

En efecto, esa segregación compartimental de los contenidos de la

ISBN:978-84-691-1882-5/DL: T-343-2008

LISOS se inicia con la LETT --cuyo Capítulo V acogió un elenco de infracciones y sanciones de las empresas usuarias y de las ETT-- y prosigue sin recato con el Título IV, Capítulo I TRLET, que desgaja una franja normativa más (las infracciones laborales, en este caso) del contenido de la norma sancionadora general. Se mire como se mire, lo cierto es que la LPRL sienta, en su Capítulo VII, un nuevo paso en la estela de dispersión de los contenidos de la LISOS¹¹⁸¹.

Dejando a un lado la anterior realidad, hay que precisar que la LPRL establece, a mi modo de ver, dos tipos de medidas:

- De un lado, establece un listado de conductas tipificadas (“infracciones”) resultantes del cúmulo de obligaciones que impone a los eventuales sujetos infractores (*rectius*, empresarios infractores --personas físicas o jurídicas--¹¹⁸², pues éstos son los sujetos responsables en los

¹¹⁸¹Un exhaustivo análisis de los precedentes, tramitación legislativa y contenido originario de esta norma, puede verse en MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.-PÉREZ AMORÓS, F.-ROJO TORRECILLA, E.: «La potestad sancionatoria de la Administración en el marco de las relaciones laborales. La Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social», RTL n° 39-1989, págs. 3-24.

¹¹⁸²La problemática existente en el ámbito penal (inimputabilidad de la persona jurídica, imputabilidad diferenciada de quienes la representen) no opera en el entramado sancionatorio administrativo en el orden social, donde no existe problema de imputación de responsabilidades a la persona jurídica (REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora de la Administración...*, op.cit., pág. 375), tal como han puesto de manifiesto las STS (Sala 3ª) 30.11.1993 (Ar. 1230), STS (Sala de Revisión) 20.5.1992 (Ar. 3655) y, especialmente, la STC 246/1991, de 19 de diciembre (sobre ella, *resulta sumamente recomendable* la lectura de LOZANO, B.: «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)», RAP n° 129-1992, págs. 211-239).

parámetros de la LPRL), a las que anuda una gradación de sanciones en función de la gravedad de la infracción imputada.

- De otro, unos mecanismos complementarios de carácter sancionatorio-cautelar, diversos a las anteriores en tanto no consisten en la típica sanción de multa propia de aquéllas. Veamos algunas consideraciones sobre unas y otras.

1.2.2.1.- Sanciones administrativas «típicas».

Respecto al listado de las conductas tipificadas, hay que señalar que la LPRL parte de una cláusula general y abierta, enmarcada en el concepto de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales ("acciones u omisiones de los empresarios que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos"¹¹⁸³ en materia de seguridad y de salud laboral"¹¹⁸⁴), que no es

¹¹⁸³El artículo 45 LPRL recoge, acertadamente a nuestro juicio, la recomendación contenida en el Dictamen del CES en el sentido de subrayar la necesaria inclusión de las "cláusulas normativas de los convenios colectivos" en el tenor del precepto (cfr. Colección Dictámenes CES nº 8-1994, pág. 14).

¹¹⁸⁴Cfr. art. 45.1 LPRL. El problema que suscita este precepto, atiende a qué sucede cuando el Inspector de Trabajo actuante constata una infracción de las normas jurídico-técnicas con incidencia preventiva (v.gr., el Reglamento Técnico de Aparatos Elevadores), es decir, ¿puede levantar Acta de infracción?. A mi juicio, por interpretación sistemática con el art. 9.1.a LPRL, el Inspector no podrá practicar dicha actuación sancionatoria (que, en el ejemplo aludido, correspondería a la Inspección de industria) a no ser que puedan conectarse tales infracciones con normas jurídico-preventivas que sirvan de fundamento a la sanción impuesta por *conexión sistemática* de la norma jurídico-técnica y la jurídico-preventiva (tal es el caso, v.gr., de la STCT 10.12.1983, Ar. 10921).

ISBN: 978-84-691-1982-9 / 517 4 343 2 608

sino fruto de la imposibilidad de intentar listar todos los incumplimientos posibles¹¹⁸⁵ de una materia, *per se*, ordenada por muy diversas fuentes.

Sentada la fijación de la cláusula general, la LPRL establece a continuación una serie de infracciones especiales y listadas, clasificadas en tres modalidades (leves -art. 46-, graves -art. 47- y muy graves -art. 48-), cuyo detalle, obviamente, no se va a reproducir aquí. Únicamente me interesa destacar sobre ellas varias cosas. En primer lugar, que esa catalogación responde a un parámetro, acogido en el art. 45.2 LPRL, que no es otro que “la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado”¹¹⁸⁶. En segundo lugar, que se cifran unas sanciones (art. 49 LPRL, cuantificables en multas¹¹⁸⁷ oscilantes desde un mínimo de 5.000

¹¹⁸⁵ Así se había manifestado ya, en relación a las cláusulas abiertas de la LISOS, REY GUANTER, S.: «Los principios de legalidad y tipicidad en las infracciones del orden social», RL II-1991, pág. 498.

¹¹⁸⁶ A raíz de ese parámetro, los *criterios de graduación* de las sanciones se recogen en el art. 49.1 LPRL: la peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo, el carácter permanente o transitorio de los riesgos, la gravedad de los daños producidos, el número de trabajadores afectados, las medidas de protección adoptadas por el empresario, el incumplimiento de las advertencias de la Inspección de Trabajo, la inobservancia de las propuestas realizadas por los Servicios de prevención, Delegados de Prevención o Comité de Seguridad y Salud, y “la conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales”. En suma, la graduación de la sanción (que abocará a su calificación como leve, grave y muy grave) se rige por tales criterios, resultando especialmente abierto (a modo de “cajón de sastre”) este último, que operará como cláusula de cierre cuando ninguno de los restantes resulte aplicable. En todo caso, tales criterios ex art. 49.1 LPRL son lo que resultan de aplicación a la graduación de las sanciones administrativas en materia de prevención de riesgos, ex art. 24.2 RPISE; no resultando de aplicación en esta sede los parámetros que, para la graduación de las sanciones administrativas en el resto de materia del orden social, establecen los arts. 36.1 LISOS y 24.1 RPISE.

¹¹⁸⁷ Las multas tienen un carácter aflictivo “y son una forma de expresar la reacción contra el desprecio del Ordenamiento”, dado que “no pretenden por ello imponer conducta alguna que no sea a través de la disuasión” que se supone producen, en cuanto represivas, y que “hacen al Tesoro público beneficiario del monto pecuniario que suponen”. Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, cit, pág. 301.

pts.¹¹⁸⁸ a un máximo de 100.000.000 pts. en función de la gravedad de la infracción¹¹⁸⁹) anudadas a la calificación de la infracción cometida, y se establece un supuesto específico de agravación (reincidencia, art. 50 LPRL, reiterado por el art. 27 RPISE¹¹⁹⁰). En tercer lugar, se establecen los términos de prescripción de tales infracciones (art. 51 LPRL, reiterado por el art. 7.1 RPISE¹¹⁹¹).

¹¹⁸⁸Por interpretación sistemática de los arts. 49.4.a) LPRL y 25 RPISE, la cuantía mínima de sanción imponible a las infracciones leves es de 5.000 pts.

¹¹⁸⁹La imposición de tales sanciones (ex art. 49 LPRL, en función del tipo de infracción -leve, grave, muy grave-, y con diversos grados en cada tramo -mínimo, medio y máximo-) forma parte de las competencias ejecutivas de las CCAA, por lo que el art. 52 LPRL (distribución de la competencia sancionadora en función del importe de la sanción y entre los órganos de la Administración central) sólo es aplicable para aquellas CCAA que carezcan de Decretos propios que procedan a ese reparto --a título de ejemplo, las CCAA de Cantabria (Decreto 109/1996, de 30 de octubre, BOC 6.11.1996) y Cataluña (Decreto 46/1996, de 6 de febrero, DOGC 21.2.1996) ya han procedido a ese reparto-. En cualquier caso, el procedimiento sancionador se iniciará por actuación inspectora, conforme establece el RPISE (sobre esta cuestión, en la que no vamos a entrar, nos remitimos en bloque a SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: Derecho de la seguridad..., op.cit., págs. 322-326). De la incidencia económica de las sanciones administrativas típicas (multas económicas) impuestas por incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene, dan cuenta la STS 10.5.1996, Sala 3ª, Ar. 4116 (750.000 pts) o la STS 17.5.1995, Sala 3ª, Ar. 4145 (2.500.000 pts).

¹¹⁹⁰Hay reincidencia, como causa agravante de la sanción, cuando dentro del plazo de un año se comete una infracción del mismo tipo y calificación que otra ya castigada como sanción que haya adquirido firmeza. La reincidencia determina que la sanción *se incremente hasta el duplo* del grado correspondiente, sin que pueda superarse, en ningún caso, el tope máximo (100 millones) fijado para las infracciones muy graves.

¹¹⁹¹Las infracciones leves prescriben *al año* de su comisión, las graves a los *tres años* y las muy graves a los *5 años*, iniciándose el cómputo del plazo (*dies a quo*) desde el día en que la infracción se hubiera cometido (arts. 7.1 RPISE y 132.2 LRAPC). La prescripción se interrumpe: a) Al iniciarse el procedimiento sancionador con conocimiento del interesado (art. 132.3 LRAPC); b) En los supuestos recogidos en el art. 7.2 RPISE (acta de infracción debidamente notificada, requerimiento u orden de paralización cursada por la Inspección de Trabajo, iniciación del procedimiento de oficio ante la jurisdicción social ex art. 6 RPISE, cuestión prejudicial penal conocida a partir de comunicación de la Inspección a la Fiscalía). Por otro lado, las sanciones impuestas prescriben a los *cinco años* contados a partir del día siguiente a la de emisión de la resolución sancionadora correspondiente por parte del órgano competente (art. 7.3 RPISE). Por último, las sanciones deberán comunicarse al afectado (art. 33 RPISE), y en el caso de las sanciones firmes impuestas por infracciones muy graves, el art. 49.5 LPRL establece que "se harán públicas en la forma que se determine

Una vez se ha expuesto sucintamente el entramado de las sanciones

administrativas, más interés presentan, a mi modo de ver, tres cuestiones directamente relacionadas con ese diseño:

A.- Por un lado, la no aplicación a la Administración pública como empleadora de las sanciones administrativas «típicas» merece, cuando menos, una crítica, por cuanto no se alcanza a comprender por qué se establece un trato diferencial respecto a éstas como empleadoras (únicamente se adoptarán, en casos de infracción, las «medidas correctoras» oportunas, conforme a las pautas establecidas en el art. 45.1 LPRL). Ahora bien, esa peculiaridad (la no aplicación de las sanciones administrativas a la Administración pública, como incumplidora de las normas preventivas), puede justificarse, conforme a una marcada línea jurisprudencial, en el sentido de que no resulta posible el ejercicio de la potestad sancionadora en las relaciones interadministrativas¹¹⁹².

Con todo, la no sancionabilidad compensada con la imposición de medidas correctoras, sólo rige, a mi modo de ver, respecto al personal administrativo y funcional al servicio del ente público de referencia, mas no para el personal laboral, de forma que, como se ha señalado con acierto, “la Administración sólo se exime de responsabilidad

reglamentariamente” (como aún no existe dicho desarrollo, creo que la solución transitoria pasa por aplicar analógicamente lo previsto en el art. 14 del RD 390/1996, dictado en desarrollo de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones públicas, esto es, por su publicación en los diarios oficiales correspondientes --BOE, Diario Oficial de la CCAA correspondiente, BOP--).

¹¹⁹²SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.op.cit., pág. 333; DOMÍNGUEZ PEREJÓN, C.: «La actuación de la Inspección...», op.op.cit., pág. 222.

administrativa en razón de las infracciones cometidas con relación a su personal estatutario o funcionarial”, mas no en el caso del personal laboral¹¹⁹³, lo que genera un cierta incongruencia, dado que la introducción de un tratamiento diferenciado en función del tipo de personal afectado resulta difícilmente justificable desde parámetros de razonabilidad y objetividad y, por consiguiente, esa exención de las sanciones a la Administración en función de la naturaleza del vínculo del personal afectado por el incumplimiento, supone la introducción de un tratamiento diferenciado de, ciertamente, más que dudosa constitucionalidad. Además, puede plantear la absurda situación de que esa Administración sea, v.gr., requerida para instalar pantallas de visualización en todos los videoterminals, los utilicen personal laboral o personal administrativo o funcionarial, y sólo sea sancionada por el incumplimiento de la deuda de seguridad, en la cuestión referida, frente al personal laboral.

En cualquier caso, hay que denunciar que en este caso se produzca una marcada disociación entre la correlación general que sienta la LPRL entre infracción y sanción, a salvo, claro está, de que pueda imponerse al funcionario responsable de la adopción de medidas preventivas y, por

¹¹⁹³ MONTROYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad...*, op.cit., págs. 294-295; ROQUETA BUJ, R.: «La aplicación de la Ley...», op.cit., pág.64-; BANDERA GALLEG0, J.C.: «La Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», Comunicación presentada a las XIV Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Málaga, 1995, págs. 7-8; CALVENTE MENÉNDEZ, J.: «Prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995): las responsabilidades administrativas y penales en materia de seguridad e higiene, infracciones y sanciones», RCEF nº 154-1996, pág. 70; DOMÍNGUEZ PEREJÓN, C.: «La actuación de la Inspección...», op. op.cit., pág. 223.

ISBN: 978-84-691-1882-5 DL: I-343-2008

conseguinte, de la medida cuya deficiencia se constata, la responsabilidad disciplinaria que proceda¹¹⁹⁴.

B.- Por otro lado, alguna precisión hay que apuntar en relación al tema de la presencia del elemento subjetivo en las sanciones administrativas. A mi juicio, el elemento subjetivo de imputación de la responsabilidad administrativa al empresario (esto es, a título de dolo, culpa o negligencia) es algo extraño, en principio, a la estructura de las sanciones administrativas, que tienden, desde antaño, a la responsabilidad objetiva, bastando la mera omisión o comisión antijurídica sin que sea precisa la presencia de un resultado lesivo¹¹⁹⁵. No obstante, la culpabilidad ha sido aceptada por algunas sentencias como criterio constitutivo de la infracción¹¹⁹⁶, si bien, según entiendo, debe concebirse más como criterio de gradación de la responsabilidad exigible, que como parámetro integrador del tipo, cuya esencia es el mero incumplimiento al margen de connotaciones subjetivas concurrentes¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁴GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 285-286; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.op.cit., pág. 333.

¹¹⁹⁵POLAINO NAVARRETE, M.: «Derecho Penal y Ordenamiento Sancionador», en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, 1987, pág. 283; NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, op.cit., págs. 37, 349 y 357; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador (doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa)*, Trivium, Madrid, 1989, pág. 90; REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora...*, op.cit., pág. 347-352; STS 28.2.1995, Sala 3ª, Ar. 1729, STS 17.5.1995, Sala 3ª, Ar. 4145, STS 10.5.1996, Sala 3ª, Ar. 4116.

¹¹⁹⁶Así, STS 5.3.1996, Sección 3ª, Sala 4ª, Ar. 2163; STS 10.5.1996, Sección 3ª, Sala 4ª, Ar. 4117; STS 11.7.1995, Sala 3ª, Sección 4ª, Ar. 5858; STS 12.7.1995, Sala 3ª, Sección 4ª, Ar. 5995; STS 13.7.1995, Sala 3ª, Sección 4ª, Ar. 5997, parecen seguir esa línea interpretativa.

¹¹⁹⁷La sanción administrativa es independiente del resultado lesivo: STS 26.3.1984, Ar. 1771; STS 28.2.1983, Ar. 953; STS 29.12.1981, Ar. 2162; STS 25.3.1988, Ar. 2514; STS 17.9.1991, Ar. 8290; STS 30.3.1992, Ar. 2810.

C.- En fin, en tercer y último lugar hay que aludir al tema de la compatibilidad de la responsabilidad administrativa con otras responsabilidades (civiles, penales, de Seguridad Social, recargo de prestaciones). En este sentido y para no extenderme en demasía en una cuestión tan atrayente como ésta (sin perjuicio de que se retomará en el Capítulo IV de la Tesis, porque, a mi entender, el problema de la pluralidad de responsabilidades no estriba tanto en el plano sustantivo cuanto en la estanqueidad del plano adjetivo o procesal), comparto plenamente la opinión de GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR¹¹⁹⁸, cuando afirman que: a) Las responsabilidades civil o de indemnización de daños y perjuicios, administrativa y por recargo en las prestaciones de Seguridad Social son independientes y compatibles entre sí; b) La compatibilidad de la responsabilidad administrativa con la penal opera no como regla general, sino como excepción, sin que con ello se conculque el principio *non bis in idem*, dado que tal concurrencia de hecho, sujeto y fundamento sólo se producirá cuando se sancione a un empresario-persona física (aquí jugará la incompatibilidad), no cuando se trate de una persona jurídica (porque aquí la sanción penal recaerá en la persona física responsable, mientras la administrativa recaerá en la persona jurídica).

¹¹⁹⁸GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 271-273. Opinión contraria, en lo tocante a la responsabilidad administrativa de la persona jurídica y la penal de la persona física, sostienen MONTOYA y PIZÁ, para quienes, de aceptar la interpretación que aquí se sigue, se discrimina al empresario-persona jurídica (cfr. *Curso de seguridad...*, op.cit., pág. 299).

ISBN: 978-84-292-1882-4
1.2.2.2.- Medidas complementarias cautelares: limitaciones a la facultad de contratar con la Administración; suspensión y cierre de actividad.

Las limitaciones a la facultad de contratar con la Administración (arts. 54 LPRL y 20.d Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos con las Administraciones públicas), consisten en una medida disuasoria adoptada frente a aquellas empresas (normalmente, empresas de obras públicas y suministros) que hayan sido bien “condenadas por sentencia firme por delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo”, bien “sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia social”¹¹⁹⁹. Los arts. 21 y 22 de la Ley 13/1995 establecen que la duración de tal prohibición “no excederá de 5 años” (regla general) o de 8 años (cuando la prohibición tenga por causa la existencia de condena penal mediante sentencia firme), siendo nulas de pleno derecho las adjudicaciones de contratos en favor de personas a las que se les haya prohibido contratar con la Administración (arts. 22 y 63.b Ley 13/1995¹²⁰⁰). Junto a esa

¹¹⁹⁹ Esa firmeza de la sanción debe entenderse referida a la *firmeza en vía administrativa*, porque, como con sana ironía se ha escrito, “si hubiese que esperar a la sentencia firme en la jurisdicción contencioso-administrativa, la finalidad protectora de la salud y seguridad que se quiere conseguir con esta medida, prácticamente se esfumaría, pues habrían pasado algunos años antes de que la prohibición pudiese empezar a surtir sus efectos”, pudiéndose producir la situación de que, cuando se quisiera aplicar la sanción, “las circunstancias de la empresa pueden haber cambiado y resultar disfuncional en los casos en que se ha corregido la conducta y, sin embargo, aparece una prohibición que trae causa en hechos ocurridos en viejos y casi olvidados tiempos” (cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 311). Creo que vale la pena la cita por su fina ironía y su crudo realismo sobre la “celeridad” de la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹²⁰⁰ La declaración de nulidad apareja la restitución de las cosas negociadas o su valor, así como de la indemnización de los daños causados por el contratante culpable (ex art. 66 Ley 13/1995), sin perjuicio de que, por razones de orden público, el órgano administrativo de contratación decida continuar la ejecución del contrato por el tiempo indispensable (art. 22 Ley 13/1995).

previsión, establece el art. 34.d) de la Ley 13/1995 la “suspensión de la clasificación” para contratar a empresas que hayan sido “sancionadas por infracción muy grave que haya ocasionado daños a la salud de los trabajadores, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, prevista en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”¹²⁰¹.

En cuanto a la suspensión y cierre de actividades (arts. 53 LPRL y 37 RPISE), me permito remitir a cuanto se dijo en la nota a pie nº 1118 de este trabajo.

1.3.- Mecanismos heterotutelares reparadores y resarcitorios: delimitación conceptual y tipología.

Los mecanismos heterotutelares reparadores y resarcitorios son aquellos que intervienen *ex post*, esto es, una vez ya acaecido el siniestro, realidad que no es sino, las más de las veces y excluidos los supuestos en que concurra en su causación dolo, autolesión o suicidio del trabajador siniestrado, consecuencia del fracaso (o de la inexistencia, o de la incorrecta aplicación y observancia, pues el resultado lesivo es el mismo) de los mecanismos preventivos.

¹²⁰¹La clasificación es una especie de habilitación para contratar, recogida en el art. 25.1 Ley 13/1995, precepto que indica que “para contratar con las Administraciones públicas la ejecución de contratos de obras por presupuesto igual o superior” a 20.000.000 pts. o a 10.000.000 pts., “si se trata de contratos de consultoría y asistencia, de servicios o de trabajos específicos y concretos no habituales, será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación”.

Al pesar sobre el empresario las exigencias de garantizar la

ISBN: 978-84-691-1882-5/DL: T-343-2008

indemnidad del trabajador, la producción de una lesión en el derecho del trabajador a la vida, integridad y salud constituye una patología no deseada por el Ordenamiento jurídico que hace recaer sobre el empresario la responsabilidad de reparar las consecuencias lesivas surgidas del siniestro. Ahora bien, el cómo se depure esa responsabilidad empresarial por el siniestro acaecido y se traduzca en mecanismos resarcitorios y reparadores, puestos a disposición del trabajador afectado o sus causahabientes, es cuestión que queda exclusivamente en manos del legislador. Y éste, con sumo pragmatismo, ha instaurado un doble canal a esos efectos:

- El primero, jurídico-público, se articula mediante la protección dispensada por el sistema prestacional de Seguridad Social, como expresión de un mandato constitucional abierto (el del art. 41 CE), al que se acomodan diferenciadamente, aun cuando ello pueda ser objeto de crítica *lege ferenda* por las implicaciones derivadas que comporta (de forma que debiera tenderse a la convergencia en la unidad de tratamiento de todas las contingencias)¹²⁰², tanto un nivel de protección universal para

¹²⁰² Porque en cierto modo, al cobijo del modelo plural de Seguridad Social subsumible en el art. 41 CE (integrador de prestaciones contributivas, no contributivas, y también de otras “de signo distinto, como por ejemplo las prestaciones no contributivas de demograntía” --cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Estado Social y Seguridad Social (y II)», RL nº 23-1994, pág. 4--), se ha perpetuado por el legislador la *tensión centrífuga* que ha venido siendo constante histórica en nuestro Ordenamiento en cuanto al *tratamiento diferenciado* de las contingencias comunes y las profesionales (DURÁN LÓPEZ, F.-RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.-MARTÍN VALVERDE, A.: «Evolución del Derecho de la Seguridad Social», Papeles de Economía Española nº 12-13/1982, págs. 179-180), con el mantenimiento, por razones fundamentalmente de presión financiera no siempre ocultas (pero tampoco manifestadas siempre con abierta franqueza), de un “tratamiento diferenciador en función del riesgo causante” (TORTUERO PLÁZA, J.L.: «Los diferentes sistemas de pensiones públicas en España: su necesidad de armonización», en AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, 1992, pág. 107) que ha provocado una

todos los ciudadanos, cuanto un nivel de protección profesional para los trabajadores¹²⁰³.

- El segundo, jurídico-privado, tiende a facilitar al agraviado la vía resarcitoria que repare, en la medida en que ello sea posible, las secuelas que el daño haya acarreado (a tal fin se instrumentan las vías de responsabilidad civil).

En esa mixtura y aun cuando conserven esa primigenia función común, me ha parecido de todo punto necesario el desdoblamiento de los

sempiterna fricción en la plausible línea de tendencia hacia la uniformidad de las prestaciones. Y lo que es, a mi modo de ver, aún más grave: en materia de gestión del sistema de Seguridad Social, el distanciamiento entre las situaciones de necesidad por razón de la contingencia de la que derivan, ha potenciado (y perpetuado) la subsistencia de entidades privadas de naturaleza asociativa (Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales) colaboradoras en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Problemas actuales de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social», RL nº 6-1992, pág. 13), cuya existencia introduce un grave factor de obstrucción a la protección de carácter uniforme de las diversas contingencias (ALARCON CARACUEL, M.R.-GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio...*, op.cit., pág. 98) y a la gestión única de las prestaciones a cargo de una Entidad gestora de naturaleza pública como es el INSS (detractan, en esta línea, la pervivencia y mantenimiento legislativo de las Mutuas ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Reforma parcial de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo», RL nº 15-16/1990, pág. 86 -- autor que califica de "inaceptable pervivencia del pasado" y de "mecanismo de presencia de intereses privados que ya no tenía sentido hoy día por ser incompatible con un sistema publico de Seguridad Social"-- y MARTÍN VALVERDE, A.: «La racionalización en la gestión», Papeles de Economía Española nº 12-13/1982, pág. 132 --autor que sostiene la ruptura de la lógica del sistema de Seguridad Social como consecuencia de la presencia de estas entidades--). Aunque lo cierto es que *corresponde únicamente al legislador* adoptar la decisión de mantenerlas o suprimirlas, porque el dictado constitucional da juego a una u otra opción (SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Problemas actuales de las Mutuas...», op.cit., pág. 18), criterio que suscribe la STC 38/1995, de 13 febrero, fdto. jdco. 3º (no referida a las Mutuas, sino al diverso tratamiento de las contingencias) al señalar que la Constitución "permite, aunque no impone, una diferente protección en atención a las causas que originan una situación de necesidad y, por tanto, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno puedan tomar en consideración factores causales para acordar un régimen jurídico diverso".

¹²⁰³SÁNCHEZ-URÁN, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1995, pág. 51.

mecanismos heterotutelares abordados en esta sede, a efectos de su estudio sistemático, en dos bloques: por un lado, los mecanismos prestacionales-reparadores de Seguridad Social; por otro, la responsabilidad civil, reparadora y resarcitoria al tiempo, que puede reclamar el trabajador accidentado (o sus derechohabientes) por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del advenimiento del siniestro.

Ese desdoblamiento sistemático no desconoce que ambas modalidades heterotutelares de la seguridad e higiene en el trabajo tienen como finalidad común la tutela del trabajador individualmente considerado, pero se bifurca en un tratamiento diversificado, y con un consiguiente estudio separado, dado que, como con todo acierto se ha señalado, mientras la responsabilidad prestacional de Seguridad Social “no mira tanto a la reparación específica del daño {como es, en puridad, el objetivo primordial de la responsabilidad civil: reparar el daño sufrido} cuanto que, inscrita en más amplios objetivos de política social, trata de compensar la ausencia de rentas, o el aumento excepcional de gastos, del sujeto protegido cuando los medios ordinarios de su obtención fallan, esto es, la pérdida del salario; o cuando se produce una alteración de su salud que hay que reparar {con independencia de consideraciones meramente económicas} en todo caso”¹²⁰⁴.

¹²⁰⁴ APARICIO TOVAR, J.: «Sobre la responsabilidad civil...», op.cit., pág. 12 (los encorchetados son míos). De esta forma, el sistema prestacional de Seguridad Social tiende hacia “la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas” (cfr. ALONSO OLEA, M.-TORTUEÑO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., pág. 38).

Sentada la finalidad que permite el tratamiento sistemático conjuntivo en un mismo epígrafe de la responsabilidad civil y de la responsabilidad prestacional de Seguridad Social (el sesgo reparador de ambas, que entra en escena una vez acaecido el siniestro y en punto a paliar sus consecuencias), y precisada la finalidad disyuntiva que permite disociar su tratamiento (el encuadre de la responsabilidad prestacional en un marco de objetivos de política social más amplio, que es tanto como resaltar su vertiente jurídico-pública, extraña en la responsabilidad civil, que navega en aguas iusprivatistas), estimo conveniente realizar algunas puntualizaciones, breves pero a mi juicio necesarias, en torno a esta última afirmación relacionada con la protección de Seguridad Social.

Siendo la seguridad e higiene en el trabajo expresión y cauce constitucional de la tutela de un derecho fundamental del trabajador, resulta, a mi juicio, que esa faceta preventiva de los riesgos profesionales se antepone y tiene su contrapunto en la vertiente reparadora propia del sistema prestacional de Seguridad Social, que tiene su razón de ser en el marco de la protección de las situaciones de necesidad que impera el art. 41 CE¹²⁰⁵. Ahora bien, la entrada en escena de la vertiente reparadora no

¹²⁰⁵El art. 41 CE presenta tres perfiles, que “se traducen en tres principios: el de la universalidad subjetiva (se protege «a todos los ciudadanos»), el de la generalidad objetiva (ante «situaciones de necesidad» de cualquier naturaleza) y el de suficiencia (mediante «asistencia y prestaciones sociales suficientes»)”, y anuda una garantía, que no conviene obviar pese a los vientos fríos de privatización del sistema prestacional que corren: “un sistema prestacional de esas características debe, por imperativo constitucional, ser mantenido por los poderes públicos” (cfr. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Hacia el Derecho de la Protección Social», en AA.VV.: *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 15). Especialmente importante es remarcar esto último, porque “el carácter público de la Seguridad Social lo que prohíbe es transferir al ámbito de la iniciativa privada la gestión, bien del conjunto del sistema, bien de sectores cuya importancia en el conjunto la hagan perder el rasgo estructural de público” (cfr. VALDÉS DAL-RE, F.: «Estado Social y Seguridad Social (I)», RL nº 22-1994, pág. 7).

ISBN: 978-84-691-1882-5/DL: T-343-2008

es sino consecuencia de la ineficacia del sistema preventivo, pues la situación de necesidad es un *posterius* a la prevención. En otras palabras, la prevención no nace de la existencia de un régimen prestacional, sino que éste es una consecuencia o respuesta necesaria del legislador a la falla de aquél. Ante la ineficacia de la prevención, se hace necesaria la fijación de una vertiente reparadora que atienda a situaciones de necesidad, de forma que con ella se brinda, por parte del legislador, un mecanismo de tutela reparadora y compensadora de la transgresión producida al derecho fundamental del trabajador a la vida, integridad y a la salud. Ésa (y no otra) es la razón por la que aquí va a abordarse su estudio.

1.3.1.- Heterotutela *prestacional-reparadora* de Seguridad Social: delimitación conceptual y tipología.

Sin lugar a dudas y como resulta comúnmente admitido, una de las consecuencias jurídica que cabe plantearse a raíz del incumplimiento empresarial de la deuda de seguridad, cuando éste apareja un resultado lesivo para el trabajador, consecuencia de la traducción del riesgo en siniestro (a través de la presencia de un hecho causante: accidente de trabajo o enfermedad profesional), es la entrada en escena de la carga protectora o heterotutela prestacional reparadora de Seguridad Social que debe afrontar, a su cargo, el empresario una vez producida la situación de necesidad del trabajador. Ahora bien, esta hipótesis puede traducirse, con mayor precisión, en un triple orden de responsabilidades:

A.- Cuando la heterotutela prestacional no nazca de forma natural por no concurrir los automatismos de la constitución normal de la relación jurídica de Seguridad Social, es decir, por no existir previo cumplimiento (dicho sea por pasiva) o, lo que es lo mismo, por existir previo incumplimiento (dicho sea por activa) de las obligaciones legales que sobre el empresario pesan en materia de afiliación, alta o cotización afectante al trabajador lesionado, enfermo o finado. En esta hipótesis, el empresario infractor será responsable directo del pago de las prestaciones económicas y de la prestación sanitaria que proceda¹²⁰⁶.

Con todo, hay que precisar que la responsabilidad recién señalada “no supone propiamente una imputación de responsabilidad {al empresario infractor} como deudor de seguridad, sino derivada de su negligente actuación en la gestión del sistema {de Seguridad Social}”¹²⁰⁷, esto es, no tiene una explicación jurídica que pueda cifrarse exclusivamente en clave contractual, siendo por el contrario una repercusión responsabilizatoria que “excede del ámbito estrictamente

¹²⁰⁶“Siendo el aseguramiento forzoso, el empresario está obligado a concertarlo; si no está asegurado y acaece un siniestro, es responsable directo de las prestaciones”--cfr. ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., pág. 157; CÁMARA BOTÍA, A.: «Responsabilidad en materia de prestaciones de la Seguridad Social», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (dir. MONTOYA MELGAR, A.), Civitas, Madrid, 1995, Volumen IV, pág. 5939; SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 176-177-- De “responsabilidad laboral” del empresario hablan doctrina y jurisprudencia en estos supuestos (por todos, SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 177 y STS, Sala 1ª, 4.10.1982, Ar. 5538), si bien creo que es, probablemente y en técnica jurídica, más correcto hablar de *responsabilidad prestacional* como hace SEMPERE NAVARRO, porque en puridad no afecta tanto a la relación contractual cuanto a la asistencia sanitaria y prestaciones económicas satisfechas, ex art. 41 CE, por el régimen público de Seguridad Social y que, “al fin y al cabo, son las que pasan a gravitar sobre el empresario incumplidor” (cfr. *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs. 9-10).

¹²⁰⁷SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., pág. 9.

contractual” y se enmarca en el plano de la tutela legal jurídico-pública, al igual que sucede en el caso de la responsabilidad penal y administrativa¹²⁰⁸.

ISBN:978-84-691-1882-5/DL: T-343-2008

B.- Producida la situación de necesidad pero cumplidos con normalidad los requisitos de afiliación, alta y cotización (arts. 99-100 y 103-ss LGSS), será responsable de las prestaciones, económicas o sanitarias, la Entidad Gestora o la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en los términos recogidos en los arts. 126-127 LGSS.

C.- El incumplimiento acreditado en el terreno de determinadas obligaciones específicas que debe cumplir *ope legis* el empresario (v.gr., siniestros profesionales acaecidos en el contexto temporal, circunstancial y locativo del incumplimiento empresarial de la orden de paralización de la actividad por parte de la autoridad laboral basada en razones de seguridad e higiene; enfermedad profesional contraída por el trabajador previo incumplimiento empresarial de llevar a cabo reconocimientos médicos periódicos cuando éstos sean de obligatoria realización), genera la responsabilidad directa de éste, una vez acreditado el nexo causal incumplimiento-siniestro, en orden al coste de las prestaciones que se deriven de dichos siniestros¹²⁰⁹.

¹²⁰⁸GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Seguridad e higiene en el trabajo», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, op.cit., volumen IV, pág. 6104. Responsabilidades legales y jurídico-públicas (las penales, administrativas y las prestacionales de Seguridad Social) que resultan de una lógica jurídica aplastante, dado que “es normal que para la garantía de los derechos fundamentales”, como es el caso del que aquí está en juego (el art. 15 CE), “se incrementen las competencias de regulación e intervención del Estado” (cfr. BÖCKENFÖRDE, E.W.: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, traducción de REQUEJO PAGÉS y VILLAVERDE MENENDEZ, pág. 70).

¹²⁰⁹GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Seguridad e higiene en el trabajo», op.cit., pág. 6105.

En línea de cierre y al hilo del comentario que se va efectuar sobre cada uno de los bloques sistemáticos en que hemos disgregado la heterotutela prestacional de Seguridad Social, hay que advertir que el presente núcleo expositivo va a ser conscientemente tratado en extensión reducida, porque, a mi modo de ver, no estamos estrictamente tanto ante un supuesto de incumplimiento de la deuda de seguridad, sino, más bien, ante un supuesto de responsabilidad derivada del “devenir de la función allegadora de recursos atribuida al empresario” por el propio sistema de Seguridad Social¹²¹⁰, excepto en el tercero de los supuestos (incumplimiento obligacional, *strictu sensu*, que lleva aparejado el siniestro para el trabajador y al que se anuda, ex LGSS, la responsabilidad directa del empresario en orden a las prestaciones a que haya lugar), razón por la que se prestará atención diferenciada a ese último núcleo temático.

1.3.1.1.- Primera hipótesis de heterotutela prestacional-reparadora: responsabilidad empresarial por no-aseguramiento (incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización).

Con rotundidad puede afirmarse que el incumplimiento empresarial de las obligaciones legales de afiliación¹²¹¹, alta¹²¹² y/o cotización a la

¹²¹⁰SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., pág. 9.

¹²¹¹Entre otras, declaran las responsabilidades directas del empresario infractor STSJ Cataluña 8.1.1992, AS 252, STSJ País Vasco 7.10.1991, AS 5692 y STCT 16.3.1987, Ar. 5845. La regulación de la obligación de afiliación se contiene en el art. 100 LGSS y en los arts.

Seguridad Social¹²¹³ (también el incumplimiento de la obligación legal de inscripción de la empresa¹²¹⁴) supone la atribución directa a aquél de la

ISBN: 978-84-691-1882-5/DL: T-343-2008

6 y 23 a 28 RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE 27.2.1996), norma reglamentaria que *sustituye ex Disposición Derogatoria Única*, epígrafe 2º, al RD 1258/1987, de 11 de septiembre (BOE 13.10.1987), acogiendo, actualizando y completando sus contenidos.

¹²¹²Tanto la ausencia de alta (a título ejemplificativo, STS, Sala de lo Social, 14.12.1983, Ar. 6242 y 27.12.1994, Ar. 10509; STSJ Galicia 4.4.1991, AS 2390) como la presentación fuera de plazo del alta (STS 17.6.1982, Ar. 4032; STS 14.12.1983, Ar. 6242; STSJ Galicia 4.4.1991, AS 2390; *contra*, interpretan negativamente este supuesto --a mi modo de ver, de manera incorrecta-- denegando la responsabilidad empresarial por entender que la presentación fuera de plazo del alta es una irregularidad "en la que debe valorarse las circunstancias concurrentes", cuya trascendencia es meramente formal y no genera dicha responsabilidad, las STSJ Comunidad Valenciana 29.6.1993, AS 3086 y 15.10.93, AS 4610) generan la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones una vez ha acaecido el siniestro. La regulación vigente de la cuestión se contiene en el art. 100 LGSS y en los arts. 7 y 29-36 del RD 84/1996, de 26 de enero, op.cit. en la nota nº 773.

¹²¹³En caso de impago patronal (total, parcial o de abono inferior al debido) de las cotizaciones a la Seguridad Social, la Mutua ha de anticipar las prestaciones correspondientes (ex arts. 126.3 LGSS), sin perjuicio del derecho a repetir contra el empresario como responsable directo del abono de las prestaciones, y, si éste es insolvente, a reclamar el pago del INSS como responsable subsidiario: STS, Sala 4ª, 4.2.1991 (Ar. 797), 8.7.1991 (Ar. 6831), 7.10.1991 (Ar. 8657), 30.3.1992 (Ar. 1884), 28.9.1992 (Ar. 6820), 20.10.1992 (Ar. 7659), 9.11.1992 (Ar. 8790), 18.1.1993 (Ar. 95), 19.1.1993 (Ar. 99), 23.1.1993 (Ar. 265), 30.1.1993 (Ar. 388), 6.2.1993 (Ar. 2405), 11.2.1993 (Ar. 2406), 6.3.1993 (Ar. 1709), 20.4.1993 (Ar. 3340), 23.4.1993 (Ar. 3354), 21.5.1993 (Ar. 4112), 6.10.1993 (Ar. 7576), 7.10.1993 (Ar. 7577), 20.12.1993 (Ar. 9967), 18.4.1994 (Ar. 3253), 14.6.1994 (Ar. 5430), 22.11.1994 (Ar. 9228), 21.12.1994 (Ar. 10347), 27.12.1994 (Ar. 10506) y, recientemente, STS, Sala 4ª, 26.9.1996, RL nº 1-1997, ref. TS-232. Lo más importante para que entre en juego esta responsabilidad, es la duración continuada en el tiempo del impago o la cuantía del mismo, "que evidencien el propósito deliberado" de incumplimiento de la empresa: así, STSJ Cataluña 27.10.1992, AS 5155, 9.7.1993, AS 3551 y 28.9.1993, AS 3861, STSJ Madrid 18.3.1993, AS 1431, STS 6.3.1984, Ar. 1527, 21.3.1984, Ar. 1596, 10.10.1986, Ar. 5439, 21.10.1988, Ar. 8129; ahora bien, siendo dudosa la frontera entre descubierto continuado y voluntario y descubierto "ocasional o esporádico" (un análisis jurisprudencial de la cuestión en CEA AYALA, A.: «La responsabilidad empresarial en materia de accidentes de trabajo por descubiertos en la cotización», RCEF nº 121-1993, págs. 155-159), es lo cierto que en este segundo caso no nace la responsabilidad en orden a las prestaciones según las STS 9.7.1986, Ar. 4004 y 1.6.1992, Ar. 4502. Su regulación vigente se contiene en los arts. 103-112 LGSS, y 6-ss del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (BOE 25.1.1996). Sobre la falta total o parcial de cotización y sus consecuencias responsabilizatorias, véase ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., págs. 158-163, HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J.: *La responsabilidad empresarial*, op.cit., págs. 97-153, ALONSO SECO, J.M.: «Responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social: regulación, jurisprudencia, alternativas para su modificación legal», RTSS nº 4-1991, págs. 53-61

responsabilidad prestacional-reparadora derivada del siniestro
acaecido¹²¹⁵.

Esta situación responde a la traslación legal de la responsabilidad prestacional, que en condiciones de “normal” aseguramiento se proyectaría sobre la Entidad Gestora o la Mutua aseguradora correspondiente, de forma que se involucra así al empresario infractor en la dinámica de la responsabilización protectora del sistema de Seguridad Social¹²¹⁶. Ahora bien, a renglón seguido debe puntualizarse que esa responsabilidad prestacional requiere, de modo acumulativo y no alternativo, la presencia del nexo causal entre el incumplimiento empresarial de la obligación de aseguramiento (en cualquiera de sus facetas antedichas) y el resultado dañoso acontecido como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, generador de la situación de necesidad a la que hay que atender. Tan es así, que el mero

y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Responsabilidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, CDN, Madrid, 1995, págs. 121-162.

¹²¹⁴Entre otras, las STCT 15.3.1982 (Ar. 1538), 26.4.1983 (Ar. 3589), 27.4.1983 (Ar. 3641), 7.1.1985 (Ar. 600), 7.3.1985 (Ar. 1641), 7.11.1985 (Ar. 6067), 12.12.1985 (Ar. 6945), 22.2.1987 (Ar. 4170), 7.11.1987 (Ar. 6067), 4.5.1989 (Ar. 3571), la STSJ Castilla-La Mancha 21.6.1991 (AS 4007), la STSJ Comunidad Valenciana 18.9.1991 (AS 5156) y la STSJ Cataluña 8.1.1992 (AS 252). La regulación vigente de la obligación empresarial de inscripción ante la TGSS, se ancla en los arts. 99 LGSS, y arts 5 y 10 a 15 del RD 84/1996, de 26 de enero, op.cit. en la nota nº 773.

¹²¹⁵Así se desprende del art. 126.2 LGSS. La responsabilidad del empresario incumplidor es “objetiva”, porque la conducta sancionable es *independiente de la concurrencia de dolo o culpa* (basta el mero incumplimiento de la obligación de aseguramiento y la efectiva producción del hecho causante, esto es, de accidente de trabajo y/o enfermedad profesional), y porque las prestaciones sanitarias y económicas están predeterminadas (cfr. SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 178-179).

¹²¹⁶ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991, 7ª ed., pág. 350.

ISBN: 978-84-694-1882-5/DL: T-343-2008

incumplimiento sin resultado dañoso no genera más que la responsabilidad administrativa oportuna (prevista en varios epígrafes diseminados en los arts. 14 y 15 LISOS), mas no, lógicamente porque no existe situación de necesidad del trabajador afectado o sus derechohabientes, responsabilidad alguna en orden a las prestaciones, dado que no ha llegado a nacer el derecho al reconocimiento de éstas¹²¹⁷.

Sentado lo anterior, dos cuestiones adicionales (y complejas, aunque las abordaremos en un tratamiento de síntesis para no extendernos en demasía), deben traerse aquí a colación, en tanto ese nexo causal entre incumplimiento empresarial de la obligación legal de aseguramiento y daños al trabajador, generadores del derecho de prestaciones, haya quedado establecido.

A. - En primer lugar, que la responsabilidad directa del empresario infractor en orden al pago de las prestaciones por incumplimiento de la obligación de aseguramiento en cualquiera de las facetas referidas (de modo que ese incumplimiento genera una anormal trabazón de la relación jurídica de Seguridad Social¹²¹⁸), debe templarse en base a dos argumentos:

¹²¹⁷SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 180; ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., pág. 157.

¹²¹⁸ Empleo la expresión “anormal trabazón” como contrapunto y antónimo a la situación de “normalidad” en la “constitución y desarrollo de la relación jurídica de seguridad social”, esto es, cuando se han cumplido los trámites de “inscripción de la empresa (acompañada del convenio o documento de propuesta de asociación con la Mutua), afiliación y alta de los trabajadores y puntual cumplimiento de la obligación de cotizar”. Cfr. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Responsabilidad de las Mutuas...*, op.cit., pág. 31; sobre tales trámites obligatorios, ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., págs. 385-396.

- De un lado, no debe soslayarse la consideración del trabajador afectado en situación de alta de pleno derecho y sin necesidad de períodos previos de cotización para acceder a las prestaciones, aunque el empresario hubiera incumplido su obligación de aseguramiento, cuando el hecho causante del siniestro sea accidente de trabajo o enfermedad profesional (argumento ex arts. 124.4 y 125.3 LGSS)¹²¹⁹.

- De otro, el llamado principio de automaticidad de las prestaciones¹²²⁰, conforme al cual y pese al incumplimiento empresarial generador de la responsabilidad directa de éste, la Entidad Gestora o la Mutua¹²²¹, según los casos¹²²², procederán al pago anticipado de las

¹²¹⁹La no exigencia de período de carencia y la consideración del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional como situaciones asimiladas al alta, permiten soslayar el problema que se suscita cuando la prestación no trae causa de esas contingencias profesionales y que supone que “el derecho a las prestaciones se hace depender de la concurrencia de una serie de condiciones o requisitos” (tales como la situación de alta o asimilada, o el requisito del período de carencia o cotización previa). Cfr. BARRIONUEVO PEÑA, J.: «La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social», RPS nº 100-1973, pág. 43.

¹²²⁰Según una definición ya clásica, el principio de automaticidad de las prestaciones es la técnica jurídica mediante la cual “la Entidad Gestora o Colaboradora anticipa las prestaciones causadas por el beneficiario en los casos de responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones legales” de aseguramiento (cfr. SALA FRANCO, T.: «El régimen jurídico del derecho a prestaciones de la Seguridad Social (Un estudio de la responsabilidad empresarial por falta de afiliación, alta y cotización)», Revista Iberoamericana de Seguridad Social nº 6-1974, pág. 1462). En palabras recientes de la jurisprudencia (STS, Sala de lo Social, 18.1.1993, Ar. 95, dictada en unificación de doctrina), “la consagración en nuestro Derecho del principio de automaticidad de las prestaciones (...) supone imponer a la entidad aseguradora del accidente de trabajo, sea el Instituto {se refiere al INSS} o la Mutua, la responsabilidad de todas las prestaciones reconocidas por la Ley, obligándole a su pago directo, sin perjuicio del derecho que tiene de repetir contra el empresario incumplidor”.

¹²²¹Así, a título ejemplificativo, la STS, Sala de lo Social, 27.12.1994, Ar. 10509, dictada en unificación de doctrina, establece que en los supuestos de incumplimiento empresarial de la obligación de dar de alta al trabajador “es aplicable la doctrina sobre automaticidad en el pago de las prestaciones” por lo que: a) el *responsable principal* del pago de las prestaciones será el *empresario*, pero es la *Mutua* la que ha de *anticipar* las mismas; b) la Mutua puede ejercer su

prestaciones¹²²³ con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de los sujetos protegidos (de suerte que, siendo responsable del pago de las prestaciones el empresario infractor, “tal responsabilidad será

derecho a repetir contra el empresario, como responsable directo del abono de las prestaciones; c) si el empresario es declarado *insolvente*, la Mutua puede reclamar el pago del INSS en cuanto responsable subsidiario último, como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes (en parecidos términos, STSJ Canarias, Sala de lo Social de las Palmas, 5.5.1992, AS 2438, STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Valladolid 23.3.1993, AS 1226, STS, Sala de lo Social, 14.7.1993, Ar. 5676, 27.12.1994, Ar. 10509; esa automaticidad a cargo de la Mutua también opera en el caso de las prestaciones de asistencia sanitaria, así, v.gr. STSJ Cataluña 10.4.1992, AS 2865, STS 1.6.1990, AS 5002, STS 13.6.1990, AS 5070, STS 15.4.1991, AS 3270, y las STCT 25.2.1988, Ar. 1776, 30.11.1984, Ar. 9078; sobre el INSS como sucesor del fondo de Garantía referido, véase *infra* nota a pie nº de este Capítulo II). Criterio que merece destacarse por cuanto los tribunales había venido manteniendo la responsabilidad directa del empresario, y, discutiblemente, sólo la del INSS de forma subsidiaria, *exonerando* a la Mutua (así, las STS, Sala de lo Social, 4.6.1986, Ar. 3467, 20.1.1987, Ar. 89, 21.1.1987, Ar. 102, 3.5.1988, Ar. 4979, 29.9.1988, Ar. 7148; las STSJ Cataluña 9.3.1992, AS 1690, 6.4.1992, AS 2248, 10.4.1992, AS 2265; las STSJ Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas, 27.3.1991, Ar. 2247, 30.4.1991, Ar. 2812; o las STCT 13.2.1987, Ar. 3170, 16.3.1987, Ar. 5845, 25.6.1987, Ar. 14164). Aún más discutiblemente, *habían negado incluso la responsabilidad subsidiaria del INSS* (y, en consecuencia, el anticipo de prestaciones en caso de incumplimiento empresarial de la obligación de alta, las STSJ Cataluña 26.3.1992 (AS 1762), 13.4.1992 (AS 2267); la STSJ Navarra 9.10.1992 (AS 4735); la STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Burgos, 16.10.1992 (AS 4778); y las STCT 1.2.1988 (Ar. 1174), 13.10.1988 (Ar. 6556), 19.12.1988 (Ar. 8363), 28.2.1989 (Ar. 1943) y 3.5.1989 (Ar. 3755). Más acertadamente, a mi juicio, subrayan la responsabilidad subsidiaria del INSS en la automaticidad o pago anticipado de las prestaciones (por entroncar con el art. 41 CE dicha obligación de anticipo), entre otras, las STCT 16.3.1987 (Ar. 5845) y 21.5.1987 (Ar. 10847), la STSJ Comunidad Valenciana 13.6.1991 (AS 4129) y la STSJ Madrid 26.1.1993 (AS 330).

¹²²²Sobre la cuestión, compleja donde las haya y no pudiéndome detener aquí, remito a la lectura de CÁMARA BOTÍA, A.: «Responsabilidad en materia...», op.cit., págs. 5940-5942, ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., págs. 166-167, y HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs. 155-188. Así, a título de mero ejemplo, la Mutua responde respecto a las enfermedades profesionales sólo por las contingencias de incapacidad temporal y de los periodos de observación ex art. 68.2.b LGSS, correspondiendo al INSS y a la TGSS la asunción de las demás contingencias (así, STS 25.1.1978, Ar. 193, 25.4.1978, Ar. 1559, 12.12.1980, Ar. 4898, 8.7.1981, Ar. 3109, 10.5.1986, Ar. 2516, 11.11.1991, Ar. 8212, 12.3.1994, Ar. 2344; ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., pág. 184).

¹²²³El principio de automaticidad de las prestaciones “aparece {así} como un puente entre la responsabilidad privada y la responsabilidad pública, la Entidad Gestora adelanta la prestación, la anticipa, la concede automáticamente, sin perjuicio de reintegrarse después de la empresa”. Cfr. ORDEIG FOS, J.M.: *El sistema español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)*, Edersa, Madrid, 1993, 5ª ed., pág. 254.

exigible” bien por la Entidad Gestora o la Mutua “que en aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones las ha anticipado y se ha subrogado en los derechos o acciones de los beneficiarios contra el empresario incumplidor”¹²²⁴, bien por el propio trabajador “respecto de los casos en que no sea aplicable el principio de automaticidad, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria {que proceda, vía anticipo de prestaciones} en caso de insolvencia empresarial”¹²²⁵).

¹²²⁴El empresario será así responsable, frente a la Entidad Gestora (que anticipa las prestaciones, con derecho a repetición), “respecto de las prestaciones correspondientes a aquellos riesgos en que jueguen los principios de alta de pleno derecho o de automaticidad absoluta de prestaciones”, esto es, las prestaciones “derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, las de desempleo y las sanitarias”(cfr. ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., pág. 397), si bien, lógicamente, de las responsabilidades prestacionales derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, sean económicas, sean sanitarias, responderá la Mutua (siempre que haya existido inscripción de la empresa y haya sido suscrito, previamente al siniestro, convenio o documento de asociación entre la empresa infractora y la Mutua). Por exclusión (y aun cuando sea muy discutible *lege ferenda*), las restantes prestaciones, en defecto de alta del trabajador, no pueden ser anticipadas por la Entidad Gestora ni por la Mutua, según la STS, Sala de lo Social, 22.4.1994, Ar. 3237, tal como recogen ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., pág. 398.

¹²²⁵CÁMARA BOTÍA, A.: «Responsabilidad en materia de prestaciones...», op.cit., págs. 5939-5942, quien pone como ejemplos de no-automaticidad las prestaciones por incapacidad laboral transitoria (hoy, incapacidad temporal) derivadas de accidente no laboral o enfermedad común cuando el trabajador no se encuentre de alta, ex art. 95.1.3 LSS-1966, y las prestaciones familiares por hijo a cargo, “supuesto en el que no es aplicable el principio de automaticidad” ex art. 95.1.3 LSS-1966, según este autor. Esa situación, con todo, es fruto del *inmovilismo reglamentario* hasta la fecha existente en punto al desarrollo del art. 126.3 LGSS, lo que ha fomentado que el propio CES haya reconocido que los arts. 94 a 96 LSS-1966 continúan “siendo de aplicación con carácter reglamentario” por mor de la Disposición Transitoria 2ª del Decreto 1645/1972, de 23 de junio, para aplicación en materia de cotización de la Ley 24/1972, de 21 de junio (de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social), “normativa {reglamentaria} que ha dado lugar a una extensa y rica doctrina de nuestros Tribunales”, no siempre inconcusa al ser “de signo vario” (cfr. Dictamen CES sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones en el Régimen General de la Seguridad Social, en *Colección CES-Dictámenes*, nº 2-1996, pág. 3).

A los efectos que aquí interesan debe señalarse que, a mi juicio, la plausible línea de tendencia jurisprudencial¹²²⁶ que venía remarcando la consideración amplia y garantizadora del derecho del beneficiario a la automaticidad de todas las prestaciones¹²²⁷ (a cargo de la Mutua, por incumplimiento empresarial de la obligación de aseguramiento y con responsabilidad subsidiaria del INSS), superando (y sorteando) los estrechos moldes ligados a la no excesivamente afortunada pervivencia de determinados preceptos de la LSS-1966¹²²⁸, ha sufrido una cierta

¹²²⁶STS, Sala de lo Social, 4.6.1986 (Ar. 3467), 23.12.1986 (Ar. 7585), 20.2.1987 (Ar. 1083), 29.9.1988 (Ar. 7149), 4.2.1991 (Ar. 797), 8.7.1991 (Ar. 6831), 19.9.1991 (Ar. 7651), 7.10.1991 (Ar. 8657), 30.3.1992 (Ar. 1884), 1.6.1992 (Ar. 4502), 28.9.1992 (Ar. 6820), 20.10.1992 (Ar. 7659), 9.11.1992 (Ar. 8790), 18.1.1993 (Ar. 95), 19.1.1993 (Ar. 99), 23.1.1993 (Ar. 265), 30.1.1993 (Ar. 388), 6.2.1993 (Ar. 2405), 11.2.1993 (Ar. 2406), 4.10.1993 (Ar. 7570), 6.10.1993 (Ar. 7576), 7.10.1993 (Ar. 7577), 8.10.1993 (Ar. 7580), 20.11.1993 (Ar. 8920), 22.11.1993 (Ar. 8921), 25.11.1993 (Ar. 9071), 10.12.1993 (Ar. 9773), 20.12.1993 (Ar. 9967), 28.12.1993 (Ar. 10071), STSJ Andalucía 22.5.1995 (AS 2112).

¹²²⁷Ideal a alcanzar y que, con certeza, se enmarcaría en la línea de tendencia hacia la *objetivación plena de los riesgos*, la *responsabilidad pública* en orden al pago de las prestaciones y la *solidaridad* entre todos los elementos integrantes del sistema de Seguridad Social (cfr. DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, traducción de VIDA SORIA, pág. 270). En suma, la generalización del principio de automaticidad de las prestaciones supondría un paso importantísimo en la perfección del sistema de Seguridad Social, eliminando "las tediosas acciones del beneficiario, sustituyéndolas por las del ente gestor" contra el empresario incumplidor, eliminando el "riesgo último de la insolvencia de éste" e integrando el actual "mar proceloso, que no laguna legal, cada día más anchuroso" que presenta el entramado normativo y que comporta un laborioso (y no siempre congruente) quehacer jurisprudencial sobre esta cuestión. Cfr. ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., pág. 398.

¹²²⁸La vidriosa cuestión que se suscita, *habida cuenta de la pervivencia*, bien que *con degradado carácter reglamentario*, de los arts. 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 21.4.1966 --así, las STS, Sala de lo Social, 21.1.1986 (Ar. 308), 27.9.1986 (Ar. 5185), 8.7.1987 (Ar. 5117), 4.2.1991 (Ar. 797), 15.4.1991 (Ar. 3270), 8.7.1991 (Ar. 6831), 20.10.1992 (Ar. 7659), 19.1.1993 (Ar. 99), y, de los Tribunales de Justicia, STSJ Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas, 5.5.1992 (AS 2438), STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Valladolid, 1.6.1992 (AS 3148), STSJ Cataluña 21.9.1992 (AS 4374); una crítica a la posición jurisprudencial de seguir aplicando los preceptos de la Ley de 21.4.1966, "pues se ampara en una discutible interpretación de lo ordenado en la Disposición Transitoria Segunda del Decreto 1645/1972, de 23 de junio", en RIVERO LAMAS, J.: «Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (I y II)», AL n° 8-9/1988, pág. 470 y ORDEIG FOS, J.M.: *El sistema español...*, op.cit., pág. 241-- es que *durante largo tiempo ha sido interpretada por la jurisprudencia como*

regresión a raíz de la STS, Sala de lo Social, 22.4.1994 (Ar. 3271)¹²²⁹, dictada en unificación de doctrina y seguida por reiterada jurisprudencia¹²³⁰. Mas esa sumamente discutible involución, según entiendo y a los efectos que aquí interesan, no afecta (ni debe afectar) a la automaticidad de las prestaciones cuando éstas traigan causa de accidente de trabajo y/o enfermedad profesional y el empresario haya incumplido su obligación de aseguramiento¹²³¹: en este supuesto, la Mutua ha de anticipar las prestaciones, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el

denegatoria del anticipo de prestaciones en los supuestos de contingencias profesionales o comunes producidas en presencia de un incumplimiento de la obligación de aseguramiento, si bien en fechas recientes va consolidándose una *inversión* de esa línea interpretativa, sustentándose la procedencia plena de la automaticidad en tales supuestos (sobre esta evolución jurisprudencial, remito a la lectura de HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J.: *La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social*, Murcia, 1994, págs. 179-188, y de ALONSO SECO, J.M.: «Responsabilidad empresarial en orden...», op.cit., págs. 36-62). Por otro lado, la devaluada pervivencia legislativa de los arts. referidos *hubiera podido solventarse* de fructificar el finalmente empantanado Proyecto de Real Decreto regulador de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones en el Régimen General de la Seguridad Social, que fue sometido el 28.2.1996 a la consideración del CES, órgano consultivo que emitió Dictamen en fecha 20.3.1996 (véase el Dictamen referido sobre ese Proyecto de Real Decreto, así como los votos particulares de los grupos segundo y tercero del CES, en *Colección CES-Dictámenes*, nº 2-1996, págs. 1-7). Ese desarrollo reglamentario del art. 126.3 LGSS ya había sido declarado como necesario por la doctrina, en punto a la potenciación de la automaticidad de todas las prestaciones en el marco del régimen público de Seguridad Social ex art. 41 CE (así, ALONSO SECO, J.M.: «Responsabilidad empresarial en orden...», op.cit., págs. 75-79, con referencias bibliográficas y sugerencias sumamente interesantes; también, CEA AYALA, A.: «La responsabilidad en materia...», op.cit., págs. 159-160).

¹²²⁹Un interesante comentario crítico a esta sentencia, con referencias al acertadísimo voto particular disidente del Magistrado Linares Lorente, en BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: «Responsabilidad empresarial por falta de alta del trabajador y anticipo de prestaciones de la Seguridad Social», en AA.VV.: *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 341-346.

¹²³⁰Línea jurisprudencial seguida por las STS, Sala de lo Social, 3.11.1994 (Ar. 8588), 20.12.1994 (Ar. 10500), 6.6.1995 (Ar. 4765), 13.6.1995 (Ar. 4897).

¹²³¹De forma que, reconocido así el principio de automaticidad y reivindicada la generalización de los anticipos por las Entidades Gestoras y/o las Mutuas, se brindarían *mayores garantías* a los trabajadores beneficiarios *sin perjuicio del resarcimiento* de quienes han anticipado las prestaciones, vía derecho de repetición contra el empresario infractor. Así, ALONSO SECO, J.M.: «Responsabilidad empresarial en orden...», op.cit., pág. 62.

ISBN: 978-84-9634-200-2
empresario infractor (responsable directo) y, de modo subsiguiente y una vez resulte en los autos incoados al efecto la declaración judicial de insolvencia de aquél, contra el INSS y la TGSS (responsables subsidiarios), en cuanto subrogados en las antiguas competencias del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo¹²³².

B.- En segundo lugar, entiendo que el anticipo de las prestaciones (a cargo de la Mutua, sin perjuicio del derecho a repetir contra el empresario, y si éste es insolvente contra el INSS y la TGSS, como se ha visto) opera con independencia de la declaración de responsabilidad directa del empresario infractor que ha incumplido con su obligación de aseguramiento, y sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria (en el caso de incumplimiento por la ETT de las obligaciones de seguridad social respecto a los trabajadores puestos a disposición o en misión¹²³³) y de las responsabilidades que en esta materia

¹²³²Entre otras, STS 4.2.1991 (Ar. 797), 8.7.1991 (Ar. 6831), 7.10.1991 (Ar. 8657), 28.9.1992 (Ar. 6820), 30.3.1992 (Ar. 1884), 1.6.1992 (Ar. 4502), 28.9.1992 (Ar. 6820), 20.10.1992 (Ar. 7659), 9.11.1992 (Ar. 8790), 18.1.1993 (Ar. 95), 19.1.1993 (Ar. 99), 20.4.1993 (Ar. 3340), 10.6.1993 (Ar. 4662), 6.10.1993 (Ar. 7576), 7.10.1993 (Ar. 7577), 20.11.1993 (Ar. 8920), 14.7.1993 (Ar. 5676), 17.6.1993 (Ar. 4762), 20.7.1993 (Ar. 5746), 7.10.1993 (Ar. 7577), 15.10.1993 (Ar. 8052), 22.11.1993 (Ar. 8921), 15.4.1996 (Ar. 3078), 18.7.1996 (Ar. 61649), 22.10.1996 (Ar. 7781), 15.11.1996 (Ar. 8621); STSJ Canarias 5.5.1992 (AS 2438); STSJ Andalucía, Sala de lo Social de Málaga 10.4.1992 (AS 2210); STSJ Cataluña 10.4.1992 (AS 2265). Sobre los *procedimientos administrativos y judiciales* para determinar la responsabilidad empresarial y la de las Entidades Gestoras y de las Mutuas en orden a las prestaciones sanitarias y económicas, me remito, por no ser objeto directo de este trabajo y para evitar digresiones argumentales que incrementarían en exceso el volumen de este Capítulo de la Tesis, a los completos análisis de HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs. 189-216 y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Responsabilidad de las Mutuas...*, op.cit., págs. 179-199, y a las abundantes notas bibliográficas y jurisprudenciales allí convenientemente destiladas.

¹²³³Así resulta de la lectura sistemática de los arts. 12.1 y 16.3 LETT. No obstante, esa responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria se troca en *solidaria* cuando media el incumplimiento de las exigencias legales contenidas en el art. 6 y/o 8 de la LETT, ex art. 16.3 LETT (v.gr., la responsabilidad será solidaria cuando se haya quebrantado la prohibición de

acotan los arts. 42 y 44 TRLET en conexión sistemática con el art. 127 LGSS¹²³⁴. Responsabilidad prestacional la aquí analizada compatible, por

realizar contratos de puesta a disposición para realizar actividades potencialmente peligrosas para la seguridad y salud en el trabajo). Sobre esta cuestión, CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Las empresas de trabajo temporal*, Memoria de Grado de Licenciatura, Barcelona, 1994, págs. 209-212, ÁVILA ROMERO, M.: «Relaciones laborales del trabajador con la empresa usuaria. La responsabilidad de la empresa usuaria», en AA.VV.: *Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, CGPJ (coord. BAYLOS GRAU), Madrid, 1995, págs. 238-239, CRUZ VILLALÓN, J.: «el marco jurídico...», op.cit., pág. 105, ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., págs. 170-171, y LÓPEZ LÓPEZ, J.: «El régimen jurídico...», op.cit., pág. 17.

¹²³⁴De la hilazón sistemática entre los arts. 42 TRLET y 127 LGSS resulta, en un afán de síntesis: a) que existe una clara responsabilidad *solidaria* entre las empresas contratistas y sucontratistas frente a casos de incumplimiento de obligaciones salariales y/o de seguridad social, durante la vigencia de la contrata o subcontrata, salvo que se hubiera solicitado certificación negativa de descubiertos a la TGSS por parte del empresario contratante antes de contratar, a fin de comprobar si el contratista estaba al día en sus obligaciones de cotización, y la TGSS no contestara en el plazo improrrogable de 30 días desde la solicitud, en cuyo caso quedaría exonerado el empresario solicitante de dicha información; b) que el empresario principal es responsable, bien solidario (ex art. 42.2 TRLET, que establece la responsabilidad *solidaria* depuradora respecto a empresarios incumplidores con la Seguridad Social en cuanto al pago de las cuotas de cotización), bien subsidiario (ex art. 127.1 LGSS, operativo cuando el contratista o subcontratista sea insolvente y hayan actuado sin aseguramiento previo, resultando que el empresario principal, como destinatario último de la obra contratada, debe responder *subsidiariamente* de las obligaciones dimanantes de la realización de la misma), datos que han sido refrendados por la doctrina (ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., pág. 170; ALARCÓN CARACUEL, M.R.-GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, op.cit., págs. 140-141) y una nutrida jurisprudencia que casuísticamente ha ido precisando sus no siempre incontrovertidos contornos. Amplia información sobre el particular puede hallarse en HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs. 219-241, con abundantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales, y GARCÍA PAREDES, M.L.: «La subcontratación de obras y servicios», en AA.VV.: *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas*, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 25-59; asimismo, de indispensable consulta sobre el particular resulta el análisis de MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs. 99-118. Por otro lado, la conexión entre los arts. 44 TRLET y 127 LGSS debe interpretarse en el sentido de que establece la responsabilidad *solidaria* “entre empresario cedente y empresario cesionario de la obligación de cotizar y del pago de las posibles prestaciones devengadas por los trabajadores” (cfr. HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs. 239-240; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, MTSS, Madrid, 1987, págs. 539-549), y también existe dicha responsabilidad solidaria en cuanto al recargo de prestaciones ex art. 123 LGSS en los supuestos irregulares de sucesión de empresa (así, STSJ Cataluña 9.5.1996, AS 1639; no obstante, esa responsabilidad solidaria sólo opera en supuestos patológicos de ilícita transmisión o sucesión de empresa, v.gr., cuando exista una sola empresa real bajo la apariencia formal de dos empresas distintas creando la ficción de un inexistente o ineficaz cambio de titularidad en la organización productiva, mas no en los supuestos normales y lícitos de cambio de titularidad de la empresa, en

lo demás, con el resto de responsabilidades que pudieran imponerse al empresario como resultas del incumplimiento empresarial de la deuda de seguridad y de los daños que sufran los trabajadores derivados del referido incumplimiento¹²³⁵.

1.3.1.2.- Segunda hipótesis de heterotutela prestacional-reparadora: responsabilidad, previo cumplimiento de la obligación de aseguramiento empresarial, de la Entidad Gestora y/o de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

En este epígrafe, únicamente me interesa dejar sentado, siquiera sea a vuelapluma, que en nuestro sistema de Seguridad Social la responsabilidad en orden al pago de las prestaciones recae, *prima facie*, sobre las Entidades Gestoras (INSS) o Colaboradoras (Mutuas) de la

cuyo caso únicamente al empresario cedente corresponde capitalizar la cuantía del recargo y asumir las resultas de esa responsabilidad --cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones...*, op.cit., pág. 106; *in extenso*, sobre los supuestos lícitos de transmisión y sucesión de empresa, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo...*, op.cit., págs. 374-ss--).

¹²³⁵ Algunas sucintas reflexiones sobre el particular, afirmando esa compatibilidad, en HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs. 243-246 y 262-264, y SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 179-180 y 193-194. Esa compatibilidad conecta, por lo demás, con la responsabilidad (sancionadora de resultados: accidentes de trabajo y enfermedades profesionales causantes de prestaciones sanitarias, y no de conductas) prevista en el art. 127.3 LGSS: en este precepto se establece que cuando la prestación haya tenido como origen *supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil del empresario*, dicha prestación será hecha efectiva por la Entidad Gestora o la Mutua, con *derecho a repetición* contra el empresario responsable del *coste de las prestaciones sanitarias* que se hubieran satisfecho. Procesalmente, a fin de ejercitar ese derecho de repetición, la Entidad Gestora o Mutua tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento civil o penal seguido contra el empresario para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente como terceros perjudicados, ex art. 127.3 LGSS *in fine* (ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., págs. 156-157).

Seguridad Social, siempre que se cumpla previamente por el empresario la obligación de aseguramiento¹²³⁶ y no haya incumplido las obligaciones específicas que se verán en el próximo epígrafe. Asimismo, es preciso que concurren los requisitos generales de acceso a las prestaciones (art. 124 LGSS) y los particulares exigidos para la prestación concreta de que se trate¹²³⁷, de forma que, si concurren, nace automáticamente el derecho del beneficiario a las prestaciones que procedan. No obstante, en cuatro supuestos la LGSS prevé la responsabilidad directa del empresario pese al aseguramiento previo de los trabajadores siniestrados: declaración de procedencia del recargo de prestaciones (art. 123 LGSS), incumplimiento de la realización de revisiones médicas periódicas cuando sean obligatorias (art. 197.2 LGSS y 22 LPRL), responsabilidad civil o criminal del empresario como hecho causante del siniestro (art. 127.3 LGSS) e incumplimiento de la orden de paralización de actividades (art. 195 LGSS). La primera será analizada con detalle en el epígrafe segundo de este Capítulo, por lo que no va a ser tratada aquí. La segunda y la cuarta van a ser analizadas a continuación. La tercera ya ha sido sucintamente comentada en la nota a pie nº 1235 de este trabajo, y a su lectura me remito.

1.3.1.3.- Tercera hipótesis de heterotutela prestacional-reparadora: la responsabilidad empresarial (haya o no aseguramiento) por

¹²³⁶“Si existe aseguramiento, esto es, cobertura del riesgo” por el INSS o la Mutua “uno u otra están obligados a anticipar el pago de las prestaciones al accidentado”; prestaciones anticipadas “cuyo importe pueden repercutir contra el empresario que haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones en materia de cotización”. Cfr. ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., págs. 150-157 y 166; SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 186.

¹²³⁷Sobre esta cuestión, véase el estudio singularizado de las diversas prestaciones contenido en ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., págs. 117-135 y 245-ss.

ISBN: 978-84-693-1332-4 / SPAIN / T-143-03
incumplimiento de obligaciones específicas incluidas en la deuda de seguridad, concurriendo nexo causal acreditado de daños para el trabajador.

El nexo común de los dos supuestos que a continuación se van a someter a sucinto examen, radica en que la responsabilidad empresarial directa en orden a las prestaciones brota en ellas, *ope legis* por su condición de responsabilidades contenidas en la LGSS, como consecuencia de un previo incumplimiento empresarial de determinadas obligaciones específicas imbricadas en la deuda de seguridad que le convierte en garante de la vida, integridad y salud de los trabajadores a su servicio. Tales obligaciones, a cuyo incumplimiento se anuda la atribución de responsabilidad directa en orden a las prestaciones a través de la ficción imputativa legal de su equiparación a los supuestos de falta de cobertura o aseguramiento de los trabajadores afectados, son los siguientes:

A.- En primer lugar, el incumplimiento empresarial, ex arts. 195 LGSS-1994 y 188 LGSS-1974, de la orden de paralización acordada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la autoridad laboral. Ese incumplimiento supone que el empresario sea declarado responsable de la resultas de esos accidentes, mientras los trabajadores afectados no sufrirían las consecuencias de una hipotética insolvencia empresarial, entrando en juego el principio de automaticidad en las prestaciones, anticipando la Mutua las mismas y repitiendo contra el empresario,

primero, y, caso de insolvencia de éste, contra el INSS como responsable subsidiario¹²³⁸.

B.- En segundo lugar, el incumplimiento, ex art. 197 LGSS, de los reconocimientos médicos previos y periódicos, cuando éstos sean obligatorios, preceptividad a la que remito en los términos vistos *supra* (epígrafe 1.1.1.2.4 de este mismo Capítulo). La enfermedad profesional contraída por el trabajador previo incumplimiento empresarial de llevar a cabo reconocimientos médicos periódicos (cuando éstos sean de obligatoria realización), genera la responsabilidad directa de éste (art. 196.2 LGSS)¹²³⁹, una vez acreditado el nexo causal incumplimiento-siniestro¹²⁴⁰, en orden a la asunción del coste de las prestaciones que se

¹²³⁸GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 280.

¹²³⁹Señalan MONTOYA MELGAR y PIZÁ GRANADOS que si es la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales con la que el empresario tiene concertada la cobertura de estas contingencias, quien *incumple* la obligación específica empresarial de reconocimiento médico, “la referida Mutua responderá” de cuantas prestaciones puedan derivarse de la enfermedad profesional, incluso con la imposición de un “recargo del 100% de las primas percibidas”, como responsabilidad cuyo importe va destinado “a los efectos de prevención y rehabilitación” de los arts. 73 y 197.3.b LGSS --cfr. *Curso de seguridad...*, op.cit., pág. 90; sobre las prestaciones rehabilitadoras y de reinserción profesional a cargo de las Mutuas, véase un breve pero claro análisis en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Responsabilidad de las Mutuas...*, op.cit., págs. 173-175; estas prestaciones se encuadran en lo que se conoce como *prevención terciaria*, esto es, aquella que se activa cuando la prevención ha fracasado, siendo preciso “evitar las recaídas y prevenir las secuelas de una enfermedad ya instaurada mediante su tratamiento y rehabilitación”, cfr. SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley...*, op.cit., pág. 88--. Finalmente, la Disposición adicional decimotercera LPRL contempla la asignación de los recursos del Fondo de Prevención y Rehabilitación procedentes de las Mutuas, ex art. 73 LGSS, se destinarán (en cuantía aún por determinar en vía reglamentaria) a las actividades que como Servicio de prevención pueden prestar las Mutuas, de acuerdo, en consecuencia, con lo previsto en los arts. 32 y Disposición Transitoria Segunda LPRL y los arts. 22 y Disposición Transitoria Segunda RSP.

¹²⁴⁰Esa acreditación del nexo causal es *sumamente conflictiva*, especialmente en relación a la imposición del recargo de prestaciones ex art. 123 LGSS (al que dedicamos *infra* la integridad del epígrafe 2º de este Capítulo), como se pone de relieve con la ejemplificadora lectura de la controvertida STSJ Aragón 14.2.1996 (AS 913), en la que, pese a la falta acreditada de reconocimientos médicos por *incumplimiento reiterado y continuado* de la empresa, la enfermedad (asma ocupacional por ácaros, con crisis asmáticas y de rinitis) del trabajador (curtidor de pieles) sólo genera la responsabilidad administrativa del empresario por dicho incumplimiento, así como la

deriven de dichos eventos lesivos. Como se ha visto, el incumplimiento de estos deberes legales constituye infracción sancionable en vía administrativa, de forma que su incumplimiento se equipara a la falta de formalización de la protección de las contingencias de él derivadas, por lo que, en suma, “la enfermedad profesional sobrevenida sin haber efectuado los reconocimientos médicos preceptivos constituye al empresario en responsable directo de las prestaciones que de ella se deriven”¹²⁴¹.

1.3.2.- Mecanismos heterotutelares reparadores: vías indemnizatorias.

Que los mecanismos heterotutelares reparadores atienden, bien que desde una perspectiva diferenciada a la heterotutela prestacional de Seguridad Social, al resarcimiento de los daños sufridos por el trabajador desde una óptica estrictamente indemnizatoria, es afirmación de la que carece de sentido disentir. Partiendo de esa premisa, conviene señalar que cuando se trata de depurar un expediente de responsabilidad civil del empresario derivada de accidente, hay que establecer, en primer lugar, “la conexión entre la falta concreta de la medida de seguridad y la lesión o daño”¹²⁴² sufrido por el trabajador. Así las cosas, el resultado lesivo o daño para la vida, integridad y salud del trabajador es, en consecuencia, el elemento fundamental de la responsabilidad civil.

responsabilidad en orden a las prestaciones derivadas de la situación de necesidad acaecida (invalidez permanente total), pero no la procedencia del recargo de prestaciones.

¹²⁴¹ STCT 24.1.1984, Ar. 522.

¹²⁴² APARICIO TOVAR, J.: «Sobre la responsabilidad civil...», op.cit., pág. 13.

Ahora bien, ¿qué tipo de responsabilidad liga al trabajador que ha sufrido ese daño y al empresario para quien presta servicios?: ¿contractual?, ¿extracontractual?. La respuesta no es sencilla, pero sí puedo anticipar que me decanto por considerar la presencia, como regla general, de una responsabilidad contractual del empresario en tales eventos dañosos (en el ámbito laboral), y de una responsabilidad extracontractual en el caso de la relación de empleo público.

A los efectos del abordaje de tal cuestión, no está de más precisar que la responsabilidad contractual “surge cuando una de las partes (en nuestro caso, el empleador) del negocio jurídico (*in casu*, el contrato de trabajo) incumple sus obligaciones (art. 1101 CC), bastando el incumplimiento de toda clase de obligaciones (1103 CC)”¹²⁴³. Mientras la responsabilidad extracontractual (o aquiliana) deriva de un principio general de no causar daño a los demás (*alterum non laedere*), de modo que no surge de un vínculo contractual previo, sino del propio hecho dañoso¹²⁴⁴.

En las próximas líneas, voy a analizar, con grandes dosis de sincretismo, las que, a mi juicio, son las cuestiones más necesitadas de análisis sobre esta cuestión a la luz de la LPRL. En primer lugar, determinar el tipo de responsabilidad (contractual, extracontractual) que en la que se enmarca la obligación de reparar los daños (A). En segundo

¹²⁴³SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., pág. 59.

¹²⁴⁴MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *La responsabilidad civil...*, op.cit., pág. 87.

lugar, veremos qué cauce judicial es el oportuno para instar la acción en reclamación de daños y perjuicios (B). En tercer y último lugar, aludiré someramente a la posibilidad de asegurar la responsabilidad civil objeto de estudio (C).

A.- Por lo pronto, en cuanto al tipo de responsabilidad civil por daños y perjuicios sufridos por el trabajador, hay que convenir en que la responsabilidad indemnizatoria derivada de daño profesional, se enmarca como la consecuencia del incumplimiento empresarial de la obligación contractual de seguridad, ex art. 14 LPRL. En esa tesitura, si el trabajador sufre daños, surge la responsabilidad contractual del empresario de indemnizar a aquél¹²⁴⁵, ex art. 1101 CC, siempre y cuando el daño sufrido suceda “dentro de la rigurosa órbita de lo pactado”¹²⁴⁶. Así parece haberlo entendido la STSJ Asturias 25.10.1996 (AS 3682), que reconoce el carácter de responsabilidad contractual de la acción de daños y perjuicios con infracción de medidas de seguridad¹²⁴⁷.

¹²⁴⁵Desde la mejor doctrina civilista, se define al empresario como “aquella persona individual o colectiva en cuyo nombre se ejercita la empresa”, que “adquiere los derechos y asume las obligaciones resultantes de su actividad jurídica” (cfr. RUBIO GARCÍA-MINA, J.: «La responsabilidad civil del empresario», Discurso leído el 11.1.1971 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971, págs. 10-11).

¹²⁴⁶STS, Sala 1ª, 9.3.1983, Ar. 1463. Señala la STS, Sala 1ª, 20.11.1990, Ar. 8590, que todo incumplimiento contractual requiere dos requisitos: la realidad de una situación que pueda generar daños, y el cabal acreditamiento del perjuicio sufrido (en idénticos términos, STS, Sala 1ª, 3.10.1995, Ar. 7097).

¹²⁴⁷En la misma línea, STSJ País Vasco 9.7.1996, AS 2566; STSJ Andalucía-Málaga 11.9.1995, AS 3379; STSJ Asturias 24.5.1996, AS 2267; STS, Sala de Conflictos de Competencia, 4.4.1994, Ar. 3196; STS, Sala 1ª, 2.10.1994 (Ar. 7442).

Ahora bien, comoquiera que el daño también permite acudir a la vía del expediente de responsabilidad extracontractual (porque, “eliminada hipotéticamente la relación obligacional que une a los sujetos implicados, los solos hechos ocurridos sean suficientes para originar una responsabilidad extracontractual”¹²⁴⁸), en base a la lesión injustificada que se produce al trabajador en la esfera de su personalidad¹²⁴⁹, sin mayor requisito que la presencia del daño y el nexo causal entre daño y conducta del responsable¹²⁵⁰, una variada línea jurisprudencial, especialmente civil, ha conocido de la acción impetrada de responsabilidad extracontractual por daños ex art. 1902 CC¹²⁵¹. La vía de la responsabilidad extracontractual es, por lo demás, la apropiada para acceder, por parte del trabajador sujeto a relación de empleo público, a la reclamación de responsabilidad frente al empleado público causante del daño sufrido¹²⁵².

¹²⁴⁸CAVANILLAS MÚGICA, S.-TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Ceura, Madrid, 1992, pág. 6.

¹²⁴⁹SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Montecorvo, Madrid, 7ª ed., 1993, pág. 144.

¹²⁵⁰ZELAYA ETCHEGARAY, P.: *La responsabilidad civil...*, op. op.cit., pág. 21, ha señalado que “En la práctica diaria, la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana es una de las más importantes fuentes de las obligaciones, no sólo por la gran cantidad de litigios que en ella se fundamentan -cada día mayor-, sino por el monto de las indemnizaciones que se reclaman”.

¹²⁵¹En la jurisprudencia social, STSJ Aragón 29.5.1996, AS 2293. En la jurisprudencia civil, STS, Sala 1ª, 9.3.1983 (Ar. 1463), STS, Sala 1ª, 6.5.1985 (Ar. 6319), STS, Sala 1ª, 2.1.1991 (Ar. 102), STS, Sala 1ª 27.11.1993, Ar. 9143, STS, Sala 1ª, 7.3.1994, Ar. 2197, STS, Sala 1ª, 10.3.1993, Ar. 1830, STS, Sala 1ª, 19.7.1993, Ar. 6161, STS, Sala 1ª, 7.3.1994 (Ar. 2197), STS, Sala 1ª, 2.10.1994 (Ar. 7442), STS Sala 1ª 31.5.1995 (Ar. 4106); Audiencia Provincial de Valladolid 13.4.1996, Ar. Civil 1996-I, ref. 659; Audiencia Provincial de Córdoba, 30.1.1996, Ar. Civil ref. 115.

¹²⁵²ROQUETA BUJ, R.: «La aplicación...», op.cit., págs. 66-67.

Más recientemente, ha surgido una línea jurisprudencial ecléctica,

ISBN:978-84-691-1882-5/DL: T-343-2008

que no atiende tanto a la naturaleza de la acción (contractual o extracontractual), sino a la atribución de responsabilidad civil al empresario derivada de un ilícito laboral¹²⁵³.

En todo caso, el problema que trasluce de la interpretación de la responsabilidad como contractual o extracontractual, afecta especialmente a la jurisdicción competente para conocer de la acción de indemnización civil por daños y perjuicios¹²⁵⁴. A esa cuestión dedicamos el próximo apartado.

B.- En esta sede, corresponde apuntar sucintamente el problema de orden procesal que se plantea en punto a la jurisdicción competente para conocer de la indemnización por daños y perjuicios como resultas de un daño profesional. Entramos, en consecuencia, en un terreno de orden público de procesal, y a los arts. 9 y 21-ss LOPJ nos hemos de remitir.

Así, los hechos que generan una responsabilidad extracontractual tienen atribuido, ex art. 22.3 LOPJ, el conocimiento de la Jurisdicción civil¹²⁵⁵, aunque al tratarse la pretensión de reclamaciones con contenido

¹²⁵³STS, Sala de lo Social, 24.5.1994, Ar. 4296; STS, Sala de lo Social, 3.5.1995, Ar. 3740, STSJ Extremadura 30.4.1996 (AS 1372).

¹²⁵⁴Señala APARICIO TOVAR que pese al diverso plazo existente para la acción contractual (15 años, ex art. 1964 CC) y extracontractual (1 año, ex art. 1968.2 CC), como la contractual sería una acción enmarcada en el contrato de trabajo, no jugaría ese plazo, sino en el de un año previsto en el art. 59 TRLET. Cfr. «Sobre la responsabilidad civil...», op.op.cit., pág. 19.

¹²⁵⁵STS, Sala 1ª, 25.7.1991 (Ar. 4622), 4.6.1993 (Ar. 4479), 7.3.1994 (Ar. 2197); STSJ Galicia 1.6.1993, AS. 2919; STSJ Asturias 17.6.1994 (AS 2477); STSJ País Vasco 20.1.1995 (AS 116).

laboral, debiera aplicarse el art. 25.1 LOPJ, y así se ha atribuido dicha competencia en ocasiones la Sala de lo Social del TS¹²⁵⁶.

A mi modo de ver, hay que convenir, con GONZÁLEZ LABRADA, en que “la calificación jurídica realizada por el actor {contractual o extracontractual} no es óbice para que de los hechos se reconozca que la causa última está en el contrato de trabajo”, resultando, en consecuencia, que la competencia para conocer de la indemnización civil por daños y perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia del incumplimiento de la deuda de seguridad empresarial, corresponde, según entiendo, a la jurisdicción social¹²⁵⁷.

Si la competencia de la jurisdicción social para conocer de tales daños, debe sostenerse en el marco de la relación laboral, más conflictiva resulta la vía procesal adecuada para accionar, frente a la Administración, por parte del trabajador sujeto a relación de empleo público. En este supuesto, parece que la vía procesal adecuada es, como ha subrayado la doctrina, la reclamación de responsabilidad patrimonial a la

¹²⁵⁶STS, Sala de lo Social, 6.10.1989 (Ar. 7120), 15.11.1990 (Ar. 8575), 24.5.1994 (Ar. 4296), 27.6.94 (Ar. 5489), 24.5.94 (Ar. 4296), 3.5.95 (Ar. 3740); STS Sala Especial de Conflictos 23.12.1993 (Ar. 10126), 4.4.94 (Ar. 3196); STSJ Cataluña 15.11.1994 (AS 4376), 22.12.1994 (AS 4838); STSJ Galicia 21.9.1995 (AS 3187); STSJ Asturias 22.9.1995 (AS 3215); STSJ País Vasco 7.11.1995 (AS 4358).

¹²⁵⁷Así, declaran la competencia del orden social, con independencia de la acción interpuesta (contractual o extracontractual), siendo competente la jurisdicción social, STS, Sala de lo Social, 24.5.1994 (Ar. 1992), 27.6.94 (Ar. 4296), 3.5.1995 (Ar. 3740); Autos de la Sala de Conflictos de Competencia 23.12.1993 (Ar. 10131) y 4.4.94 (Ar. 3196). En la doctrina, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Obligaciones y responsabilidades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales», en AA.VV.: *Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en homenaje a Juan Antonio Linares Lorente*, CGPJ, 1997, págs. 419-421.

Administración, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez agotada la vía administrativa previa¹²⁵⁸.

C.- En línea de cierre, hay que señalar que la posibilidad prevista en el art. 15.5. LPRL (concertación de operaciones de seguro para la cobertura de los riesgos), únicamente puede verse referida a la responsabilidad civil¹²⁵⁹, pero no a las sanciones administrativas ni tampoco, como se verá, al recargo de prestaciones. Interesa aquí destacar que esa opción empresarial de trasladar o diferir el riesgo (indemnización de daños y perjuicios) a un tercero (compañía aseguradora), se introdujo en el Congreso de los Diputados a través del Dictamen de la Comisión de Política Social y Empleo, como apéndice 6º al art. 42 del Proyecto de Ley¹²⁶⁰, y así fue aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados¹²⁶¹. Con posterioridad, mediante Enmienda nº 97 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Socialista¹²⁶², se propuso el desplazamiento de esa previsión asegurativa hacia un nuevo apéndice (5º) a introducir en el art. 15 del Proyecto de Ley, basándose dicha variación de sede articular en una presunta “mejora técnica”, dado que, según ese grupo parlamentario, “el hecho de que el riesgo sea asegurable refuerza la protección del trabajador”; en fin, esa enmienda, discutible o no según se

¹²⁵⁸ROQUETA BUJ, R.: «La aplicación...», op.cit., pág. 67.

¹²⁵⁹En este sentido, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario...», op.cit., pág. 111.

¹²⁶⁰BOCG-CD, nº 99-10, 2.6.1995, pág. 165.

¹²⁶¹BOCG-CD, nº 99-12, 20.6.1995, pág. 197.

¹²⁶²BOCG-SE, 12.9.1995, 83-b, págs. 64-65.

mire, prosperó y con tal reubicación pasó a los sucesivos textos parlamentarios¹²⁶³, hasta cristalizar definitivamente en el actual art. 15.5 LPRL.

En otro orden de cosas, esa concertación con tercero de la cobertura de seguro de responsabilidades no es desconocida en otros sistemas jurídicos (así, es práctica habitual, en el ámbito de las responsabilidades civiles, en el Reino Unido¹²⁶⁴), aunque suscita, a mi modo de ver y sin que pueda aquí más que dejar apuntada la idea, ciertas suspicacias desde el momento en que, a su través, se introduce, bien que un tanto subterfugiadamente, una diáfana monetización del riesgo, “entendido como un coste más de la empresa”¹²⁶⁵ (dicho en palabras coloquiales, se produce la diatriba empresarial entre ¿cuánto cuesta prevenir el riesgo? y ¿cuánto cuesta pagar unas primas de dispersión responsabilizatoria de las resultas del siniestro?), que sólo el tiempo, juez inflexible donde los haya, podrá demostrar como acertada o desafortunada.

¹²⁶³Informe de la Ponencia de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, BOCG-SE, 18.9.1995, nº 83-c, pág. 93; Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, BOCG-SE, 25.9.1995, nº 83-d, pág. 125; Texto aprobado por el Senado, BOCG-SE, nº 83-e, 3.10.1995, pág. 159.

¹²⁶⁴Véase FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y DE TRABAJO: *Incentivos económicos...*, op.cit., pág. 25.

¹²⁶⁵MOLINA NAVARRETE, C.: «Otra vez a vueltas...», op.cit., pág. 800.

2.- La polémica institución del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: razones y sinrazones de un debate cuasi centenario.

ISBN: 978-84-693-1412-3 / STS-T-713-2006

El análisis de la compleja figura del denominado recargo de prestaciones, institución clásica y de rancio abolengo¹²⁶⁶ en nuestro ordenamiento, ha sido una de las “probetas de ensayo” predilectas del quehacer investigador en los “laboratorios” doctrinales, de suerte que en ella se han abocado los más variopintos “caldos de cultivo” de la elucubración dogmática y de la argumentación jurídica. En este sentido, siendo indiscutible que el recargo de prestaciones es un auténtico «camafeo» jurídico, a la par que «testigo cualificado»¹²⁶⁷ de la evolución pendular del tratamiento preventivo-reparador de los siniestros laborales, no menos cierto resulta sostener que es una de las instituciones jurídicas heterotutelares de la seguridad e higiene en el trabajo *más polémicas y controvertidas*, especialmente en lo tocante a su “naturaleza jurídica”, auténtica piedra de toque para varias generaciones de iuslaboralistas que ha suscitado (sazonado con los cambios de rumbo legislativos y avivado por los titubeantes bandazos jurisprudenciales¹²⁶⁸), un debate doctrinal inconcluso y enconado.

¹²⁶⁶ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, 1991, 7ª ed., pág. 352; REY GUANTER, S: *Potestad sancionadora de la Administración...*, op.cit., pág. 393; PÁRAMO MONTERO, P.: *Las responsabilidades empresariales en el ámbito laboral y de Seguridad Social*, CISS, Valencia, 1995, pág. 111.

¹²⁶⁷Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones...*, op.cit., pág. 18.

¹²⁶⁸Las dudas en la doctrina judicial acrecen desde la perspectiva de la difícil unificación doctrinal de la materia, dado que “al valorarse conductas humanas (...) es realmente difícil reducir a tipos de conducta estandarizados los presupuestos fácticos” de la conducta empresarial, por acción u omisión, que sirva para declarar la procedencia del recargo de prestaciones (cfr. STS, Sala de lo Social, 30.6.1992, Ar. 4695).

En el marco de esa dialéctica, que en gran medida responde a factores más teleológicos (finalidad ontológica y resultados deseados por el intérprete, v.gr., la compatibilidad del recargo de prestaciones con otras responsabilidades por incumplimiento del entramado preventivo¹²⁶⁹) que estructurales (caracteres y efectos reales de la institución¹²⁷⁰), se han postulado argumentos radicalmente dispares tanto sobre la propia existencia y razón de ser en el Ordenamiento del recargo de prestaciones (que van desde el sostenimiento de su inconstitucionalidad¹²⁷¹ hasta la enfervorizada defensa de su necesaria pervivencia legislativa¹²⁷², pasando por la encarecida sugerencia de su desaparición por parte de quienes sostienen que se trata, entre otras consideraciones, de una figura prima

¹²⁶⁹ Posición interpretativa mayoritaria en la doctrina. Así, entre otros, REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora...*, op.cit., págs. 395-396 y 412; DE LAS HERAS BORRERO, F.M.: «Responsabilidad administrativa, penal y civil por incumplimiento de la seguridad e higiene», RPS nº126/1980, pág. 103; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones...*, op.cit., págs. 55 y 85-86; MILLÁN VILLANUEVA, A.J.: «Vicisitudes jurídicas...», pág. 388; CREMADES, B.M.: «La responsabilidad empresarial derivada del accidente de trabajo», RPS nº88/1970, pág. 43; PORRET GELABERT, M.: «El recargo...», op.cit., pág. 677.

¹²⁷⁰ De forma que “muchas veces se construye una naturaleza {jurídica} a la medida de los resultados perseguidos (...) y acaba rehuyéndose parte de la cuestión al explicar la ontología en parte por los efectos deseados y no por los coherentes con sus perfiles estructurales”. Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., pág. 34.

¹²⁷¹ En esa línea, se ha señalado, desde círculos empresariales y un tanto tendenciosamente, su inconstitucionalidad argumentando que “su carácter sancionador infringe el principio de tipicidad y el non bis in idem”, si bien esa afirmación viene *inmediatamente matizada* cuando se afirma que su configuración como “indemnización” habilita su constitucionalidad siempre y cuando pueda establecerse el “aseguramiento” de dicha responsabilidad (telón de fondo evidente de tal argumentación). Cfr. BELTRÁN APARICIO, F.: «El borrador del proyecto de ley de prevención de riesgos profesionales», en AA.VV.: *IX Jornadas sobre prevención de riesgos profesionales*, CEOE, Madrid, 1991, pág. 86.

¹²⁷² MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones...*, op.cit., págs. 22 y 26; MOLINA NAVARRETE, C.: «Otra vez a vueltas...», op.cit., pág. 805.

facie disfuncional¹²⁷³), cuanto sobre su categorización dogmática (tratando de encasillarla, a veces de modo un tanto encorsetado, en categorías jurídicas muy diversas, cuyo común denominador ha sido, hasta la fecha, bien su consideración disyuntiva como sanción o como indemnización, bien su comprensión conjuntiva como híbrido que aúna ambas a la vez, cuestión ésta sobre la que se va a volver en breve).

Partiendo de la premisa de que el recargo de prestaciones es uno de los mecanismos heterotutelares de la seguridad e higiene en el trabajo previstos en nuestro Ordenamiento de mayor calado en la práctica jurídica, en las páginas que siguen se ha pretendido abordar en profundidad dos cuestiones clave sobre esa figura (sin perjuicio del abordaje incidental, al hilo del discurso, de cuestiones conexas que hemos considerado menos controvertidas), desentrañando especialmente desde nuestro prisma de análisis los perfiles más atrayentes, por su propia complejidad, que presenta: en primer lugar, analizaremos someramente algunas claves de su evolución histórica como pórtico necesario al detalle del nutrido grupo normativo que conforma su regulación vigente (epígrafe 2.1); en segundo lugar, diseccionaremos su controvertida naturaleza jurídica desde los planos estructural y funcional (epígrafe 2.2), contrastando los pros y los contras de los criterios esbozados por doctrina y jurisprudencia hasta el momento presente (subepígrafe 2.2.1) y, al compás de nuestra toma de posición sobre la naturaleza jurídica de la institución examinada, se abordarán parejamente una serie de cuestiones

¹²⁷³ ALDAR RIERA, E.: «La responsabilidad civil del empresario en el accidente de trabajo del trabajador de la empresa», *Revista de Derecho Privado*, 1980, págs. 267 y 270; SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs. 18 y 46-47.

conexas, tales como la compatibilidad del recargo con otras responsabilidades varias (y su incidencia, en hipótesis-límite, sobre el non bis in idem), la discutida responsabilidad subsidiaria del INSS (como “heredero” del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo¹²⁷⁴), y la no menos controvertida hipótesis de la posibilidad de aseguramiento de la responsabilidad en que consiste el recargo de prestaciones a partir de la LPRL (posibilidad de aseguramiento que supone la disociación entre débito y responsabilidad, al actuar la técnica de la dispersión del riesgo a un tercero que asume su cobertura), cuestiones todas ellas en absoluto bizantinas al estar repletas de implicaciones sustanciales de política jurídico-legislativa (subepígrafe 2.2.2). Entremos sin más dilaciones ni preámbulos en el análisis de tales cuestiones.

¹²⁷⁴El Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo tenía como finalidad “sustituir las obligaciones de los empresarios no asegurados que no las cumplan (...), así como responder de la insolvencia de las entidades aseguradoras”, haciéndose cargo “como responsable subsidiario último” de “todas las prestaciones” para “garantizar (...) su percepción exclusivamente por el accidentado o sus derechohabientes” (cfr. ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., pág. 171 y referencias jurisprudenciales allí contenidas en notas 144 a 147). Su extinción se produjo por imperativo de la Disposición Final 1ª, punto 3.3, del Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la seguridad social, la salud y el empleo (BOE 18.11.1978), asumiendo desde ese momento el INSS sus funciones y la TGSS las “resultas de su responsabilidad” (ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., págs. 171-173 y notas 148 a 156), dato que abre el portillo a la polémica, resuelta negativamente en unificación de doctrina por el TS, como veremos, sobre si dicha responsabilidad subsidiaria alcanza o no al recargo de prestaciones.

2.1.- A vueltas sobre una institución jurídica de “nonagenaria modernidad”: detalle de sus claves históricas y del grupo normativo regulador vigente.

El origen de la institución del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas se cifra comúnmente, con todo acierto a mi juicio¹²⁷⁵, en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900¹²⁷⁶ (norma que ofrece una “notable originalidad” en aspectos “tales como la noción de riesgo profesional, el propio concepto de accidente de trabajo o la regulación de las incapacidades”¹²⁷⁷), cuyo

¹²⁷⁵ ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., pág. 138; MILLÁN VILLANUEVA, A.J.: «Vicisitudes jurídicas del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional», en AAVV: *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1991, pág. 372; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo...*, op.cit., pág.15; FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «La agravación de responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional en la doctrina del Tribunal Constitucional», REDT nº 25-1986, pág. 104; MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo», *Revista General de Derecho* nº 619, abril-1996, pág. 3357. Vide, especialmente, las sumamente interesantes STCT 1.2.1989 (Ar. 1507), fdto. jdco. segundo y STSJ La Rioja --Sala de lo Social-- 27.9.1994 (Ar. 3316), fdto. jdco. cuarto, *que sintetizan los antecedentes del anterior art. 93 y actual art. 123 LGSS respectivamente*.

¹²⁷⁶ Gaceta de 31 de enero de 1900. Las incapacidades derivadas de accidente de trabajo se regularon, en desarrollo de esta Ley, por Real Decreto de 8 de julio de 1903, ordenador del Reglamento de Incapacidades derivadas de accidente de trabajo (Gaceta, 10 de julio de 1903). El texto de la Ley puede consultarse en la obra colectiva *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, págs. 255-257, y el del Real Decreto citado en págs. 271-273 de la misma obra.

¹²⁷⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del trabajo e ideología*, op.cit., págs. 68-69. La teoría del riesgo profesional será el eje centripeto sobre el que pivotarán en adelante los sistemas de derecho comparado de esa época (cfr. VAN LANGENDONCK, J.: «La situation dans les autres pays communautaires», DS nº 9-10/1990, pág. 699), si bien en nuestro país topó inicialmente con reticencias de la jurisprudencia (v.gr., STS 21.10.1903, citada en el estudio del Instituto de Reformas Sociales intitulado *Jurisprudencia de los Tribunales en materia de accidentes de trabajo*, Imprenta de la Sucesora de M. Minuesa, Madrid, 1906, pág. 51, y comentada por RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Culpa de la víctima y accidente de trabajo», ADC tomo XXIII, fasc. I, 1970, en págs. 555-559) ya que hasta ese momento el arraigo civilista del principio de culpabilidad constituía el único centro de imputación de responsabilidades por

artículo 5.5 puede considerarse como el fulcro embrionario de esa concreta responsabilidad empresarial por incumplimiento de la prevención del riesgo laboral, al contemplar su tenor el incremento (aumento de indemnizaciones) en un 50% (“una mitad más”) de las indemnizaciones a abonar por el patrono como consecuencia de la inobservancia de medidas concretas de seguridad en el trabajo¹²⁷⁸. Se ha señalado, a mi juicio erróneamente, que esta pionera plasmación legal del recargo de prestaciones sólo se aplicaba a las indemnizaciones en caso de fallecimiento¹²⁷⁹, afirmación ésta que no es cohonestable con el propio dictado del apartado 5º del art. 5, que no sólo afectaba a las indemnizaciones por fallecimiento, previstas en los apartados 1º a 4º del precepto citado, sino también, por interpretación sistemática del

accidente de trabajo. También en países de nuestro entorno, como Italia (Ley de 17.3.1898), la teoría del riesgo profesional topó con semejantes críticas que la tildaban de “troppo avanzate per l’epoca” (véase GAETA, L.: *Infortuni sul lavoro...*, op.cit., págs. 131-134). De ineludible lectura sobre ese tránsito desde la teoría de la culpa a la teoría del riesgo profesional en punto a la imputación de la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo, así como sobre su estado actual, ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., págs. 109-117 y referencias allí contenidas.

¹²⁷⁸El art. 5.5 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 únicamente aludía al incremento “en una mitad” de las indemnizaciones previstas por la ley “cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas ó artefactos carezcan de los aparatos de precaución...”. Por consiguiente, configuraba como *responsabilidad directa del patrono* tal incremento, y *no preveía* la posibilidad de asegurar tal responsabilidad. Para la doctrina de la época, el aumento de las indemnizaciones constituía una “pena pecuniaria impuesta a la negligencia patronal” (cfr. OYUELOS, R.: *Tratado de legislación y jurisprudencia de accidentes de trabajo*, Imprenta de la Suc. de M. Minuesa, Madrid, 1906, pág. 540). Por otro lado, como con claridad se ha señalado, la pionera Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 es un texto “de considerable modernidad que consagró el principio de la responsabilidad empresarial por riesgo objetivo o sin culpa, legando a la posteridad el concepto normativo de accidente de trabajo (...) así como el hermanamiento temprano de la severidad económica en la reparación empresarial del accidente de trabajo con la falta de los debidos «aparatos de precaución» en su acaecimiento” (cfr. CASAS BAAMONDE, M.E.: «Prólogo» a la recopilación *Legislación de accidentes...*, op.cit., pág. XIX).

¹²⁷⁹FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Ensayos sobre temas actuales de seguridad e higiene en el trabajo*, UNED, Madrid, 1992, pág. 8.

articulado de la Ley, a las indemnizaciones previstas en el artículo 4º (derivadas ex lege de "incapacidad absoluta, parcial, temporal o perpetua")¹²⁸⁰. Por otro lado, el art. 12 de la Ley permitía a los patronos concertar un seguro "hecho a su costa en cabeza del obrero de que se trate (...) en una Sociedad de seguros debidamente constituida" a fin de "sustituir" ese aumento de indemnización¹²⁸¹.

Al abrigo de esa pionera regulación (cuya aplicación contó con innumerables reticencias jurisprudenciales que la postergaban¹²⁸²), se fue recogiendo la institución del recargo de prestaciones en las sucesivas normas legales y reglamentarias sobre accidentes de trabajo, en las que iba apareciendo sin solución de continuidad. En esa tesitura, hallamos recogida esta figura jurídica en el art. 64 del Real Decreto de 28.7.1900¹²⁸³ (por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la

¹²⁸⁰Pueden consultarse los preceptos citados en *La legislación social en la historia...*, op.cit., págs. 255-257. Según MARTÍNEZ LUCAS esta interpretación fue avalada por las STS 28.10.1911, 21.10.1915, 12.6.1916 y 9.9.1916 (cfr., sin citar fuente de localización de dichas sentencias, «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica...», op.cit., pág. 3358).

¹²⁸¹El precepto citado y sus normas concordantes posteriores, pueden verse en *La legislación social en la historia...*, op.cit., págs. 256-257 y nota nº 5.

¹²⁸²INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES: *Preparación de la Reforma de la Ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900. Informe de la Sección Primera técnico-administrativa*, Imprenta de la suc. de M. Minuesa, Madrid, 1905, pág. 41; *Moción proponiendo modificaciones y adiciones a la Ley de Accidentes del Trabajo que presentan al Instituto de Reformas Sociales los vocales elegidos por la clase obrera*, Imprenta de la suc. de M. Minuesa, Madrid, 1904, pág. 3.

¹²⁸³El precepto citado puede consultarse en la obra *La legislación social en la historia...*, cit, pág.262. Es conveniente remarcar del mismo tres aspectos: A.- Sigue valuando el incremento en "una mitad de las indemnizaciones"; B.- Señala que este incremento (nótese que ni la ley de 1900 ni su reglamento emplean la expresión "recargo", sino la de "aumento") se aplicará "con independencia de toda clase de responsabilidades"; C.- Abre la puerta, *en su conexión sistemática con el art. 67 del mismo Real Decreto*, a su *compatibilidad* con las responsabilidades penales, civiles y administrativas recogidas en la Ley, de forma que "con ello se opera por primera vez la tutela de la persona del trabajador en una doble vertiente:

Ley de accidentes de trabajo del mismo año¹²⁸⁴); posteriormente, la recogen sucesivas disposiciones: así, el art. 6.5 de la Ley de accidentes de trabajo de 10.1.1922¹²⁸⁵ (que califica, en su párrafo segundo, al aumento de indemnizaciones “en una mitad” como “indemnización especial” y prohíbe su aseguramiento pioneramente en nuestro Ordenamiento¹²⁸⁶) y el art. 65 del Reglamento que desarrolla esa Ley, aprobado por Real Decreto de 29.12.1922¹²⁸⁷; o los arts. 165, 175 y 246.9 del Código de Trabajo, aprobado por Real Decreto-Ley de 23.8.1926¹²⁸⁸; o, en fin, los

preventiva y reparadora, y con una doble dimensión: pública y privada” (cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., pág. 268).

¹²⁸⁴Gaceta de 30 y 31 de julio de 1900. Su texto puede consultarse en *La legislación social en la historia...*, op.cit., págs. 258-262.

¹²⁸⁵Gaceta de 11 de enero de 1922. El texto íntegro de esta Ley puede consultarse en *La legislación social en la historia...*, cit, págs. 276-280, y concretamente el del art. 6.5 en pág. 278. Esta indemnización especial fue catalogada por la doctrina de la época como una “sanción civil” (cfr. GARCÍA OVIEDO, C.: *Tratado elemental de Derecho Social*, Madrid, 1934, pág. 293; GALLART FOLCH, A.: *Derecho Español del Trabajo*, Labor, Barcelona, 1936, pág. 298, PÉREZ BOTIJA, E.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid, 3ª ed., 1952, págs. 242 y 248).

¹²⁸⁶Su texto puede consultarse en *La legislación social en la historia...*, op.cit., pág.278. Dos puntos son reseñables: se califica de “indemnización especial” al aumento en una mitad de las indemnizaciones previstas en la ley, y al mismo tiempo se señala que tal responsabilidad “no puede ser materia de seguro”. Aquí hallamos ya un *primer atisbo de la naturaleza peculiar y. en apariencia, mixta (sanción-indemnización) del recargo*, al contemplar la ley expresamente su carácter de *indemnización especial*, y *prohibir su aseguramiento* (algo predicable de las sanciones, cuya responsabilidad recae sobre el infractor, pero no de las indemnizaciones, que, en línea de principio, son susceptibles de cobertura por tercero en su *alea* económico).

¹²⁸⁷Su texto íntegro en *La legislación social en la historia...*, op.cit., págs. 281-292, y el del art. 65, en pág. 286. La única novedad estriba en la ampliación de la cobertura del aumento de indemnizaciones a los accidentes sufridos por “mujeres menores de edad” y niños “menores de diez y seis años” (PENDÁS DÍAZ, B.: *Responsabilidades en materia...*, op.cit., pág. 132).

¹²⁸⁸Gaceta 1, 2 y 3 de septiembre de 1926. La doctrina de la época subrayó que dicho articulado del Código de Trabajo de 1926 atribuía carácter “represivo y sancionador” al aumento de indemnizaciones, iniciándose así una línea de tendencia que remarcaba ese componente represivo en el aumento de indemnizaciones (cfr. ALARCÓN HORCAS, S.: *Código de Trabajo (Comentario. Jurisprudencia y Formularios)*, tomo II, Reus, Madrid, 1929, págs. 282 y 412; HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, M.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, págs. 254-255), sin perjuicio de anudarle un carácter

ISBN: 978-84-9114882-0

arts. 147 del Decreto-Ley de 25.8.1931 (por el que se reglamentaba para la agricultura la Ley de accidentes de trabajo¹²⁸⁹), 32 y 40 del Decreto-Ley de 8.10.1932 (Texto Refundido de accidentes de trabajo en la industria¹²⁹⁰), 34 y 48 del Decreto 31.1.1933 (Reglamento de accidentes del trabajo en la industria¹²⁹¹), preceptos todos ellos que siguen esa senda de aumento, vía indemnización especial no asegurable¹²⁹², de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo¹²⁹³. Interesa aquí retener esa consideración del “aumento de indemnizaciones”, a partir del art. 6.5 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 10.1.1922, como indemnización especial a la que se veta su aseguramiento sin necesidad de calificarla expresamente como sanción.

Mención especial merecen, y por ello efectuamos el oportuno receso en el seno del *iter* iushistórico que estamos realizando sobre la

preventivo-admonitorio en punto a reforzar el cumplimiento empresarial de las medidas de prevención (PALANCAR, M.: «La prevención de accidentes y la Jurisprudencia», Revista de Derecho del Trabajo nº 3-1954, pág. 49). Sobre el art. 246.9 del Código de Trabajo, HERNÁINZ MÁRQUEZ, M.: «La sanción por falta de aparatos de precaución en los accidentes del trabajo y en las enfermedades profesionales», Revista Iberoamericana de Seguridad Social nº 2-1963, págs. 340-341.

¹²⁸⁹HERNÁINZ MÁRQUEZ, M.: «La sanción por falta de aparatos...», op.cit., pág. 341.

¹²⁹⁰El contenido de estos arts. puede consultarse en MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica...», op.cit., pág. 3359.

¹²⁹¹Su texto, en MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica...», op.cit., pág. 3360.

¹²⁹²Consideraba la doctrina a esa indemnización especial como derivación de un “residuo culpabilístico” o “culpa personal del empresario” (cfr. GALLART FOLCH, A.: *Derecho Español del Trabajo*, op.cit., pág. 298; PÉREZ BOTIJA, E.: *Curso de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 243; MENÉNDEZ PIDAL, J.: *Derecho Social Español. Volumen II*, Madrid, 1952, pág. 271).

¹²⁹³Véase PENDÁS DÍAZ, B.: *Responsabilidades en materia...*, op.cit., págs. 133-134.