido de que la infracción supone el incumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas, para lo que resulta necesaria la tipicidad de la conducta en coherencia con su carácter sancionador, mientras que el incumplimiento no exige la sujeción a esas reglas punitivas, «bastando para el recargo con que exista un incumplimiento empresarial en materia de obligaciones de seguridad». Parece evidente que la sentencia que aquí se comenta pone coto a esa distinción, de la que se desprendía que la existencia de un daño puede evidenciar el fracaso de la acción preventiva del empresario y de la que parecía deducirse que podía ser suficiente un incumplimiento del deber genérico de protección

para la imputación del recargo, lo que era tanto como aproximarlos a las pautas propias de la indemnización por daños^[6].

La sentencia ahora comentada distingue perfectamente la indemnización y el recargo, por cuanto la primera puede sustentarse incluso en la culpa *in vigilando* y el segundo exige una culpa más clásica, conectada con el régimen sancionador al que ahora se somete esta institución, para la que ni siquiera basta esa clase de culpa (especialmente, cuando el empresario no hubiera podido prever lo sucedido, al deberse a una imprudencia temeraria de un empleado con formación y medios suficientes). Como destaca la sentencia, el empresario sólo viene obligado a adoptar a estos efectos las medidas "razonables y factibles", y no era ni razonable ni factible exigirle que estuviera controlando directamente la operación en la que se produjo el accidente, «porque 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», lo mismo que no se le puede imputar que no hubiera previsto un comportamiento como el acaecido, en el que una persona prescindió de las más mínimas reglas de prudencia.

No deja de ser fundada esta tesis que permite distinguir entre las consecuencias estrictamente civiles (indemnización) del accidente de trabajo, que bien pueden fundamentarse en la mera creación del riesgo que conlleva la actividad laboral, y las consecuencias propias del ámbito sancionador, al que se adscribe el recargo. Este nuevo criterio jurisprudencial es desde luego acorde con la naturaleza de esta institución y con su origen y evolución^[7], y tampoco plantea mayor dificultad para mantener la jurisprudencia precedente en lo relativo a la naturaleza híbrida del recargo, y las consecuencias que ésta ha querido atribuir a su vertiente prestacional. En efecto, la jurisprudencia más consolidada sostiene que la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones es dual o mixta, pues si bien desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora (aunque no pueda calificarse de sanción propiamente dicha), desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio^[8]. El que reciba desde la perspectiva del trabajador el tratamiento propio de una prestación a determinados efectos (tramitación del expediente, prescripción, consecuencias económicas, etc.)^[9], en nada supone obstáculo para que su imposición a la empresa se rijan por las reglas sancionadoras.

2. Reglas de carga probatoria en la indemnización y el recargo

Como se acaba de ver, destacan en la sentencia las afirmaciones referidas al distinto grado de culpa que cabe exigir para la indemnización por daños y para el recargo de prestaciones. Aunque sus consideraciones sobre ello tienen más bien el carácter de *obiter dicta*, lo que la sentencia afirma sobre la posibilidad de sustentar la indemnización en la "responsabilidad vicaria" por actos del empleado, sin exigencia de culpa directa en el empresario más allá de la conocida culpa *in vigilando*, probablemente dé mucho que hablar en adelante. Ciertamente, también para la indemnización por daños y perjuicios es preciso cierto grado de culpa, pues no cabe la responsabilidad objetiva pura (por el carácter desmotivador que ello tendría respecto del cumplimiento de las obligaciones preventivas), pero dicha culpa puede sustentarse en el mero incumplimiento del deber de vigilancia, que es tanto como decir que basta para su reconocimiento el incumplimiento del genérico deber de protección que el empresario asume respecto de sus trabajadores con la suscripción del contrato. Desde el plano procesal, ello tiene traducción a su vez en la regla del art. 96.2 LRJS, con la consiguiente inversión de la carga probatoria, que traslada al empresario el peso de acreditar que ha adoptado las medidas preventivas posibles, incluso más allá de las estrictamente previstas en la norma, habida cuenta que, como generador del riesgo, debe asumir la responsabilidad de su reparación cuando se produce un daño.

En la otra cara de la moneda, la naturaleza sancionadora del recargo resulta difícilmente conciliable con la aplicación de esa regla de inversión de la carga probatoria del art. 96.2 LRJS, aunque lo cierto es que la sentencia que ahora

comentamos no lo señala así expresa y tajantemente. Es más, quizá la insistencia en el carácter sancionador del recargo —de mantenerse en adelante— obligue incluso a la jurisprudencia a replantearse la negativa a aplicar a esta institución los principios rectores del *ius puniendi* del Estado, aplicables al procedimiento de imposición de sanciones de naturaleza administrativa por infracción de medidas preventivas^[10].

3. Sobre los efectos de esta novedosa doctrina

Pese a la considerable relevancia de esta sentencia, y de sus afirmaciones, resultaría un tanto precipitado dar por hecho que la doctrina que en ella se formula sea objeto de recepción sin fisuras en casos futuros sobre esta misma materia. No en vano, la sentencia no advierte que rectifique doctrina previa, ni se ha dictado en Sala General, como viene siendo costumbre cuando se produce un cambio de criterio jurisprudencial (al igual que sucedió, por cierto, con ocasión de la sentencia TS de 14/09/16, que tampoco era de Sala General). En todo caso, es por el momento la que sostiene de forma más directa, contundente y clara el carácter sancionador del recargo, aunque también es verdad que se pronuncia en esos términos en un supuesto muy singular, en el que la causa del accidente radica de modo evidente en la imprudencia grave de un empleado.

En cierto modo, la tesis que ahora se sostiene ya se contenía en la STS 25/04/2018, Rec. 711/16, en la que se apreció de oficio el efecto positivo de cosa juzgada de una sentencia firme que había anulado la sanción administrativa impuesta a la empresa por apreciación de imprudencia del trabajador, para casar la condena al recargo de prestaciones que se había fijado en suplicación. No por casualidad, tal apreciación se fundamentó en que la sanción y el recargo mantienen una estrecha conexión, lo que suponía, de algún modo, destacar la faz sancionadora del recargo. Bien mirado, las líneas que se abren con la sentencia ahora comentada empezaron a plantearse ya con aquella otra resolución, aunque se dictara sobre un supuesto con circunstancias muy particulares y no aludiera, tampoco, a cambio de criterio^[11]. Por cierto, tampoco alude a ella como posible precedente la sentencia ahora glosada (de hecho no aprecia cosa juzgada respecto de lo dicho para la sanción)^[12].

Así las cosas, será preciso esperar a que vuelva a plantearse el tema en la Sala o a que se susciten otras cuestiones colindantes, para que finalmente pueda llegarse a un mayor grado de convicción acerca de la existencia o no de un cambio efectivo de criterio jurisprudencial.

X. Apunte final

Con independencia de lo anterior, la doctrina que esta sentencia formula se ajusta bien a la jurisprudencia constitucional afectante a esta materia, que había creado una suerte de efecto positivo de cosa juzgada entre el recargo de prestaciones y la sanción de naturaleza administrativa, sobre la base de que ambas actúan sobre el presupuesto común de incumplimiento sancionable de medidas preventivas^[13].

Referencias:

1. ^ *La sentencia acude en este punto a la jurisprudencia de la Sala III TS (concretamente, a la sentencia de 21 enero 1998), que viene exigiendo que sea el infractor quien acredite la falta de culpa y quien pruebe que obró con la diligencia que le era exigible.*
2. ^ *Con cita de las sentencias TS (III) de 3 y 27 marzo 1998.*
3. ^ *También se alude al art. 1183 del CC, que establece la regla de que si la cosa se pierde en poder del deudor se presume que el incumplimiento de*

la obligación se debe a la culpa del deudor, presunción que la sentencia TS (I) de 2 de octubre de 1995 extiende al incumplimiento de las obligaciones de hacer.

4. ^ También STS 4-5-2015, Rec. 1281/2014.
5. ^ Según sostiene la sentencia cuando el siniestro es imputable a alguien ajeno a la empresa en cuyo ámbito se produce el hecho lesivo, la empleadora quedaría liberada de responsabilidad, «salvo los supuestos en que el accidente ocurra dentro de sus instalaciones y por causas que debió prever, así como cuando contrató a una persona física o jurídica para que realizara por ella alguna obra».
6. ^ Vale la pena recordar en este contexto que aunque el art. 164.1 LGSS no alude expresa y tajantemente a la existencia de una infracción administrativamente punible, el apartado tercero del precepto lo hace cuando dice que la responsabilidad por el recargo «es independiente y compatible con las de otro orden, incluso penal, que pudieran derivarse de la infracción», como si quisiera dar por sentado que la imputación de responsabilidad empresarial requiere en todo caso de la concurrencia de una “infracción”, no sólo de un mero “incumplimiento”. Sobre el particular, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “El recargo de prestaciones y su compleja convivencia procesal con las responsabilidades penales y administrativas derivadas de accidente de trabajo”, Revista de Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, núm. 138, 2018, pgs. 498 y 499.
7. ^ Es de todos conocido que el recargo de prestaciones como lo entendemos hoy hunde sus raíces en la Ley Dato de 1900, que preveía en su art. 5.5 un incremento de la mitad de la indemnización a que tenía derecho el trabajador o sus causahabientes en caso de accidente de trabajo (instaurada por primera vez por esta misma norma), cuando éste se había producido como consecuencia de la ausencia de apartados de precaución en las máquinas o artefactos laborales. Se trataba, por ende, de una mejora de la responsabilidad objetiva, en los casos de culpa empresarial, cuya procedencia venía sobradamente justificada por la escasa cuantía de las indemnizaciones tasadas y por la ausencia de un sistema de protección social adecuado. Era, por tanto, coherente con las previsiones de responsabilidad empresarial en caso de accidente y con la inexistencia de mecanismos propios de aseguramiento del riesgo. A lo que se sumaba la previsión del art. 16 de la norma, que disponía que las reclamaciones por daños por “hechos no comprendidos” en ella se sustanciarían conforme a derecho común, de lo que cabía deducir que, en caso de recargo, en tanto que ya se trataba de un hecho comprendido en la norma, no cabía reclamación adicional de indemnización por daños. Parte de este sentido originario se atenuó en las normas posteriores, en especial cuando el Decreto de 22 de junio de 1956, de accidentes de trabajo, lo calificó expresamente como sanción, prohibiendo su aseguramiento (art. 55). En este sentido, GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J., “Ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900”, en VV.AA., Legislación histórica de previsión social, Thomsom-Aranzadi, Navarra, 2009, pgs. 48-50.
8. ^ Recientemente, STS, Sala Social –Pleno– 23/03/15, Rec. 2057/14; 14/04/15, Rec. 962/14; 05/05/15, Rec. 1075/14; 02/11/15, Rec. 3426/14; 25/02/16, Rec. 846/14; 08/06/16, Rec. 1103/15; 20/04/17, Rec. 1826/15; y 21/06/17, Rec. 2820/15.
9. ^ Si erróneamente el INSS suspende el procedimiento administrativo, el plazo de prescripción de la acción para reclamar el recargo se paraliza, en principio, por aplicación de las reglas suspensivas previstas para la

prescripción de las prestaciones de Seguridad Social (STS 31-1-06, Rec 4899/04; 17-7-13, Rec 1023/12; 2-10-08, Rec 1964/07; 14-7-15, Rec 407/14). En igual forma, si, como consecuencia de esa suspensión indebida, el INSS no resuelve en el plazo legal de 135 días, esta circunstancia no incide negativamente en el derecho del trabajador o sus causahabientes a la hora de reclamar judicialmente el incremento (STS 30-4-07, Rec 330/06; 3-7-07, Rec 3152/06; 27-2-08, Rec 21/07; 9-5-08, Rec 605/07; 28-5-08, Rec 814/07; 11-12-08, Rec 4408/07; 23-12-08, Rec 2284/07; 11-2-09, Rec 4439/07; 28-1-10, Rec 1136/09; 22-12-10, Rec 1136/09; 17-7-13, Rec 1023/12). Dicho exceso temporal conlleva únicamente la aplicación del silencio administrativo negativo frente a la solicitud, en el bien entendido que el interesado puede ejercitar las acciones judiciales que correspondan por el cauce procesal que nos ocupa, para obtener una condena de recargo. Sobre el particular, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y DE CASTRO FERNÁNDEZ, L.F., *Accidente de trabajo. Procedimientos administrativos y soluciones procesales*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, pg. 238 y siguientes. Por su parte, partiendo de que a efectos de prescripción había mantenido la aplicación al recargo de las reglas propias de las prestaciones de Seguridad Social, el TS ha aclarado que tal extensión debe alcanzar también a los efectos económicos del reconocimiento, de tal forma que por el juego del art.53.1 LGSS, estos no deben retrotraerse más allá de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud (STS 15-9-16, Rec 3272/15; 13-9-16, Rec 3770/15; 16-9-16, Rec 1411/15; 20-9-16, Rec 3346/15; 27-9-16, Rec 1671/15).

10. ^ SSTS 5-12-06, Rec 2531/05; 27-6-07, Rec 2321/06; 27-6-07, Rec 3300/06; 3-7-07, Rec 1330/06; 12-7-07, Rec 1145/06; 17-7-07, Rec 813/06; 24-9-07, Rec 196/06; 26-5-08, Rec 4755/06.
11. ^ Pese a que supuso en su día el cuestionamiento de lo sostenido en la ya citada STS 14-9-16, Rec. 846/15, que destierra cualquier efecto de cosa juzgada entre la sanción y el recargo, sobre la base de que se trata de procesos diferentes, aduciendo que «...el que los hechos sean los mismos –y se aceptaren incluso los que se declaren probados en la sentencia que resuelve sobre la sanción administrativa– el examen de los mismos a los efectos de la norma a aplicar en el caso del recargo permite sostener la responsabilidad de la empresa en materia de prestaciones pese a haberse considerado que aquellos hechos no encajan en el tipo legal de la sanción impuesta por la Administración».
12. ^ La sanción administrativa resultante del expediente iniciado por el acta de la Inspección de Trabajo derivó en sentencia anulatoria (antecedente de hecho sexto), sobre la que no consta si devino firme, aunque sí puede decirse que no era susceptible de suplicación por el montante de la sanción (10.000 €).
13. ^ SSTC 16/2008, de 31/enero, FJ 2, 16/2008, de 31/enero, FJ 3; 21/2011, de 14/marzo, FJ 4.