

Tesis doctoral:

***LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR
DAÑOS DERIVADOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO***

Doctorando:

Aurelia Carrillo López

Directores:

D. José Luis Monereo Pérez

D. Javier López y García de la Serrana

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Aurelia Carrillo López
D.L.: GR 2144-2014
ISBN: 978-84-9083-262-2

Y la ley sobre las lesiones queda escrita de este modo: si alguien... hiere... y... hay perjuicio para el herido, ha de pagárselo íntegramente. (*La Republica*, PLATÓN)

SUMARIO:

SUMARIO:.....5

ABREVIATURAS:.....11

INTRODUCCIÓN17

CAPÍTULO PRIMERO: APROXIMACION A LA CONFIGURACION JURIDICA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA PROBLEMÁTICA DE LAS INDEMNIZACIONES DERIVADAS37

I.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA..... 37

II.- CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO 48

II.- EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DEL TRABAJADOR 64

CAPÍTULO SEGUNDO: CARACTERIZACIÓN TÉCNICA DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE LA DEUDA DE SEGURIDAD. PRESUPUESTOS Y TIPOLOGÍA.....71

I.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL..... 71

II.- LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE LA DEUDA DE SEGURIDAD E HIGIENE COMO RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. SUPUESTOS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL. 81

III.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL. 93

IV.- SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EXIGIBLE A OTROS AGENTES..... 96

1.- Responsabilidad civil por daños de terceros. 96

2.- Responsabilidad civil de los trabajadores de la empresa..... 98

3.- Responsabilidad civil de los servicios de prevención..... 99

4.- Responsabilidad civil del fabricante 103

5- Responsabilidad civil del inspector de trabajo y seguridad social 104

V.- PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 108

CAPÍTULO TERCERO: IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS RESPONSABLES..... 113

I.- INTRODUCCIÓN 114

II.- SUJETOS RESPONSABLES ORDINARIOS.....	114
1.- El empresario.....	116
2.- Servicios de prevención externos.....	121
2.1.- Naturaleza de la intervención de los servicios de prevención en el cumplimiento de la obligación empresarial de prevenir los riesgos laborales.....	125
2.2.- Responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de los servicios de prevención externos.....	126
3.- Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.....	131
II.- SUPUESTOS ESPECIALES:	133
1.- Contratas y subcontratas.....	133
2.- Empresas de trabajo temporal.....	139
2.1.- Obligaciones	141
2.2.- Responsabilidades en materia preventiva. Incumplimiento medidas de seguridad y salud y recargo de prestaciones	151
IV.- LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO AJENO A LA RELACIÓN LABORAL POR DAÑOS DERIVADOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO	154
1.- El tercero ajeno a la relación laboral	154
1.1.- La responsabilidad civil del tercero frente al trabajador	156
1.2.- La responsabilidad civil del tercero frente al empresario.....	160
1.3.- El tercero como responsable del recargo de prestaciones	165
2.- Las Mutuas y Entidades Gestoras frente al tercero.....	167
V.- CONCLUSIONES.....	170

CAPÍTULO CUARTO: REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL: LA ANTIJURIDICIDAD, LA CULPA Y EL NEXO CAUSAL.....173

I.- INTRODUCCIÓN	173
II.- LA ANTIJURIDICIDAD	174
III.- LA CULPA Y EL DOLO.....	176
1.- La culpa o negligencia y el dolo.....	177
2.- La culpa o negligencia del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo	180
3.- La influencia de la imprudencia del trabajador en la responsabilidad empresarial.....	185
IV.- EL NEXO CAUSAL. VÍAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR ACCIDENTE DE TRABAJO POR RUPTURA DEL NEXO CAUSAL	194
1.- Caso fortuito y fuerza mayor.....	196
1.1.- Distinción del caso fortuito y la fuerza mayor en el marco de la seguridad y salud laboral.....	198
1.2.- La concurrencia de factores causales.....	206
2.- Incidencia de culpa exclusiva de la víctima.....	208

CAPÍTULO QUINTO: LOS MECANISMOS DE REPARACIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO.....211

I.- INTRODUCCIÓN	212
II.- LA REPARACION DEL DAÑO A TRAVÉS DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES.....	218
1.- Criterios de valoración y reparación	218

2- Las prestaciones de la seguridad social como seguro público.....	221
III.- EL RECARGO DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	225
1.- Caracterización jurídica general del recargo de prestaciones. naturaleza jurídica.....	225
2.- El supuesto normativo. requisitos.....	234
2.1.- Existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.....	234
2.2.- Falta de adopción de medidas de seguridad y salud laborales establecidas, de modo general o específico, en normas jurídico-públicas.....	237
2.3.- Relación de causalidad entre falta de adopción de las medidas de seguridad y el siniestro	242
2.4.- La existencia de un perjuicio causado por el siniestro	245
2.5.- Derecho a una prestación económica	246
3.- La prohibición de aseguramiento	246
4.- Delimitación técnico-jurídica de la responsabilidad empresarial. Pluralidad de empresarios.....	248
4.1.- La subcontratación	251
4.2.- Empresas de trabajo temporal.....	254
5.- El recargo como supuesta prestación de seguridad social <i>sui generis</i>	257
6.- Procedimiento administrativo para la imposición de la medidas de recargo	259
7.- Conclusiones.....	264
III.- LA INDEMNIZACION CIVIL ADICIONAL.....	269
1.- La determinación del daño	270
1.1.- Principio de reparación íntegra del daño.....	270
1.2.- Principio de proporcionalidad entre el daño y la reparación	281
2.- Criterios para su cuantificación	282
2.1.- El baremo de tráfico	282
2.2.- Momento en que ha de fijarse el baremo vigente a aplicar.....	284
2.3.- Intereses	286
IV.- COMPATIBILIDAD ENTRE LAS DIFERENTES INDEMNIZACIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO.....	297

CAPÍTULO SEXTO: LA REPARACION CIVIL DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES DERIVADOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO.....323

I.- INTRODUCCIÓN.....	297
II.- CONCEPTO, CARACTERISTICAS Y CLASES DE DAÑOS.....	309
III.- CONCEPTO LUCRO CESANTE	333
IV.- EL LUCRO CESANTE EN EL BAREMO DE ACCIDENTES DE CIRCULACION	341
1.- La interpretación integradora.....	343
1.1.- El factor de corrección por perjuicios económicos	343
1.2.- El factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta.....	344
1.3.-El factor de corrección por gran invalidez	344
1.4.-El factor de daños morales familiares.....	345
2.- La interpretación correctora.....	345
V.- LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	346
1.- El sistema baremizado de resarcimiento del lucro cesante analizado desde la perspectiva del responsable civil.....	346
2.- Consecuencias indeseables del sistema contempladas desde la perspectiva de la víctima.....	349
3.- El concepto de culpa relevante y el resarcimiento del lucro cesante.....	352
VI.- LA PRUEBA DEL LUCRO CESANTE.....	354
1.- La prueba de la existencia del lucro	356

2.- La prueba de la cuantía de la ganancia frustrada	357
VII.- LA NUEVA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE LUCRO CESANTE EN SUPUESTOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE	361
VIII.- LA JURISPRUDENCIA MENOR EN MATERIA DE LUCRO CESANTE EN SUPUESTOS DE FALLECIMIENTO DE LA VÍCTIMA	370

CAPÍTULO SEPTIMO: LA REPARACION CIVIL DE LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES DERIVADOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

.....373	
I.- INTRODUCCION	
II.- EL DAÑO MORAL	375
1.- Concepto	375
2.- Los requisitos para la exigibilidad del daño moral	378
3.- Sistemas de cuantificación del daño moral	382
3.1.- El prudente arbitrio del juzgador.....	383
3.2.- Otros criterios utilizados.....	385
4.- La cuantificación del daño moral en el acoso laboral	390
5.- La indemnización unitaria del daño	397
6.- Reconsideración sistemática de los daños morales	401
III.- DAÑOS CORPORALES	405
1.- Concepto	405
2.- Clases de daños corporales.....	407
3.- Consecuencias del daño corporal: pecuniarias y no pecuniarias	409
4.- Daños por “rebote”	412
5.- Sistemas de valoración del daño corporal.Especial referencia al sistema de baremos:	420
6.- Especial referencia a las indemnización por fallecimiento	
6.1.- Indemnizaciones básicas por fallecimiento	425
6.2.- Factores de corrección	429
7.- Especial referencia a las indemnizaciones por lesiones permanentes (Tablas III, IV y VI).	430
7.1.- Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.....	431
7.2.- Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes	436
8.- Especial referencia a las indemnizaciones por incapacidades temporales (Tabla V).....	445
8.1. Indemnizaciones básicas	445
8.2.- Factores de corrección	449
8.3.- Especial consideración a la STC 180/2000, de 29 de junio.....	450

CAPÍTULO OCTAVO: LOS DAÑOS PUNITIVOS

.....453	
I.- INTRODUCCIÓN	453
1.- Definición	455
2.- Antecedentes.....	456
3.- Naturaleza jurídica.....	457
II.- EL DAÑO PUNITIVO EN EL <i>COMMON LAW</i>	462
III.- LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO COMPARADO	465
IV.- CRÍTICAS A LA DOCTRINA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS	468
V.- LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO ESPAÑOL DE DAÑOS.....	469

1.- La tradicional separación indemnización-sanción	471
2.- Las posibilidades que ofrece la indemnización por daño moral.....	479
VI.- CONCLUSIONES.....	487

CAPÍTULO NOVENO: JURISDICCIÓN COMPETENTE Y ACCIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO.....489

I.- INTRODUCCIÓN	489
II.- ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE.....	493
1.- Jurisdicción penal.....	493
2.- Jurisdicción civil.....	494
3.- Jurisdicción social	496
III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTERIOR A LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL	497
IV.- LA SALA DE CONFLICTOS	
V.- EL ART. 2 B) DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL.	505
VI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL	512
VII.- ALGUNAS PECULIARIDADES PROCESALES.....	
1.- En materia de acumulación	
2.- Medidas cautelares en materia de accidentes de trabajo.....	
3.- El informe de la Inspección de Trabajo	
4.- Carga de la prueba en materia de accidentes de trabajo.....	
5.- Sistema específico para la valoración daños accidente laboral	
VIII.- LA ACCIÓN DE REPETICIÓN	529
1.- Acción de repetición contra el empleado	531
2.- La acción de repetición de la empresa principal, contratista y subcontratista	533
3.- La acción de repetición de las compañías aseguradoras contra el tercero culpable	535
4.- La acción de repetición por parte de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales	537
5.- La acción de repetición con respecto a los servicios de prevención propios y ajenos	540
VII.- LA PRESCRIPCIÓN	544

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA553

BIBLIOGRAFIA:573

ABREVIATURAS:

AC = Aranzadi Civil

ADC = Anuario Derecho Civil

AFDUAM = Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

AL = Actualidad Laboral.

AMAT = Asociación de Mutuas Accidentes Trabajo

AN = Audiencia Nacional

AP = Audiencia Provincial

Art. = artículo

AS = Aranzadi Social

AT = Accidente de Trabajo

AT y EP = Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales

BO = Boletín Oficial

CA (CC AA) = Comunidad (es) Autónoma (s).

CC = Código Civil, publicado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889.

CE = Constitución Española de 1978

CE = Comunidad Económica Europea.

CETT = Congreso de Empresas de Trabajo Temporal.

CGPJ = Consejo General del Poder Judicial

CODE = Código Civil Francés.

D = Directiva

DG = Dirección General

Dir. (dirs.) = Director (es)

Disp. adic. = Disposición adicional

Disp. derog. = Disposición derogatoria

Disp. final = Disposición final

DM = Directiva Marco

DO = Diario Oficial

Ed. = Edición

Edit. = Editorial

EDJ = Jurisprudencia El Derecho

EP = Enfermedad Profesional.

ET = Estatuto del Trabajador.

ETT (ETTs) = Empresa (s) de trabajo temporal.

EVI = Equipo de Valoración de Incapacidades

F. = Fundamento Jurídico o de Derecho

FOGASA = Fondo de Garantía Salarial

FPRL = Formación en Prevención de Riesgos Laborales

Gral. = General.

ILT = Incapacidad Laboral Transitoria.

INE = Instituto Nacional de Estadística.

INSS = Instituto Nacional de la Seguridad Social.

IT = Incapacidad Temporal.

IP = Incapacidad Permanente.

L = Ley.

LAT = Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el texto Refundido de la Legislación de accidentes del Trabajo y Reglamento para su aplicación.

LCS = Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

LEC = Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LETT = Ley 14/1994, de 1 de junio de empresas de trabajo temporal.

LGSS = Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General Seguridad Social.

LISOS = Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

LITSS = Ley de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, BOE N^a 274 de 15 de noviembre de 1977.

LO = Ley Orgánica

LOPJ = Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LOIEMH = La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

LPRL = Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

LRCSVM = Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

LRJS = Ley 36/ 2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

OM = Orden Ministerial

TRLISOS = Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

TRLGSS = Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General Seguridad Social.

Párr. = Párrafo.

PETL....= *Principles of European Tort Law* - Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil compilados por el European Group on Tort Law. Mas información en: <http://iuwww.egtl.org>

Pte = Ponente

PYMES = Pequeña y mediana empresa

RAEAERCS = Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

RDL = Real Decreto Ley

Rec. = Recurso

REDT = Revista Española de Derecho del Trabajo.

RDL = Real Decreto Ley

R.D.J. = Revista de Derecho judicial.

RES = Revista Española de Seguros.

RGD = Revista General de Derecho.

RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

RJ = Repertorio Jurisprudencia Aranzadi

R.L. = Relaciones Laborales

RRCCS = Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro.

RMTSS = Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

RTC = Resolución del TC.

S = Sentencia

SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial.

STS = Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ = Sentencia Tribunal Superior Justicia

SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial.

T. = Tomo.

UE = Unión Europea

V.GR. = Verbi gracia.

VID. = Véase

VOL. (S). = volumen (es)

INTRODUCCIÓN

Como cualquier otra investigación específica en el campo de las ciencias humanas, la presente está enmarcada en una temática mas amplia (*la responsabilidad civil por daños*) que le sirve de inspiración.

La problemática de la responsabilidad civil suscita una extraordinaria conflictividad jurídica que se traduce reiteradamente por los tribunales de los diferentes ordenes jurisdiccionales y es reflejo de un deficitario marco normativo regulador; lo anterior unido a la extraordinaria importancia práctica y a los relevantes bienes jurídicos que están en juego, ha determinado que se convierta en objeto principal de esta tesis doctoral.

Se parte de la idea de que el objeto a conocer determina irremisiblemente el método para su comprensión y conocimiento científico¹. Atendiendo a ello, el objeto principal de la presente investigación se aborda desde una metodología esencialmente jurídica y, dentro de ella, en función de una necesaria interdisciplinaria entre las distintas ramas afectadas por el ordenamiento jurídico.

En el extenso, y caóticamente regulado aún hoy, sistema de responsabilidades por daños derivados de los accidentes de trabajo, ha ocupado siempre una posición destacada la que va dirigida a obtener una indemnización *compensatoria* o *resarcitoria* de tales daños sufridos por el trabajador o trabajadores siniestrados.

Tal posibilidad supone el mayor desengaño posible de la normativa preventiva, porque no sólo implica que se ha incumplido la obligación legal que obligaba a proteger al trabajador frente a todo

¹ MONEREO PEREZ, J.L.: "Conocimiento y critica del Derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del Derecho", *Revista del Derecho Social*, 2007, pag. 11 y ss.

riesgo laboral (como ocurre en el ámbito de las responsabilidades penales o administrativas), sino que se ha actualizado ese riesgo en daño concreto a la persona del trabajador (física, psíquica e, incluso, moral). Sin embargo, según se analizará en esta investigación, la regulación que hoy tenemos está lejos de responder a las demandas de justicia en tan delicado tema en cuanto que, entre otras deficiencias, carecemos de un *Derecho Especial de Daños a la Persona del Trabajador*.

La responsabilidad por accidentes de trabajo no puede comprenderse sin tener en cuenta su evolución histórica, que transita desde el *principio de inmunidad*, cerrando el círculo de responsabilidad empresarial con la indemnización *a tanto alzado*, a la *compatibilidad* de las prestaciones de Seguridad Social con la responsabilidad civil adicional por daños.

En la Ley Dato de 30 de septiembre de 1900, una de las primeras manifestaciones de intervención científica del Estado en el conflicto de proletarios y burgueses (que comienza a tomar conciencia de que la única manera de evitar la revolución era la reforma social *desde arriba*), se instaura un sistema de responsabilidad objetiva por riesgo, al margen de la culpabilidad, superándose las exigencias del Derecho civil, con recíprocas ventajas para empresarios y trabajadores. Éstos no tenían que demostrar la culpabilidad del empresario en el accidente, obteniendo una indemnización rápida y segura, sobre todo a partir de la constitución de un fondo de garantía de accidentes con la Ley Matos de 10 de enero de 1922, pero, a cambio, los patronos limitaban drásticamente la reparación, no respondiendo de la integridad del daño producido, sino de una parte, con indemnizaciones tarifadas, tasadas, y no precisamente generosas. A la indemnización se añadía el recargo si, además, concurría culpabilidad del patrono. Pero con ello se cerraba el capítulo de la responsabilidad patronal, garantizándose el empresario, con el denominado principio de inmunidad, que el trabajador no ejercitaría la acción civil por culpa para compensar aquella parte del daño no reparado por la indemnización tarifada y el

recargo. Es decir, con el principio de inmunidad la víctima pierde la diferencia entre el importe del daño total y el de la indemnización legal. Este principio de inmunidad hace crisis con el Texto Refundido de 22 de junio de 1956, y definitivamente con la Ley Articulada de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, pues, a partir de la misma, las prestaciones de Seguridad Social y el recargo de prestaciones son compatibles con la indemnización adicional por responsabilidad civil del empresario, y todas ellas con las sanciones administrativas y penales que puedan derivarse de la infracción de normas de prevención de riesgos laborales (arts. 123 y 127.3 LGSS y 42.3 LPRL).

Como vemos, no impera ya en nuestro ordenamiento el principio de indemnidad propio de otros países (Reino Unido y Francia), en el sentido de cerrar con el percibo de las prestaciones de Seguridad Social la vía yuxtapuesta de la responsabilidad civil por culpa, sino que aquéllas conviven con ésta.

Así llegamos al momento actual en el que es triple y complementaria la vía para proceder a la indemnización del daño por responsabilidad derivada del accidente de trabajo: las *prestaciones de Seguridad Social*, *recargo de prestaciones* y, finalmente, posible *responsabilidad civil adicional* por la parte del daño no reparado por las prestaciones de Seguridad Social, cuyo estudio, siempre con apoyo en la doctrina y la jurisprudencia, es objeto de este trabajo.

En el marco de la doctrina civilista se habla de que a la responsabilidad civil no le afecta ninguna dificultad, al contrario, hay en todo el mundo un gran aumento de este instituto, expresada en la cantidad de procesos judiciales, el ensanchamiento a nuevos espacios, numerosas reformas legislativas o proyectos de ellas, y el creciente interés doctrinal manifestado en una ingente cantidad de obras, con las que hemos trabajado para la realización de esta investigación.

Los últimos años han evidenciado un considerable crecimiento de las acciones en reclamación de responsabilidad civil del

empresario y otros sujetos por daños derivados de lesiones y enfermedades profesionales, que ha venido a replantear muchas de las soluciones judiciales que en la materia se venían produciendo. Las explicaciones para este crecimiento son diversas, pero en ellas, sin duda, ha pesado una reconsideración del valor social de la vida, la salud e integridad del trabajador, que no siempre ha tenido la consideración debida en el pasado, ni siquiera por el propio afectado. Durante muchos años, las lesiones laborales han sido vistas como algo casi inevitable, como un añadido fatal al proceso productivo que había que soportar y que ya encontraban compensación suficiente con las prestaciones del sistema público de la Seguridad Social y, en su caso, con las *mejoras* que alguna empresa establecía, normalmente en forma de seguros de vida. La quiebra de esa visión fatalista de los accidentes y enfermedades profesionales, el endurecimiento progresivo de las normas de seguridad y salud laborales, el convencimiento de que las reparaciones y compensaciones obtenidas del sistema de Seguridad Social público resultaban insuficientes y el propio replanteamiento de la posibilidad de estas acciones de responsabilidad civil, a la vista de su relativo éxito y de la jurisprudencia bastante progresiva de la Sala Civil del Tribunal Supremo que venía entendiendo tradicionalmente de las mismas, son algunas de las razones que han motivado el aumento de este tipo de reclamaciones.

La evolución tanto de la legislación como de la jurisprudencia en la aplicación de esta normativa de responsabilidad empresarial y de seguridad social ante siniestros laborales ha dotado a la exigencia de responsabilidad civil por daños de un carácter principalmente laboral. La constatación de ello sería la importancia que esta responsabilidad por daños ha adquirido en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en cuyo contenido aparece regulada de forma transversal, aunque con reglas específicas en determinado ámbito de su objeto, como es la petición indemnizatoria ante la lesión de derechos fundamentales.

Junto a ello, cabe apostar también por la mayor importancia que la responsabilidad civil por daños en el ámbito laboral va a pasar a tener en función de las reformas de la legislación de trabajo y de protección social que se están emprendiendo en los últimos años. Por una parte, la parálisis en la regulación directa por la legislación laboral del reconocimiento de situaciones que pueden dar lugar a indemnización por daños ante incumplimientos laborales, y, sobre todo, la reducción a la baja de las compensaciones previstas en dicha normativa, puede dar lugar a una mayor implicación de las bases jurídicas civilistas en la obtención de mayores cuotas de satisfacción resarcitoria para el trabajador en el caso que este considere que el nivel mínimo ofrecido por la legislación laboral le es insuficiente ante los daños personales que haya podido sufrir.

La exigencia de responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales ha sido y continuará siendo tras la adopción de la LRJS de 2011, una cuestión compleja en su aplicación hasta que no se realice una reforma integral de la misma

Dicha complejidad ha sido una nota común en la propia evolución de la doctrina judicial ante las reclamaciones de responsabilidad civil por daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Un tema previo a la propia configuración de la responsabilidad civil en el marco laboral fue la fijación del orden jurisdiccional a quién correspondía su conocimiento, ya que pese a la producción de un siniestro en el ámbito de las relaciones laborales, la doctrina judicial emanada de los tribunales civiles ha venido justificando la asunción de la competencia para conocer las demandas del trabajador en reclamación de la indemnización por los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, fundamentadas en la posible culpa del empresario al amparo de los arts. 1902 y 1903 del CC, ya que en virtud de dicha atribución al Orden jurisdiccional civil se garantizaba, como al efecto manifestaban las correspondientes sentencias judiciales, el principio de reparación íntegra del daño.

La nueva regulación derivada de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social no solo ha consolidado esta perspectiva, sino que ha buscado configurar un sistema integral en materia de responsabilidad civil por daños en el ámbito de las relaciones laborales.

Además de la tradicional asunción de la competencia al Orden Social sobre los conflictos entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo, el art. 2.b) LRJS, atribuye a la Jurisdicción social el conocimiento de la responsabilidad por los daños “que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales”, con un alcance en materia de siniestralidad laboral que podría adjetivarse como global. De hecho, en la *Exposición de motivos* de la LRJS se justifica dicha concentración en el orden jurisdiccional social en la dotación de una cobertura más especializada y coherente a los distintos elementos de la materia laboral, poniendo como ejemplo las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo, por cuanto hasta la adopción de la LRJS “obligaban a los afectados a acudir necesariamente para intentar lograr la tutela judicial efectiva a los distintos juzgados y tribunales encuadrados en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social”.

Junto a ello, no solo el orden jurisdicción social se impone la atribución de la responsabilidad por daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el ámbito laboral, sino que también asume su conocimiento cuando por incumplimiento por la Administraciones públicas de la normativa de *prevención de riesgos laborales* se concreten siniestros para cualesquiera de sus empleados públicos; así, el art. 2.e) de la LRJS permite también a los funcionarios y personal estatutario ejercer sus acciones ante el Orden jurisdiccional Social en materia de “reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la

relación funcionarial, estatutaria o laboral”. Se confirma con ello que los Tribunales sociales se erigen en los competentes, de forma previa y plena, en el conocimiento de la responsabilidad por daños producidos en el marco de la siniestralidad laboral entendida en sentido amplio. Así, el Orden Social conocerá de forma previa los daños por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales sin atender a que los sujetos estén implicados directamente en la relación laboral o funcionarial, si bien en caso de asumir el pago de las correspondientes indemnizaciones puedan ejercer acciones de repetición o reclamación ante quién corresponda, y de forma plena por cuanto el conocimiento de los órganos judiciales sociales lo es por cualquier siniestro, ya se produzca en el ámbito privado o en el público.

En todo caso, el núcleo básico de esta configuración competencial de la Jurisdicción social sobre la responsabilidad por daños producidos en el marco de la siniestralidad laboral es trasladable a la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones laborales por cualesquiera daños y perjuicios. Sin embargo, la regulación que la LRJS hace de la atribución al orden jurisdiccional social de la responsabilidad por daños en el ámbito laboral no posee la misma vocación de universalidad que la tutela resarcitoria de los accidentes de trabajo, con una matización: si bien es cierto que no todo daño derivado de una prestación de trabajo será conocida por los tribunales sociales, como ocurre en materia de siniestralidad laboral, la LRJS sí busca que la responsabilidad por daños en el marco de una relación laboral sea analizada exclusivamente a su amparo.

Por una parte, debe tenerse en cuenta que, en materia de *tutela de derechos fundamentales*, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, el orden jurisdiccional social conoce, según el art. 2.f) LRJS, de las cuestiones litigiosas que se promueven por su vulneración, “incluida en todos los supuestos de este apartado la responsabilidad por daños”, lo que supone la atribución de la competencia a los órganos judiciales del orden social de las reclamaciones en este ámbito frente a “terceros vinculados a éste (e/

empresario) por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”, también frente a las actuaciones de las Administraciones públicas en materia de libertad sindical y de derecho de huelga referidas exclusivamente al personal laboral; o sobre las controversias entre dos o más sindicatos, o entre éstos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse contra el empresario o sobre cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social.

La reclamación por responsabilidad por daños derivados por vulneración de derechos fundamentales o acoso es puesta de forma general bajo el paraguas de la LRJS, ya sea realizada por el empresario o por un tercero vinculado con éste, con la única condición de que la actuación de éstos se produce en conexión directa con la relación laboral, como al efecto señala la Exposición de motivos de la ley citada. De hecho, la LRJS motiva dicha asunción de competencias en la evitación de la competencia residual que tradicionalmente ha venido asumiendo el orden jurisdiccional civil respecto de litigios sobre daños en cuya intervención haya intervenido alguna persona distinta del directo empresario o empleador. El único supuesto en que se *excluye* la actuación de la jurisdicción social ante daños derivados de derechos fundamentales es cuando los sujetos afectados sean funcionarios públicos, aunque sea en materia tan propia del ámbito laboral como son los derechos de libertad sindical y de huelga.

En segundo lugar, y al margen de los daños derivados de la vulneración de Derechos Fundamentales, la pretensión de la LRJS de construir un sistema de responsabilidad por daños en las relaciones laborales cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción social se deriva también de la formulación general del propio art. 2.b) anteriormente visto, en el que se atribuye a los órganos jurisdiccionales sociales de las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o

contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios.

La justificación de este precepto se hace por la Exposición de Motivos poniéndola en relación con la atribución plena a los órganos jurisdiccionales sociales de los daños por siniestralidad laboral, aunque también se expresa como justificación por la Ley de la extensión de esta idea a cualesquiera otro daños por cuanto con esta fórmula se pretende que la jurisdicción social sea competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado.

La LRJS convierte a la Jurisdicción social en única para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción de un daño sufrido por el trabajador en el marco o en conexión con la relación laboral, tanto aquel que se produzca en el marco de la siniestralidad laboral, cuyo enjuiciamiento he calificado de global, como también a cualesquiera otro daños producidos en el ámbito social, cuya competencia para los órganos jurisdiccionales sociales es más bien integral, excluyéndose de su conocimiento daños producidos en el marco de prestaciones de servicios de funcionarios públicos en el ámbito de las Administraciones públicas, así como las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, sean estatales o autonómicos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad (art. 3 LRJS).

La asunción integral por los órganos judiciales del orden social de la responsabilidad por daños en el ámbito de las prestaciones de

trabajo ha de llevar en primer término a que la utilización del tipo de responsabilidad, contractual o extracontractual, para la atribución de competencias a unas jurisdicciones u otras, deje de ser apta con ese objetivo. La Jurisdicción social tiene la competencia para conocer de responsabilidad civil extracontractual siempre que ésta tenga una conexión con la propia prestación de servicios laborales; de hecho, esta perspectiva judicial puede llevar a suponer una progresiva identidad entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, básicamente en aquellas situaciones en la práctica donde no está muy clara la distinción entre otra: por ejemplo, los daños derivados de situaciones precontractuales o postcontractuales (tratos preliminares a la contratación, contratos nulos o ya resueltos), o en los casos en los que media una relación contractual entre las partes y una de ellas sufre perjuicios pero existen dudas acerca de si los mismos derivan específicamente del incumplimiento del contrato o no.

Aunque en este trabajo se vaya a defender que el amparo en la responsabilidad aquiliana o extracontractual en materia de derecho de daños en el ámbito laboral resultaría residual, lo cierto es que aún reconociéndose ello no obstaría a su atribución a la Jurisdicción social desde el momento en que se conectase la actuación lesiva del tercero causante del daño tenga conexión directa con la prestación de servicios. En todo caso, el establecimiento de un régimen único de responsabilidades, y derivado de ello, la asunción por la Jurisdicción Social de reclamaciones ante sujetos no directamente vinculados al trabajador víctima del daño pero si conectados con la prestación de servicios de éste, debería evitar (como se ha vaticinado por la doctrina *iuslaboralista*), que para determinar si esta ante un ilícito contractual o extracontractual se acaba aplicando el régimen que el propio perjudicado o el órgano judicial consideran oportuno en cada caso.

* * *

El plan de exposición del presente trabajo, delimitado en los términos antes expuestos, se ha estructurado en NUEVE *capítulos*, además de la presente *introducción* y las *conclusiones*. También se han incorporado un *índice sistemático*, una relación de *abreviaturas* utilizadas y un *índice alfabético de autores* de las obras consultadas. En primer lugar, se procede al estudio del derecho sustantivo, que abarca los capítulos uno a ocho, para concluir con el análisis de la dimensión procesal del tema objeto de estudio, procurando de esta manera obtener una visión jurídica global de la materia.

Se comienza este trabajo de investigación con una *aproximación a la noción jurídica del accidente de trabajo*, situándolo en su evolución histórico-legislativa, puesto que la evolución histórica en la protección del accidente de trabajo esta íntimamente relacionada con la evolución histórica de la política preventiva y reparadora, por lo que se procede a un minucioso estudio de la evolución en la protección del accidente de trabajo para así poder comprender en cada momento la realidad social que inspira el espíritu de la norma que lo rige (*CAPITULO I*).

Seguidamente se estudia la responsabilidad empresarial por incumplimientos de *la deuda de seguridad*. La obligación de prevenir los riesgos laborales se enmarca dentro del genérico deber empresarial de protección del trabajador. Se trata de un deber que emana de la propia relación de dependencia que vincula a ambas partes en el contrato de trabajo; hace al trabajador acreedor de tutela por el empresario, como organizador de la actividad productiva y receptor de los resultados del trabajo y, por tanto, responsable no solo del trabajo sino también de los elementos que en él intervienen, y fundamentalmente los que afectan a la persona del trabajador. En esta

esfera de responsabilidades se sitúa el genérico deber de prevención, en el que se encuadra el deber de velar por su seguridad y garantizar que el trabajo se preste en condiciones adecuadas para su salud. La concreción de este genérico deber, que emana del reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud en el ámbito del trabajo (art. 40.2) y que vincula a poderes públicos y a empleadores principalmente, constituye la base estructural del Capítulo II, que da soporte a los diferentes capítulos sucesivos. Completamos este capítulo con el estudio de *los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil* considerando conveniente su mención ya que la tendencia general de todos los ordenamientos jurídicos es la globalización y hacemos referencia a ellos puesto que son el resultado de estudio de varios profesores universitarios especializados en el estudio de la responsabilidad civil extracontractual que se dedican también al mundo del Derecho en sus distintos ámbitos, a pesar de que no son normas jurídicas están contruidos a partir de la normativa vigente en cada uno de los distintos estados europeos que lo componen, lo cual nos proporciona una amplia muy amplia del tema objeto de la presente investigación (*CAPITULO II*).

La obligación de prevenir los riesgos laborales se enmarca dentro del genérico deber empresarial de protección del trabajador. Se trata de un deber que emana de la propia relación de dependencia que vincula a ambas partes en el contrato de trabajo; hace al trabajador acreedor de tutela por el empresario, como organizador de la actividad productiva y receptor de los resultados del trabajo y, por tanto, responsable no sólo del trabajo sino también de los elementos que en él intervienen, y fundamentalmente de los que afectan a la persona del trabajador; pero el régimen de responsabilidad empresarial no siempre alcanza al *empresario* del trabajador. En efecto, los fenómenos de descentralización hacen que las tareas del trabajador se realicen en contacto con otros empresarios e incluso las normas sobre *empresas de trabajo temporal* revelan que el trabajador puesto a disposición se inserta, realmente, en el ámbito de

organización y dirección del empresario usuario. En todas estas situaciones, bien porque así lo disponga el ordenamiento, bien porque así lo entiende la jurisprudencia en una acertada interpretación del principio de culpabilidad y de la necesidad de imputar personalmente los incumplimientos y los daños que produzcan a quien los ocasione, puede pensarse perfectamente en supuestos en los que el empresario responsable no sea el empresario del trabajador por no haber tenido él nada que ver con el incumplimiento producido. Debe pues diferenciarse claramente entre los conceptos de empresario del trabajador y los de empresario incumplidor o empresario infractor. Es cierto que en muchos casos, aunque el empresario responsable sea *un tercero*, también el del trabajador habrá incumplido sus obligaciones y ello conducirá a la responsabilidad compartida de ambos, pero también es perfectamente posible que la responsabilidad recaiga exclusivamente sobre un empresario tercero. Por lo que ello nos obliga a realizar un detallado estudio de *todos los sujetos eventualmente responsables*, de los supuestos especiales cuando intervienen contratas, subcontratas o empresas de trabajo temporal, finalizando el capítulo con un amplio estudio acerca del tercero ajeno a la relación laboral, en los supuesto en los que debe responder de la deuda de seguridad (*CAPITULO III*).

En el análisis del régimen de responsabilidad por daños originada por un accidente de trabajo, tienen una importancia determinante las vías de exoneración de responsabilidad empresarial. Entre otras, cabe citar aquéllas situaciones en las que el ordenamiento jurídico considera que la actuación del empresario ha sido lícita, los supuestos de inexistencia de culpabilidad, o los que afectan al elemento de la causalidad jurídica. Entre todas estas causas de exoneración, presentan especial relevancia las referidas al caso fortuito y fuerza mayor. Su estudio constituye aún una cuestión abierta que suscita importantes dudas por lo que en esta investigación examinaremos el funcionamiento de estas concretas vías de exoneración de responsabilidad y sus efectos.

En concreto, se prestará especial atención a esclarecer la distinción conceptual entre el *caso fortuito* y *fuerza mayor*, haciendo también referencia a si su peculiar configuración lo sitúa en la frontera del nexo de imputación subjetiva; los efectos que este tipo de causa tienen en la responsabilidad empresarial, valorando si su consecuencia es siempre la exoneración total de responsabilidad o también puede serlo parcial. Para ello se analizará el concepto de caso fortuito y fuerza mayor partiendo de la principal referencia normativa existente, el art. 1105 Código Civil. Se expondrán así los problemas de interpretación doctrinales existentes tomando como punto de arranque o teniendo en cuenta los elementos que componen cada figura y se acudirá, como instrumento indispensable, a la principal jurisprudencia existente en la materia. A través de lo anterior, se valorarán las diferencias entre ambas figuras y las consecuencias que tiene la existencia de parámetros subjetivos en su apreciación. A partir de los conceptos anteriores, se examinarán los efectos que tiene un caso fortuito o fuerza mayor en la responsabilidad empresarial, teniendo en cuenta las situaciones en que, junto a estos sucesos, concurren otras causas determinantes del daño. Haciendo un exhaustivo estudio de la de la *conducta culpable del trabajador* como ruptura del nexo causal (*CAPITULO IV*).

Una vez reconocida la participación decisiva del empresario en la producción del accidente de trabajo, a la vez que se prueba que su participación o inacción es constitutiva de infracción culposa o dolosa de su deber de seguridad (sin que pueda alegarse elementos de responsabilidad cuasiobjetiva o riesgo imprevisible), el empresario incumplidor está obligado a reparar el daño o perjuicio causado. Esta obligación se materializa en una indemnización que se ha de cuantificar en base a criterios que a día de hoy se han resuelto en parte, tras la aprobación de la LRJS. Antes de la promulgación de esta Ley, el trabajador perjudicado estaba obligado a peregrinar de jurisdicción en jurisdicción para alcanzar el resarcimiento del daño

causado sujeto a criterios jurisprudenciales interpretativos e indemnizatorios dispares. Esta disparidad infringía en cierto modo principios básicos constitucionales como el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) o el de tutela judicial efectiva (art. 24 CE); no en vano, el peregrinaje jurisdiccional contravenía el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque éstas se convertían en “legales” al estar amparadas por las leyes procesales.

La dispar cuantificación del daño causado según el orden jurisdiccional competente, infringía de algún modo el principio de congruencia que es debido y exigible a las resoluciones judiciales. La LRJS vino a resolver en parte estos problemas en la medida en que modificó el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social en base a criterios de unificación, racionalización y especialización. Siguiendo estos principios, la referida Ley concentró en el orden social, el conocimiento de las materias que, “de forma directa o por esencial conexión”, se califican como sociales, entre ellas, la materia de la salud y seguridad en el trabajo, (tanto en su vertiente de garantía preventiva como reparadora), que queda ahora toda ella adscrita al conocimiento del orden social, eliminándose de este modo las posibles divergencias de antaño surgidas de las decisiones judiciales de diferentes órdenes actuantes en el mismo caso.

La actual legislación en materia de salud y seguridad en el trabajo aún no ha fijado un sistema de valoración para la indemnización de daños y perjuicios en caso de accidente laboral o enfermedad profesional. Pero antes de entrar en detalle sobre este punto, es obligado hacer referencia a qué tipo de daños nos referimos. Según lo estipulado en los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil, la indemnización de daños y perjuicios incluye tanto el valor de la pérdida sobrevenida, como el de la ganancia que se deja de adquirir (lucro cesante), que no es coincidente con el daño real, porque éste incluye, (aparte de las pérdidas actuales), la pérdida de ganancias futuras y los daños morales (arts. 1106 y 1107 CC). La jurisprudencia tradicionalmente viene considerando que la indemnización de los

daños y perjuicios debe orientarse a lograr que el perjudicado obtenga la plena indemnidad ante el daño causado, esto es, la compensación íntegra (*restitutio in integrum*).

Otro de los aspectos que conviene precisar es determinar a quién le corresponde valorar el *quantum* indemnizatorio. Pues bien, es función exclusiva de los órganos jurisdiccionales valorar y cuantificar los daños causados conforme a las pruebas practicadas y fijar la indemnización de forma motivada. El juzgador tiene que motivar suficientemente su decisión resolviendo todas las cuestiones planteadas, esto es, está obligado a razonar la valoración que hace del daño y a cuantificar la indemnización por los perjuicios causados. En el proceso de valoración el órgano judicial no puede limitarse a una valoración global de los daños, sino que tendrá que realizar una valoración “vertebrada” del total de los daños y perjuicios a indemnizar, asignando a cada uno un valor determinado.

La jurisprudencia fue asentando en la última década unos criterios interpretativos para la valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en la aplicación del baremo previsto para accidentes de circulación, que de forma exhaustiva se han configurado en la Sentencia de la Sala 4ª (Sala General) de 17 de julio de 2007. La doctrina científica es unánime en valorar esta sentencia como excepcionalmente clarificadora en materia de valoración de responsabilidad civil empresarial por accidente de trabajo y compensación de indemnizaciones (*CAPITULO V*).

El daño se configura como uno de los elementos imprescindibles para poner en funcionamiento el mecanismo de la responsabilidad civil y su consecuente reparación, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual. Se trata de la pieza clave del sistema, ya que sin el daño o perjuicio no hay obligación de resarcir y

su importancia es tal que la responsabilidad civil se viene aplicando últimamente desde la optima de los daños.

Para la valoración y cuantificación precisa de los diferentes tipos de daños es preciso hacer un detallado estudio de cada uno de ellos, dedicando el *CAPITULO VI* al estudio de los *daños patrimoniales* (daño emergente y especialmente al estudio del lucro cesante) y el *CAPITULO VII* al estudio de los *daños extrapatrimoniales* (daño moral y daño patrimonial).

El Derecho de daños anglosajón contiene una categoría de daños (*punitive damages*), en virtud de la cual la víctima recibe del agente una suma de dinero que supera con creces el valor del daño realmente causado. Esta falta de coincidencia entre la valoración del daño y la cuantía que recibe la víctima se justifica en el merecido castigo a su autor y en la prevención y disuasión de conductas similares en el futuro.

Resulta cuanto menos complicado valorar adecuadamente si el Ordenamiento jurídico español conoce una figura equivalente a los *punitive damages*, no sólo por la falta de uniformidad de su régimen jurídico que acabamos de señalar, sino también porque siendo éstos una categoría general del Derecho de daños, de carácter general debería ser también la eventual institución equivalente, y es de sobra sabido que, en virtud del artículo 1902 CC, la función normativa del Derecho de Daños en España consiste en reparar el daño causado. Ante dicha realidad, los defensores de la función preventiva de la responsabilidad civil buscan la justificación de su postura localizando en sectores específicos de nuestro Ordenamiento casos concretos en los que se reconozca una suerte de *punitive damages*.

Uno de los ejemplos más recurrentes en este sentido lo constituye el recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas

de seguridad e higiene en el trabajo, regulado en el artículo 123 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social .

Nos encontramos ante un recargo que se establece sobre las prestaciones económicas a las que tenga derecho el trabajador o sus derecho-habientes, en su caso; su pago corre por cuenta del empresario y el destinatario es el propio trabajador. La obligación de pago del recargo surge únicamente cuando el empresario ha omitido las medidas de seguridad e higiene en el trabajo y el trabajador ha sufrido un accidente o enfermedad profesional como consecuencia de dicha omisión.

Los *punitive damages* son una figura jurídica que se aplica cuando un agente ha causado un daño, cuyo régimen jurídico tiene rasgos indemnizatorios y sancionadores y que entra en juego en supuestos en los que pueden generarse otro tipo de responsabilidades.

Nótese, pues, que en una primera aproximación, recargo y *punitive damages* aparecen como dos figuras muy similares. Pero el estudio pormenorizado de cada una de ellas arroja matices que no pueden ser obviados.

Y el primer matiz fundamental, que condiciona todo el análisis, es que el recargo podría considerarse un supuesto concreto de *punitive damages*, pero no, desde luego, su equivalente en nuestro Ordenamiento. De manera que la labor que se impone a partir de ahí es comprobar si este “tipo específico” (el recargo) participa de todas las características de su “género” (los *punitive damages*) y si cumple las mismas funciones. A este tipo específico de daños y a su posible adaptación al sistema español, le dedicamos el *CAPITULO VIII*.

Como cierre de la investigación se examina *la tutela jurisdiccional de los daños derivados del accidente de trabajo y su evolución legislativa y jurisprudencial*. Se hace alusión a la Disposición

Adicional 5ª de la LRJS, en la que se establece que se procederá, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley, a la elaboración de un Baremo específico de accidentes de trabajo ya que el Baremo de tráfico aplicado con carácter orientador ofrece graves limitaciones, al no ser lo mismo un accidente de trabajo que un accidente de tráfico en el que existen Compañías de Seguros con carácter obligatorio, cosa que no ocurre en el accidente laboral, entre otras razones que expondremos. Se finaliza con el estudio de las diferentes acciones que se pueden ejercitar como consecuencia del accidente de trabajo, incluyendo un detallado análisis del instituto de la prescripción (*CAPITULO IX*).

Finalmente, se efectúan unas breves *CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA*, en las cuales se hace referencia a la importancia de la elaboración con carácter de urgencia de una ley de la siniestralidad laboral para dar respuesta unitaria a la compleja problemática de los accidentes de trabajo, siendo esta materia de especial relevancia en Derecho Laboral, dado el elevado índice de siniestralidad que existe en nuestro país, muy superior al de los demás países de la UE.

CAPÍTULO PRIMERO: APROXIMACION A LA CONFIGURACION JURIDICA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA PROBLEMÁTICA DE LAS INDEMNIZACIONES DERIVADAS

Sumario:

- I.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA
- II.- CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO
- II.- EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DEL TRABAJADOR.

I.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La evolución histórica en la protección del accidente de trabajo está íntimamente relacionada con la evolución histórica de la política preventiva y la reparadora. Las políticas preventivas vienen constituidas por todo el conjunto de medidas encaminadas a prevenir los siniestros laborales y el entramado normativo e institucional de la política preventiva tiene por finalidad específica la evitación o minimización de los riesgos susceptibles de causas de siniestrabilidad laboral. Las políticas de Seguridad Social pueden definirse como el conjunto de acciones de política social que el Estado asume y que tienen por finalidad atender la situación de necesidad generada por el siniestro laboral, otorgando las prestaciones sustitutivas de las rentas en activo y también una serie de prestaciones no dinerarias que constituyen una tutela reparadora de los daños causados en la salud o en la integridad física del trabajador accidentado².

² MONEREO PERÉZ, J.L. / FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de Accidentes de Trabajo

Las primeras investigaciones sanitarias y las referencias a la seguridad de los trabajadores y las repercusiones del trabajo sobre la salud se remontan a épocas bastante lejanas, pero habrá que esperar a la llegada de la Revolución Industrial para encontrar los primeros esfuerzos para afrontar una regulación de los aspectos relacionados con la protección de la seguridad y salud de los obreros.

Así pues, las primeras normas preventivas se sitúan temporalmente en el mismo momento en que surgen las primeras normas que de manera rudimentaria regulan las condiciones de trabajo industrial asalariado y las primeras normas de Seguridad Social, esto es, entre el final del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX. La protección física de determinados trabajadores se halla entre los objetivos primordiales de esta incipiente legislación obrera que aparece en los países de sistemas productivos industrializados. El desarrollo del maquinismo y la utilización de sustancias perjudiciales para los obreros, como consecuencia del crecimiento de la industria, trajo consigo la multiplicación de accidentes en los lugares de trabajo, así como la aparición de enfermedades, que tenían una relación de causalidad con el trabajo que se realizaba, con las sustancias que se utilizaban y con las condiciones y medio ambiente en que se desarrollaba la jornada laboral. Fueron precisamente dos hechos, la pérdida de personal y el freno a la productividad, los elementos que impulsan decisivamente el movimiento legislativo en torno a los accidentes laborales y su prevención³.

En la consolidación de los derechos sociales de los trabajadores (en el ámbito de la protección social, y de la tutela de la seguridad, higiene y salud laborales), se producen dos hechos de gran relevancia. Por un lado, la internacionalización de la seguridad y salud en el trabajo y la protección de Seguridad Social del accidentado como

(Dimensión preventiva y reparadora), *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 79 y ss.

³ MONEREO PERÉZ, J.L. / FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de Accidentes de Trabajo (Dimensión preventiva y reparadora), op. cit, pág. 82.

exigencia frente al Estado, que tiene su máxima representación en la creación de la OIT por el Tratado de Versalles 1919, con reconocimiento de este tipo de derechos como fuente primaria de inspiración de la creación de esta organización internacional, y como objeto de especial atención por la normativa derivada de la misma, lo que ha actuado de referente en el desarrollo de las legislaciones nacionales. Por otro lado, también en la constitucionalización de derechos sociales⁴ y la ruptura con los esquemas constitucionales liberales que implica, determina una atribución de derechos sociales a los trabajadores que conlleva al abandono de la política liberal, defensiva, tímida y episódicamente intervencionista en cuestiones sociales⁵. A partir de ahí vendría el desarrollo legislativo en estas materias, la organización de un intervencionismo público que culminaran en la consolidación de los sistemas de protección social como el Sistema de Prevención de Riesgos Laborales y de Seguridad Social tal como lo conocemos en la actualidad⁶.

Las primeras promulgaciones legislativas se centraron principalmente en las condiciones higiénicas y de salubridad en las que se realizaba la prestación laboral, estableciendo limitaciones en cuanto al tiempo de trabajo. En principio se referían a colectivos como mujeres y niños que eran considerados especialmente vulnerables en el mercado laboral. En cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación, comienza a generalizarse al conjunto de trabajadores; en cuanto a sus aspectos materiales, comienzan a atenderse otros ámbitos como la seguridad económica del trabajador⁷, y en materia preventiva se profundiza en la seguridad e higiene en el trabajo, orientando esta acción no solamente como instrumento para salvaguardar la vida y la integridad física del trabajador, sino también avanzando en la tutela

⁴ Manifestación precursora fue la Constitución de Weimar de 1919.

⁵ MONEREO PÉREZ (coord.): *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996.

⁶ Administración especializada en la ejecución de políticas socio-culturales, con instrumentos de inspección y mecanismos sancionadores, Jurisdicciones especializadas, etc.

⁷ Al principio a través de los seguros sociales y, después, con el sistema de Seguridad Social.

del bienestar en el desempeño del trabajo eliminando o reduciendo los factores de riesgo, penosidad o incomodidad en el trabajo.

Dicha intervención normativa se configura en normas de derecho imperativo, con incidencia directa en la relación laboral, trasladando al Derecho público un espacio hasta entonces ocupado por el Derecho privado, que sufriría el rechazo empresarial por considerarlo una intromisión estatal, y también por las clases trabajadoras, por la insuficiencia de las medidas y su falta de formación y concienciación en relación a la problemática de la salud e higiene en el trabajo. En nuestro país, esta intervención inicial se produce con cierto retraso respecto a otros países occidentales mas industrializados. La creación de la Comisión de Reformas Sociales, y mas tarde, del Instituto de Reformas Sociales traslucían un cambio de actitud política ante la cuestión social, frenada por la inactividad de la ideología liberal frente a las propuestas mas avanzadas de intervencionismo publico⁸.

Nuestras primeras manifestaciones normativas de esta legislación obrera en materia preventiva serían la Ley de 24 de julio de 1873 (Ley Benot) de regularización del trabajo de niños y niñas obreros en fabrica, taller, fundición o mina y la instrucción en las escuelas de los niños obreros y la Ley de 26 de julio de 1878, sobre trabajos peligroso de los niños. En 1883 se crea la Comisión de Reformas Sociales, con competencias para promover la legislación en materia de "Policía, higiene y salubridad de los talleres" (art. 6.3 RD de 13 de marzo de 1890). Por RD de 15 de julio de 1879 se crea el Reglamento de Policía Minera, entre cuyas finalidades se encontraba la prevención de accidentes como medida de preservación de la vida y la seguridad de los trabajadores. En 1894 se crea el Servicio Especial de Estadística del Trabajo, cuya función era la realización de estudios estadísticos que permitieran conocer la realidad del trabajo en España.

⁸ MONEREO PERÉZ, J.L.: "La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de Accidentes de Trabajo (Dimensión preventiva y reparadora)", óp. cít., págs. 84 y ss.

En cuanto a la vertiente reparadora, en principio venía constituida por la aplicación de las reglas del Derecho de daños provenientes del Derecho común. Con anterioridad a las primeras leyes de accidentes de trabajo, regía un sistema de responsabilidad por culpa conforme a las normas civiles comunes. Esta vía de reparación planteaba graves inconvenientes en su aplicación a los accidentes de trabajo: en primer lugar, aparecía la dificultad de prueba de los hechos determinantes de la culpa empresarial en el accidente, en el marco de un proceso poco accesible a los trabajadores; en segundo lugar, porque la exigencia de culpa excluye de reparación un porcentaje alto de accidentes, que se deben a un riesgo industrial genérico.

La primera intervención legislativa específica en nuestro país se produce con la promulgación de la Ley Dato⁹, inspirada en el modelo francés. Esta Ley garantizaba la protección del obrero accidentado mediante la imputación del daño sufrido directamente al patrono, beneficiario del trabajo realizado por el trabajador accidentado y creador de la situación de riesgo que provocó el accidente. Se trata de una responsabilidad de carácter objetivo y no imputable a culpa de nadie. Para ejercitar una pretensión de indemnización basada en esta “responsabilidad por riesgo”, no se necesitaba demostrar la culpa o la comisión de un acto ilícito (art. 12 LAT 1900).

En 1903 se crea el Instituto de Reformas Sociales, lo que supuso un importante impulso al desarrollo de la legislación obrera, abriéndose un período de multiplicación normativa¹⁰: RD de 29 de junio de 1905, sobre el estudio del grisú, de los explosivos y de los accidentes de las minas; Ley de 8 de enero de 1907, sobre protección de la mujer obrera antes y después del parto; RD de 12 de octubre de 1910, que aprueba las bases generales para la redacción de los Reglamentos de Higiene; los RR. DD. de 25 de enero de 1908, sobre

⁹ Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900.

¹⁰ Incluida la organización administrativa de vigilancia de su cumplimiento que también afectaría a la seguridad e higiene en el trabajo.

prohibición del trabajo de las mujeres menores de edad y los menores de 16 años en una serie de industrias insalubres y peligrosas; RD 28 de enero de 1911, que aprueba el Reglamento de Policía Minera; RD de 23 de enero de 1916 y la Real Orden de 20 de abril de 1916, sobre condiciones de los andamios.

Durante la Dictadura de Primo de Rivera se inaugura una etapa de intervencionismo estatal autoritario, centrándose especialmente en los aspectos reparadores. Destacan la Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922, que incluiría la “imprudencia profesional” en el concepto de accidentes de trabajo, y su Reglamento de 29 de diciembre de 1922¹¹.

Durante la primera etapa republicana se dictaron normas parciales de tipo preventivo. En la segunda etapa, de signo más conservador, la política estatal presta mayor atención a los aspectos sanitarios del trabajo. Aparece la Orden de 20 de mayo de 1935, sobre obligaciones para todas las industrias, donde se establecían las facultades inspectoras del Cuerpo de Ingenieros Industriales del Ministerio de Industria y Comercio, en materia de seguridad e higiene en las fabricas y talleres. También se promulgaron otras normas como: el Reglamento de Policía Minera de 23 de agosto de 1934; el Decreto de 15 de noviembre de 1935, sobre transporte a mano de grandes pesos: la Orden de 9 de noviembre de 1934, sobre autorizaciones de trabajo nocturno de la mujer. En el plano orgánico, se crea el Consejo Nacional de Sanidad (1934) y la Inspección Medica del Trabajo, que tenía como misión la prevención de las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, la vigilancia del cumplimiento de los acuerdos internacionales en la materia y el estudio de los problemas medico-sanitarios.

En el periodo franquista, el sistema de relaciones laborales propio de esta etapa supuso una mayor afianzamiento en materia de

¹¹ Ambas normas se integrarían después en el Código del Trabajo de 23 de agosto de 1926.

protección del trabajador. La concepción comunitaria de la empresa establecía el deber empresarial de protección del trabajador con fundamento en la necesidad de proteger a un colectivo social amenazado por los riesgos cualificados derivados del trabajo, así como en el debido respeto de la dignidad humana en el marco de la relación laboral. Además, existía un compromiso, expresado en el Fuero del Trabajo (declaración III) de velar por la justicia de las condiciones de trabajo. El deber de seguridad se proyectaba sobre tres líneas de actuación pública: regulación del trabajo y la higiene y sanidad industrial, prevención de accidentes y reparación de siniestros o incapacidades. Ello dio lugar a una intervención normativa en este terreno; regulación que perfeccionó los aspectos reparadores, pero también los preventivos en atención al interés de la economía nacional.

En 1940 aparece la primera norma preventiva de carácter general, el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que estuvo vigente hasta la aprobación de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971, y que puede considerarse la primera norma preventiva con un carácter marcadamente general con cometido de singularidad y de globalidad en este ámbito. Se trataba de una norma bastante completa en su contenido, y en sus mecanismos de control de aplicación y sancionador. Otras normas institucionalizaron los primeros mecanismos de representación y participación de los trabajadores en la materia¹²: la Orden de 21 de septiembre de 1944 creaba los Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo, y el Decreto de 18 de agosto de 1947, que instituyó los Jurados de Empresa, con iniciativa en materia de seguridad, higiene, bienestar y prevención de accidentes¹³.

¹² Cuya acción en gran medida estaba neutralizada por la ausencia de libertad sindical y la concepción comunitaria de la empresa imperante y la correlativa influencia del principio de jerarquía vertebrador de un orden social autoritario.

¹³ El punto de partida para la diversificación de las distintas ramas del Derecho y la posterior aparición del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se identifica con la aparición de la codificación. Los códigos cumplieron una

Aparecerán en este periodo minuciosas normas técnicas que regulan aspectos materiales de la seguridad e higiene en el trabajo: Orden de 22 de julio de 1940, por la que se aprueban las bases para la lucha contra la silicosis; Orden de 26 de agosto de 1940, sobre iluminación en los centros de trabajo; Orden de 7 de marzo, por la que se establecen las normas de prevención e indemnización de la neumoconiosis y silicosis; Decreto de 30 de diciembre de 1941, sobre explosivos; Orden de 31 de julio de 1944, sobre propaganda para la prevención de accidentes e higiene en el trabajo; Orden de 19 de septiembre de 1945, de normas sobre condiciones higiénicas en la industria; Orden de 19 de septiembre de 1945, sobre higiene en la industria del esparto; Orden de 19 de septiembre de 1945, sobre practica en las industrias mineras de una lucha de prevención contra la silicosis; Reglamento sobre silicosis, de 29 de marzo de 1946; Orden de 27 de abril de 1946 sobre dotación de prendas de trabajo a los operarios menores de veintiún años; Orden de 26 de agosto de 1940, sobre iluminación en los centros de trabajo; Orden de 20 de mayo de 1952, sobre seguridad e higiene en la construcción y obras publicas.

Junto a estas normas estatales, los Reglamentos de Régimen Interior de las empresas también trataban la materia de la seguridad e higiene en el trabajo, adaptándolas a las particularidades de los procesos productivos. Además, numerosas Reglamentaciones de Trabajo incidieron en la materia preventiva¹⁴. En esta primera etapa, el intervencionismo administrativo se plasma en la creación del Instituto Nacional de Medicina e Higiene y Seguridad del Trabajo (1944) con el objetivo de impulsar la investigación en esta materia y velar por la

funcion de unificación proporcionando un cuerpo unitario de disposiciones para la organización jurídica del Estado de la Nación, ocupando inicialmente el Código Civil el corazón del Derecho Privado y desempeñando una labor casi constitucional. MONEREO PERÉZ, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, 1996, pág. 29 y ss.

¹⁴ Posibilidad prevista por el art. 11 de la Ley de 16 de octubre de 1942.

efectividad del cumplimiento de las normas de seguridad e higiene.

En la segunda etapa del franquismo se produce el reconocimiento del trabajador como titular de un derecho subjetivo a su integridad física, su vida y su salud. El elevado coste económico que para el Estado suponía el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social, incrementado por las prestaciones derivadas del accidente de trabajo y enfermedades profesionales, así como los perjuicios económicos derivados de la pérdida de productividad derivada de tales eventos, se convierten en los argumentos fundamentales para legitimar y perfeccionar la acción pública emprendida en la vertiente preventiva. La consecuencia será la promulgación de una extensa normativa de Derecho necesario sobre condiciones de seguridad e higiene laborales, que se configuraban como condiciones mínimas de seguridad mejorables por las fuentes de regulación de rango inferior.

En relación a las normas de seguridad e higiene de carácter general, sobresalen el Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo y su Reglamento de 22 de junio de 1956, que prevenía una actuación ministerial reglamentista sobre mecanismos preventivos y medidas de seguridad, y establecía un conjunto importante de obligaciones genéricas empresariales, manteniéndose el principio de responsabilidad objetiva de empresario. También destacan el Decreto 242/1959, de 6 de febrero, por el que se reorganiza el Instituto Nacional de Medicina y Seguridad en el Trabajo; el Decreto de 21 de agosto de 1956 y la Orden de 22 diciembre de 1956, sobre Servicios Médicos de Empresa¹⁵; así como el Decreto de 13 de abril de 1961, sobre aseguramiento de enfermedades profesionales y su Reglamento (Orden de 9 de mayo de 1962) que establecía medidas de prevención.

Con la Ley de Bases de Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, cuyo Texto Articulado se produce con la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, y posteriormente por el Texto

¹⁵ Derogadas por Decreto 1036/1959.

Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, se produce un importante cambio consistente en el traspaso de las normas de seguridad e higiene, hasta entonces reguladas desde la perspectiva de la relación individual de trabajo, hacia el campo normativo de la Seguridad Social, delimitando conceptualmente el contenido de la seguridad e higiene en el trabajo y estableciendo medidas concretas de seguridad e higiene de necesaria aplicación en el Régimen General; fenómeno explicable por la gran incidencia de las vertientes preventiva y reparadora en la tutela del accidente de trabajo¹⁶.

En el ámbito reparador, con la Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 tiene lugar una sustancial modificación en la protección del riesgo profesional, que pasaría a ser imputada a la comunidad. La principal medida para obtener el objetivo propuesto consiste en la indiferenciación de las causas comunes o profesionales que determinan las situaciones de necesidad protegidas. La LBSS 1963 establecía el principio de “conjunta consideración de contingencias y situaciones objeto de cobertura” (Base Primera 1). Principio que, aunque informaba los grandes apartados de la misma, no conseguía una plasmación integral en el sistema global instaurado por la norma. En puridad, según el principio de “conjunta consideración de las contingencias”, en una misma situación de necesidad (incapacidad –temporal o permanente-, muerte o supervivencia) debe dispensarse de igual protección, con independencia de cuál haya sido la causa determinante, o la naturaleza –profesional o común- del riesgo que la haya producido.

En definitiva, con la LBSS y su desarrollo en el Texto Articulado de la LGSS 1966, se produce un cambio de enorme trascendencia al

¹⁶ La publicación del derecho privado implica una socialización en la medida en que se introducen los principios sociales en los esquemas jurídicos anteriormente liberal-individualista (MONEREO PERÉZ, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, 1996, pág. 32 y ss).

publicarse la gestión de la cobertura de los accidentes de trabajo. Con este nuevo paso, la protección del accidente de trabajo debía entrar de lleno, plenamente, en la gestión de la Seguridad Social.

Con posterioridad a la instauración del nuevo régimen democrático con la CE de 1978, el hito normativo histórico más importante será la promulgación de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que transpone a nuestro ordenamiento interno la “Directiva marco” comunitaria de 1989 (Directiva 89/391/CEE). En gran medida, el desarrollo post-constitucional de nuestro Derecho de la prevención de riesgos laborales ha venido condicionado por la obligatoriedad de transposición de la normativa comunitaria en la materia, siendo una de las cuestiones cuya evolución se ha visto más directamente afectada por el Derecho Comunitario Europeo.

En la vertiente reparadora, es de indicar que la evolución del sistema no ha seguido la directriz establecida por la Ley de Bases de 1963, sino que el mismo se ha ido difuminando, de manera que la protección por accidentes, aunque se encuentra dentro del Sistema global de la Seguridad Social y comparte grandes áreas de sus instituciones y mecanismos, mantiene enormes particularidades¹⁷. La “privatización” en las técnicas de gestión empleadas se ha ido acentuando, como también se han acentuado las especificidades del sistema de protección por accidentes. En una fase de crisis financiera del sistema y de puesta en práctica de políticas reduccionistas en los niveles de cobertura, las contingencias profesionales han mantenido sus niveles de tutela siendo en efecto las contingencias que han experimentado mayores grados de privatización dentro del Sistema de Seguridad Social. Además, su nivel de protección se ha convertido en paradigma de referencia a alcanzar por el resto de contingencias, observándose una tendencia expansiva de su técnica de gestión.

¹⁷ MONEREO PERÉZ, J.L.: “La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de Accidentes de Trabajo. (Dimensión preventiva y reparadora)”, *óp. cit.*, págs. 88 y ss.

II.- CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO

Para llevar a cabo una interpretación integradora de las normas sobre la llamada “responsabilidad laboral” del empresario por los accidente de trabajo que establece la vigente la vigente LGSS, lo primero que ha de considerarse es la función que están llamadas a cumplir.

Siendo la Seguridad Social un sistema organizado de prestaciones de naturaleza pública, destinado a la protección de determinados riesgos sociales y situaciones de necesidad (contingencias), mediante la objetivación y socialización de esos riesgos y de esos daños, se comprenderá inmediatamente que debe ser un sistema dinámico, y no estático, que vaya incorporando en su radio de protección los riesgos sociales que las nuevas formas de vida y de trabajo traen aparejados¹⁸.

Por ello no debe extrañar el carácter abierto con que las normas de la Seguridad Social traza, entre otros, el concepto de accidente de trabajo y su amplia interpretación por los juzgados y tribunales de lo social.

A la definición legal de accidente de trabajo,¹⁹ debe añadirse la de *enfermedad profesional*²⁰. El concepto de *accidente* empleado por la

¹⁸ DIEZ- PICAZO, G.: *Los riesgos laborales, doctrina y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, págs. 67 y ss.

¹⁹ Según el art. 115 de LGSS deben comprenderse en el concepto legal de accidente laboral las siguientes situaciones: 1.- Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que realice por cuenta ajena. 2.- Tendrán la consideración de accidente de trabajo: a).- los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. b).- los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos ...c).- los ocurridos por ocasión o por consecuencia de las tareas que (...). 3.- Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo. 4.- No

legislación de la Seguridad Social es extenso, abarcando supuestos en principio alejados de cualquier noción de causalidad, como el accidente *in itinere*²¹, el debido a actos de tercero, los acaecidos en las paradas o desvíos, en la hora de descanso, en las vacaciones estivales²². Por el contrario, el concepto de *enfermedad profesional*²³ es tasado, ya que solo tienen esa consideración de las lesiones a la salud que se producen por haber trabajado en las actividades de riesgo listadas en el cuadro de enfermedades del RD 1299/2006. En consecuencia, no tiene la consideración de enfermedad profesional aquella que no este tipificada, debiéndose distinguir de la enfermedad contraída con ocasión del trabajo²⁴.

obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo: a).- los que sean debidos a fuerza mayor... b).- los que sean debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador (...) 5.- No impedirán la calificación de un accidente de trabajo : a).- la imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que este inspira. b).- la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo”.

¹⁹ Regulada en el art. 116 LGSS. A tenor de esta norma: “ Se entender por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se aprueba por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que este provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que este provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.

²¹ Vid. CAVAS MARTINEZ, F.: *El accidente de trabajo in itinere*, Madrid, Tecnos, 1994.

²² CHACARTEGUI JAVEGA, C. ha realizado una delimitación del concepto de accidente de trabajo reurriendo principalmente a la jurisprudencia menor (*El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*, Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 87). Por otra parte, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. realiza una reflexión global sobre las peculiaridades del régimen jurídico de protección existente frente a los accidentes de trabajo, incluyendo tanto la delimitación conceptual como la prevención y reparación del mismo en trabajo de Tesis doctoral : *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social. (Su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 272.

²³ Sentencia del TSJ de Madrid, Sala 4ª, de 20 de noviembre de 2003 [Rec.3873/2003]. Desde la STS de 17 de junio de 1903 se entiende que la enfermedad contraída como consecuencia del trabajo constituya accidente de trabajo.

²⁴ ROZAS BRAVO, J.M.: “La diatriba y el negocio de culpas disperso en las responsabilidades civiles, administrativas y penales dimanantes del accidente de

El art. 115.1 del texto refundido de Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, define el accidente de trabajo como toda lesión corporal que el trabajador sufra por cuenta ajena. Por tanto, para la existencia de un accidente laboral será necesaria la concurrencia de tres elementos²⁵: la lesión corporal, el trabajo por cuenta ajena y la relación de causalidad entre el empleo desarrollado y la lesión²⁶.

La lesión corporal supone que el accidente tenga como consecuencia un daño a la persona, entendido éste como cualquier alteración anatómica, funcional o anatómico-funcional que tienen como consecuencia la alteración de la salud, la incapacidad, e incluso, la muerte. Como regla general, el Tribunal Supremo ha entendido que, sin daño objetivo, de carácter súbito, repentino e inesperado -que implica necesariamente la existencia de un suceso externo y violento-, no hay accidente de trabajo.²⁷ Por otra parte, el

trabajo en el ordenamiento jurídico español. Hacia el estatuto único del accidente de trabajo”, *Revista de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 45, 2013, pág. 47 y ss.

²⁵ Además debemos incluir como elemento configurador del concepto de accidente de trabajo la fuerza lesiva, entendiendo como tal el agente productor de la lesión que, comprende tanto la acción de agentes externos, súbitos, violentos (golpes o caídas), como las dolencias internas, de evolución lenta y progresiva, contraídas en el ejercicio de la profesión (enfermedad): CAVAS MARTINEZ, F./ FERNANDEZ ORRICO, F.J.: *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de la Seguridad Social*, Cuadernos de Aranzadi Social, Aranzadi, Navarra, 2006, pag. 29.

²⁶ La Jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS, interpretando el art. 123 de la LGSS, viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial.....(Sentencia de 6 de marzo de 1999) b) que se acredite causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (Sentencia de 6 de mayo de 1998 [Rec. 2318/1997]).

²⁷ En este sentido, la STS de 27 de mayo de 1998, [Rec. 2460/1997], al referirse a una muerte consecuencia de sobredosis o adulteración de la droga para su valoración como accidente -no laboral- y no como enfermedad, dictaminó que la lesión corporal sirve para separar el daño brusco propio del accidente del deterioro lento y progresivo que caracteriza la enfermedad.

Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de que lesiones de carácter no violento puedan ser originadoras de contingencia laboral, calificando como tal no sólo la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano, sino también las enfermedades en determinadas circunstancias²⁸. Así, cabe la existencia de accidente de trabajo en los supuestos de enfermedades del trabajo, de enfermedades agravadas por el trabajo o de enfermedades intercurrentes.

Tienen la consideración de accidente de trabajo las enfermedades, tanto físicas como psíquicas, que no tengan la calificación de enfermedades profesionales y que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo como causa exclusiva la ejecución del mismo²⁹. En la determinación de estas enfermedades, el Tribunal Supremo insiste en que es imprescindible la existencia de un nexo causal entre la enfermedad y el trabajo realizado, que, además, debe ser probado suficientemente y de forma exclusiva por el trabajador (STS de 24 de mayo de 1990³⁰), bien porque se trate de una patología que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúan aquel nexo causal³¹.

En cuanto a la consideración como accidente de trabajo de las citadas enfermedades, existe una reiterada doctrina del Tribunal Supremo que trata sobre el infarto de miocardio y las enfermedades isquémicas. En ella prima la aplicación de *la presunción de laboralidad*³² para la calificación de dichas enfermedades como

²⁸ STS de 18 de junio de 1997.

²⁹ Art. 115.2 e) de la LGSS.

³⁰ EDJ 1990/5484, Pte: Varela Autran

³¹ BLASCO LAHOZ, J.F.: "Interpretación del concepto de accidente de trabajo por el Tribunal Supremo", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, Nº 70 abril 2010, págs. 13 y ss.

³² Según establece el art. 115 de la LGSS en su párrafo 3º: *Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Entre otras citar sentencias presunción de laboralidad, STSJ Murcia de 24 de julio de 2006 [Rec. 369/06] Pnte: Cavas Martínez.*

accidente de trabajo, para cuya destrucción sería necesario que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de una enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúan dicho nexo causal³³.

De esta forma, se ha venido considerando accidente de trabajo el infarto de miocardio provocado o inducido por las tareas de gran esfuerzo físico que realizaba el trabajador³⁴, o el infarto³⁵, angina de pecho³⁶, dolor retroesternal³⁷, trombosis³⁸, crisis de taquicardia³⁹, hemorragia cerebral⁴⁰, dolor torácico y manifestación anginosa⁴¹, o TCE consecuencia de una crisis comicial que se producen en tiempo y lugar de trabajo.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha considerado la existencia de accidente de trabajo cuando se produce un infarto de miocardio en un supuesto de situación de disponibilidad cuando el trabajador debe estar localizable, porque no se presupone la realización de trabajo alguno y está fuera de la jornada laboral, no pudiendo ser calificada dicha situación como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias⁴²; Cuando se trata de una dolencia congénita, debe

³³ STS de 16 de diciembre de 2005 [Rec. 3344/2004], Pte: Martínez Garrido.

³⁴ STS de 15 de febrero de 1996, [Rec. 2149/1995]; Vid. LLUCH CORELL, F.J.: "El infarto de miocardio y su calificación como accidente de trabajo. Diversos supuestos de hecho. Respuesta de los tribunales", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº 3, 1 de febrero de 2006, págs. 7 y ss.

³⁵ SSTS de 15 de febrero de 1996 [Rec. 2149/1995] Pte: Fernández López, de 14 de julio de 1997 [Rec. 892/1996] Pte: Desdentado Bonete; 24 de septiembre de 2001 [Rec. 3414/2000]; y de 27 de septiembre de 2007 [Rec. 853/2006] Pte: Samper Juan.

³⁶ SSTS de 18 de junio de 1997 [Rec. 3927/1996] Pte: Fernández López y de 23 de julio de 1999 [Rec. 3044/1998] Pte: Ríos Salmerón.

³⁷ STS de 23 de noviembre de 1999 [Rec. 2343/1996], Pte. Martín Valverde.

³⁸ STS de 7 de octubre de 2003 [Rec. 3595/2002] Pte: Moliner Tamborero.

³⁹ STS de 13 de octubre de 2003 [Rec. 2716/2006], Pte. Castro Fernández

⁴⁰ STS de 18 de diciembre de 1996 [Rec.132/2000], Pte. Iglesias Cabrero

⁴¹ STS de 16 de junio de 2004 [Rec. 3344/2004], Pte. Martínez Garrido

⁴² SSTS de 7 de febrero de 2001 [Rec. 2017/2000] Pte: Moliner Tamborero y de 9 de diciembre de 2003 [Rec. 2358/2002] Pte: Botana López y de 18 de mayo de 2005 [Rec. 1309/2005]

entenderse que la misma es independiente de factores exógenos y la crisis que desencadena la incapacidad puede haberse producido en cualquier otro momento y lugar⁴³; cuando se trate de un infarto de miocardio que se manifiesta antes del inicio de la jornada laboral⁴⁴; en el caso de la embolia producida cuando el trabajador se dirigía a su domicilio después de haber concluido la jornada y una vez fuera, aunque en las proximidades del centro de trabajo⁴⁵; o cuando se produce la muerte de un trabajador producida como consecuencia de una hemorragia encefálica cuando descansaba en un hotel de regreso de una actividad de transporte⁴⁶.

El art. 115.2 f) de la LGSS establece también la consideración como accidente de trabajo de las enfermedades padecidas con anterioridad por el trabajador que se agravan como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. Sobre esta calificación como accidente de trabajo, el Tribunal Supremo ha insistido en que lo es aquella enfermedad que no tienen en el trabajo su causa determinante, sino que padece con anterioridad pero, como consecuencia de éste, se agrava, agudiza o desencadena⁴⁷.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha interpretado que existe accidente de trabajo en el supuesto de un trabajador que sufre una agravación de una enfermedad profesional previa como consecuencia de la lesión constitutiva la contingencia laboral, puesto que en el art. 115.2 f) de la LGSS se establece expresamente que tendrán la consideración de accidente de trabajo las enfermedades que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. Lo determinante aquí es que los efectos incapacitantes se produzcan o pongan de manifiesto con ocasión o como consecuencia del trabajo que se venga desarrollando a través de un suceso repentino calificable

⁴³ STS de 16 de diciembre de 2005 [Rec. 3344/2004] Pte : Martínez Garrido

⁴⁴ SSTs de 6 de octubre de 2003 [Rec. 3922/2002] y de 5 de febrero de 2007 [Rec. 3521/2005], Pte. Botara López

⁴⁵ STS de 16 de julio de 2004 [Rec. 3484/2003] Pte. Martínez Garrido

⁴⁶ STS de 6 de marzo de 2007 [Rec. 3415/2005] Pte. Desdentado Bonete.

⁴⁷ SSTs 27 de octubre de 1992 [Rec. 1901/1991].

de accidente de trabajo, y lo relevante a efectos de aquella norma no es que el traumatismo ponga de manifiesto una enfermedad clínica, sino que produzca una incapacidad hasta entonces inexistente⁴⁸.

También, tienen la consideración de accidente de trabajo las enfermedades “intercurrentes”⁴⁹. Es decir, las consecuencias del mismo que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se hubiera situado el paciente para su curación (art. 115.2 g. de la LGSS)⁵⁰.

Estas dificultades, en palabras del Tribunal Supremo, pueden ser consecuencia de procesos patológicos de aparición inmediata o mediata. Además, sobre esta calificación, el Tribunal Supremo exige la necesaria existencia de relación de causalidad entre la enfermedad intercurrente y la modificación del accidente de trabajo previo⁵¹.

A los efectos de la configuración del accidente de trabajo se entiende como trabajador por cuenta ajena a los trabajadores sujetos a relación laboral conforme a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, y a las personas asimiladas a los trabajadores por cuenta ajena, en virtud de la aplicación del art. 97.2 de la LGSS. El Tribunal Supremo ha manifestado que en el caso de la realización simultánea de más de un trabajo por cuenta ajena (pluriempleo), el accidente de trabajo se considerará en los dos trabajos aunque se hubiera

⁴⁸ STS de 25 de enero de 2006 [Rec. 2840/1991].

⁴⁹ STS Cataluña 29 noviembre 2005 [Rec. 4650/2005] considera que se trata de enfermedad intercurrente que agrava la patología.

⁵⁰ STSJ de Andalucía (Sevilla) Sala de lo Social de 23 de enero de 2014 [Rec. 600/2013] Pte: Lozano Moreno; STSJ Andalucía (Granada) de 20 de noviembre de 2013 [Rec.1773/2013] Pte: Gonzalez Viñas; STS (Sala 4ª) de 25 de marzo de 2013 [Rec. 1514/2012] Pte: Castro Fernández

⁵¹ STS de 27 de enero de 2014 [3179/2012] Pte: Salinas Molina

producido en uno, pues la contingencia y la situación de necesidad no se puede fragmentar⁵².

Para que exista accidente de trabajo será necesario que la lesión sea consecuencia del trabajo por cuenta ajena realizado (“relación de causalidad”), no bastando, pues, la mera ocasionalidad⁵³. El Tribunal Supremo califica como accidente laboral aquel en el que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causante, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concasual o coadyuvante, y debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento⁵⁴. La excepción es cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación:

Como regla general, la relación de causalidad deberá ser probada, aunque se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo (art. 115.3 de la LGSS). Queda únicamente desvirtuada cuando hubieran ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente, a todas luces, la absoluta carencia de relación de causalidad entre el trabajo que el operario realiza, con todos los matices psíquicos y físicos que lo rodean, y el siniestro⁵⁵.

⁵² STS de 22 de julio de 1998 [Rec. 1878/1997] Pte: Bris Montes

⁵³ STSJ Asturias (Sala Social) de 23 de enero de 2004 [Rec. 1304/2003]Pte: Maillo Fernazdez.

⁵⁴ OLARTE ENCABO, S.: “Acoso moral y enfermedades psicolabórales: un riesgo laboral calificable de accidente de trabajo. Progreso y dificultades”, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, N° 80, 2005 , págs. 65-94, (Considera, desde la perspectiva reparadora propia del Derecho de la Seguridad Social, que los daños sobre la salud psíquica y/o física derivados del acoso moral sean considerados contingencia profesional, concretamente como enfermedad del trabajo).

⁵⁵ BLASCO LAHOZ, J.F.: “Interpretación del concepto de accidente de trabajo por el Tribunal Supremo”, *Gestión Practica de Riesgos Laborales*, N° 70 abril 2010, págs. 15 y ss.; CAVAS MARTINEZ, F. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: La

El Tribunal Supremo ha dictaminado que la noción de tiempo de trabajo no se reduce al tiempo de prestación efectiva de servicios, abarcando también el período intermedio de la actividad laboral, entre la jornada de mañana y tarde, que el trabajador emplea para comer en el lugar de trabajo⁵⁶.

La presunción legal de laboralidad de las lesiones acaecidas durante el tiempo y el lugar de trabajo cede ante la presunción judicial, atendidos los antecedentes clínicos del afectado, de que la lesión es debida a enfermedad común⁵⁷. Ésta se mantiene en el envío en misión, incluso a efectos de las enfermedades del trabajo o de las enfermedades cardiovasculares, al mantenerse el vínculo con el trabajo derivado de la ampliación del tiempo y lugar, porque el trabajador, aun fuera de horas de trabajo, permanece bajo la dependencia de la empresa que le impide reintegrarse a su vida privada y domicilio familiar y a la libre disposición sobre su propia vida⁵⁸.

En este sentido, en los últimos años el Alto Tribunal ha reconocido la existencia de accidente de trabajo, liberándose al trabajador de la prueba del nexo causal, en el supuesto de una trombosis⁵⁹, de una crisis de taquicardia⁶⁰ o de un infarto de miocardio⁶¹, sufridas en tiempo y lugar de trabajo; así como en el supuesto de fallecimiento de un trabajador de la construcción en la obra en que trabajaba durante la pausa de la comida, puesto que no queda absolutamente desvinculada la lesión de trabajo realizado.

cobertura de las contingencias profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 32 y ss.

⁵⁶ STS de 9 de mayo de 2006 [Rec. 2932/2004].

⁵⁷ STS de 16 de abril de 2004 [Rec. 1675/2003].

⁵⁸ SSTS de 11 de julio de 2000 [Rec. 3303/1999] y 24 de septiembre de 2001 [Rec. 3414/2000].

⁵⁹ STS de 7 de octubre de 2003 [Rec. 3595/2002]

⁶⁰ STS de 13 de octubre de 2003 [Rec.1818/2002]

⁶¹ STSJ de Baleares, Sala Social, Sección 1ª de 22 de enero de 2007 [Rec. 610/2006] Pte: Muñoz Jiménez.

Sería un contrasentido negar la calificación como profesional al accidente ocurrido en tales circunstancias y reconocerla al sufrido por el trabajador en la trayectoria de su domicilio al centro de trabajo, también en tiempo intermedio de inactividad laboral para alimentarse, originado por causas absolutamente desconectadas con el funcionamiento de la empresa⁶².

Por el contrario, el Tribunal Supremo no ha admitido tal calificación en el supuesto de un infarto de miocardio sufrido por el trabajador en los vestuarios del centro de trabajo con anterioridad al inicio de su jornada laboral. No es suficiente para aplicar la presunción de laboralidad con que el trabajador se halle en la obra cuando ocurre el infarto, que es lugar de trabajo a estos efectos, sino que el término legal “tiempo de trabajo” contiene una significación más concreta, equivalente a la del art. 34.5 del Estatuto de los Trabajadores, referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que se ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo -físico o intelectual- que determina una más fácil vinculación del accidente con el trabajo y por ello opera la presunción citada⁶³, o cuando se ha sufrido en el domicilio del trabajador que se encuentra en situación de guardia localizada o de disponibilidad permanente⁶⁴.

El TS concreta que como centro o lugar de trabajo debe considerarse el punto en el que se desarrolle la actividad correspondiente, incluyendo, en su caso, el lugar en el que se pernocte por razones laborales si también se utiliza para realizar encargos o tareas de trabajo, pudiendo admitirse, pues, como lugar de trabajo aquel donde se realizan las tareas laborales, aunque no sea el

⁶² STS de 9 de mayo de 2006 [Rec. 2932/2004]

⁶³ SSTS de 6 de octubre de 2003 [Rec. 3911/2002] Pte: Fuentes López, de 14 de julio de 2006 [Rec. 787/2005] Pte: Gullón Rodríguez

⁶⁴ SSTS de 7 de febrero de 2001 [Rec. 132/2000] y de 9 de diciembre de 2003 [Rec. 2358/2002]Pte: Botana López.

habitual⁶⁵, incluso cuando el accidente de trabajo se hubiera producido, por ejemplo, en un hotel tras una cena de negocios.

Es preciso advertir que existen supuestos en los que, pese a que el trabajador no se encuentra en el lugar o tiempo de trabajo no se produce la ruptura de la relación de causalidad⁶⁶, y, en consecuencia, se produce accidente de trabajo. Así sucede en el supuesto del accidente laboral *“in itinere”*, es decir, el accidente que sufra el empleado al ir o al volver del lugar de trabajo (art. 115.2 a) de la LGSS).

Para la calificación de este tipo de accidentes, el Tribunal Supremo exige, con carácter general, que la finalidad principal y directa del viaje esté determinada por el trabajo, que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa y dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto. El recorrido no debe verse alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a motivos de interés particular, de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo y que el trayecto se realice con medio normal de transporte⁶⁷.

Como consecuencia de la simplicidad en el concepto de esta modalidad de accidente de trabajo, el Tribunal Supremo ha ido configurado las diferentes posibilidades para su reconocimiento. Entre ellas destaca, como primer elemento necesario, la necesidad que sea el trabajador el que debe probar la relación de causalidad⁶⁸, que se establece en conexión con el trabajo, no con la lesión o trauma⁶⁹. Dicha relación existirá cuando el accidente se produce al dirigirse a

⁶⁵ STS de 18 de diciembre de 1996 [Rec. 2343/1996] Pte: Martín Valverde

⁶⁶ SSTS de 6 de octubre de 2003 [Rec. 3911/2002] Pte: Fuentes López, ATS de 20 de diciembre de 2005 [Rec., 4750/2004] Pte: Sampedro Corral; 25 de enero [Rec. 33641/2005], y 14 de marzo de 2007 [Rec. 4617/2005].

⁶⁷ STS de 20 de septiembre de 2005 [Rec. 4031/2004] Pte: Cachón Villar

⁶⁸ SSTS de 30 de mayo de 2000 [Rec.468/1999] Pte: Moliner Tambroneró.

⁶⁹ STS de 16 de noviembre 1998 [Rec. 502/1998] Pte: González Peña.

cobrar el salario y a un servicio médico para recibir asistencia sanitaria o al ir o regresar de almuerzos o cenas de trabajo⁷⁰.

Por el contrario, el Tribunal Supremo no admite la existencia de accidente laboral en el origen de una afección cardíaca y el trabajo: cuando no consta que en el camino desde el domicilio al trabajo se hubiera producido acontecimiento alguno que haya podido actuar como factor desencadenante de la crisis que determinó la muerte del causante; en el caso de un infarto de miocardio que provoca el fallecimiento de un trabajador cuando se dirigía desde su domicilio al lugar de trabajo, si no es posible relacionar los síntomas del infarto, verdadera causa de la muerte, con el trabajo⁷¹; en el supuesto de una embolia producida cuando el trabajador se dirigía a su domicilio después de haber concluido la jornada y una vez fuera, aunque en las proximidades del centro de trabajo, puesto que la presunción del art. 115.3 de la LGSS sólo es aplicable a las dolencias aparecidas en tiempo y lugar de trabajo y no a las que se manifiestan en el trayecto de ida o vuelta⁷²; o cuando se produce la muerte de un trabajador consecuencia de una hemorragia encefálica cuando descansaba en un hotel de regreso de una actividad de transporte, puesto que la lesión no se produce durante el trayecto y el punto de llegada es el domicilio del trabajador⁷³.

Un segundo elemento determinante de la consideración como accidente de trabajo de este supuesto es el concepto de domicilio, civil o administrativo, o residencia habitual, sea de invierno o de verano⁷⁴; incluido el de fin de semana⁷⁵. Habrá de ser el punto normal

⁷⁰ STS de 21 de mayo de 1984.

⁷¹ STS de 30 de mayo de 2003 [Rec. 1639/2002]

⁷² Las dolencias no derivan directamente de la ejecución del contenido de la relación de trabajo, quedando así el accidente in itinere considerado como accidente laboral únicamente cuando las dolencias se producen como consecuencia de una acción súbita y violenta, correspondiente al sentido vulgar y tradicional del accidente (STS de 16 de julio de 2004 [Rec. 3484/2003] Pte: Martínez Garrido).

⁷³ STS de 6 de marzo de 2007 [Rec. 3415/2005] Pte: Desdentado Bonete.

⁷⁴ SSTS de 17 de diciembre de 1997 [Rec. 923/1997] Pte: Samp Pedro Corral

⁷⁵ STS de 8 de junio de 1987.

de llegada y partida del trabajo, que puede ser el lugar de residencia habitual o el lugar de estancia o de comida, aunque sean distintos de la residencia principal del trabajador⁷⁶; de forma que el Tribunal Supremo no califica de accidente de trabajo el que sufre el trabajador en el desplazamiento a su lugar de trabajo desde el domicilio de sus familiares, porque aquél debe realizarse desde su residencia legal, su domicilio real o habitual o su domicilio secundario de uso habitual, o, en general, desde el punto normal de llegada o partida del trabajador⁷⁷.

No puede hablarse de domicilio del trabajador cuando es el de un familiar, aunque desde el mismo se dirija directamente a su lugar de trabajo⁷⁸, ni el que se produce en el desplazamiento desde el domicilio de la persona con la que se mantiene una relación sentimental, conservando el domicilio propio⁷⁹. Si se admite su existencia en el supuesto de la caída de un trabajador después de salir de su vivienda y al bajar las escaleras del portal del inmueble en el que aquélla está situada. A efectos de la calificación del accidente de trabajo *in itinere*, las escaleras del portal del inmueble en el que radica el domicilio del trabajador constituyen parte del trayecto que recorre éste hasta el lugar de trabajo, dado que cuando el trabajador desciende las escaleras del inmueble en el que se ubica su vivienda ya no está en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente para los demás, constitucionalmente protegido, sino que ya ha iniciado el trayecto que es necesario recorrer para ir al trabajo, transitando por un lugar de libre acceso para los vecinos y susceptible de ser visto y controlado por terceras personas ajenas a la familia⁸⁰.

⁷⁶ SSTs de 29 de septiembre [Rec. 2685/1996] y 17 de diciembre de 1997 [Rec. 923/1997] Pte: Sampedro Corral.

⁷⁷ BLASCO LAHOZ, J.F.: "Interpretación del concepto de accidente de trabajo por el Tribunal Supremo", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, Nº 70, abril 2010, págs. 17 y ss.

⁷⁸ SSTs de 19 de enero de 2005 [Rec. 6543/2003] Pte: Samper Juan.

⁷⁹ STS de 28 de febrero de 2001 [Rec. 3493/1999] Pte: Iglesias Cabrero.

⁸⁰ STS de 26 de febrero de 2008 [Rec. 1328/2007] Pte: Souto Prieto

Un tercer elemento necesario para la existencia de esta modalidad de accidente de trabajo es que suceda en un momento razonablemente próximo al comienzo o final del trabajo⁸¹ de forma que se siga manteniendo la relación de causalidad. Por ello, el Tribunal Supremo no califica como accidente de trabajo el que es consecuencia de una parada realizada por el trabajador por tiempo superior a una hora desde la salida de la empresa⁸², o el accidente de tráfico que se produce durante el desplazamiento consecuencia de la realización de una gestión de carácter privado en horario de trabajo y con autorización expresa del empresario.

La finalidad principal y directa del viaje en el que se produce el accidente del trabajador, aunque ocurrido durante una interrupción autorizada de la jornada laboral, no tenía relación alguna con el trabajo ni sucedió en el trayecto habitual de ida y vuelta entre el domicilio y el lugar de trabajo. Éste fue consecuencia de un motivo de interés particular que rompió el nexo causal con esa ida o vuelta, sin que la autorización empresarial para realizarlo implique otra cosa que la imposibilidad de cualquier sanción posterior por abandono del puesto de trabajo⁸³.

El propio Tribunal Supremo ha flexibilizado esta exigencia al considerar que no se rompe la relación de causalidad como consecuencia de interrupciones o paradas breves que puedan considerarse normales o habituales en los desplazamientos del trabajador, que responden a patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes (parada de treinta minutos

⁸¹ STS de 29 de septiembre de 1997 [Rec. 1064/1997] Pte: Gil Suarez

⁸² STS de 15 de julio de 1986, no da lugar a recurso de casación considerando que no puede estimarse como accidente *in itinere* el ocurrido mas de una hora después de salir de la empresa, en un lugar situado en sentido contrario al camino habitual hacia el domicilio del trabajador. En el mismo sentido, la Sala señala que para que exista la presunción de accidente de trabajo es preciso que se den las dos circunstancias relativas a que la lesión ocurra en el tiempo y lugar de trabajo

⁸³ STS de 29 de marzo de 2007 [Rec. 210/2006] Pte: Gilolmo López

en el bar para refrescarse, conversación con un amigo o desvío para realizar alguna compra⁸⁴.

Como últimos elementos determinantes de la calificación del accidente de trabajo *in itinere* el Tribunal Supremo aporta la utilización de medio de transporte normal, racional y adecuado, y el recorrido de un trayecto habitual y normal desde el domicilio al lugar de trabajo y viceversa⁸⁵, sin desviaciones que rompan el nexo causal, empleando el trayecto idóneo⁸⁶. Así, el Tribunal Supremo no ha admitido la existencia de contingencia laboral cuando se rompe el nexo causal como consecuencia de la existencia de prohibición expresa y razonable en el contrato de trabajo de utilizar medio de transporte propio o si no existió, en su caso, autorización de la empresa; o cuando el accidente se produce en un camino distinto al dirigirse al domicilio habitual, tras la jornada laboral⁸⁷.

Se producirá la extensión del concepto de accidente de trabajo en determinados supuestos en los que la lesión es consecuencia de agentes o circunstancias externas al trabajo; en concreto, cuando concurren la imprudencia profesional o la culpabilidad civil o criminal (art. 115.5 de la LGSS). Como imprudencia profesional debe entenderse la que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira (art. 115.5 a) de la LGSS). La concurrencia de culpabilidad civil o penal se admite tanto del empresario o de un compañero de trabajo del trabajador accidentado como de un tercero, siempre que aquéllas guarden relación con el trabajo (art. 115.5 b) de la LGSS). Así pues el Tribunal Supremo no considera accidente de trabajo la muerte por agresión de un tercero en

⁸⁴ STS de 21 de mayo de 1984.

⁸⁵ SSTS de 20 de septiembre de 2005 [Rec. 1945/2004] Pte: Gullón Rodríguez

⁸⁶ CAVAS MARTINEZ, F. :*El accidente in itinere*, Madrid, Tecnos, 1994.

⁸⁷ BLASCO LAHOZ, J.F.: "Interpretación del concepto de accidente de trabajo por el Tribunal Supremo", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, Nº 70 abril 2010, págs. 18 y ss.

el momento de iniciarse el camino hacia el centro de trabajo y por razones personales que guarden relación alguna con el trabajo⁸⁸.

Como excepción, el Tribunal Supremo ha admitido la existencia de accidente de trabajo *in itinere* cuando la muerte del trabajador es consecuencia de la agresión de un tercero con el que no existía relación alguna previa al suceso que provocó su muerte cuando se dirigía a su domicilio desde el lugar de trabajo. La excepción final establecida en el art. 115.5 de la LGSS debe interpretarse como excluyente de la calificación de accidente de trabajo cuando la agresión obedezca a motivos determinados ajenos al trabajo y próximos a circunstancias de agresor y agredido, pero no en los casos en los que, por las circunstancias, el suceso deba ser calificado como caso fortuito⁸⁹.

Quedan excluidos de la consideración de accidente de trabajo aquellos que sean consecuencia de fuerza mayor extraña al trabajo o de dolo e imprudencia temeraria (art. 115.4 de la LGSS). Como fuerza mayor extraña al trabajo se entiende la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente, sin que tenga tal consideración, en ningún caso, la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza (art. 115.4 a) de la LGSS).

La imprudencia temeraria, frente a la imprudencia simple o con infracción de reglamentos (por ejemplo, infracción a las normas de circulación), implica una de tal gravedad que notoriamente revele la ausencia de la más elemental precaución sometiéndose el trabajador de forma inmotivada, caprichosa y consciente a un peligro cierto⁹⁰. Así, el Tribunal Supremo considera como imprudencia temeraria la conducta que implicase la inobservancia de las más elementales medidas de precaución,, la actuación con desprecio del riesgo cierto

⁸⁸ STS 20 de junio de 2002[Rec. 2297/2001] Pte. Varela Autran

⁸⁹ STS de 20 de febrero de 2006[Rec. 4145/2004] Pte: Martínez Garrido

⁹⁰ STS de 10 de mayo de 1988[EDJ 1988/3985] Pte: Bris Montes

que se deriva del trabajo o de una determinada tarea, la conducta de desobediencia de las órdenes empresariales⁹¹, o el accidente que se produce bajo los efectos del alcohol⁹².

Por el contrario, el Tribunal Supremo no admite la existencia de imprudencia temeraria en el supuesto de un accidente sufrido por el conductor de un camión de la empresa a la que presta servicios como consecuencia de exceso de velocidad, puesto que no se produce la imprudencia temeraria en su significado jurídico-doctrinal de falta de la más elemental cautela o prudencia que debe exigirse en los actos humanos susceptibles de causar daños, sino más bien la falta de un cuidado o descuido en el trabajador que no previó, con la debida anticipación, los riesgos del exceso de velocidad⁹³.

II.- EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DEL TRABAJADOR

El desgraciado acontecimiento que supone la producción de un accidente de trabajo o la contracción de una enfermedad profesional deja, en manos del trabajador afectado o de sus herederos la posibilidad de activar mecanismos resarcitorios con objeto de restaurar, en la medida de lo posible, el daño derivado de la ausencia de las medidas legales de seguridad y salud en el trabajo o de actuaciones culposas del empresario⁹⁴.

En este sentido, deben destacarse las diferentes acciones que de

⁹¹ STS de 16 de julio de 1985.

⁹² STS de 31 de marzo de 1999 [Rec. 2997/1998] Pte: González Peña

⁹³ STS de 13 de marzo de 2008 [Rec. 4592/2006] Pte: Sampedro Corral

⁹⁴ Vid. GARATE CASTRO, F.J.: " Responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo. Sobre su responsabilidad civil y extrapenal por actos propios causantes de daños derivados de incumplimientos de la obligación de protección frente a los riesgos laborales, en AA.VV. (Coordinador BORRAJO DACRUZ), *La Ley- Actualidad*, 2004, págs. 371 y ss.

manera directa, o en algunas ocasiones indirecta, se dirigen a resarcir al trabajador accidentado o enfermo:

- Acciones administrativas de las que, como consecuencia, se derive la imposición del recargo de prestaciones.
- Acciones penales de las que se derivan indemnizaciones económicas.
- Acciones civiles en demanda de una responsabilidad contractual o extracontractual.

La posibilidad de emprender el ejercicio de todas estas acciones se contempla en el art. 42.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) que establece que "el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento"⁹⁵.

Como consecuencia de lo anterior, cabe señalar que el incumplimiento de las obligaciones empresariales, en materia preventiva, dará lugar a una serie de medidas reparadoras que, en ocasiones, recaen sobre el sistema público de Seguridad Social con objeto de curar al accidentado o asegurar unas rentas durante la dolencia o, en momentos posteriores, si se definen como lesiones definitivas y, en otras ocasiones recaen sobre el empresario o sujeto deudor -independientemente de la posibilidad de aseguramiento o no- y con la finalidad de proceder a una reparación integral de los daños y perjuicios ocasionados por el accidente⁹⁶.

Prescindiendo de examinar incumplimientos individuales,

⁹⁵ Vid. MONEREO PERREZ, J.L. / FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: " La gestión de la prevención de los riesgos laborales. Los servicios de prevención de riesgos laborales", *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 153 y ss.

⁹⁶ MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "La reparación del accidente de trabajo", *REDT*, Nº 107, 2001, págs. 761 y ss.

regulados en los art. 16 a 28 LPRL vamos a centrarnos en el análisis del precepto genérico referido a la deuda de seguridad que adquiere el empresario con la celebración del contrato de trabajo.

Así, el art. 14.1 LPRL establece una obligación general de seguridad del empresario, al prescribir que el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo "supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales".

La protección en materia de seguridad y salud en el trabajo que el empresario está obligado a proporcionar a sus trabajadores ha de ser "eficaz" (art. 14.1 LPRL). De lo anterior se deriva que no basta con un cumplimiento formal de las medidas preventivas, sino que es necesario que una vez adoptadas garantice su efectividad, ya que, como destaca la STS de 17 de mayo de 1995⁹⁷, la finalidad de la legislación en materia de prevención de riesgos laborales "no es meramente que se cumplan las obligaciones o deberes formales y sí que se adopten, se cumplan efectiva y realmente las medidas de seguridad previstas para evitar los peligros que la actividad laboral en cada caso pueda comportar, se trata en definitiva de proteger la salud y vida de los trabajadores a través del cumplimiento de unas medidas concretas de seguridad y por ello no basta acreditar que existen o que se han propuesto tales medidas de seguridad y sí necesariamente que se han adoptado y cumplido".

De esta forma, puede afirmarse que la diligencia exigible al empresario es aquella que permita lograr la "máxima seguridad tecnológicamente factible", y esto con independencia del coste económico de las mismas⁹⁸; estándar de comportamiento exigible al

⁹⁷ RJ. 1995,4145.

⁹⁸ PÉREZ DE LOS COBOS, F., en PÉREZ DE LOS COBOS, F. (Dir.), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 283.

empresario con el que se consigue incorporar al deber de seguridad los progresos tecnológicos y superar así la posible obsolescencia de la normativa de carácter técnico. Conforme a este estándar de diligencia exigible, se puede afirmar que el deber de prevención empresarial no se limita al cumplimiento de las normas reglamentarias, sino que le será exigible la máxima seguridad que consienta la evolución técnica; por tanto, el cumplimiento de las obligaciones específicas en materia de prevención no supone necesariamente el cumplimiento de la obligación general de seguridad, sino que el empresario vendrá obligado a adoptar las medidas preventivas que el avance técnico imponga, y aun en el caso de que éstas no aparezcan previstas en la normativa específica en materia de prevención de riesgos laborales⁹⁹.

Por tanto, el incumplimiento de las obligaciones concretas, previstas por la normativa preventiva, supone la concurrencia de una falta de diligencia empresarial, en la medida en que éste debe conocer la normativa y adoptar todas las medidas de seguridad legalmente establecidas y necesarias en su empresa.

De ahí que la interpretación del alcance de la obligación general de seguridad supone su reconducción al art. 1104 CC y al estándar de conducta exigido al empresario prudente, de forma que las medidas de seguridad, aún no expresamente previstas, sí resultan necesarias como consecuencia de las reglas de la diligencia y la prudencia deben ser adoptadas por el empresario y su falta determinará la posible imputación de responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

Así, la doctrina judicial ha venido a considerar que no nos hallamos ante un supuesto de naturaleza objetiva sino ante una conducta omisiva de cualquier protección que al tiempo de la relación debía dispensarse, incidiendo en que no se desconoce que entonces los conocimientos en la materia y su prevención, no eran tan avanzados como en la actualidad.

⁹⁹ STSJ de Cataluña, de 22 de febrero de 2002 [AS 2002, 1464]

Es decir, en esta materia encontramos que el ordenamiento (de forma mucho más precisa en la legislación actual) da pautas para considerar que la diligencia exigida al empresario en el cumplimiento de la obligación de seguridad es una diligencia objetiva máxima, y de carácter técnico, identificada con el estándar del “prudente empresario”. Respecto al que se ha considerado que no es el patrón ordinario, en tanto el empresario organiza y dirige los servicios en un ámbito determinado y que por tal condición debe conocer y evitar los riesgos generados, por ello va más allá de la medida requerida en el hacer de cualquier persona. Estándar de empresario prudente que comprende tanto el elemento intelectual, es decir, conocer los riesgos que el proceso productivo entraña y los medios para evitarlos, como el volitivo que implica su puesta en práctica. Además, habrá de atender para modular tal estándar de diligencia a las circunstancias de las personas, del tiempo y el lugar aludidas por el art. 1104 CC para ponderar la diligencia empresarial¹⁰⁰.

Básicamente los parámetros para medir la diligencia empresarial han de centrarse en la “previsibilidad” del riesgo y su “evitabilidad” o, en su caso, las medidas de seguridad posibles técnicamente que conduzcan a una reducción o aminoración de los riesgos para la salud de los trabajadores, medidas que deben ser conocidas por el empresario a quien se presumen ciertos conocimientos especializados o que ha de acudir al asesoramiento de técnicos en la materia. Si el riesgo es imprevisible o, previsto, inevitable, entramos de lleno en los supuestos de caso fortuito o la fuerza mayor¹⁰¹.

¹⁰⁰ GONZALEZ DIAZ, F.: “Tutela resarcitoria frente al accidente de trabajo y enfermedad profesional”, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Girona, días 16 y 17 de mayo de 2013, pág. 3 y ss.

⁹⁶ STS] Galicia de 28 de febrero de 2012 [AS 2012, 1327]. En esta sentencia se mantiene que la deuda de seguridad es de resultado e implica previamente un necesario comportamiento diligente por parte del empresario (identificado con la adopción de todas las medidas necesarias, único modo de alcanzar un resultado positivo) y además implica que el daño suponga una primera “presunción” del incumplimiento, siendo de cuenta del empresario el dar la

En este sentido, tal y como señalan las sentencias del TS de 3 de marzo de 1998 y de 27 de marzo de 1998, "la deuda de seguridad de la empresa con los trabajadores no se agota con darles los medios normales de protección, sino que viene además obligada a la adecuada vigilancia del contenido de sus instrucciones que deben tender no sólo, a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea o exige el servicio encomendado, sino además de la prevención de las ordinarias "imprudencias profesionales". A partir de esta premisa de protección eficaz, el art. 14.2 LRPL enumera determinadas obligaciones instrumentales que forman parte de la obligación general de seguridad, lo que debe entenderse como una forma de destacar el valor de ciertas medidas preventivas que, obviamente, no agotan el deber de protección del empresario. En cumplimiento de este deber, el empresario deberá observar "las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales" (art. 14.3 LPRL).

Ateniéndonos a la definición que de esta normativa nos proporciona el art. 1 LPRL, es claro que las obligaciones específicas que en materia de seguridad y salud concretan el deber general del empresario son las previstas no sólo en la propia ley prevencionista sino también las recogidas en sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventiva en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito. Entre estas disposiciones de desarrollo o complementarias deben incluirse las denominadas normas jurídico-técnicas.¹⁰²

prueba liberatoria, es decir, demostrar que el riesgo era imprevisible o bien que era inevitable y que se adoptaron todas las medidas posibles técnicamente para atenuarlo. De este modo, si el empresario no prueba estos extremos será responsable contractualmente del incumplimiento de la deuda de seguridad que tiene contraída con el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo.

¹⁰² Vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El accidente de trabajo en el sistema de la Seguridad Social*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 181 y ss.

En definitiva, el art. 14 LPRL ofrece unos parámetros que posibilitan la determinación de cuál es la conducta exigible al empresario en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas. Así, la diligencia debida por el empresario no constituye un deber de carácter sustantivo en materia preventiva, sino un criterio de cumplimiento de tales obligaciones, "que apela precisamente a la cualidad subjetiva de la actividad o la conducta con la que se intenta realizar el cumplimiento de la correspondiente prestación"¹⁰³. De esta forma, la diligencia exigible al empresario conforme a los parámetros establecidos en el art. 14 LPRL, condicionará y modalizará de manera importante el modo de cumplimiento de las distintas obligaciones en materia de seguridad e higiene que concretan la deuda de seguridad empresarial.

¹⁰³ Cfr. ALVAREZ DE LA ROSA, M.: "El deber de prevención y los servicios de prevención de riesgos laborales", en AA.VV, *El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 60 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO: CARACTERIZACIÓN TÉCNICA DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE LA DEUDA DE SEGURIDAD. PRESUPUESTOS Y TIPOLOGÍA

Sumario:

- I.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL
- II.- LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE LA DEUDA DE SEGURIDAD. PRESUPUESTOS Y TIPOLOGÍA. SUPUESTOS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD.
- III.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL
 - IV.- SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE OTROS AGENTES:
 - 1.- Responsabilidad por daños de terceros.
 - 2.- Responsabilidad de trabajadores de la empresa
 - 3.- Responsabilidad de los servicios de prevención.
 - 4.- Responsabilidad civil del fabricante
 - 5.- Responsabilidad civil del Inspector de Trabajo y Seguridad Social.
- V.- PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

I.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL

Cuando el empresario no cumple con la debida diligencia sus deberes específicos de prevención de los riesgos laborales se desencadena la responsabilidad del mismo por los daños y perjuicios causados.

En este sentido, sólo si se aprecia un comportamiento *negligente* del empresario en el cumplimiento de sus deberes preventivos es posible reclamar una indemnización adicional a la objetivada a través de las

prestaciones de Seguridad Social¹⁰⁴. Por lo tanto, si convergen daños no incluidos en dichas prestaciones, por ejemplo daños morales, es necesaria la acreditación del comportamiento más o menos culpable del empresario, a través de la culpa contractual o extracontractual del mismo.

El art. 1089 del Código Civil incluye "... los actos y omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia" como uno de los hechos que dan lugar al nacimiento de obligaciones, y después, para el caso en que uno de tales actos u omisiones haya tenido lugar, el art. 1093 remite hasta el capítulo II del Título XVI del propio Libro IV, cuyo art. 1902 que lo encabeza nos dice que en tal supuesto el causante del daño "... está obligado a reparar el daño causado". Nos está indicando que aquél que con su proceder ocasiona un perjuicio a otro, sea éste del tipo que fuese, queda desde entonces jurídicamente obligado a reparárselo: entre la víctima del perjuicio y el causante del daño surge una relación jurídica de Derecho de obligaciones, en cuya virtud el primero de ellos (esto es, la víctima del daño) queda, como acreedor, jurídicamente facultado para exigir al segundo (al causante del daño, como deudor) una prestación mediante la que se lograra, unas veces en su totalidad y otras siquiera parcialmente, *in natura* o mediante la correspondiente indemnización pecuniaria, la reparación del perjuicio ocasionado¹⁰⁵.

Hay que tener en cuenta que una persona puede causar unos perjuicios a otra en dos ámbitos diferentes. En primer lugar, cabe que se los ocasione en el contexto del cumplimiento o inexacto cumplimiento de un pacto, convenio o contrato que entre ambos se hubiese celebrado. Según determina la teoría general de los contratos,

¹⁰⁴ SEMPERE NAVARRO, A.: ¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo?, *Aranzadi Social*, Nº 1, 2008, págs. 2 y ss.

¹⁰⁵ Al respecto vid. REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M.: en AA.VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, pág.163 y ss.

el contratante incumplidor (o que ha cumplido sólo de forma parcial, o defectuosamente la prestación convenida) queda obligado en general, aparte otras consideraciones, a indemnizar al otro los daños y perjuicios que con su incumplimiento o defectuoso cumplimiento le haya ocasionado (art. 1101 CC). Se trata ésa de una responsabilidad civil contractual, regulada en el Código en sus artículos 1101 y siguientes.

Y, por otro lado, cabe que entre el perjudicado y el causante del daño no exista un vínculo contractual previo; que el daño no traiga causa del cumplimiento o no de una relación jurídica existente entre ambos. Estamos entonces ante un caso de responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, llamada así con motivo de que era la *Lex Aquilia* la que sancionaba en Roma este tipo de comportamientos. Huelga indicar que esta responsabilidad civil, la extracontractual, viene regulada en el Código Civil (aparte de una numerosa y variada legislación especial) en sus artículos 1902 y siguientes.

En la práctica, es importante determinar en cada caso concreto qué tipo de responsabilidad civil es la que ha tenido lugar, a la vista del distinto régimen jurídico aplicable. Y si bien esa tarea será muy fácil las más de las veces, otras muchas la cuestión se dificultará extraordinariamente por coincidir en el caso concreto aspectos propios y significativos de la una y de la otra. Según se trate de un caso u otro, el plazo de tiempo de prescripción para que pueda eficazmente interponer la correspondiente acción el perjudicado es muy diferente: quince años si se trata de un daño contractual (art. 1964 CC) y uno tan sólo de tratarse de un daño extracontractual (art. 1968.2º CC).

Con respecto a la culpa extracontractual o *aquiliana*, hay que poner de manifiesto que su fundamento en atención al criterio de imputación de responsabilidad al causante del daño pueden ser de dos tipos¹⁰⁶:

¹⁰⁶ NAVARRO MENDIZABAL I. A. / VEIGA COPO, A.: *Derecho de Daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 60 y ss.

a) De responsabilidad civil subjetiva o por *culpa*: desde esta primera perspectiva, la imputación de responsabilidad deriva de la mera culpabilidad del causante del daño: el autor queda obligado a repararlo porque *tuvo la culpa* de haberlo causado. Bien sea porque los causó intencionadamente, bien porque su proceder fue meramente descuidado o negligente, en cualquier caso puede entenderse que fue culpable del daño.

Naturalmente, y habida cuenta de que sólo se responde de los daños ocasionados en el supuesto de que lo hayan sido por culpa del agente, corresponderá acreditar este extremo (la culpabilidad del causante) a quien los haya sufrido en orden a obtener su debida reparación, pues bien pudiera suceder que hayan tenido lugar por causas totalmente ajenas al proceder y a la voluntad de aquel a quien se le reclama, en cuyo caso quedará exonerado de responsabilidad. Si no puede demostrar que hubo intencionalidad ni tan siquiera simple negligencia, no será en absoluto *culpable* del daño.

b) Sistema de responsabilidad civil objetiva o por *riesgo*: según este otro sistema, se ha de responder del daño por el solo hecho de haberlo causado, con independencia de las circunstancias subjetivas en que el evento haya tenido lugar. Así, es absolutamente intrascendente la culpa o no del causante del daño, pues basta haberlo causado para quedar obligado a su debida reparación.

II.- LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE LA DEUDA DE SEGURIDAD E HIGIENE COMO RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

La jurisdicción civil, ha configurado desde sus inicios la responsabilidad del empresario como una responsabilidad extracontractual. La cuestión es que con las iniciales leyes de accidentes de trabajo tenía sentido y ahora no lo tiene. Que la acción de responsabilidad debía en aquel entonces ser la prevista en el art. 1902 del CC se desprende del hecho de que las reclamaciones de indemnización estaban previstas para supuestos distintos del cubierto en el contrato de trabajo, es decir para reclamaciones frente a los terceros causantes del siniestro laboral o para que frente a estos mismos terceros actuaran las entidades aseguradoras en vía de regreso para reembolsarse de las cantidades que ya habían satisfecho al trabajador lesionado. En consecuencia, naturalmente la responsabilidad era extracontractual¹⁰⁷.

Pero a partir de la LBSS de 1963 y del Texto Articulado de la LSS de 1966 se tipifican las reclamaciones civiles por “un mismo hecho”, por culpa o negligencia, “incluido el empresario “ y es entonces cuando no cabe hablar mas de responsabilidad extracontractual, sino rigurosamente *contractual*, cuando de lo que se trata es del daño causado por el empresario por infracción de las medidas de seguridad, o cuando el daño lo ha causado cualquiera de los auxiliares de ese mismo empresario, puesto que en ambos casos los deberes de protección, seguridad y control forman parte integrante de las obligaciones contractuales del empresario. La responsabilidad *extracontractual* queda de manera residual para tratar los mismos supuestos que se trataba antiguamente.

¹⁰⁷ DIEZ-PICAZO, G.: *Los riesgos laborales, doctrina y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pág. 102 y ss.

La doctrina laboralista es unánime en considerar que velar por la seguridad e higiene es al tiempo un deber publico general¹⁰⁸ y una obligación contractual que incumbe ,sobre todo, al empresario. Ambas vertientes se reflejan en la reacción también doble del ordenamiento frente a su infracción: responsabilidades e indemnizaciones contractuales y responsabilidades y sanciones penales y administrativas¹⁰⁹.

El ET establece en su art. 4º. 2.d) que en la relación de trabajo, los trabajadores tiene derecho a “su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene”¹¹⁰. Y dedica su art. 19 a la seguridad e higiene¹¹¹.

Actualmente la LPRL, en su capítulo III¹¹², hace referencia a la seguridad y salud de los trabajadores, información, consulta y participación , formación y vigilancia y en el su art. 42 establece el sistema de compatibilidad e indemnizaciones por la infracción de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales¹¹³.

En su vertiente pública, y con independencia de las eventuales responsabilidades penales, el incumplimiento de deber de seguridad que pesa sobre el empresario se sanciona conforme a las reglas

¹⁰⁸ Hoy un principio rector de la política social y económica , conforme al art. 40.2 de la Constitución.

¹⁰⁹ En este sentido cabe citar, ALONSO OLEA, M. / BARREIRO GONZÁLEZ, G: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, jurisprudencia y comentarios*, Madrid, 1987, pág. 106.

¹¹⁰ Este precepto se encuentra en el Titulo I (*De la relación individual de trabajo*), capítulo I (*Disposiciones Generales*).

¹¹¹ Incluido en el capítulo II del Titulo I (*Contenido del contrato de trabajo*), Sección Segunda (*Derechos y deberes derivados del contrato*)

¹¹² bajo la rubrica: “Derechos y obligaciones para el empresario tendentes a una protección eficaz frente a los riesgos de la actividad que desarrolla

¹¹³ La Ordenanza General de Higiene y Seguridad en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971, en art. 7.2, establecía la obligación del empresario de “adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la mas perfecta organización y plena eficacia de los riesgos que puedan afectar a la vida , integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa”.

establecidas el RD 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el TRLISOS.

La doctrina laboralista y civilista más moderna ha sostenido, al contrario que la jurisprudencia civil, la naturaleza inequívocamente contractual de la responsabilidad del empresario en los accidentes de trabajo y en las enfermedades profesionales¹¹⁴. Dicha responsabilidad se origina en el seno de la relación laboral que impone al empleador una obligación contractual de seguridad que se inserta en el mismo núcleo del contrato de trabajo, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a las fuentes de integración del art. 1258 del CC¹¹⁵. Por tanto, las acciones de responsabilidad deben conceptuarse como netamente *contractuales* y de ellas conoce la jurisdicción social (art. 2 de la LRJS).

Los primeros laboralistas que estudiaron este problema de la compatibilidad de acciones reconocidas en el vigente art. 127.3 LGSS fueron propensos a admitir que la responsabilidad civil era de carácter extracontractual puesto que para la cobertura de la responsabilidad contractual es precisamente para la que existe el régimen de accidentes de trabajo y su aseguramiento .

La responsabilidad civil del empresario por infracción de medidas de seguridad en el trabajo posee naturaleza contractual¹¹⁶ y exige la concurrencia de culpa, pero con notables atenuaciones en su grado y en la prueba de su concurrencia¹¹⁷.

¹¹⁴ SEMPERE NAVARRO A. V. / CAVAS MARTINEZ, F.: *Jurisprudencia Social Unificada*, Abril- junio de 2010, *Aranzadi Revistas*, 2011, pag. 93.

¹¹⁵ ALONSO OLEA, M.: "El deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia", REDT, 1981, pag. 95. Y en este sentido también por la doctrina civil, DIEZ-PICAZO, L. : *Derecho de Daños*, op. cit., pag. 1783.

¹¹⁶ STS de 30 de junio de 2010 [R] 2010, 6775]

¹¹⁷ SEMPERE NAVARRO A. V. / CAVAS MARTINEZ, F.: *Jurisprudencia Social Unificada*, Abril- junio de 2010, *Aranzadi*, 2011, pag. 94.; CAVAS MARTINEZ, F. / FERANDEZ ORRICO, F.J.: La cobertura de las contingencias profesionales , op. cit, pag. 150 a 152. ; Teoría que ha sido confirmada por STS Civil de 16 de junio de 2000, entre otras muchas.

La jurisprudencia de la Sala 4ª ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil del empresario por el accidente de trabajo “es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional¹¹⁸”, lo cierto es que más modernamente se ha venido abandonando esta rigurosa (por subjetiva) concepción originaria, insistiéndose en la simple exigencia de culpa (sin adjetivaciones) y en la exclusión de la responsabilidad objetiva¹¹⁹.

Esa oscilante doctrina se debe a que el accidente de trabajo ha sido considerado tradicionalmente como supuesto prototípico de caso *fronterizo o mixto* entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, como corresponde a todas aquellas relaciones contractuales en las que con la ejecución de la prestación se compromete directamente la integridad física de una de las partes (las llamadas “obligaciones de seguridad, protección o cuidado”). Esta cualidad fronteriza ha determinado que por la Sala se enfocase la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo que se demandaba, a veces por el cauce de la responsabilidad extracontractual, y otras por el de la responsabilidad estrictamente contractual, con aplicación -más o menos próxima o discrepante- de la doctrina procedente de la Sala 1ª, sin llegarse -por ello- a soluciones del todo coincidentes¹²⁰.

Sin embargo, la Sala 4ª ha decidido adoptar una postura más concluyente sobre la naturaleza jurídica y calificación de la responsabilidad en que incurre el empresario incumplidor de sus obligaciones en materia de seguridad laboral, declarando que la exigencia de responsabilidad es necesariamente “*contractual*”, si el daño es consecuencia del incumplimiento contractual; y que tan sólo

¹¹⁸ SSTS 2 de febrero de 1998 [R] 1998, 3250]; 1 de octubre de 1999 [R] 1999, 7495]; 22 de enero de 2002 [R] 2002, 2688] y 15 de enero de 2003 [R] 2004, 1477].

¹¹⁹ Ejemplo las SSTS 18 de julio de 2008 [R] 2008, 6572]; de 14 de julio de 2009 [R] 2009, 6096) y de 23 de julio de 2009 [R] 2009, 6131].

¹²⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. / CAVAS MARTINEZ, F.: “Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *Jurisprudencia Social Unificada*, abril-junio 2010, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 94.

merece la consideración de *extracontractual*, cuando el contrato ha sido únicamente el antecedente causal del daño, cuya obligación de evitarlo excede de la estricta órbita contractual, hasta el punto de que los perjuicios causados serían igualmente indemnizables sin la existencia del contrato. Y aún en los hipotéticos supuestos de yuxtaposición de responsabilidades, resulta preferible aplicar la teoría más tradicional, con la jurisprudencia- de la “*absorción*”, por virtud de la cual el contrato absorbe todo aquello que se halla en su órbita natural¹²¹ en general, por aplicación del art. 1258 CC; y en especial, por aplicación de la obligación de seguridad y el resarcimiento de los daños ha de encontrar necesariamente su lugar en la normativa contractual.

La exigencia culpabilista no puede sostenerse en su sentido más clásico, fundamentalmente porque no se puede equiparar la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario “*crea*” el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo “*sufre*”; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar (art. 20 ET) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (art. 15 LPRL) estableciéndose el deber genérico de “*garantizar la seguridad y salud laboral*” de los trabajadores (art. 14.1 LPRL).

Debemos partir de la premisa de que la mera existencia de un accidente laboral no supone el nacimiento automático de responsabilidad empresarial, ya que con independencia de que el accidente suponga la aplicación de normas protectoras de Seguridad Social, sólo cuando conste o se acredite una efectiva conducta empresarial causante directa del daño o que haya servido para

¹²¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. / CAVAS MARTINEZ, F.: “Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *op. cit.*, pág. 94.

aumentar el riesgo propio del trabajo realizado podrá ser exigida la complementaria indemnización con base en responsabilidad contractual o extracontractual.

Así, en el supuesto examinado por la STSJ de Galicia de 12 de abril de 2012 ¹²², se estima la responsabilidad contractual del empresario cuando el trabajador sufre un accidente al considerar que el empresario incumplió su deber de vigilar, de supervisar tareas que realizaba el trabajador dado que él, desde su puesto de encargado era precisamente la persona que debía evitar y prever cualquier resultado dañoso de la voladura, y fue esta actuación de falta de vigilancia lo que determinó el resultado dañoso, al haberse precipitado claramente en acudir al lugar de la voladura sin que se produjera la comprobación por el artillero de la explosión.

En la STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2012 ¹²³, queda acreditado la utilización de un procedimiento inadecuado para realizar la elevación de los paneles, procedimiento que fue consentido por la empresa del trabajador accidentado ya que el encargado de la misma no sólo no puso objeción alguna sobre la forma de elevación de los paneles, sino que tampoco consta que urgiese a los trabajadores que llevaban a cabo la misma para que hicieran uso de los cinturones de seguridad o de los arneses, ni se preocupó de que, tras llevarla a cabo, se cerrase la puerta de la plataforma, prolongándose innecesariamente la situación de riesgo que en ningún caso debió de tolerarse por la empresa. Considera la sentencia que nos hallamos ante una responsabilidad empresarial *in vigilando o in eligendo*, y de la que deriva la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el accidente de trabajo¹²⁴.

¹²² AS 2012/1041.

¹²³ Rec. 2457/2011.

¹²⁴ Que no se hubiera producido de no haberse permitido la apertura de la puerta de la plataforma y el mantenimiento de dicha apertura estando los trabajadores subidos a la plataforma y sin hacer uso de los equipos de protección individual

La STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2012¹²⁵, determina la existencia de incumplimiento y, por tanto, la generación de responsabilidad, ante un hecho que no puede calificarse como imprevisible y, por consiguiente, pudo producirse la evitación del daño, pues es claro que, al menos para la empresa, dedicada a la explotación de una cantera, no le puede resultar modo alguno imprevisible que se produzca un atasco en la cabeza del conducto de admisión de rocas de la máquina machacadora.

1.- SUPUESTOS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

Es claro que, en ocasiones, la conducta del trabajador accidentado puede determinar no sólo la *graduación* de la responsabilidad del empleador, sino incluso, su *exoneración*¹²⁶.

Como regla general, para enervar la posible responsabilidad el empleador se ha de acreditar haber agotado toda la diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias. Sobre el primer aspecto, la carga de la prueba, ha de destacarse la aplicación -analógica- del art.1183 CC, del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LEC, tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos (secuelas derivadas de accidente de trabajo) y de los impeditivas, extintivos u obstativos (diligencia exigible), cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria (es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta¹²⁷).

¹²⁵ AS 2012, 1327.

¹²⁶ STS 30 de junio de 2003 [R] 2003, 7694] y 16 de enero de 2006 [R] 2006, 816].

¹²⁷ Cfr. Sentencia del TS, Sala 4ª, de 15 de junio de 2010 [R] 2010, 2705].

Sobre el segundo aspecto, el grado de diligencia exigible, porque la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente (arts. 14.2, 15 y 16 LPRL), máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL “... deberá garantizar la seguridad en todos los aspectos relacionados con el trabajo ... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad” y art. 15.4 LPRL “La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”, que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación del nivel de diligencia exigible, siquiera la producción del accidente no necesariamente determine la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención¹²⁸.

El empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario¹²⁹, pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente.

Por ello, se deduce que no procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado, no solamente por los argumentos expuestos, sino por su clara

¹²⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V. / CAVAS MARTINEZ, F.: Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *op. cit.*, pág. 95.

¹²⁹ Arts. 1105 CC y 15.4 LPRL.

inoportunidad en términos finalísimos, pues tal objetivación produciría un efecto “desmotivador” en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no solo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención; y exclusivamente actuaría de freno la posible sanción administrativa, cuyo efecto disuasorio únicamente alcanzaría a la más graves in fracciones (de sanción cuantitativamente mayor)¹³⁰.

El art. 96.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, establece, en base a la doctrina del Tribunal Supremo que comentaremos, la inversión de la carga de la prueba, que corresponde, en este caso, a las empresas incumplidoras, cuando señala: “En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira”.

Por tanto, podemos afirmar que la responsabilidad sobre el accidente ha de recaer sobre todas las empresas que tengan obligación de adoptar medidas preventivas del riesgo de accidentes de trabajo en el ámbito de su actividad productiva, aún incluso no tratándose de sus propios empleados, pero sin olvidar el deber de seguridad de la empresa principal respecto a sus propios trabajadores. Así, el criterio determinante de la responsabilidad empresarial, de acuerdo con el Tribunal Supremo, es el concepto de empresario infractor y no el de

¹³⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. / CAVAS MARTINEZ, F.: “Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *op. cit.*, pág. 96.

empleador. Se trata de determinar qué empresarios incumplieron sus obligaciones preventivas, siempre y cuando dicho incumplimiento esté en la cadena causal del accidente, de forma que han de ser declarados responsables solidarios del recargo todos los empresarios a los que sea imputable un incumplimiento que se encuentre en dicha cadena causal y no aquellos otros a los que tal tipo de incumplimiento no sea imputable. Se trata en por tanto de identificar al empresario infractor, teniendo en cuenta que en el caso de subcontratación la infracción puede derivar también para el empresario principal del incumplimiento de sus deberes de vigilancia en los términos establecidos en el artículo 24 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.

La responsabilidad empresarial, en conclusión, ha de imponerse solidariamente a todos aquellos que tengan la condición de empresarios infractores. Esto no significa pronunciamiento alguno sobre cuál de ellos haya de afrontar finalmente el coste del recargo o de la indemnización civil, puesto que la solidaridad es un mecanismo de garantía establecido en favor del acreedor, pero no implica pronunciamiento alguno sobre la distribución de las responsabilidades individuales entre los codeudores y sus derechos frente a terceros, que en su caso habrán de dilucidarse en los correspondientes procedimientos.

Llegado a este punto, hemos de traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010¹³¹ en la cual establece que: "La deuda de seguridad que al empresario corresponde determinar para enervar su posible responsabilidad el empleador, ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias. Esta sentencia viene a reconocer la responsabilidad cuasi-objetiva del empresario ante la existencia de un daño derivado de accidente de trabajo".

Continúa diciendo el FJ 3º: "Sobre el primer aspecto (carga de la

¹³¹ Rec. 4123/2008, Pte: De Castro Fernández.

prueba) ha de destacarse la aplicación -analógica- del art. 1183 CC, del que deriva la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LEC, tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos (secuelas derivadas de AT) y de los impeditivos, extintivos u obstativos (diligencia exigible), cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria, es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta". Lo cual, entiende la sentencia, supone además una auténtica inversión de la carga de la prueba en estos procedimientos.

Sólo cabe excluir la responsabilidad del empleador en situaciones tasadas: "Pero el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario¹³², pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente".

Esta doctrina es de aplicación en materia de falta de medidas de seguridad (art. 123 LGSS), que hasta la fecha fue interpretada de forma restrictiva, al entender que se trataba de una sanción, y por lo tanto su aplicación debía tener ese carácter de "*última ratio*". No es así al menos desde la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de mayo de 2011, que viene a establecer en su último fundamento de derecho, con referencia expresa a la STS de 30 de junio de 2010, que: "Indudablemente es dable presumir, como viene efectuado gran parte de la doctrina jurisprudencial, que, en supuestos como el ahora enjuiciado, la conducta omisiva de la empresa supuso una elevación o incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la

¹³² Conforme establecen los arts. 1105 CC y art. 15.4 LPRL.

norma, en este caso la salud de los trabajadores, elevando sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, como aquí ha ocurrido, lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad profesional declarada por exposición continua al amianto, ante la certeza o máxima probabilidad que de haberse cumplido las prescripciones de seguridad exigibles el resultado no hubiese llegado a producirse en todo o en parte”.

O, como se colige en la citada STS, Sala 4ª, de 30 de junio de 2010¹³³, " la propia existencia de un daño pudiera implicar, el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado (porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable)". La misma sentencia añade que "la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, si el daño es consecuencia del incumplimiento contractual ", y continua diciendo que " la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo (accidente de trabajo), para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá, incluso, de las exigencias reglamentarias”.

Al empresario le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, ya que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente .

Sostiene la Sala 4ª que, una vez actualizado el riesgo de enfermedad profesional para enervar su posible responsabilidad el empleador (deudor de seguridad) había de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, lo que no efectúa ante la constatada existencia de falta de las preceptivas medidas de seguridad, pero además tampoco justifica que aun de haberse adoptado todas las

¹³³ Sala General, [Rec. 4123/2008]

medidas exigibles en la fecha de los hechos, el daño no se habría producido, lo que tampoco ha efectuado dado que la prueba de los hechos impeditivos, extintivos u obstativos también incumbía al empresario como deudor de seguridad.

Se impone, pues, una clara elevación de la diligencia exigible, pero hay que admitir que, en ocasiones, la producción del accidente no necesariamente determina la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención¹³⁴.

Por lo que no procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado, puesto que con independencia del espíritu de la Ley de Prevención de Riesgos, tal objetivación produciría, como se ha indicado, un efecto “*desmotivador*” en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención.

La STSJ de Navarra de 26 de junio de 2012¹³⁵ considera que en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales el trabajador goza de una protección de responsabilidad objetiva, por lo que venir a duplicar ésta por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana, que nunca podrá ser universal como la prevenida en la legislación social ni equitativa entre los distintos damnificados, como la legislada, más que ser una mejora social se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad. Por ello,

¹³⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2012 [Rec. 245772011] Pte: Blanco Pertegaz: Así, el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario (en base a lo dispuesto en los arts. 1105 CC y 15.4 LPRL).

¹³⁵ AS 2012, 2876

parece adecuado entender que en este ámbito, la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que están ya previstas e instauradas, con más seguridad y equidad. Por ello, no cabe exigir una responsabilidad contractual (art. 1101 Código Civil) en la medida que un empresario cumpla las exigencias legales de higiene y seguridad en el trabajo y no se haya observado conducta o acto alguno que aumentara el riesgo propio del trabajo desempeñado por el trabajador accidentado, y cuyos daños están objetivamente cubiertos y en esta medida indemnizados¹³⁶.

Las anteriores consideraciones determinan la posibilidad de examinar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. A continuación se exponen una serie de decisiones judiciales en donde no existen datos que permitan afirmar que concurre, en el daño sufrido por el trabajador, acción negligente del empresario. Igualmente, se aprecian supuestos en donde el empresario queda exonerado de toda responsabilidad al probarse la falta de relación de causalidad entre el incumplimiento empresarial y el daño producido por el trabajador. Es el caso de la STSJ de Galicia de 30 de marzo de 2012, en donde la actuación del trabajador se considera relevante en la producción del siniestro, en tanto se aprecia una actuación dolosa al enzarzarse "en una riña" y la existencia de barandilla no hubiera determinado un resultado diferente¹³⁷.

En la STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2012¹³⁸, el incumplimiento de la obligación empresarial de formación e información no justifica el accidente del trabajo y rompe en nexo causal en cuanto que la velocidad de la camioneta del trabajador experimentado era excesiva y, a pesar de que se hubiera impartido formación, el accidente se habría producido.

En la STSJ de Andalucía nº 1287/2012, de 17 de mayo, se

¹³⁶ STS, Sala 4ª, de 17 de febrero de 1999 [R] 2598].

¹³⁷ AS 2012, 1512.

¹³⁸ Rec. 56 /2008

plantea un supuesto, o interesante en donde el trabajador accidentado, una vez desestimada su pretensión de responsabilidad empresarial y, consiguientemente, del recargo de prestaciones de prestaciones de Seguridad Social acude, de nuevo a los Tribunales, solicitando la responsabilidad civil extracontractual. En este caso, la sentencia de instancia desestimó la imposición de recargo del 30% absolviendo a las demandadas por entender que existió el caso fortuito a que se refiere el art. 1105 del C.C. y dicho lo anterior, tal efecto positivo de la cosa juzgada concluye en la ausencia de "culpa" alguna por parte de las empresas demandadas en la producción del siniestro, por lo que se dejó sin efecto recargo prestacional y comporta esa fuerza positiva a la que se ha hecho referencia y que, sobre la base del caso fortuito, absolvió en el procedimiento de instancia y comporta, de igual suerte, la de esta causa por cuanto la misma parte de un actuar culposo que no existió¹³⁹.

Resulta equivocada la idea de que el régimen de la responsabilidad civil contractual es menos favorable para el trabajador que el de la responsabilidad civil extracontractual¹⁴⁰. Esta idea, aunque muy extendida, no se ajusta a los datos normativos¹⁴¹. El régimen de la responsabilidad contractual es similar o incluso mas favorable en aspectos tan importantes como el plazo de prescripción, la carga de la prueba, la responsabilidad por los auxiliares, la indemnización de los daños morales, etc., la posibilidad de eludir cláusulas convencionales de exoneración o limitación de la responsabilidad, o las normas dispositivas sobre la limitación de responsabilidad del deudor por la vía de acudir a la responsabilidad extracontractual, resultaría en todo

¹³⁹ Pese a la diligencia puesta por la empresa, por los demás trabajadores que se habían subido en el mismo poste, pese a llevar a cabo el protocolo de su seguridad, el mismo estaba en condiciones interiores que lo hacían, en contra de lo determinado, inseguro. Se trató de un hecho producido por caso fortuito y, como tal, sin responsabilidad alguna por parte de las demandadas.

¹⁴⁰ En este sentido, DIEZ-PICAZO, G.: *Los riesgos laborales, doctrina y jurisprudencia*, op. cit, pag.102

¹⁴¹ Cf. PANTALEON PRIETO, F.: *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Vol. II, Madrid, págs .1980 y ss.

caso inadmisibles y por ello no puede ser utilizado como argumento a estos efectos.

Debe evitarse la confusión entre la protección de la Seguridad Social y la responsabilidad contractual del empresario. La primera no agota la segunda. Como máximo, puede considerarse que el régimen de la Seguridad Social, contenido en la LGSS, afecta exhaustivamente a algunos de los intereses puestos en juego por el trabajador en el contrato de trabajo: la protección de su salud mediante la necesaria asistencia sanitaria y el mantenimiento de su nivel de ingresos mediante la recepción de la correspondiente prestación económica. Por ello, no debe entenderse que los derechos que dicha norma reconoce a los trabajadores agotan todas las posibles consecuencias de la responsabilidad contractual del empresario, sino exclusivamente las que afectan a la asistencia sanitaria y a la capacidad laboral. La responsabilidad contractual del empresario, por tanto podría extenderse a otros intereses del trabajador no cubiertos por la Seguridad Social: daño moral, daños emergentes por pérdida o deterioro de bienes propiedad del trabajador y lucros cesantes diferentes de la pérdida de los ingresos laborales¹⁴².

Esta interpretación se fortalece si examinamos la función de la Seguridad Social, que no es solo la de cubrir la responsabilidad del empresario, poniendo a este a salvo de las reclamaciones de sus trabajadores, sino de asegurar a estos la cobertura de unos mínimos - asistencia sanitaria y mantenimiento de los ingresos laborales- que no dependan de la solvencia de su empresario. No cabe, desde este punto de vista, que la Seguridad Social, tal y como esta configurada hoy en día, restrinja la posible responsabilidad del empresario por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Por ello, aunque en los orígenes de la legislación sobre accidentes de trabajo no estaba contemplada la posibilidad de actuar frente al patrono por la vía civil, para reclamarle la reparación íntegra de los daños (en base a la

¹⁴² DIEZ-PICAZO, G.: *Los riesgos laborales, doctrina y jurisprudencia*, op. cit, pag. 104 y ss.

existencia del principio de inmunidad) desde la entrada en vigor de la LBSS de 1963 y el posterior TRLGSS de 1966, no cabe duda de que tal posibilidad está reconocida.

Actualmente son innumerables las sentencias de la Sala 1ª del TS que resuelven la cuestión de esta manera: si el demandante apoya su pretensión resarcitoria en los art. 1902 y 1903 del CC, la responsabilidad es extracontractual y por consiguiente su conocimiento debe corresponder al orden jurisdiccional civil. Si por el contrario, la basan en el incumplimiento contractual, es competente el orden social¹⁴³.

Consideramos que la responsabilidad del empleador por el accidente laboral sufrido, como consecuencia de una actividad laboral, por un trabajador, es una *típica responsabilidad contractual*. Pues, no solo existe entre las partes una relación contractual, sino que el daño es consecuencia exclusiva de la existencia de tal relación. Por tanto, no existe razón alguna para la aplicar la idea de que, aun existiendo relación contractual, son extracontractuales los daños que exceden de la propia relación contractual¹⁴⁴.

La LRJS ha atribuido al orden jurisdiccional social la competencia para el conocimiento de los supuestos de siniestralidad laboral con carácter de globalidad, resultando como consecuencia de ello que la fundamentación legal invocada en la demanda, ya sea bajo el amparo de una responsabilidad contractual o extracontractual, pasa a carecer de relevancia a los efectos de su atribución a los órganos judiciales del orden social.

¹⁴³ En este sentido se pronuncian las SSTS de 20 de julio de 2006 [Rec. 4961/1999] Pte: Gonzalez Poveda; de 21 de junio de 2006 [Rec.3948/1999] Pte: Gonzalez Poveda y de 4 de mayo de 2006 [Rec.2855/1999] Pte: Auger Liñan

¹⁴⁴ Cf. SSTS , Sala 4ª, de 18 de junio de 2004 [R] 2004. 4431], y de 18 de abril de 2006 [Rec. 2520, 1999]

A este acercamiento del tipo de responsabilidad civil contractual y extracontractual en el ámbito de las relaciones laborales que deriva en una única jurisdicción y que ha llevado a cabo la LRJS, han ayudado también las tendencias existentes en el ámbito civil de dotar de un importante campo de actuación a la responsabilidad contractual, ya que no sólo es la que surge de la violación de una obligación nacida de contrato, sino que también comprende todas las indemnizaciones que dimanen de una obligación preexistente, cualquiera que sea su fuente además del contrato, la voluntad unilateral, el contacto social, la gestión de los negocios y el amplísimo espectro de las obligaciones legales¹⁴⁵. Dejando la responsabilidad extracontractual a un espacio más acotado, que incluiría las transgresiones a las normas que rigen la convivencia social materializadas en un *alterum non laedere* (deber jurídico genérico), o a actos ilícitos imputables a título de dolo o culpa o atribuibles de manera objetiva¹⁴⁶.

En este sentido, el amparo en la responsabilidad *aquiliana* o extracontractual en materia de derecho de daños en el ámbito laboral, sería residual, sin perjuicio de que también fuese conocida por la Jurisdicción social desde el momento en que se conectase la actuación lesiva del tercero causante del daño con la prestación de servicios. En todo caso, el establecimiento de un régimen único de responsabilidades, y derivado de ello, la asunción por la Jurisdicción Social de reclamaciones ante sujetos no directamente vinculados al trabajador víctima del daño pero si conectados con la prestación de servicios de éste, debería evitar, como se ha anticipado por la doctrina *iuslaboralista*¹⁴⁷, que para determinar si se está ante un ilícito contractual o extracontractual se acabe aplicando el régimen que el

¹⁴⁵ BUERES, ALBERTO J.: "El futuro de la responsabilidad civil: ¿Hacia dónde vamos?", op. cit., págs. 807 y 808.

¹⁴⁶ CAMAS RODA, F.: "La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo", *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*, Girona, 2013, págs. 63 y ss.

¹⁴⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V. / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 54 y 55.

propio perjudicado o el órgano judicial consideren oportuno en cada caso.

III.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL.

En los supuestos de responsabilidad derivada de accidentes de trabajo o enfermedad profesional por incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos empresariales atribuibles a dos o más empresarios, la idea dominante es que estos respondan *solidariamente* del daño causado¹⁴⁸, también se generan por culpa extracontractual o aquiliana¹⁴⁹.

En todo caso, al margen de supuestos de siniestralidad laboral, se ha de traer a colación que la Ley 13/2012, de 26 de diciembre de lucha contra el empleo irregular el fraude a la Seguridad Social ha *modificado* el art. 42.2 de la LET¹⁵⁰ de tal manera que resulta ampliado

¹⁴⁸ GINES I FABRELLAS, A.: *Instrumentos de Compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2011, págs. 278 y ss.

¹⁴⁹ GIL SUÁREZ, L.: "Responsabilidad civil o patrimonial derivada de accidente de trabajo: clases, elementos subjetivos y jurisdicción competente", *Revista Actualidad Laboral*, Junio 2005, págs. 1136 a 1131. En todo caso, defendiendo la posible aplicación de la solidaridad, este autor expresa un modo de distribución de las cuotas de responsabilidad en caso de varios deudores: dividir la cuantía total de la deuda en tantas cuotas o partes como deudores solidarios haya. "Lo lógico es que el importe de cada cuota se fije en función del nivel de responsabilidad del deudor a que corresponde, del grado o intensidad de la imprudencia por él cometida, de su participación en la relación de causalidad del siniestro, y de otras circunstancias dignas de ser tomadas en consideración a fin de efectuar esa fijación de cuantía. Por ello es evidente que a este objeto es muy difícil establecer reglas o criterios generales, y que serán de suma importancia las circunstancias y datos concurrentes en cada caso. Si en el supuesto examinado no se aprecian razones para fijar cuotas de diferente importe, entonces será procedente dividir por partes iguales el montante total de la indemnización".

¹⁵⁰ Establece: "El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la

el periodo de responsabilidad solidaria pasando de uno a tres años de las obligaciones referidas a la Seguridad Social (no a las de naturaleza salarial, cuyo plazo de responsabilidad sigue estando en un año), ya que según la Exposición de motivos de la norma, la regulación modificada dificultaba mucho su efectividad. Como resultado, parece que el legislador ha regulado un período intermedio de prescripción de la responsabilidad a medio camino de otros reconocidos en la legislación laboral, como el año del art. 59 LET por ejemplo, y los cinco años del art. 43 LGSS para el reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social.

Además, hay que hacer referencia a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, dedicada a la regulación de la subcontratación en el sector de la construcción, en cuyo art. 7.2¹⁵¹ se introduce una responsabilidad solidaria sobre obligaciones laborales que alcanza a las responsabilidades derivadas de accidente laboral, si bien esa responsabilidad solidaria solo se produce en relación con el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro del art. 4.2 o de subcontratación del art. 5, y no cuando el incumplimiento lo es de otras obligaciones; junto a ello, estas previsiones de agravación se producen con independencia de que la subcontrata corresponda o no a la propia actividad del empresario principal¹⁵², así como también

terminación de su encargo, responderá *solidariamente* de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata".

¹⁵¹ Dispone este precepto que: que "Sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el artículo 4.2 o del régimen de subcontratación establecido en el artículo 5 determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas".

¹⁵² MOLINER TAMBORERO, G.: "La culpa como criterio de imputación en los accidentes de trabajo. La delimitación de responsabilidades", en AA.VV. (Coordinado por HERRADOR GUARDIA, M.J.), *Derecho de daños*, Sepin, Madrid, 2011, págs. 681 y ss. También MERINO SEGOVIA, A.: *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector*

que la solidaridad sólo está pensada en relación con el subcontratista y con el contratista principal y no con respecto a ningún otro subcontratista de la cadena de subcontratación¹⁵³.

La responsabilidad solidaria del art. 7.2 no es excluyente, sino que actúa sin perjuicio de cualquier otro tipo de responsabilidad establecida en la legislación social, de este modo a aquella responsabilidad habrá que adicionar la prevenida en el art. 42.2 del ET para el supuesto de hecho contemplado por la norma¹⁵⁴.

La responsabilidad diseñada por el precepto es una responsabilidad de carácter amplio por cuanto esta se extiende no sólo a las cuantías retributivas e indemnizatorias sino a cualquier otra obligación laboral o de Seguridad Social, incluyéndose así, además de los salarios e indemnizaciones, cualesquiera otras obligaciones en materia de derechos laborales, comprendidas también las concernientes a la salud y seguridad en el trabajo, y de Seguridad Social, es decir, las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, altas y bajas de cotización.

de la construcción, Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 69 y ss.

¹⁵³ LANTARÓN BARQUÍN no interpreta literalmente que el art. 7.2 se ciña al contratista principal entendido de forma que éste solo resulte el inmediatamente posterior, sino que el art. 7.2 limita la responsabilidad al empresario de los trabajadores y al principal, sin transmitirse a lo largo de la cadena, si bien abre la puerta a extender la responsabilidad a las empresas intermedias que pueda haber en caso de no haber transmitido al información o documentación remitida (LANTARÓN BARQUÍN, D.: "Responsabilidad, registros y libros en la nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción", en AA.VV. (Coordinador JESUS R. MERCADER UGUINA): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y el nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto*, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 142 y ss.

¹⁵⁴ MERINO SEGOVIA, A.: *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 70 a 71.

IV.- SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EXIGIBLE A OTROS AGENTES

1.- RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DE TERCEROS

Se trata de las opciones para reclamar responsabilidades civiles a otros sujetos en función del accidente sufrido por un trabajador que ofrecen tanto el art. 1101 y ss., como el art. 1902, aparte de la responsabilidad del empresario de carácter reparador. Así, por ejemplo, podrían traerse a colación la utilización del art. art. 1903 en relación al 1904 que permite al empresario que hubiera indemnizado al tercero los daños causados por uno de sus trabajadores, repetir contra éste, al efecto de obtener el reintegro de lo pagado.

Esta responsabilidad de repetición es amplia, ya que la responsabilidad empresarial es directa¹⁵⁵ y, por tanto, no subsidiaria de la del trabajador¹⁵⁶, sino solidaria¹⁵⁷, y además, aun cuando la responsabilidad del trabajador frente al tercero se basa en la concurrencia de culpa o dolo, la del empresario es cuasi-objetiva, pues, salvo que acredite que empleó toda la diligencia del "buen padre de familia", que en su aplicación práctica se extrema al máximo, siempre responderá por los actos del trabajador, lo que se justifica en atención a los conceptos de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, último

¹⁵⁵ ALFONSO MELLADO, C.L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch (Colección laboral: 3), Valencia, 1994, pág. 80.

¹⁵⁶ ALFONSO MELLADO, C.L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y ...*, op. cit, p. 80; También GÁSQUEZ SERRANO, L.: "La responsabilidad civil por hecho ajeno: las nuevas tendencias jurisprudenciales ...", óp. cit., págs. 117 y ss.

¹⁵⁷ ALFONSO MELLADO, C.L. *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y...*, op. cit., pág. 80; también GÁSQUEZ SERRANO, L.: "La responsabilidad civil por hecho ajeno: las nuevas tendencias jurisprudenciales ante la responsabilidad civil del empresario...", óp. cit., págs. 117 y ss.

fundamento del artículo 1903.4, al efecto de objetivar la responsabilidad sin romper totalmente con la idea de culpa¹⁵⁸.

En este sentido, hay que recordar cómo el art. 6 de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil¹⁵⁹ denomina "el estándar de conducta que le era exigible en la supervisión" o lo que es lo mismo, se había omitido el deber de vigilancia¹⁶⁰.

El art. 1903 CC, según la STS de 29 de octubre de 2012, no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización del responsable dependiente que, como autor culposo o negligente, sea deudor con el empleador o empresario de una indemnización solidaria. Por otra parte, la responsabilidad ex art. 1903 CC no presupone la del agente material del daño con base en el art. 1902 CC, ni por tanto que hubiera habido culpa de su parte, y es que el propio Tribunal Supremo ha admitido que la inimputabilidad del agente directo no exime a los superiores de responder ex artículo 1903, siendo así que un inimputable nunca responderá con base en el artículo 1902 CC, por ausencia de culpa¹⁶¹.

¹⁵⁸ C.L. ALFONSO MELLADO. *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, óp. cit., pág. 80. Y DIEZ-PICAZO, G.: *Los riesgos laborales, doctrina y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pág. 118.

¹⁵⁹ Se pueden consultar en: <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/> PETL Spanish; MARTINS CASALS, M.: "Líneas generales de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil", www.asociacionabogadosrcs.org/congreos/5congreso/ponencias.

¹⁶⁰ GÁSQUEZ SERRANO, L.: "La responsabilidad civil por hecho ajeno: las nuevas tendencias jurisprudenciales ante la responsabilidad civil del empresario", manifiesta que en este ámbito nos encontramos ante una responsabilidad por culpa, la de no vigilar con la debida atención la conducta de su empleado, si bien, si se confirma la inversión de la carga de la prueba, no es la víctima la que tiene que demostrar que ha sufrido un daño, sino que es el empresario el que tiene que acreditar que no incurrió en culpa.

¹⁶¹ CAMAS RODA, F.: "La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo", óp. cit. pág. 66.

2.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA

Por lo que se refiere a la exigencia, por la víctima de un daño laboral, de una indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo a otro trabajador de la misma empresa, podría sostenerse la utilización del art. 1902 CC, es decir, la responsabilidad extracontractual por la vulneración por el trabajador al que se le exige la indemnización correspondiente del principio *neminem non laedere*; en todo caso, tratándose de un siniestro derivado de una conducta culposa, en el marco de una relación de trabajo entre la víctima, el culpable y el empresario, podría imputarse responsabilidad a la parte empresarial ex art. 1903 CC¹⁶², que establece que la obligación de reparar el daño causado es exigible, "no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder", concretando en este sentido, que son responsables por los perjuicios causados "los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones"; responsabilidad de la que sólo se pueden eximir, cuando dichas personas "prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

En materia de siniestralidad laboral, el ámbito lógico de actuación del art 1902 CC es el accidente sufrido por un tercero a la empresa debido a la conducta culposa de un trabajador de ésta, o, de forma excepcional, si la víctima es un trabajador de la propia empresa, sólo cabría utilizar esta vía para dirigirse contra el trabajador culpable en el supuesto de que su conducta no guarde relación con el desempeño de sus funciones laborales.

¹⁶² ALFONSO MELLADO, C.L.: *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 119.

En otro caso, es decir, en el supuesto de que tanto la víctima como el causante del daño fuesen trabajadores de la misma empresa, y el sujeto activo del daño hubiera actuado de forma negligente en el cumplimiento de sus deberes laborales en materia de seguridad y salud laboral, cabría exigir responsabilidad contractual al empleador por cuanto hay que recordar que los deberes del trabajador tienen, en materia de seguridad y salud laboral, carácter estrictamente accesorio y secundario respecto de los deberes empresariales, sin perjuicio de que por la vía del art. 14.4 LPRL la parte empresarial pudiese ejercitar una acción de regreso contra el trabajador negligente.

No obstante, en el caso de utilizar la vía del art. 1902 CC, con respecto a la reclamación de responsabilidad a trabajadores de la empresa, junto a la de carácter contractual del empresario, habría instrumentos para defender la competencia del orden social para conocerlo por la atracción que ejercer la segunda vía. Además, en estos casos en los que varios sujetos intervienen ocasionando los daños, la regla general será la responsabilidad solidaria, salvo que se pueda individualizar la participación que cada uno haya tenido en los daños causados, en cuyo caso se procede a fijar de forma individualizada la responsabilidad, estableciéndose, bien los daños que cada uno indemniza, o bien el porcentaje que cada uno ha de asumir sobre la indemnización global que se reconoce¹⁶³.

3.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN

El cumplimiento de los deberes de prevención corresponde a la parte empresarial, en el marco de la normativa prevencionista, sin que en ningún momento la LPRL identifique a los servicios de prevención, en cualquiera de sus modalidades, como sujetos

¹⁶³ CAMAS RODA, F.: "La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo", op. cit. pág. 67.

obligados por el deber general de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, o de cualesquiera de las obligaciones específicas que dispone la ley, sino que les atribuye unas "funciones", de carácter necesario para realizar las actividades preventivas, "asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes..." (art. 31.2 LPRL). De hecho, si se repara en La normativa administrativa sancionadora, concretada en la LISOS, las infracciones que se les refiere se basan en presupuestos diferentes a los que fundamentan la imposición de sanciones al empresario.

La doctrina *iuslaboralista* se ha decantado por afirmar su responsabilidad civil si mediante sus actuaciones dolosas o negligentes colaboran en la producción de daños al trabajador, responsabilidad que estaría implícita en las prescripciones del art. 14.4 LPRL, por cuanto al regular que sus funciones no eximen del deber del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, "sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier persona", está previendo la posibilidad de la parte empresarial entable reclamaciones contra los servicios preventivos por el incumplimiento de sus obligaciones, pero no sólo el empresario puede ejercitar estas acciones, sino también el propio dañado si así lo desea, aunque lo más normal es que se dirija contra su empresario y luego sea éste quien repercuta contra aquéllos, situación que es, en definitiva, a la que se refiere el mencionado precepto¹⁶⁴. En este sentido, se ha defendido que si es el trabajador el que se dirige con el servicio de prevención, en particular una entidad ajena a la empresa, el trabajador dañado sólo podrá dirigirse extracontractualmente contra la entidad ajena por el daño ocasionado por el personal a su servicio (art. 1903 CC.) y también de forma extracontractual contra el propio prevencionista causante del daño (art. 1902 CC)¹⁶⁵.

¹⁶⁴ ALFONSO MELLADO, C.L.: *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, óp. cit., pág. 137.

¹⁶⁵ LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, Editorial CES, Madrid, 2002, pág. 121.

En estos casos, la naturaleza de la responsabilidad podría resultar atraída por la naturaleza contractual que tiene la del obligado principal, el empleador; además de que, en muchos casos, el incumplimiento del que deriva la posible responsabilidad de estos sujetos sería una contravención de obligaciones establecidas en normas laborales, un "ilícito laboral", en la medida en que no pocas ocasiones las conductas exigibles de estos terceros aparecen recogidas en aquellas normas¹⁶⁶. Lo realmente relevante es ese concepto del ilícito laboral que es, ciertamente, el que debe solucionar los problemas competenciales: la jurisdicción social conocería cuando se reclame responsabilidad al empresario por actos de sus empleados, al amparo del artículo 1903 CC, pero también a su vez al propio empleado causante de la conducta dañosa; 10 mismo cuando se reclame al empresario por los actos de sus auxiliares asociados -por ejemplo, servicios de prevención externos- al mismo tiempo que a éstos. La responsabilidad de todos estos sujetos no excluye la del empresario (art. 14.4 LPRL), pero tampoco el hecho de que subsista la responsabilidad de éste implica que desaparezca la que aquéllos puedan tener frente al dañado, en su caso al amparo del art. 1902 CC; de hecho, no es infrecuente encontrar condenas en la materia a sujetos distintos del empresario.

El principal fundamento para defender esta tesis sobreviene en la calificación, ya desde el ámbito civilista, de los servicios de prevención como "*auxiliares*" contractuales de la parte empresarial por su intervención en el proceso de cumplimiento, por parte del empresario, de sus obligaciones laborales. Así, si se produce un daño, y si como se ha visto en el art. 14.4 LPRL, la actuación de los servicios de prevención no eximen al empresario de su obligación general de seguridad y salud laboral, el empresario seguirá siendo responsable, tanto si el accidente ha derivado de su comportamiento como si ha sido producto de la negligencia del servicio de prevención. A partir de esta tesis, el debate que se abre es si el empresario responderá en todo

¹⁶⁶ ALFONSO MELLADO, C.L.: "Responsabilidad civil por accidente de trabajo: cuestiones actuales", *Revista Jurídica de Cataluña*, Nº 3, 2009, págs. 73 y 74.

caso del incumplimiento realizado por el auxiliar preventivo, ya que al fin y al cabo los servicios de prevención tienen como cometido principal el cumplimiento de los deberes específicos de prevención, o puede no ser así, y por tanto pueden producirse casos de incumplimiento del servicio sin responsabilidad empresarial por ello.

Consideramos que la responsabilidad del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, no eliminada por la actuación del servicio de prevención, no puede deducirse que proceda en todo caso del incumplimiento ocasionado por dicho auxiliar: si bien el empresario no puede exonerarse de su responsabilidad alegando, sin más, que el incumplimiento ha sido ocasionado por el auxiliar ya que a quién le compete el cumplimiento del deber de protección es al empresario, también es cierto que la actuación del auxiliar no agrava la responsabilidad del deudor; por esa razón, el empresario-deudor responderá contractualmente por la actuación de los Servicios de Prevención en los mismos casos, pero sólo en los casos en que respondería de su propia actuación. Por el contrario, podrá exonerarse de la responsabilidad en los mismos supuestos en que habría podido exonerarse de haber ejecutado él mismo la prestación¹⁶⁷.

En el supuesto de reclamar la responsabilidad civil de carácter contractual de la parte empresarial, resarcido el daño producido al trabajador, aún cuando dicho daño hubiera sido provocado por la actuación de los servicios de prevención concertados, también cabe sostener que dicha parte empresarial deba soportar definitivamente la indemnización satisfecha la responsabilidad del Servicio de prevención frente al empresario se sitúa en el marco de la realización contractual que se haya establecido entre ambos al concertar la realización de la actividad preventiva. De la misma manera que el art. 12.22 de la LISOS tipifica como infracción de los servicios de prevención ajenos, no la vulneración de los deberes de prevención

¹⁶⁷ CAMAS RODA, F.: "La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo", op. cit. , pág. 69.

que corresponden al empresario, sino el incumplimiento de las obligaciones derivadas sus actividades de prevención "respecto de sus empresarios concertados, de acuerdo con la normativa aplicable", lo mismo puede decirse con respecto a la responsabilidad civil: los Servicios responderán por los daños causados al empresario a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato celebrado¹⁶⁸.

4.- RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FABRICANTE

La responsabilidad civil exigible al fabricante, importador o suministrador de equipos de trabajo, de su conducta en materia de siniestralidad laboral, no se corresponde con la poca, o inexistente, conflictividad judicial que suscita el cumplimiento del art. 41 de la LPRL, a no ser que sea en el marco de las alegaciones de la parte empresarial ante la reclamación que se le dirige por un accidente laboral¹⁶⁹.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del TSJ de Andalucía de 27 de enero de 2005, que se encuentra ante la necesidad de responder a la alegación por una empresa en un proceso por accidente de trabajo derivado de incumplimiento contractual de medidas de seguridad, consistente en recordar que la máquina en la que trabajaba el trabajador reunía según el fabricante las medidas de seguridad precisa y declaración de conformidad CE. El TSJ rechaza que dicha alegación pueda exonerar al empresario de sus responsabilidades al afirmar que "basta con leer los artículos 7 y siguientes del Real Decreto 1435/1992 para comprobar: que los certificados del fabricante, sobre observancia de las normas de seguridad, no acreditan

¹⁶⁸ HERRERO GARCÍA, M.J.: "Responsabilidad civil de los servicios de prevención", *Actualidad Laboral*, Nº 10, marzo de 1998, pags.181 y ss.

¹⁶⁹ Cfr. AGUILERA IZQUIERDO, R.: "Responsabilidad civil de la empresa fabricante por accidente de trabajo derivado de defecto de la maquina causante", *Revista Aranzadi Social*, Nº 13, 2010, pág. 4 y ss.

el cumplimiento de las mismas, ni liberan de responsabilidad al fabricante, ni a quién le compra, porque, el deber de proporcionar a sus empleados seguridad en el trabajo, obliga al patrono a usar un proceso productivo seguro y a comprobar que las máquinas que compra cumplen las normas de seguridad reglamentarias ya que, en otro caso incurre en culpa "in vigilando", como aquí acaeció, pues era evidente el peligro que unas ruedas girando a velocidad y arrancando matas suponían, para quien se acercara, porque el artículo carecía de pantalla protectora".

El art. 41.1 de la LPRL, ya sea de forma exclusiva, ya sea en relación con el art. 24.4 de la LPRL, establece el deber de relación mutuo entre el fabricante y el empresario en materia de información para la utilización segura de las maquinas adquiridas o utilizadas, si bien, antes de ese deber de coordinación, ha atribuido a los fabricantes que están obligados a que sus equipos "no constituyan una fuente de peligro para el trabajador", cosa que, por lo que se deduce del supuesto de hecho examinado en la sentencia, podía no concurrir.

En este caso, y dejando al margen la posible repercusión de la responsabilidad empresarial en el fabricante, podría defenderse la responsabilidad contractual del fabricante, en el caso de concurrir en el marco de un proceso de coordinación con el empresario como contratista, o de carácter extracontractual, con el carácter de solidaria junto a la de la empleadora del trabajador.

5.- RESPONSABILIDAD CIVIL DEL INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Finalmente, cabe comentar la posibilidad de exigir responsabilidad civil por los daños y perjuicios derivados de siniestralidad laboral a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o

incluso a los técnicos de prevención de riesgos laborales habilitados para la colaboración con la Inspección en determinados supuestos.

A priori, consideramos que es difícil imaginar que en el marco de las funciones de vigilancia y control de la normativa laboral que realizan los Inspectores de trabajo, así como las de asesoramiento y comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo de los técnicos, puedan derivarse conductas negligentes que sean causa de un accidente de trabajo, por las cuales unos u otros deban responder penal y civilmente¹⁷⁰.

Sin embargo, discrepa de ello la Sentencia del TS 537/2005, de 7 de abril de 2005, en la que se condena a un Inspector de Trabajo por una falta de simple imprudencia prevista en el art. 586 bis del CP, en relación con los arts. 407, 420 y 421 del mismo Código, que ha conocido del recurso que se interpuso frente a la Sentencia núm. 262/03, de 30 de junio de 2003, de la Audiencia Provincial de Alicante (más conocida como Sentencia *Ardystil*¹⁷¹).

La motivación de la sentencia del TS en el objeto de estudio que nos ocupa tiene dos fundamentos básicos: por una parte, la posición de garante del Inspector de Trabajo y Seguridad Social en cuanto realiza una inspección en una empresa en la que se produjeron posteriormente muertes y graves lesiones de algunos trabajadores por no adoptarse las debidas medidas de seguridad en el trabajo, "ámbito al que se extendía su competencia acorde con la normativa..."; de esta forma, y siguiendo lo que había razonado la Sentencia *Ardystil*, se viene a argumentar que el deber de cuidado incumbe tanto al empresario como a quién asume legalmente la tarea de velar por el cumplimiento de la normativa vigente.

¹⁷⁰ CAMAS RODA, F.: "La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo", op. cit, págs. 70 y ss.

¹⁷¹ Al respecto cabe citar el artículo monográfico, MARTIN LORENZO, M.: "Caso *Ardystil*. Relaciones concursales entre los llamados delitos contra la seguridad de los trabajadores y los tipos de resultado (homicidio y lesiones)", *Diario Jurisprudencia El Derecho*, Nº 2365, El Derecho, 30 de enero de 2007.

Por otra parte, según el TS, aunque el control de las condiciones de seguridad y salud laboral no era objeto específico de la denuncia que había dado lugar a la visita, ello no ha de servir de excusa por cuanto "existen supuestos en los que pueden resultar patentes y a simple vista las deficiencias en materia de seguridad o casos, como el presente, en el que se trata de una empresa que funcionaba clandestinamente y sin ningún tipo de control, lo que puede presuponer unas condiciones laborales precarias en todos los aspectos, incluida la seguridad, y ello unido a que la actividad que se desarrollaba en la empresa podría entrañar riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores, dada la naturaleza de los productos que se empleaban y manipulaban, por lo que resultaba aconsejable que se hubieran ejercido, al mismo tiempo, las competencias que en seguridad e higiene corresponden a los Inspectores de trabajo...".

Debe estarse muy atento a los efectos que puede conllevar esta sentencia en el marco de las responsabilidades civiles y penales, tanto de la Inspección de Trabajo como de otros agentes en el marco de las relaciones laborales con funciones y competencias en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Con relación a la argumentación expresada por el TS, relativa a la necesidad de que el Inspector de Trabajo hubiera tenido que vigilar las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en la empresa aunque la denuncia de la que trae su origen la actuación del Inspector no versara sobre ello, puede surgir la pregunta de si, ante la visita de la Inspección a un centro de trabajo por un determinado motivo debe servir, y ser obligado, a que el Inspector analice todos los problemas sociolaborales que puede haber en la empresa, y por tanto, a mezclar ámbitos competenciales diversos. Para un adecuado acercamiento a la solución jurídica más ajustada a derecho, debe traerse a colación la aprobación del Real Decreto 689/2005, de 10 de junio, cuya Disposición Final Primera añade modifica el R.D. 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de

organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el sentido de añadir un párrafo 4º a su art. 23 (relativo a la actuación de los Inspectores a partir de las Ordenes de servicio), cuyo objetivo parece dirigido a evitar justamente la interpretación que he expresado de la sentencia del TS al regular que “dado el carácter singular de las órdenes de servicio, no serán exigibles otras actuaciones al margen del servicio encomendado. No obstante, si el inspector apreciara, en el curso de la visita, la evidencia manifiesta de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, podrá ordenar la paralización inmediata de tales trabajos o tareas, conforme a lo establecido” (apartado 4).

En lo referente al *deber de cuidado* el cual incumbe tanto al empresario como a quién asume legalmente la tarea de velar por el cumplimiento de la normativa vigente, lo que a fin de cuentas sirve de base para imputar las responsabilidades correspondientes al Inspector, consideramos que se trata de una tesis que ancla su fundamento en la doctrina tradicional que, conforme a la normativa preconstitucional básicamente regulada en la Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 1974, defendía la atribución de un deber público de seguridad que incumbía tanto a los poderes públicos como a empresarios y trabajadores en la tutela de la vida y la integridad física del trabajador, si bien con la aprobación de la LPRL considero que ha quedado arrumbada por la regulación, en su art. 14, de una obligación de carácter estrictamente contractual, tanto en su origen como en su dinámica, a cargo exclusivamente del empleador. Por esa misma razón, no cabe repartir dicha obligación entre otros agentes en materia de seguridad y salud en el trabajo, ya sean externos a la empresa, como puede ser en los términos ya vistos los servicios de prevención ajenos o la autoridad pública, sino tampoco internos, como por ejemplo los delegados de prevención de riesgos laborales: obsérvese como poniendo en relación el art. 14.4 con el art. 36 LPRL, lo que asumen estos sujetos son propiamente competencias y facultades - y, en ningún caso deberes jurídicos de seguridad-, con el objetivo principal de colaborar con eficacia en la mejora de la seguridad y

salud en el trabajo.

V.- PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

En este punto, conviene traer a colación los trabajos realizados por el *European Group on Tort on Law*, que fructificaron en la aportación en el año 2005 (en Viena) de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. El Grupo está integrado por varios profesores universitarios especializados en el estudio de la responsabilidad civil extracontractual y muchos de ellos también se dedican al ejercicio del Derecho en sus distintos ámbitos. Aunque el grupo es europeo, cuenta también con prestigiosos especialistas que proceden de otros continentes. Así se integraron algunos miembros de la República de Sudáfrica, Israel o los Estados Unidos¹⁷².

Obviamente, los Principios, no son normas jurídicas pero están contruidos a partir de la normativa vigente en los diversos países. Constituyen un conjunto doctrinal de cierta fuerza persuasiva y una aproximación a lo que en el futuro, puede representar una cierta armonización del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil Extracontractual, ámbito en el que el Legislador no ha intervenido aun con carácter general. La sala primera del TS los ha citado en alguna sentencia como apoyo para la doctrina que se mantenía en el caso concreto¹⁷³.

Los Principios se estructura en seis títulos que desarrollan los aspectos más relevantes de responsabilidad aquiliana: Norma Fundamental, Presupuestos Generales de la Responsabilidad,

¹⁷² SALAS CARCELLER, A.: "Los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil", *Revista de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 48, 2013, pág. 9.

¹⁷³ Así, en Sentencia 1087/2008 de 21 de noviembre; Sentencia 366/2010 de 2 de marzo y Sentencia 536/2012 de 10 de septiembre, entre otras.

Fundamento de la Responsabilidad, Causas de Exoneración, Pluralidad de Causantes del Daño y Remedios.

Los títulos se dividen a su vez en capítulos que constan de treinta y seis artículos con sus correspondiente comentarios, ocupando de entre ellos el carácter de fundamental el art. 101-1º según el cual, “La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra persona esta obligada a repararlo”, de donde deriva, entre otras consecuencias, la necesidad que el daño deba ser compensado, razón por la cual se comenta que los Principios de responsabilidad civil no pueden servir de fundamento a los daños punitivos ni a otro tipo de indemnizaciones que no se hallan en correspondencia con el daño sufrido por la víctima. Poniendo en relación dicho principio con el previsto en el art. 101-10º, donde se incluye la norma de que “la indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño”, se ha de concluir que la indemnización es un medio para restablecer a la víctima, cumpliendo ante todo la finalidad de compensación aunque también contribuye a la de prevención¹⁷⁴.

Esa finalidad preventiva a la que la indemnización resarcitoria tiende según los principios, habría sido asumida íntegramente en materia de responsabilidad civil en el ámbito laboral principalmente en relación el derecho de daños en el marco de la prevención de riesgos laborales y también en materia de vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, la reparación llevada a cabo *ex lege*, a través del art. 50 E.T, tendría un efecto compensador ante la extinción del contrato por incumplimiento del empresario que cuando deriva de la existencia de daños a la salud del trabajador no asumiría esa finalidad incentivadora a la evitación de la causación de los mismos daños con posterioridad. La indemnización a obtener por el

¹⁷⁴ MARTÍN CASALS, M.: *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Texto y Comentario, Thomson Aranzadi SA, Cizur Menor, 2008, pags. 49, 50 y 202. También BUERES, A.: “El futuro de la responsabilidad civil: ¿Hacia dónde vamos?”, en AA.VV., *Derecho de daños*, Sepin, Madrid, 2011, pags. 754 a 759.

trabajador debe compensar el total perjuicio sufrido por el trabajador, asumiendo también una finalidad disuasoria que, en el marco de una lesión del derecho a la seguridad y salud del trabajador, con la correspondiente acreditación de daños o perjuicios, personales o morales, deberían resarcirse, cosa que no se produciría de asumirse exclusivamente la tasación económica por extinción por voluntad del trabajador prevista en el art. 50 de la LET.

Hay que hacer referencia a la apertura de exigencia de responsabilidades civiles por daños producidos en el trabajo a las empresa concurrentes en una actividad , así como las reclamaciones que podrían derivarse respecto de Uniones Temporales de Empresas y Grupos de Empresas a efectos laborales¹⁷⁵. La importancia de la concurrencia empresarial en materia de accidentes de trabajo de forma particular es visible en el art. 76 de la LRJS el cual establece, en materia de daños, que el demandante podrá solicitar “la determinación de las personas concurrentes a la producción de un daño con la persona a la que se pretenda demandar y la cobertura del riesgo en su caso”. Esta diligencia tiene su fundamento en el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro, en cuanto al deber que incumbe al asegurado de manifestar al perjudicado y sus herederos, a los efectos del ejercicio de la acción directa, la existencia del contrato de seguro

¹⁷⁵ La STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2012 [Resolución: 307/2012], conoce del recurso de suplicación entablado por una empresa ante el homicidio de uno de sus trabajadores en su puesto de trabajo por el ataque de terceros asaltantes a las instalaciones; entre otras reclamaciones, la empresa pretende la extensión de la responsabilidad civil a la que debe hacer frente tanto a la compañía aseguradora con la que había concertado el seguro para cubrir la responsabilidad civil extracontractual derivada de la prestación de servicios de porteros y conserjes (puesto que no desempeñaba el trabajador fallecido en el momento de su muerte), así como a la Unión Temporal de Empresas formada para proyectos de subestaciones electrónicas, con la que la empresa recurrente había firmado un contrato para el trabajadores en su puesto de trabajo por el ataque de terceros asaltantes a las instalaciones. El TSJ no admite estas extensiones de responsabilidad civil, particularmente a lo que hace referencia a la UTE por cuanto, en función del art. 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la responsabilidad civil del empresario principal lo es en cuanto a la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, cosa que no acontece respecto a la prestación de control.

y su contenido¹⁷⁶.

La importante intervención de las entidades aseguradoras en materia de prevención de riesgos laborales es constatable por el mismo art. 15.5 de la LPRL, que abre la posibilidad de asegurar las posibles responsabilidades civiles en general, tanto las de carácter contractual como extracontractual a que tenga que hacer frente, en virtud de su naturaleza indemnizatoria al tener como objetivo el resarcimiento individual del trabajador que ha sufrido un daño (ex art. 1902 y ss. del Código Civil), derivado tanto de la actuación negligente o culposa del empleador como de la conducta o los actos de incumplimiento de otros trabajadores de la empresa, incluidos los técnicos de prevención que pudieran ser los causantes reales de los daños u otros posibles responsables.

¹⁷⁶ ESTEVE SEGARRA, A.: "El procedimiento ordinario" en BLASCO PELLICER, A. en AA.VV., *La reforma del proceso laboral, La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pag. 212.

CAPÍTULO TERCERO: IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS RESPONSABLES

Sumario:

I.- INTRODUCCIÓN:

II.- SUJETOS RESPONSABLES ORDINARIOS

1.- El empresario

2.- Servicios de prevención externos:

2.1.- Naturaleza:

2.2.- Responsabilidades:

A.- Frente al empresario.

B.- Frente al trabajador.

3.- Las mutuas de accidentes de trabajo

III. – SUJETOS RESPONSABLES EN SUPUESTOS ESPECIALES. PLURALIDAD DE SUJETOS RESPONSABLES.

1.- Contratas y subcontratas.

2.- Empresas de trabajo temporal

2.1.- Obligaciones

A.- de la empresa usuaria.: *deber informativo.*

B.- de la ETT: *idoneidad y formación.*

2.2.- Responsabilidades en materia preventiva.

A.- Incumplimiento de medidas y recargo.

B.- Tipos de responsabilidad: *subsidiaria y solidaria.*

IV.- EL TERCERO AJENO A LA RELACION LABORAL.

1.- El tercero responsable.

1.1.- Frente al trabajador.

1.2- Frente al empresario.

1.3.- Del recargo de prestaciones.

2.- Las mutuas y entidades gestoras frente al tercero

V.- CONCLUSIONES

I.- INTRODUCCIÓN

El principio de responsabilidad es imputable a todo aquel que incurra en los supuestos de los art. 1001 y 1902 del Código Civil. Quien incumple sus obligaciones contractuales o las cumple en forma negligente o quien cause un daño culposo sin existir vínculo contractual.

El principal responsable va a ser el titular de la empresa, el empleador, sea persona física o jurídica pues como tal debe hacer frente a los riesgos que comporta el desarrollo de su actividad. Frente a sus empleados es deudor de seguridad y salud (art.14 LPRL). Y frente a terceros es responsable por crear una situación de riesgo. Además puede existir responsabilidad de los directivos o empleados que interviene en la acción dañosa, pero ello no será óbice para que nazca la responsabilidad del titular de la empresa (ex art. 1903 CC)¹⁷⁷.

II.- SUJETOS RESPONSABLES ORDINARIOS

En principio, la responsabilidad es imputable a todo aquel que incurra en los supuestos de los arts. 1101 y 1902 del Código Civil, esto es, quien incumple sus obligaciones contractuales o las cumple en forma negligente o quien cause un daño culposo a otro sin existir vínculo contractual¹⁷⁸.

¹⁷⁷ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.M.: "El resarcimiento de los daños causado por incapacidad permanente en supuesto de responsabilidad civil y laboral", *IX Congreso Nacional de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros Ponencias*, Sepin, Madrid, 2009, pág. 439.

¹⁷⁸ Vid. GOMEZ CALLE, E.: "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno", en AA.VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2003, pag. 415 y ss.

La fijación de una serie de responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo presupone la existencia de unos deberes y obligaciones normativamente impuestos a determinados sujetos, bien los protagonistas de la relación laboral, bien otros sujetos que inciden en el desarrollo de la misma. Será sujeto responsable el que incumpla sus deberes o infrinja las normas reguladoras de la seguridad y salud laborales¹⁷⁹.

El primer sujeto responsable, dada su posición en la relación laboral, es el empresario, persona física o jurídica, comunidad de bienes o sociedad irregular. Pero como las normas reguladoras de la seguridad y salud laboral también imponen obligaciones a otros sujetos, e incluso les identifican en el momento de establecer responsabilidades, habrá que tomarlas en consideración¹⁸⁰.

El otro sujeto de la relación laboral, el trabajador, también puede ser sujeto infractor, tal como establece la Ley 31/95 art. 29.3º .

Como en la gestión de la prevención de riesgos pueden intervenir una serie de sujetos externos a la empresa, el R.D. Leg. 5/2000 (LISOS) prevé su responsabilidad en el art. 2.9, enumerando entre los mismos a los servicios de prevención ajenos a las empresas, las auditoras y las entidades formativas en prevención de riesgos laborales, que sean ajenas a las empresas.

Respecto a la actividad de construcción prevé la responsabilidad de los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia.

Por último, en relación con su intervención en el proceso productivo, se prevé la responsabilidad de los socios de trabajo de las

¹⁷⁹ STS de 8 de octubre de 2001 [R] 2002,1424]Pte, Martínez Garrido, En el mismo sentido, STS (Sala 1ª) de 4 de junio de 2008 [Rec. 428/2001] Pte. Sierra Gil de la Cuesta.

¹⁸⁰ ARASTEY SAHAUN, M.L.: "El Tribunal Supremo", *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 20120, pág. 1396 y ss.

cooperativas de trabajo, los fabricantes, importadores y suministradores de productos y equipos de trabajo.

La imputación de la responsabilidad puede hacerse de forma individual, respecto a un solo sujeto o de forma conjunta, cuando dos o mas sujetos hayan participado en los hechos constitutivos de la infracción.

1.- EL EMPRESARIO

La figura del empresario se erige como sujeto responsable por excelencia de la seguridad y salud en la empresa¹⁸¹.

Consecuencia del poder de dirección del empresario, reconocido en el art. 20 del E.T., aparece su correlativo deber de proteger a los trabajadores a su servicio frente a los riesgos laborales¹⁸².

Se concibe la deuda de seguridad de forma omnicomprendiva. El Estatuto de los Trabajadores contempla el derecho del trabajador en la prestación de sus servicios a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene (ET art. 19.1).

Por su parte, la Ley 31/ 1995 art 14.2 dispone que el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo¹⁸³.

¹⁸¹ MONEREO PEREZ, J.L. :“La figura del empresario (II)”, en AA.VV. *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales: nivel básico*, Lex Nova, 2001.

¹⁸² MARTIN HERNANDEZ, M.L. : *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, CES, Madrid, 2006, pág. 14 y ss; LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Comentario al artículo 14” (AA.VV), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Comares, Granada, 1998, pág. 12 y ss

¹⁸³ LOUSADA AROCHENA, J.F. / RON LATAS, R.P.: “Las obligaciones preventivas de las empresas visión general”, *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 699 y ss.

Este deber se extiende a la planificación de la acción preventiva y a la organización de la misma.

Las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales están reguladas con mas rigor y exigencia que otras obligaciones laborales. Se exige con tal rigor esta responsabilidad empresarial que la Ley 31/ 1995 (art. 15.4) establece que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador.

El empresario puede ser una persona física, jurídica, una comunidad de bienes, un ente sin personalidad, etc. Tal como aparece configurado en la Ley 31/1995 en su art. 42, el sujeto responsable es el empresario, con independencia de su naturaleza jurídica¹⁸⁴.

Así, la Ley 31/1995 establece en su art. 42.1 que el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dichos incumplimientos¹⁸⁵.

Por su parte, el art. 42.3 de la Ley 31/95 regula las responsabilidades en materia de Seguridad Social, al disponer que las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijados por el órgano competente, de conformidad con lo previsto en la normativa

¹⁸⁴ Vid. DOCTOR SANCHEZ-MIGALLON, R.: "Las obligaciones empresariales en los supuestos de empresas complejas y de intermediación en la prestación de servicios", *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 725 y ss.

¹⁸⁵ GARATE CASTRO, F.J.: "Organización de la prevención mediante la designación de uno o varios trabajadores", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 4, 2003, pág. 371 y ss.

reguladora de dicho sistema.

Hay que hacer una puntualización respecto al empresario persona jurídica y es que el abanico de responsabilidades al que nos hemos referido anteriormente no le es totalmente aplicable, pues las personas jurídicas no son penalmente responsables. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad penal únicamente es exigible a las personas físicas, debido a los principios de personalidad y culpabilidad en que se inspira y también en el hecho de que alguna de las sanciones previstas, como es la privación de libertad únicamente es aplicable a las personas físicas.

Sin embargo, para evitar lagunas de punibilidad, en relación con los denominados delitos especiales, se exige la responsabilidad a la persona física que ostenta la representación de la persona jurídica, tal como establece el CP en su art. 31: “ El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obra”.

La Sentencia del TS, Sala contencioso-administrativo, de 12 de julio de 2001¹⁸⁶, estableció que se vulnera el principio “*non bis in ídem*” al exigirse responsabilidad penal al director de la obra y responsabilidad administrativa a la empresa.

Sin embargo, la responsabilidad civil por el hecho delictivo sí puede ser exigida a la persona jurídica, en virtud de lo establecido en el CP art. 120.4º, a cuyo tenor “las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio -son también responsables civilmente- por los delitos o faltas que hayan cometido

¹⁸⁶ Rec. 28/96

sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de las obligaciones o servicios”.

La jurisprudencia ha configurado esta responsabilidad como de carácter objetivo (derivada de actos dolosos o culposos de sus trabajadores, representantes o gestores), ya que nace del hecho del mero vínculo entre la empresa y el infractor, siempre que los hechos se realicen dentro del ejercicio de las funciones encomendadas.

También se pueden derivar otras consecuencias para la persona jurídica, como son todas las previstas en el CP, art. 33.7º: clausura temporal o definitiva de la empresa; disolución de la sociedad, asociación o fundación; suspensión de las actividades de la empresa, fundación, asociación o sociedad por plazo inferior a cinco años; prohibición de realizar actividades operativas mercantiles, etc., de la clase de aquellos con cuyo ejercicio se haya cometido el delito; la intervención de la empresa, entre otras.

Ya hemos dicho antes que el principal responsable es el titular de la empresa, el empleador, sea persona física o jurídica, pues como tal debe hacer frente a los riesgos que comporta el desarrollo de su actividad¹⁸⁷. Frente a sus empleados es deudor de seguridad y salud (art. 14 LPRL) y frente a terceros responsable por crear una situación de riesgo. Además, puede existir responsabilidad de los directivos o empleados que intervienen en la acción dañosa, pero ello no será óbice para que nazca la responsabilidad del titular de la empresa (ex art. 1903 CC).

El empresario persona física, conforme al marco normativo (art. 7.7 Directiva Marco, art. 30.5º LPRL, art. 11 RPS¹⁸⁸, que define con mayor precisión los requisitos exigidos), puede desarrollar personalmente la actividad preventiva cuando concurren

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: en AA.VV, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 222 y ss.

¹⁸⁸ R.D 39/97, Reglamento de los Servicios de Prevención.

acumulativamente las siguientes circunstancias, que reflejan requisitos subjetivos y objetivos¹⁸⁹:

1.- Que se trate de empresas de menos de 25 trabajadores y cuente con un solo centro de trabajo. Este límite abre potencialmente esta modalidad organizativa a un conjunto amplio de empresas de nuestro país.

2.- Que las actividades desarrolladas en la empresa no estén incluidas en el Anexo I del RSP, donde se contempla un conjunto de sectores o actividades consideradas de especial peligrosidad.

3.- Que el empresario desarrolle su actividad profesional de forma habitual en el centro de trabajo. La habitualidad excluye el desarrollo de una actividad esporádica o cíclica, pues debe entenderse en el sentido de una presencia permanente y coextensa a la de los trabajadores, ya que la realización de las actividades de prevención requieren esa permanencia en el trabajo.

4.- Que el empresario tenga la capacidad correspondiente a las funciones preventivas que va a desarrollar, de acuerdo con lo establecido en el capítulo VI del RSP (art. 11.d). La cualificación que deba acreditarse no está referida a una genérica capacidad, sino queda condicionada por las características y requerimientos de la actividad empresarial para combatir los riesgos que la misma genera.

La actividad preventiva asumible personalmente por el empresario puede abarcar todas las actividades preventivas, excepto todas las relativas a la vigilancia de la salud de los trabajadores (art. 11.2 RSP). Por tanto, la asunción directa se trata de una fórmula mixta de organización de la prevención en la empresa, que deberá ser

¹⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. / FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. : “La gestión de la prevención de los riesgos laborales. Los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales”, *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 173 y ss.

complementada al menos con las funciones de vigilancia de la salud mediante el recurso a otra modalidad organizativa¹⁹⁰.

Aunque se den las circunstancias previstas en la norma, la opción por esta modalidad organizativa no es obligatoria, sino meramente potestativa para el empleador persona natural, por lo que siempre podría optar por otra modalidad. El cumulo de obligaciones de prevención de riesgos laborales supone para el empresario desarrollar un conjunto de actividad y de múltiples medidas preventivas que, no puede realizarlas por sí mismo, de manera en unos caso será por la imposibilidad física de acometerlas una sola persona y en otros, por propia carencia formativa y profesional del empresario. Por ello, el ordenamiento jurídico le permite asumir parcialmente algunas funciones y cubrir el resto mediante el recurso a los servicios de prevención (normalmente externos) o, designar a un trabajador para que se ocupe de las actividades restantes. La fuerte carga técnica que posee la puesta en marcha de los programas preventivos, unida, en otras ocasiones, a la imposibilidad de que el empresario lleve a cabo personalmente las diversas tareas necesarias para cumplir sus obligaciones en materia de prevención y seguridad, impone la necesidad de descentralizar dicha actividad tutelar a través de instrumentos que puedan dar cumplida respuesta a tales necesidades¹⁹¹.

2.- SERVICIOS DE PREVENCIÓN EXTERNOS

Los Servicios de Prevención se definen como “entidades privadas, especializadas e interdisciplinarias, propias o ajenas a la empresa, integradas por un conjunto de medios humanos y materiales

¹⁹⁰ Vid. MONEREO PERÉZ, J.L. / FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. : “La gestión de la prevención de los riesgos laborales...”, op. cit., pág. 153 y ss.

¹⁹¹ MERCADER UGUINA, J.: “El Reglamento de los Servicios de Prevención: crónica de una norma largamente esperada”, *Revista Relaciones Laborales*, Nº 8, 1997, pag. 1126.

necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados” (art. 31.2 LPRL).

Esta modalidad organizativa está prevista si la designación de uno o varios trabajadores fuera insuficiente para la realización de las actividades de prevención, en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores o de la peligrosidad de las actividades desarrolladas, con el alcance que se establezca en las disposiciones referidas en el art. 6.1.e) LPRL, en cuyo caso el empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención propios o ajenos a la empresa, que colaboraran cuando sea necesario (art. 31.1. LPRL). Las funciones que deberán realizar son, con carácter general, el asesoramiento y el apoyo que se precise, tanto a la empresa como a los trabajadores, en función de los tipos de riesgo en ella existentes (art. 31.1 LPRL). Los Servicios de Prevención están obligados a colaborar en diversas materias y con diversos órganos del Sistema Nacional de Salud¹⁹².

Los *Servicios de Prevención Propios* consisten en el “conjunto de medios humanos y materiales de la empresa necesarios para la realización de las actividades de prevención” (art. 31.1 LPRL; art. 10.2 RSP). Se trata, por tanto, de una unidad organizativa específica de la empresa y sus integrantes dedican de forma exclusiva su actividad a esta finalidad en la empresa (art 15.1. RSP). Dentro de esta modalidad cabe la posibilidad de contar con recursos propios suficientes y adecuados, o la complementariedad vía recursos a una entidad especializada ajena y acreditada. Se trata de una modalidad que contribuye a la integración de la prevención en la empresa y a una mayor implicación de sus integrantes en la misma. Constituye una fórmula más garantista dadas las mayores exigencias para su constitución que se imponen reglamentariamente como la exigencia

¹⁹² Art. 10 LPRL; art. 21 Ley 14/1986 General de Sanidad; art. 38 RSP.

de auditorias periódicas. Sin embargo hay que destacar los elevados costes técnicos y económicos que implican su implantación, por lo que solamente se contemplan determinados supuestos en que su constitución es obligatoria, los cuales se hayan descritos en el art. 14 de RSP.

De la Sentencia del TS de 3 de noviembre de 2005¹⁹³ se desprende claramente la posibilidad de que las normas convencionales puedan atribuir a los órganos mixtos de la empresa funciones decisorias respecto de cómo organizar la prevención, por lo que la decisión empresarial deberá respetar la procedimentalización convencional establecida (art. 29.2 LSP).

Los *servicios de prevención mancomunados* ex art. 21 RSP, constituyen una variedad de servicios de prevención propios, aunque funcionalmente se asemejen más a los externos previstos por razones fundamentalmente de economía de medios y costes¹⁹⁴. Su establecimiento trata de posibilitar el acceso de la mayoría de las empresas al modo de organizar la prevención más garantista salvando los obstáculos organizativos y económicos que les comportaría el cumplimiento de la obligación o el uso de la facultad de constituir un servicio de prevención propio.

El *servicio de prevención mancomunado*¹⁹⁵ deberá tener a disposición de la Autoridad laboral la información relativa a las empresas que lo constituyen y al grado de participación de las mismas (art. 21.5 RSP). Se trata de una fórmula que despierta ciertas reticencias, pues su regulación es parcial e imprecisa, lo cual está induciendo a un uso inadecuado de la fórmula, bajo la cual se podrían ocultar servicios de prevención externos que de esta manera eluden la

¹⁹³ RJ 2006,1

¹⁹⁴ MONEREO PERÉZ, J.L. / FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "La gestión de la prevención de los riesgos laborales...." op. cit, pág. 196 y ss.

¹⁹⁵ ALEGRE BUENO, M.: "Los servicios de prevención mancomunados, un modelo de organización preventiva infravalorado", *Revista de Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, Wolters Kluwer España, pág. 52 y ss.

acreditación y, en parte, el control administrativo. Ello ha dado lugar a que algunas CC.AA. hayan dictado criterios que concretan la actividad de estos servicios mancomunados.

Los *Servicios de Prevención Ajenos* constituyen un servicio prestado por una entidad especializada que se concierta con la empresa para la realización de actividades de prevención y aseguramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgos (art. 10.2 RSP). Se trata de una organización preventiva que presenta las garantías relativas a las exigencias jurídicas para su constitución y funcionamiento, asegurando un enfoque múltiple de los problemas vinculados con la seguridad y salud laboral. Permite ofrecer a la empresa el asesoramiento y apoyo de técnicos cualificados en las tareas preventivas, sin integrarlos en la empresa y, por tanto, sin soportar las cargas derivadas de las garantías para los trabajadores designados y los integrantes de los servicios internos¹⁹⁶. Además, la empresa tiene la ventaja de no tener que someterse a auditorias periódicas, dada la suficiencia del sistema que se deriva de la exigencia de acreditación laboral y la autorización de la Administración sanitaria para las entidades especializadas que pretendan actuar como servicio de prevención ajeno. Estos son factores que han inducido a la externalización de la actividad preventiva como modalidad más frecuentemente utilizada por las empresas de nuestro país. Y que supone delegar la actividad preventiva a los sujetos externos a la empresa y relegarla a un segundo plano respecto de la actividad preventiva¹⁹⁷.

¹⁹⁶ MONEREO PERÉZ, J.L. / FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. : "La gestión de la prevención de los riesgos laborales...", op. cit., pág. 153 y ss. Y MOLINA HERMOSILLA, O. / MOLINA NAVARRETE, C.: "La reforma del marco reglamentario de la gestión preventiva "de" y "en" la empresa: otra desenfocada y ocnfusa intervencion normativa (comentario sistematicodel RD 604/2006, de 19 de mayo)", Estudios Financieros, *Revista del Trabajo y Seguridad Social*, Nº 281/282, 2006, pág. 94 y ss

¹⁹⁷ MOLINA HERMOSILLA, O. / MOLINA NAVARRETE, C : "La reforma del marco reglamentario de la gestión preventiva "de" y "en" la empresa: ...", op. cit. pág. 78

La obligación empresarial de prevenir los riesgos laborales es intransmisible, porque el art. 14.4 de la Ley 31/95 dispone que el concierto de los servicios de prevención con entidades especializadas no eximirá al empresario de sus deberes en esta materia. Asimismo, se señaló que estábamos ante una obligación de resultado, pues el empresario venía obligado a garantizar la salud e integridad de sus trabajadores por lo que tenía que responder de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de tal deber. Por tanto, la responsabilidad empresarial es clara, y sólo se va examinar la responsabilidad de los servicios de prevención externos, sean concertados con Mutuas o con otras entidades.

2.1.- Naturaleza de la intervención de los servicios de prevención en el cumplimiento de la obligación empresarial de prevenir los riesgos laborales

Como el concierto de un servicio de prevención externo no libera al empresario de su deber de prevención de riesgos laborales¹⁹⁸, según el citado artículo 14.4, y para que exista realmente un servicio de prevención externo es preciso que la entidad que presta el servicio no tenga relación alguna con la que la contrata (art. 17.c. del Reglamento ya estudiado), debe concluirse que la independencia de los servicios de prevención y la intransmisibilidad de la obligación de protección del empresario, al concertar con aquellos la actividad preventiva, nos sitúa claramente ante la figura que la doctrina civilista denomina "*auxiliar contractual*", esto es, la persona de la que se sirve el deudor para el cumplimiento de sus obligaciones, pues se dan los tres rasgos

¹⁹⁸ CORTÉS IZQUIERDO, J.: "Necesidad u obligación de la contratación de un Servicio de Prevención de Riesgos", *Revista Togas*, Nº 25, 6 de febrero de 2003, pág. 1.

que caracterizan a la figura del auxiliar contractual:

1º.- La intervención del auxiliar responde a la iniciativa del deudor. La Ley 31/95, aunque en algún supuesto pudiera parecer lo contrario, cual sucede en los casos en que el empresario opta por el servicio de prevención externo en lugar de por el interno que se le impone, es cierto que es el empresario quien decide el cumplimiento de sus deberes, la modalidad de servicio preventivo por la que opta y, en su caso, con qué entidad ajena al mismo va a contratar la prestación del servicio.

2º.- La actividad del auxiliar se instrumentaliza para el cumplimiento del deber de prevención. Toda la actividad de la empresa contratada consiste en asesorar al empresario, planificar la acción preventiva y resumidamente, ayudarle al cumplimiento del deber de prevención de riesgos que la Ley le impone.

3º.- El auxiliar no asume obligación alguna frente al acreedor. Como se dijo antes, el empresario no se libera con la contratación de un servicio externo, sus obligaciones siguen subsistentes y pueden serle exigidas por sus trabajadores que no tienen relación contractual alguna con la entidad con la que se conciernan tales servicios.

2.2.- Responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de los servicios de prevención externos.

El estudio de esta cuestión se estructura abordando las tres variantes de responsabilidad que se derivan de la relación existente:

- Responsabilidad del empresario-deudor para con sus trabajadores.
- Responsabilidad del servicio de prevención frente al empresario.
- Responsabilidad del servicio de prevención frente a los trabajadores.

Cabe señalar que existirá una responsabilidad civil contractual por infracción del deber de proteger a sus trabajadores que le imponen los arts. 19 del ET y 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, responsabilidad que habrá de conectarse con los arts. 1101, 1102, 1103 y 1104 del Código Civil que establecen el deber que tienen de responder de los daños causados quienes en el cumplimiento de sus deberes incurrir en dolo, negligencia o morosidad, supuestos de responsabilidad que, igualmente, deben incluir el recargo que establece el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994 en cuanto complemento de las prestaciones básicas, pese a su carácter sancionador.

Cabe señalar que si el empresario no queda liberado de sus obligaciones por la contratación de un servicio de prevención externo, es claro que el mismo será responsable de la actuación de los servicios que contrate y que responderá de los daños que causa el defectuoso funcionamiento de los mismos, por incumplir con ello un deber contractual de garantizar la seguridad.

La doctrina mayoritaria que estudia la responsabilidad del deudor principal por el acto de su auxiliar contractual, entiende que aquél responde no sólo en los supuestos en que haya incurrido en culpa "*in eligendo*" o "*in vigilando*", sino también en aquellos otros en los que no le sea imputable culpa alguna. Por ello el empresario responderá contractualmente por la actuación de los servicios de prevención en los mismos casos en que respondería de su propia actuación pudiendo liberarse de responsabilidad en los mismos supuestos en que habría quedado exonerado de haber ejecutado él la prestación.

Esta doctrina supone la objetivización de la responsabilidad del deudor principal por el acto de su auxiliar, lo que se justifica por la idea de la "responsabilidad contractual por riesgo" y porque en definitiva el empresario deudor de seguridad lo que hace es responder por el incumplimiento de la obligación que le incumbía a él mismo

A.- Responsabilidad de los servicios de prevención frente al empresario.

Consecuencia de la relación contractual existente, los auxiliares contractuales, esto es, la entidad que presta los servicios preventivos, responderán por los daños causados, a consecuencia del incumplimiento del contrato que les vincula al empresario que les contrató, quien podrá repetir contra ellos lo abonado.

Para la efectividad del derecho de repetición será necesario que en el contrato se hayan precisado los servicios de prevención concretos que se contrataron, la actividad preventiva encomendada a la empresa de servicios, así como que se pruebe que los daños se han debido a un fallo de la actividad preventiva con ella concertada. Habida cuenta la alta cualificación que se requiere para la acreditación administrativa como servicio de prevención, es claro que esas empresas, para liberarse de su responsabilidad contractual deberán acreditar haber actuado con toda la diligencia exigible a quien tiene tan elevado nivel de conocimientos y que, pese a ello, no pudieron prever o evitar el siniestro.

B.- Responsabilidad de los servicios de prevención frente al trabajador.

El trabajador puede exigir de su patrono la responsabilidad empresarial contractual que antes se ha reseñado, así como, también, de la empresa de servicios la responsabilidad extracontractual en que la misma haya podido incurrir con apoyo en el artículo 1902 del Código Civil. Aunque sólo puede obtener una vez la reparación del daño, tiene acción contra ambas empresas, duplicidad que da lugar a una responsabilidad solidaria impropia o *“in solidum”*, porque el fundamento de la responsabilidad de los distintos deudores es diferente, la responsabilidad del uno es contractual, la del otro

extracontractual.

La acción contra el servicio de Prevención se basará en los artículos 1902 ó 1903 del Código Civil y su éxito requerirá la acreditación de un daño causado por una actuación de la demandada cuya responsabilidad tiende a objetivarse, esto es, a no depender de la culpa o negligencia del causante del daño.

Tal objetivización tiene su fundamento en la tendencia a hacer responsable de los daños causados a quien obtiene provecho de la actividad que los provocó. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 30 de junio de 2010: indudablemente, es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia, tal como evidencia la utilización de tales palabras en los arts. 1101, 1103 y 1902 CC. Aunque esta Sala 4ª ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil del empresario por el Accidente de Trabajo “es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional”¹⁹⁹ lo que cierto es que más modernamente se ha venido abandonando esta rigurosa -por subjetiva- concepción originaria, insistiéndose en la simple exigencia de culpa -sin adjetivaciones- y en la exclusión de la responsabilidad objetiva²⁰⁰, siquiera también en ocasiones se hayan efectuado afirmaciones más próximas a la postura que en esta sentencia mantendremos²⁰¹. Esa oscilante doctrina no solamente obedece a la evolución de la jurisprudencia, sino muy primordialmente a que el accidente de trabajo ha sido considerado tradicionalmente como supuesto típico de caso fronterizo o mixto entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, como corresponde a todas aquellas relaciones contractuales en las que con

¹⁹⁹ SSTs de 2 de febrero de 1998 [Rec. 124/97]; Sentencia de 18 de octubre de 1999 [Rec. 315/99]; Sentencia de 22 de enero de 2002 [Rec. 471/02]; y Sentencia de 7 de febrero de 2003 [Rec.1648/02].

²⁰⁰ Ejemplo las SSTs 18 de julio de 2008 [Rec. 2277/07]; Sentencia de 14 de julio de 2009 [Rec. 3576/08]; y Sentencia de 23 de julio de 2009 [Rec.4501/07].

²⁰¹ Así, entre otras, las Sentencia del TS de 8 de octubre de 2001 [Rec. 4403/00]; y Sentencia de 17 de julio de 2007 [Rec.513/06].

la ejecución de la prestación se compromete directamente la integridad física de una de las partes (las llamadas “obligaciones de seguridad, protección o cuidado”). Y esta cualidad fronteriza ha determinado que por la Sala se enfocase la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo que se demandaba, a veces por el cauce de la responsabilidad extracontractual, y otras por el de la responsabilidad estrictamente contractual, con aplicación de la doctrina procedente de la Sala Primera, sin llegar a soluciones del todo coincidentes. En el bien entendido que en los posibles supuestos de yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales, como se estaba en presencia de un concurso de normas, a resolver de acuerdo a los principios de la *unidad de culpa civil* y del *iura novit curia*, se entendía que las acciones podían ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra, e incluso simplemente proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplicase las normas de ambas responsabilidades que más se acomodasen a ellos; todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible²⁰².

La Jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, recomendando la inversión de la carga de la prueba, pero sin excluir el clásico principio de responsabilidad por culpa, de manera que ha de ser extremada la prudencia para evitar el daño. Así pues, la objetivización de la responsabilidad que nos ocupa se fundará en la exigencia de un elevado nivel de diligencia al responsable del daño, nivel que le es exigible atendida su alta cualificación. Tal exigencia conllevará que sea la empresa de servicios quien deba probar que actuó con la máxima diligencia que le era exigible en atención a las circunstancias del caso, pues a ello la obliga el contrato suscrito con quien

²⁰² SSTS - Sala Primera- Sentencia de 24 de julio de 1998 [Rec. 918/94]; Sentencia de 8 de abril de 1999 [Rec. 3420/94]; Sentencia de 29 de octubre de 2008 [Rec. 942/03]; Sentencia de 26 de marzo de 2009 [Rec. 2024/02] y Sentencia de 27 de mayo de 2009 [Rec. 2933/03].

contrato²⁰³.

3.- LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES²⁰⁴

Son asociaciones de empresarios que debidamente autorizadas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (anterior Ministerio de Trabajo) sin ánimo de lucro y con la responsabilidad mancomunada e ilimitada de sus miembros, tiene como objeto la realización de una actividad de naturaleza pública. Esta actividad consiste en que actúan como entidades colaboradoras en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del personal a su servicio; e incluso podrán asumir, a opción del empresario ya asociado, la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes²⁰⁵. Además, el art. 32 LPRL las faculta también para desarrollar, para las empresas a ella

²⁰³ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: *“La responsabilidad Civil en el accidente de trabajo”*, Ponencia, Granada, 2012.

- ²⁰⁴ Es importante hacer alusión al *Anteproyecto de Ley 22 de enero de 2014*, por el que se modifica la Ley general de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. En el artículo 68 se incorpora la nueva denominación de “mutuas de la Seguridad Social” y se amplía el ámbito de su objeto —consistente en el desarrollo, mediante colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de una serie de funciones de la Seguridad Social—, incorporando la gestión de la prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia materna, de las prestaciones económicas por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, y de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer y otra enfermedad grave. Por otra parte, se suprime la referencia a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de riesgos laborales. Asimismo, se concretan las prestaciones y servicios atribuidos a la gestión de las mutuas dentro de la acción protectora de la Seguridad Social y su dispensación a los trabajadores. Otra novedad importante dentro de este capítulo es la referencia expresa a la inclusión de las mutuas dentro del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de su naturaleza privada.

- ²⁰⁵ LANTARÓN BARQUÍN, D. / LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R.: Mutuas de trabajo y enfermedades profesionales, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº 2, julio de 2006, pág. 1.

asociadas, las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos, lo que refleja una clara opción de política legislativa hacia la externalización de la actividad preventiva.

La LPRL ha extendido el ámbito de actuación de las Mutuas mas allá de la colaboración en la gestión de las contingencias profesionales de la Seguridad Social, haciéndolas intervenir en el tratamiento integral de los riesgos profesionales y asignándoles las funciones correspondientes a los servicios de prevención de riesgos profesionales para las empresas a ellas asociadas (art. 32. LPRL). Se abre así la posibilidad de que las MATEPSS puedan desarrollar la función de suministro de Servicios de Prevención a las empresas que así lo soliciten en las mismas condiciones que las aplicables a los servicios de prevención ajenos²⁰⁶.

Aunque el art. 30.1 LPRL no haga referencia expresa a ellas como modalidad organizativa de la prevención, el art. 32 LPRL establece claramente que las Mutuas podrán desarrollar para las empresas a ellas asociada las funciones correspondientes a los servicios de prevención (ajenos). El art. 22 RSP prevé que las Mutuas actúen como servicios de prevención y además que esta actividad se desarrolle en las mismas condiciones que las aplicables a los servicios de prevención ajenos. Para mayor claridad, la reforma operada por el RD 688/2005, ha añadido un segundo párrafo al art. 22 RPS, según el cual tales funciones “son distintas e independientes de las correspondientes a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social” que tienen atribuidas en virtud de lo previsto en el art. 68 LGSS.

⁻²⁰⁶ Al respecto sobre este y otros aspectos el extenso estudio de LANTARON BARQUIN , D. Y LÓPEZ-TAMEZ IGLESIAS, R.: “Mutuas de AT y EPs y Mutua Montañesa: radiografía de un régimen jurídico”, en (AAVV), *Mutua Montañesa en su primer centenario (1905-2005)*, Santander, Servicio de Publicaciones Universidad de Cantabria, 2006, pág. 211 y ss.

De esta manera, las MATEPSS pueden desarrollar una doble actividad preventiva diferenciada e independiente: por un lado, la actividad preventiva comprendida en la cobertura de las contingencias de accidente de trabajo y de enfermedad profesional de la Seguridad Social (art. 682.b LGSS). Y por otro lado, con carácter voluntario, aquellas funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos respecto de sus empresarios asociados (ex art. 32 LPRL). Esta última actividad preventiva es distinta e independiente de las actividades de prevención y recuperación de riesgos profesionales que puedan realizar en el ámbito de la colaboración en la gestión de la Seguridad social a favor de las empresas a ellas asociadas y de sus trabajadores dependientes o de los trabajadores por cuenta propia adheridos que hayan cubierto estas contingencias.

II.- SUPUESTOS ESPECIALES:

1.- CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

Pese a que los términos contrata y subcontrata son utilizados con frecuencia por el legislador, tanto en Derecho Laboral como en Administrativo, lo cierto es que no existe una definición legal de lo que deba entenderse por contrata ni por subcontrata. Tampoco las decisiones jurisprudenciales ofrecen un concepto sino que, más bien, lo dan por supuesto porque, por otro lado, tampoco suele ser objeto de polémicas. Es la doctrina científica la que ha ido configurando el concepto de contrata, más por asimilación a otras modalidades contractuales tradicionales en nuestro Derecho Civil²⁰⁷.

Son muchas las disposiciones que contienen normas que regulan la prevención laboral en la subcontratación, de muy distinto

²⁰⁷ YAGO GALAN, F.: "Subcontratación de obras y servicios: problemas normativos y soluciones prácticas", *Revista el Derecho*, N° 332, 7 de junio de 2004, pág. 1.

origen y rango legal. Cabe citar las siguientes: Convenios 62 y 155 de la OIT; Directiva 9/391/CEE del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo; Directiva 92/57/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales; Ley 31 /1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Labores²⁰⁸.

La aplicación de esa regulación general se complica cuando en un mismo centro de trabajo tienen su actividad varias empresas, pues esa concurrencia puede dar lugar a una interconexión de responsabilidades que conviene examinar con detalle²⁰⁹. Al respecto, conviene señalar que el art. 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, establece que todas las empresas que tengan actividad en el mismo centro de trabajo, deben cooperar en la aplicación de la normativa de prevención y establecer los medios de coordinación que al respecto sean necesarios; que sobre el empresario titular del centro de trabajo recae el deber de adoptar las medidas necesarias en orden a coordinar la actividad y a que todos reciban la información e instrucciones adecuadas, así como que el empresario principal debe vigilar el cumplimiento por quienes contraten o subcontraten con ellos, de la normativa de seguridad, siempre que se hayan contratado o subcontratado obras de la propia actividad y que ésta se desarrolle en el propio centro de trabajo. A ello debe añadirse que, conforme al art. 42.3 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 agosto, la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas, antes dichos, durante el período

²⁰⁸ Vid. MORENO VIDA, M.N.: La Seguridad y Salud en el trabajo: el deber de prevención de riesgos profesionales. Un análisis desde la perspectiva de la Directiva 89/39/CEE, *XII Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 1996, págs. 545 y ss.; MORENO VIDA, M.N.: "El sistema comunitario y español de protección contra los riesgos del trabajo, *Revista de Seguridad Social y laboral*, N° 168, 2006, pag. 19 a 42.

²⁰⁹ REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M.: en (AA.VV): *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 1010 y ss.

de la contrata, de las obligaciones impuestas en materia de prevención de riesgos laborales en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en el centro de trabajo de la empresa principal²¹⁰.

Con tales disposiciones legales en la mano, no cabe duda que es posible extender la responsabilidad en el pago no sólo al empresario principal, sino también a quien contrató o subcontrato con él y viceversa, pues el hecho de que sea el empresario principal o el contratista quien coordine la prevención de riesgos laborales en el centro, no excusa al contratista o subcontratista de sus deberes en materia de prevención de riesgos laborales, entre los que se encuentra exigir que se subsanen las deficiencias que en la materia encuentre en el centro o que se adopten las medidas de seguridad que el empresario principal omitió. Es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicio al empleado de la contrata e incluso, que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. No parece correcto excluir, por sistema y, en todo caso, la responsabilidad de la empresa principal. Debe perseguirse que la contratación o subcontratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad no constituya un mecanismo para que la empresa principal eluda sus responsabilidades en materia de seguridad y salud, ni un procedimiento para abaratar los costes de producción; también asegurar el cobro por el perjudicado, previniendo posibles insolvencias del subcontratista, posibilidad bastante frecuente, porque al final de la cadena se encuentren siempre empresas menos solventes²¹¹. Por lo demás, es lógico que si alguien contrata a otro para que haga por él algo, o lo que él quería o venía obligado a hacer, debe responder de los actos que realice quien le auxilia o es empleado en cumplir sus objetivos. La responsabilidad solidaria que nos ocupa es impropia, pues la obligación de uno y otro responsable tiene

²¹⁰ YAGO GALAN, F.: "Subcontratacion de obras y servicios: problemas normativos ...", *op. cit.*, pág. 4.

²¹¹ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.M.: "El resarcimiento de los daños causado por incapacidad permanente...", *op. cit.*, pág. 440 y ss.

distinta fundamentación legal, ya que la de uno nace del contrato de trabajo y la del otro de un precepto legal que le obliga a vigilar y responder cuando crea un riesgo por quien contrató. Por ello, el que pague podrá luego ejercitar la oportuna acción de repetición frente al infractor, frente a quien con su obrar haya sido el causante del daño, ya que éste es el responsable último del pago. Caso de que la infracción sea imputable a ambas empresas, cabrá el prorrateo entre ellas.

Hasta aquí se ha estudiado el supuesto de contratas sobre obras o servicios de la propia actividad. Pese a lo que pudiera pensarse de lo hasta aquí expuesto, cabe extender, igualmente, la responsabilidad en el pago a la empresa principal en los supuestos de contratas y subcontratas de obras o servicios correspondientes a distinta actividad de la propia de quien contrata²¹². La Jurisprudencia ha aceptado extender, también, la responsabilidad en estos casos a quien no es empresario del trabajador, pues, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 7 de diciembre 2012, lo decisivo no es la actividad de una y otra empresa, sino que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad. En igual sentido se pronuncia la Sentencia de la misma Sala de 20 de marzo de 2012²¹³, que el tema de la responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo cuando se presten servicios en régimen de subcontratación, motivó ya en su día que ésta señalara que "... es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la

²¹² Cfr. MONERERO PEREZ, J.L.: "El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo de contratas. (Las obligaciones referidas a la Seguridad Social)", *Revista Relaciones Laborales*, N° 22, 1992, pags. 265 y ss.

²¹³ Rec. 1470/2011, Pte: Arastey Sahún.

extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control²¹⁴, Por ello, el empresario principal puede ser empresario infractor a los efectos del art. 123 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), si la infracción es imputable a la misma y el accidente se produjo dentro de su esfera de responsabilidad.

La obligación específica de vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones del empleador por parte de la empresa principal se da en dos casos: a) Cuando se trate de la misma actividad (ap. 3 del art. 24 LPRL). b) Cuando las labores se realicen en su centro de trabajo o en un centro sobre el que la principal extiende su esfera de control (ap. 1 y 2 del art. 24 LPRL). Sin embargo, en estos casos la responsabilidad del empresario principal sólo podrá declararse cuando a él sea imputable la infracción de la normativa de prevención que ha desencadenado el siniestro. Aunque la actividad sea distinta, como del empresario principal depende el centro de trabajo, las instalaciones y maquinaria del mismo, es claro, que él debe responder de las deficiencias en materia de seguridad de las instalaciones y máquinas, pero no de aquellas infracciones que sean solo imputables al contratista, quien, sin embargo, sí responde solidariamente con el principal por incumplimiento del deber que tiene de seguridad con sus empleados²¹⁵, deber que le obliga a vigilar que la empresa que lo

²¹⁴ STS de 18 de abril de 1992 [Rec. 1178/91], que dio lugar a la STC 81/1995, seguida por las STS de 16 de diciembre de 1997 [Rec. 136/1997] y 14 de mayo de 2008 [Rec. 4016/2006].

²¹⁵ LLANO SANCHEZ, M.: "El alcance personal de la responsabilidad solidaria en los supuestos de encadenamiento de contratas y subcontratas, *Revista Actualidad Laboral*, La Ley, 1 de enero de 2000, pág. 156; BLASCO PELLICER, A.: *Contratas y subcontratas: responsabilidad subsidiaria del empresario en materia de Seguridad Social*, La Ley, 2005, pag. 777.

contrata observa la normativa en materia de prevención²¹⁶.

La Sentencia de Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 10 de diciembre de 2001²¹⁷, afirma “La responsabilidad del empresario principal no es una responsabilidad presunta fundada en el mero hecho de la subcontratación, sino una responsabilidad fundada en el principio de culpabilidad por incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene que derivan de las facultades de organización del centro de trabajo siempre que se trate de actividades propias. Como declara la Sentencia de 23 de julio de 2001²¹⁸, ante el dilema de si el art. 40.2 establecía una responsabilidad objetiva o si, por el contrario, no eliminaba la exigencia del elemento de culpabilidad para la imposición de la sanción administrativa, tanto la jurisprudencia de esta Sala como la doctrina del Tribunal Constitucional²¹⁹, se inclinan a mantener la segunda de dichas posturas”.

En relación al supuesto del art. 24.2 LPRL, cabe citar la STS (Sala 3ª) de 13 de mayo de 2010²²⁰. Se refiere a un caso donde varias empresas coinciden en el mismo lugar de trabajo y en el que la falta de información de los riesgos que generaba la actividad de una de ellas propicio la producción de un accidente laboral sufrido por un trabajador de otra empresa. Se le encargó a un empleado un trabajo que suponía utilizar radial y producir partículas incandescentes en un lugar de 70 centímetros de ancho y 35 de altura, sin abertura al exterior en tal zona, donde había material combustible aplicado al menos dos días antes por otras subcontratas. Las subcontratas que se encontraban trabajando en el techo flotante y no fueron informadas de los trabajos con radial realizados por otra subcontrata en lugar peligrosos cuyas consecuencias afectaban al lugar de trabajo propio (los efectos del

²¹⁶ BARREIRO GONZALES, G.: “ Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 1 de enero de 2000, pág. 902.

²¹⁷ RJ 2002, 2058.

²¹⁸ RJ 2001, 6783.

²¹⁹ Sentencia 76/1990 [RTC 1990, 76]

²²⁰ RJ 2010, 4976.

incendio provocaron la invasión de humo y llamaradas de su zona de trabajo). No se coordinaron , en definitiva, las actividades de la subcontrata para evitar la situación de riesgo. A resultas de ello, se confirmó la imposición de dos sanciones a la misma empresa, una por el incumplimiento de las obligaciones de coordinación establecidas en el art. 24.2 LPRL, y otra por incumplimiento de las exigencias relativas a su propio plan de prevención.

2.- EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Con La Ley 14/1994 se legalizó una forma de contratación temporal que ya se venia utilizando con anterioridad, pese a ser ilegal: la contratación temporal realizada a través de Empresas de Trabajo Temporal. La característica estructural general de la cesión de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT) es que se trata de una relación de tipo triangular entre una Empresa Usuaría , un Trabajador y una Empresa de Trabajo Temporal. Se debe situar en el marco de las formulas cada vez mas flexibles de organización que se están imponiendo en las relaciones de trabajo, lo que ha exigido una reforma del marco normativo con el objetivo de conciliar mejor la flexibilidad y la seguridad²²¹. En este contexto esta teniendo un gran auge la cesión temporal de trabajadores, que va adquiriendo un papel cada vez mas central en el mercado de trabajo de la Unión Europea y de los Estados miembros, debido fundamentalmente a una serie de

²²¹ MORENO VIDA, M.N. / MONEREO PEREZ, J.L.: “Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 48, 2004, págs. 39 y ss. (Se analiza el régimen jurídico en nuestro país de las ETTs, teniendo en cuenta las reformas que en el mismo se han ido produciendo, dirigidas fundamentalmente a regularizar y racionalizar el mercado de las ETTs, y a garantizar la equiparación salarial a los trabajadores cedidos como medio para obtener en este sector seguridad jurídica, estabilidad y legitimación social).

razones, que convierten a la cesión temporal en elemento determinante para reforzar la capacidad de adaptación del mercado de trabajo, de las empresas y de los propios trabajadores responde a una exigencia de flexibilidad en la gestión de la mano de obra, de modo que la cesión temporal de trabajadores puede servir para compensar una insuficiencia de personal fijo o un aumento temporal de la carga de trabajo, lo que es especialmente importante para las pequeñas y medianas empresas (PYMES); responde también a la escasez de determinadas cualificaciones que sufren las empresas, en particular en las profesiones relacionadas con las tecnologías de la información. Su relevancia creciente en el mercado de trabajo ha determinado un proceso de “regulación” de estas formas flexibles de utilización indirecta de mano de obra. A ello responde los constantes cambios de legislaciones de los países miembros y la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo Temporal.

El proceso de adaptación de la Directiva 91/383/CEE de 25 de junio sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, se ha desarrollado en tres fases: la primera, con la aprobación tanto de la Ley de empresas de trabajo temporal, la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), como por el reglamento en desarrollo de la misma, el RD 4/1995, de 13 de enero (REDTT), textos en los que ya se regulaban la distribución de obligaciones en materia de seguridad y salud laboral; la segunda, con la promulgación de la Ley de prevención de riesgos laborales, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL), que refiere de forma específica a la peculiar situación de los trabajadores puestos a disposición; y, la tercera y última fase, con la aprobación de un precepto reglamentario específico en materia de seguridad y salud en el ámbito de las ETTs, el RD 216/1999, de 5 de febrero (RDSS).

2.1.- Obligaciones

A.- De la empresa usuaria

La regulación que la LETT, el RDSS e, incluso, el IV CETT dedican a la prevención de riesgos laborales en el ámbito de las empresas de trabajo temporal se circunscribe a analizar las obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales, específicamente, la delimitación de la responsabilidad de la empresa usuaria respecto de los trabajadores cedidos, su alcance y tipología. Y es que la prevención de riesgos laborales adquiere gran trascendencia en el ámbito de la relación entre el trabajador en misión y la empresa usuaria, asumiendo esta última un grado mayor de responsabilidad.

El hecho de que la persona que contrata al trabajador no coincida con la que percibe la prestación efectiva de sus servicios hace necesario que se determinen con mayor claridad las obligaciones de una y otra en relación con la seguridad y la salud de los trabajadores, así como la responsabilidad derivada de su incumplimiento²²².

El programa de prevención de riesgos laborales de los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal para prestar servicios en empresas usuarias se contiene en el art. 28 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Esta norma, que se sitúa dentro de una lógica propia del garantismo, permite que se garantice adecuadamente y, sobre todo, eficientemente, la protección de los trabajadores temporales frente a los riesgos profesionales.

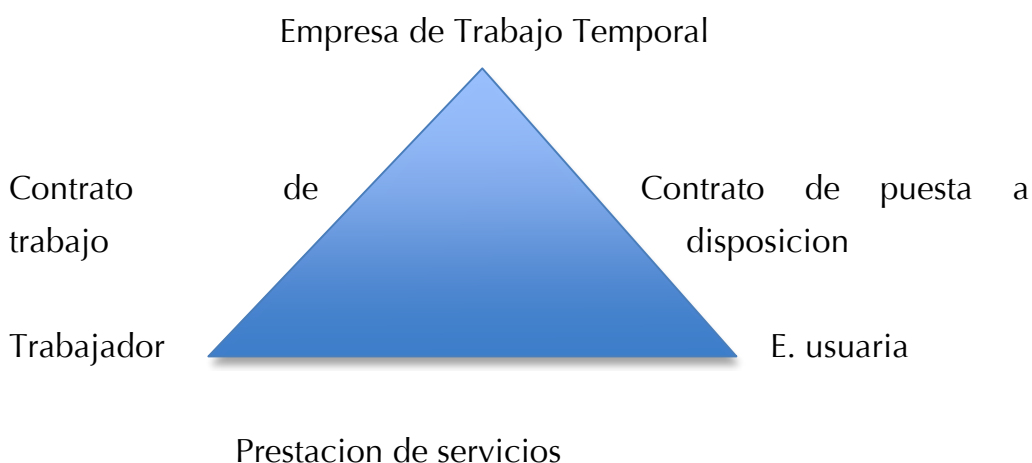
El art. 28 LPRL establece que los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los

²²² MORON PRIETO, R.: Boletín de legislación El Derecho, Nº 97, 27 de septiembre de 1999, pág. 1.

contratados por empresas de trabajo temporal, deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios. La garantía prevista, sea directamente o a través de ETT, no justificará en ningún caso una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

Antes de profundizar en el análisis de estos aspectos conviene aludir a la mezcla y, por ende, a la confusión terminológica entre obligaciones y responsabilidades utilizado por el legislador, toda vez que el incumplimiento de la primera conlleva como consecuencia la segunda. Por tanto, existe el deber o la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y sólo si no se cumple con dicha obligación ésta se convierte en responsabilidad.

La relación laboral entre trabajadores, ETT y usuaria, queda gráficamente expresada de la siguiente manera:



El análisis de estas obligaciones se efectuará en función del inicio o no de la prestación de servicios del trabajador cedido.

a.- Obligaciones previas al inicio de la prestación de servicios. Deber informativo.

Teniendo en cuenta que el análisis de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales se encuentra regulado en normas de diverso alcance y contenido, tanto específicas en materia ETTs (normas legales -art 12.2 y 3 y 16 LETT, reglamentarias -ROSS- y convencionales –art. 44 IV CETT) como genéricas -LPRL-, se analizará, en primer lugar, el deber de información de la empresa usuaria hacia el trabajador cedido, sobre los riesgos derivados del puesto de trabajo, así como de las medidas de protección y prevención frente a estos²²³.

Se trata de una obligación donde destaca el papel de la empresa usuaria en la tutela de los riesgos profesionales de los trabajadores en misión. En efecto, antes de que el trabajador sea contratado temporalmente por la ETT para cubrir una concreta necesidad de mano de obra de la empresa usuaria, ya se requiere el cumplimiento de algunas medidas de seguridad²²⁴.

La primera obligación de seguridad que debe cumplir la empresa usuaria es la de informar a la ETT sobre determinadas materias relativas a la seguridad laboral²²⁵. Con la aprobación de esta norma se abre *un circuito de información* entre la ETT y la empresa

²²³ MONEREO PEREZ, J.L.: Los derechos de información de los representantes de los trabajadores: la Ley 2/1991, de 7 de enero, *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 1992, págs. 29 y ss.

²²⁴ SAN MARTIN MAZUCONI, C.: “La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo: la Directiva 91/533/CEE, la STJCE de 4 de diciembre 1997 y el RD 1659/1998, de 24 de julio”, *Aranzadi Social*, Nº 11, 1998.

²²⁵ MORON PRIETO, R.: “Comentarios al RDL 10/2010, de 16 de junio de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, *Base de Datos de Bibliografía El Derecho*, 24 de junio de 2010, pág. 1.

usuaria²²⁶ que se inicia con la obligación de información de ésta a aquélla. Teniendo en cuenta que la empresa usuaria, dada su posición de empresario que controla y dirige la actividad productiva, es la única que conoce las características del puesto a cubrir por el trabajador en misión, resulta razonable que, en aras a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio se le imponga el cumplimiento de la citada obligación. Dicho en otros términos, el deber de información se constituye como elemento indispensable de garantía de la seguridad y la salud de los trabajadores cedidos, independientemente de lo que se pudiera pactar en el contrato de puesta a disposición²²⁷.

Por lo que se refiere a las obligaciones *informativas*, en el cumplimiento de las mismas la ETT necesita la colaboración de la empresa usuaria a través del contrato de puesta a disposición, ya que es la empresa usuaria la que debe conocer y controlar las condiciones de trabajo. Por esa razón en el contrato de puesta a disposición la empresa usuaria debe informar a la ETT (y esta posteriormente al trabajador) antes de la adscripción de los mismos, de las características de los puestos de trabajo, cualificaciones requeridas, riesgos a que van a estar expuestos los trabajadores y medidas de protección y prevención frente a los mismos (art. 28.2. LPRL, que traspone el art.7 de la Directiva 91/383; por su parte, el art. 14. E) RD 4/1995 establece la obligación de que el contrato a disposición, entre su contenido mínimo contenga los “riesgos profesionales del puesto de trabajo a cubrir). Se trata del *sistema de información indirecto*²²⁸ previsto por el art. 7 de la Directiva mediante el cual la información circula desde la empresa usuaria hacia la ETT y de esta al trabajador antes de la adscripción de este y a través del contrato de puesta a

²²⁶ MERCADER UGUINA, J.R.: “Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, Nº 10, 1999, pág. 234.

²²⁷ Vid. OLARTE ENCABO, S. / MONEREO PEREZ, J.L.: “ Los derechos de información en el marco del sistema de derechos constitucionales, *Revista Andaluza de Derecho del Trabajo y Bienestar Social*, Nº 33, 1994, págs. 3 y ss.

²²⁸ MORENO VIDA, M.N.: *Tratado de Salud Laboral*, Tomo I, Aranzadi, 2012, págs. 1599 .

disposición, sin perjuicio de las obligaciones de información directas que tiene la empresa usuaria en relación a los trabajadores cedidos y con los representantes. Los trabajadores que vayan a ser puestos a disposición de una empresa usuaria deberán ser informados previamente de toda la información que debe suministrar la empresa usuaria a la ETT en cumplimiento del art. 2 RD 216/199. Esta información se incorporará tanto al contrato de duración determinada como a la orden de servicio, en su caso (art. 3.2. RD 216/1999), con lo que quedara acreditada documentalmente ²²⁹ . En nuestro Ordenamiento Jurídico, todo el régimen descrito de información indirecta no exime a la empresa usuaria suministra al trabajador toda la información prevista por los apartados 2 y 4 del art. 28 de la LPRL (ex art. 28.5 párr. 2º LPRL).

El punto de partida para la comprensión de esta obligación reside en el hecho de que el trabajador cedido se integra dentro de la estructura organizativa de la empresa usuaria, de ahí que se atribuya a ésta la obligación de garantizar la seguridad y salud sobre las condiciones de ejecución del trabajo por parte del trabajador en misión, transformada aquí en deber informativo.

La información que debe emitir la empresa usuaria es la relativa a las aptitudes, cualificaciones profesionales y capacitaciones que se requieran para una correcta ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo a desempeñar, así como una descripción de las características del mismo²³⁰; todo ello, aunque por lógico hubiese podido deducirse, sin necesidad de efectuar una mención expresa, desde la evidente perspectiva de la prevención de riesgos laborales.

Se trata de una obligación que tiene una doble vertiente, la de

²²⁹ LLUCH CORELL, F.J.: “Una aproximación a los aspectos sustantivos mas relevantes de RDL 10/2010 de Reforma Laboral, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº 1, 1 de septiembre de 2010, pág. 1.

²³⁰ GARCIA NINET, J.L.: “Las Empresas de trabajo temporal y la Prevención Riesgos Laborales”, *Relaciones Laborales*, Nº 10, 1999, pág. 137.

describir los riesgos que derivan de la salud del trabajador, así como las medidas de prevención que procedan para evitar o minorar dichos riesgos.

El cumplimiento del mencionado deber no tiene una aplicación práctica fácil como consecuencia de la causalidad y peculiaridades de los contratos depuesta a disposición. Por ello, se echa en falta una mayor concreción de las peculiaridades que presenta la evaluación de riesgos en el ámbito de las ETTs. La evaluación de riesgos laborales se realiza para los puestos de trabajo fijos. La situación puede llegar a complicarse en aquellos casos en que el trabajador en misión ocupe puestos que tienen carácter fijo en la empresa usuaria, en la medida en que se va a exigir una análisis adicional, complejo de llevar a la práctica antes de la finalización del contrato de puesta a disposición, especialmente por la escasa duración de esta figura contractual. En lo que refiere al contenido de la obligación de la empresa usuaria, se concreta en un haz de cometidos diversos: unos de carácter pasivo, en los que dicha empresa se limita bien a recabar información o bien a labores de mera comprobación de la idoneidad del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo; y, otros de tipo activo, donde la empresa usuaria debe informar al trabajador de los riesgos que conlleva la ejecución del trabajo, así como las medidas de prevención previstas para evitarlos o minorarlos.

Entre los primeros destaca el deber de certificación de la salud del trabajador, que posee las cualificaciones y aptitudes requeridas para el desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo y que ha recibido toda la información relativa a las características de éste.

Entre los del segundo grupo destaca el relativo a la información al propio trabajador sobre los riesgos existentes a su seguridad y salud, las medidas de prevención y de información a los delegados de prevención o, en su defecto, a los representantes de los trabajadores. La razón de ser de esta previsión reglamentaria obedecería al conocimiento directo que la empresa usuaria tiene de los riesgos

específicos a los que pueda quedar sometido el mencionado trabajador.

Por último, cabría preguntarse si la empresa usuaria puede exigir a la ETT información adicional a la prevista reglamentariamente. La no constatación de esta posibilidad y, en ausencia de pacto al respecto, permite presumir la legitimidad de la ETT para negarse a facilitar dicha información.

Respecto de la duración de la mencionada obligación informativa, y a pesar del silencio del legislador, cabe deducir que durará el tiempo necesario y razonable para cumplir con el fin asignado por el legislador al establecerlo. En este sentido, puede presuponerse que tendrá una duración no uniforme, sino relativa al específico puesto de trabajo que haya de desempeñarse y no se agota en una sola vez, sino que habrá de cumplimentarse cada vez que el puesto de trabajo se altere o se reorganice, variando la situación de riesgos, así como las medidas específicas diseñadas para evitarlo²³¹.

La normativa, si bien especifica el momento en que se debe cumplir con este deber, no señala el lugar en el que debe ejecutarse. Teniendo en cuenta que se trata de un deber informativo que corresponde a la empresa usuaria, lo lógico será considerar que éste se producirá en el lugar de trabajo, donde será mas completa y tendrá mayor precisión²³².

b.- Obligaciones desde el inicio de la prestación de servicios

Una vez integrado el trabajador de la ETT dentro de la estructura organizativa de la empresa usuaria, resulta razonable

²³¹ PÉREZ PÉREZ, M.: "Empresas de trabajo temporal y relaciones laborales", *Laborum*, Murcia, 2002, págs. 47 y ss.

²³² VALDÉS DE LA VEGA, B.: *Las empresas de trabajo temporal*, Comares, Granada, 2001, pág. 45.

entender la previsión reglamentaria imputándole a ésta el conjunto de deberes en materia de seguridad y salud, ya que se le considera responsable de las condiciones de ejecución de la prestación de servicios de todos los trabajadores.

La razón de ser de la obligación impuesta a la empresa usuaria no es otra que la expresada en el artículo primero del RDSS que aludía a la equiparación de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, entre los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias y sus propios trabajadores. De este modo, el deber de proteger a los trabajadores cedidos se entenderá cumplido cuando en relación con estos se adopten las mismas medidas de protección que disfrutaban los trabajadores contratados directamente, tanto las de carácter general como las de protección individual requeridas para el específico puesto de trabajo a cubrir. El objetivo es lograr la equiparación de la protección de la seguridad y la salud entre todos los trabajadores de la empresa usuaria, sean estos externos o pertenezcan a la plantilla de la empresa.

B.- Obligaciones de la empresa de trabajo temporal.

El hecho de que se desarrolle la prestación de servicios del trabajador cedido en la empresa usuaria no implica que finalicen las obligaciones en materia de seguridad y de salud de la ETT respecto de su trabajador, todo lo contrario. La ETT, por ostentar la titularidad empresarial sobre el trabajador en misión ha de cumplir, antes de que el trabajador en misión inicie la efectiva prestación de servicios en la empresa usuaria, una serie de obligaciones de seguridad.

Dicho deber de seguridad se concreta a lo largo del artículo 3 RDSS en tres obligaciones, a saber: la determinación del trabajador adecuado para el puesto de trabajo demandado por la empresa usuaria, la formación previa en materia de seguridad y salud de dicho trabajador, y la vigilancia periódica de su salud.

a.- Idoneidad del trabajador

La primera de las citadas obligaciones alude a la idoneidad del trabajador en misión con el puesto de trabajo a cubrir en la empresa usuaria. En otras palabras, el perfil del trabajador se debe adecuar perfectamente a las características del puesto y, especialmente, a las cualificaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

b.- Formación

El trabajador contratado por la ETT presta sus servicios en una empresa que no es la suya y tiene que realizar unos trabajos que a veces desconoce en el momento de la contratación. Estas circunstancias conllevan un riesgo añadido que puede incidir en un aumento de la siniestralidad laboral. Por ello, la reforma de la LETT en virtud de la Ley 29/1999, introdujo, entre otros aspectos, el cuadro deberes básicos de prevención a raíz de la aprobación de la LPRL.

Las únicas referencias del artículo 12 LETT al contenido de la formación del trabajador se circunscriben a regular los tipos de formación teórica y práctica. En efecto, el uso del legislador de la conjunción copulativa para referirse al tipo de formación exigida indica que ésta no debe limitarse a unos meros conocimientos teóricos, sino también a su puesta en práctica. A estas pautas legales debe añadirse que la formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo así como en las aptitudes y conocimientos del trabajador²³³.

²³³ MORENO VIDA, N.: "Responsabilidades empresariales en caso de pluralidad de empresarios, Empresas de trabajo temporal", *Tratado de Salud Laboral, Tomo I* (AA.VV), Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 1600 y ss.

c.- Vigilancia de la salud

La LPRL en su art. 28 y el RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, art. 2 a 55, regulan la vigilancia de la salud en este tipo de empresas. Corresponde a la ETT la vigilancia de la salud de los trabajadores, pero la empresa usuaria, con carácter previo a la celebración del contrato de puesta a disposición, debe informar a la ETT sobre las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y las medidas de vigilancia y salud a adoptar en relación con dichos puestos, especificando si son obligatorias o voluntarias para el trabajador, según la normativa, y su periodicidad. Estas informaciones debe incorporarse al contrato de puesta a disposición.

Por tanto, la ETT ha de realizar, a su cargo, la vigilancia periódica de la salud de los trabajadores teniendo en cuenta:

- las características del puesto de trabajo.
- la evaluación de riesgos realizada por la empresa usuaria.
- la información complementaria que requiera el médico responsable.

La ETT debe acreditar documentalmente a la usuaria que el estado de salud del trabajador es compatible con el puesto a desempeñar²³⁴.

La empresa usuaria, de forma previa al inicio de la prestación de servicios del trabajador, debe tener constancia de que ha sido considerado apto el trabajador cedido, para la realización de los servicios que debe prestar, en las condiciones requeridas.

²³⁴ GIRELA MOLINA, B.: "La vigilancia de la salud de los trabajadores. Aspectos jurídicos", en AA. VV., *Tratado de Salud Laboral, Tomo I*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 1005 y 1006.

Además, debe informar periódicamente a la ETT, para que esta pueda cumplir correctamente sus obligaciones respecto a la vigilancia de la salud, sobre los resultados de las evaluaciones de riesgos que realice, incluyendo las exposiciones de los trabajadores a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo, que puedan influir negativamente en su salud o que puedan ser relevantes en el futuro.

2.2.- Responsabilidades en materia preventiva. Incumplimiento medidas de seguridad y salud y recargo de prestaciones

Teniendo en cuenta que el criterio seguido por el legislador es el de la separación entre obligaciones y responsabilidades –resultando cada empresa, única y exclusivamente, responsable de los incumplimientos producidos en función de la parcela de seguridad atribuida se considera que las ETTs “son inmunes a toda responsabilidad en materia preventiva, salvo la responsabilidad directa derivada de las obligaciones de formación y vigilancia de la salud de sus trabajadores”²³⁵.

En el contexto de las ETTs, la perspectiva de la responsabilidad cambia trasladándose a la empresa usuaria que se erige en la responsable principal de las condiciones de ejecución del trabajo y, en especial, de todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores cedidos. Conviene anotar que el alcance de la citada obligación se extiende a los trabajadores cedidos, aunque con independencia de la modalidad contractual que la ETT celebre con ellos y durante el tiempo en que se encuentren adscritos a la empresa usuaria.

La imputación a la empresa usuaria del deber de garantizar la seguridad y salud del trabajador cedido resulta razonable para esta peculiar forma de trabajo. La citada responsabilidad encuentra su

²³⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V., GARCIA BLASCO, I. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y la salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 27.

fundamento en el hecho de que es el titular de la organización productiva donde el trabajador va a prestar sus servicios. Como indica la doctrina científica “su justificación es clara al tratarse de un trabajador que presta sus servicios en una organización empresarial distinta a la de la empresa que le contrata”²³⁶. En consecuencia, la empresa usuaria responderá del incumplimiento de las medidas de seguridad en su ámbito de organización, en cuanto titular del lugar donde se va a desarrollar la actividad laboral y los medios de producción.

La responsabilidad de la empresa usuaria es entendida desde una doble perspectiva: por incumplimiento en materia de seguridad y salud en el trabajo y en el recargo de prestaciones de Seguridad Social (art. 123 LGSS).

La atribución de dicha responsabilidad queda condicionada al cumplimiento de una serie de presupuestos, que se sobreentiende tienen carácter acumulativo: el accidente o enfermedad profesional se deberá producir en el centro de trabajo de la empresa usuaria, el contrato de puesta a disposición deberá estar vigente y, por último, el accidente producido deberá encontrar causa en el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud que competen a la empresa usuaria. Por tanto, se trata de una responsabilidad no objetiva sino basada en la culpa o la negligencia, donde debe existir una relación de causa y efecto, esto es, entre el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y el accidente o enfermedad acontecida.

Analizando esta cuestión se planteó la posibilidad de imputar la responsabilidad de pago al INSS o a la TGSS en los casos en que la empresa resultase insolvente. Se elaboró al respecto una Jurisprudencia que, si bien en un principio establecía la responsabilidad subsidiaria de los citados órganos, posteriormente se pronunció a favor de la absolución de los mismos, declarando al

²³⁶ ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 44

empresario como único responsable de pago de dicho recargo.²³⁷ La base argumental esgrimida a favor de su posicionamiento se resume en que considera que no se trata de una forma de prestación de la Seguridad Social que justifique su asunción por la entidad gestora, sino que se constituye en una sanción que se añade a la propia prestación, y cuya imputación sólo es atribuible a la empresa incumplidora de los deberes en materia de seguridad y salud.

El artículo 123 LGSS especifica un poco más el alcance de esta responsabilidad en el recargo de prestaciones, estableciendo que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, con un recargo de un 30% a un 50%. Y lo que es más importante, la responsabilidad del pago del recargo recaerá directamente sobre el empresario infractor y reputándose nulo todo pacto o acuerdo que pretenda cubrirla, compensarla o transmitirla. Es más, dicha responsabilidad es independiente y compatible con otras, incluso de orden penal, que puedan derivarse de la mencionada infracción.

Al margen de estas consideraciones, la duda que se plantea y que ha sido estudiada en diversas ocasiones por la doctrina científica es la relativa a si además de la responsabilidad de la empresa usuaria en materia de seguridad y en el recargo de las prestaciones, podría presumirse también la responsabilidad de la ETT ante los incumplimientos de la empresa usuaria. A ello debe añadirse los problemas de compatibilidad con los mandatos comunitarios que plantea ese precepto en relación con la Directiva 91/383/CE, de 25 de junio, sobre medidas para promover la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, que parte de la premisa de que en todos los Estados miembros está prevista legalmente la responsabilidad de la ETT. De la redacción literal del precepto parece excluirse tal posibilidad, toda vez que refiere única y exclusivamente a la

²³⁷ STS 12 marzo 2008 [R] 1993, 1714].

responsabilidad de la empresa usuaria que se complementaría con lo dispuesto en el artículo 28.5 LPRL en el cual se insiste en que la dicha entidad empresarial es responsable de las condiciones de ejecución del trabajo, en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, sin mencionar a la ETT.

Finalmente, procede señalar que no existe homogeneidad en el tratamiento de la cuestión por parte de la doctrina científica; mientras que un sector doctrinal ha optado por establecer que a la vista del reparto de obligaciones en materia preventiva entre ETT y empresa usuaria cabe pensar en una responsabilidad subsidiaria entre ambas²³⁸; otro sector especifica que la regla general será que la empresa usuaria sea la responsable del recargo, salvo que se demuestre que el daño producido obedece al incumplimiento de las obligaciones que incumben a la ETT²³⁹.

IV.- LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO AJENO A LA RELACIÓN LABORAL POR DAÑOS DERIVADOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

1.- EL TERCERO AJENO A LA RELACIÓN LABORAL

Desde un punto de vista fáctico, en la causación de un accidente de trabajo pueden intervenir un amplio elenco de protagonistas, más allá del propio empresario, algunos vinculados al lugar y a la prestación de trabajo, otros, completamente ajenos a la relación de trabajo, incluso alejados físicamente del lugar de trabajo²⁴⁰.

²³⁸ CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 144.

²³⁹ MOLERO MARAÑÓN, M.^a: *La responsabilidad empresarial frente al personal de las empresas de trabajo temporal*, La Ley, Madrid, 2001, pág. 137.

²⁴⁰ ALFONSO MELLADO, C.L.: "La responsabilidad de terceros por Accidentes de trabajo", *Jornadas Catalanas de Dret Social*, 2007 (disponible en www.iuslabor.org.)

En un primer nivel podríamos encontrar a todos aquellos sujetos que se encuentran dentro de la órbita de responsabilidad del empresario. Se trataría, por un lado, de los propios trabajadores que intervienen en la causación del accidente de trabajo y, por otro, de los auxiliares del empresario, esto es, aquellas personas o entidades a las que el empresario recurre por sus conocimientos técnicos. Encajarían en esta categoría los servicios de prevención, tanto propios como ajenos, y todos aquellos profesionales que asesoran al empresario y que asumen funciones de control y organización en materia de prevención. En estos casos, el Código Civil impone al empresario una responsabilidad, conocida como responsabilidad por hecho ajeno (artículos 1903 y 19044Cc), que le obliga a hacer frente al pago de la indemnización y le permite, a su vez, repetir del trabajador la cantidad adelantada²⁴¹.

En un segundo nivel se encontrarían aquellas empresas que, aunque no son la empleadora directa del trabajador, se benefician de sus servicios. Sería el caso de la empresa usuaria o de empresas pertenecientes al mismo grupo que puntualmente se aprovechan de los servicios de un trabajador de otra empresa del grupo.

Otro elenco de posibles terceros, ajenos a la relación laboral, pero vinculados con la prestación de trabajo o con el lugar en que se realiza, sería el constituido por los contratistas con los que el empresario ha contratado parte de su actividad o, en general, el resto de empresarios con los que el empresario comparte centro de trabajo. En estos casos, la LPRL y la normativa de desarrollo contemplan obligaciones específicas de coordinación y de vigilancia que pueden fundamentar la responsabilidad de estos sujetos.

²⁴¹ RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: "La responsabilidad del tercero ajeno a la relación laboral por daños derivados del accidente de trabajo: desajustes del sistema español de reparación del daño", *XXIII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, mayo 2013, pág. 1 y ss.

En cuarto lugar, fuera del centro de trabajo y completamente ajenos a la prestación, se sitúan las empresas que proveen al empresario con maquinaria y otros equipos y productos de trabajo. Se trata de los fabricantes, importadores y suministradores, para que los la LPRL ha previsto en su art. 41 obligaciones específicas.

Por último, se encontrarían los terceros completamente ajenos a la esfera de actuación del empresario como, por ejemplo, los causantes de un accidente de tráfico que, a su vez, constituye un accidente de trabajo.

A pesar de esta variedad de posibles sujetos responsables del accidente de trabajo, lo cierto es que, en la práctica, el empresario es quien normalmente asume la responsabilidad por los daños que sufra el trabajador. Esta carga de la responsabilidad sobre el empresario se explica, en parte, por el elevado nivel de diligencia que la LPRL exige al empresario en el cumplimiento de su obligación. No obstante, hay también elementos en el propio sistema de responsabilidad y de reparación del daño que facilitan que el tercero se vea liberado de su responsabilidad frente al empresario y el trabajador. Como se verá a continuación, la tendencia objetivadora de la responsabilidad civil empresarial, la posibilidad de que el trabajador dirija su demanda únicamente contra el empresario, aun cuando otros sujetos hayan contribuido a la causación del accidente, y los efectos distorsionadores del sistema de Seguridad Social y de la responsabilidad por recargo, favorecen que el tercero se vea liberado de responsabilidad.

1.1.- La responsabilidad civil del tercero frente al trabajador

Cualquiera de los sujetos mencionados anteriormente puede ser declarado responsable civil frente al trabajador. El trabajador puede reclamar directamente al empresario, al tercero o terceros ajenos a la

relación laboral o a todos ellos conjuntamente.

En los casos de *pluralidad de empresarios* que comparten centro de trabajo es muy habitual que el trabajador dirija su reclamación frente al empresario y frente al tercero conjuntamente. La previsión en la LPRL de obligaciones expresas de coordinación facilita que el trabajador dirija su reclamación frente al empresario y frente al tercero conjuntamente. No ha ocurrido lo mismo respecto de otros empresarios, como los fabricantes, con obligaciones en materia de prevención, pero cuya vinculación fáctica con el lugar de trabajo puede resultar más alejada²⁴².

Tampoco es muy habitual que el trabajador dirija su reclamación frente al servicio de prevención ²⁴³. La existencia de una responsabilidad directa del empresario por actos de sus auxiliares con base en el art. 1904 CC. y lo dispuesto en el art. 14.4 LPRL, que advierte de que el recurso a entidades especializadas en materia de prevención no exime de responsabilidad al empresario, propician que el trabajador dirija su demanda únicamente frente al empresario. Junto a ello, los términos del art. 14 LPRL que obligan al empresario a garantizar la protección eficaz del trabajador en todos los aspectos relacionados con el trabajo, dificultan que se libere de responsabilidad, aun cuando exista un incumplimiento relevante de un tercero.

²⁴² BALLESTER PASTOR, I.: *Fabricantes, importadores y suministradores de equipos y útiles de trabajo: obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada, 2010.

²⁴³ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo*, Comares, Granada, 2009, págs. 54 y ss.; HERRERO GARCÍA, M.J.: "Responsabilidad civil de los servicios de prevención", *Actualidad Laboral*, Nº 10, 1998, pág. 190; LOUSADA AROCHENA, F.: "Las responsabilidades de los técnicos de prevención", *Revista de Derecho Social*, Nº 22, 2003, págs. 79 y ss; LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, CES, Madrid, 2002, pág. 132 y ss. En contra de reconocer la acción directa del trabajador frente al servicio de prevención SALA FRANCO, T.: "La responsabilidad de los servicios de prevención ajenos a la empresa y del personal a su servicio", *Actualidad Laboral*, Nº 12, 2000, págs. 191 y 192 y ss.

Desde un punto de vista sustantivo, al tratarse de terceros ajenos a la relación laboral, su responsabilidad tiene carácter extracontractual y se fundamenta, con carácter general, en el art. 1902 CC., si bien, en el caso de los fabricantes de equipos de trabajo también cabe acudir al régimen específico previsto en el Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El éxito de la reclamación frente al tercero requerirá la prueba de que la inobservancia de sus obligaciones en materia de prevención ha contribuido a la causación del daño.

A parte de las dificultades que puede plantear la imputación de la responsabilidad civil al tercero, la reclamación de la responsabilidad civil del tercero ha encontrado también obstáculos de índole procesal²⁴⁴. El primero, finalmente resuelto por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), tiene que ver con la competencia del orden social para conocer de la responsabilidad civil del empresario y/o terceros por los daños derivados del accidente de trabajo. Ambos órdenes se consideraban competentes para conocer de este tipo de reclamaciones. La STS (Civil) de 15 de enero de 2008²⁴⁵ puso fin, aunque solo en parte, a la polémica al reconocer la competencia del orden social para conocer de las demandas de responsabilidad civil dirigidas frente al empresario, salvo en los supuestos en los que la reclamación se dirigiera conjuntamente frente al empresario y frente a un tercero, en cuyo caso, entendió que la competencia era del orden civil. El art. 2 b) de la LRJS despeja todas las posibles dudas al respecto y atribuye genéricamente al orden social la competencia por las reclamaciones de los daños derivados de accidente de trabajo. No obstante, el art. 3 b), excluye expresamente del conocimiento del orden social las reclamaciones que se susciten entre el empresario y las personas que coordinen con el empresario la prevención, incluidas las entidades

²⁴⁴ RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: "La responsabilidad del tercero ajeno a la relación laboral ...", op. cit, pág. 4 y ss.

²⁴⁵ RJ 2008/1394

encargadas de la organización de la prevención. Por lo tanto, aunque la responsabilidad del tercero tiene un carácter extracontractual, son los tribunales laborales, de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción Social, los competentes para conocer de las reclamaciones derivadas del accidente de trabajo, salvo las reclamaciones del empresario frente a las personas o entidades que colaboran con él en la organización de la prevención²⁴⁶.

La segunda cuestión de orden procesal que se plantea es si el trabajador puede dirigir su demanda únicamente frente a alguno de los posibles responsables y qué consecuencias puede tener su posible condena para otros sujetos obligados, como el empresario u otros terceros. Los tribunales y también la doctrina vienen considerando que la responsabilidad del empresario y del tercero ajeno a la relación laboral tendrá normalmente carácter solidario. Se aplica al respecto el régimen de la solidaridad impropia, entendida como aquella que no deriva directamente de la ley o pacto expreso, pero que se impone entre los posibles responsables con el fin de garantizar la posición del perjudicado²⁴⁷. La aplicación de este expediente de la solidaridad impropia tiene como consecuencia en el ámbito procesal, según la interpretación jurisprudencial mayoritaria, la inexistencia del litisconsorcio pasivo necesario²⁴⁸. De manera que el trabajador, aun en los supuestos en los que exista responsabilidad del empresario y otro tercero, podrá reclamar únicamente al empresario o, lo que es menos habitual, únicamente al tercero.

En cualquier caso, una vez apreciada la responsabilidad solidaria

²⁴⁶ ALFONSO MELLADO, C.L.: *Prevención de riesgos laborales y accidente de trabajo en la Ley Reguladora de la Jurisdicción*, Bomarzo, 2011, págs. 40 y ss.

²⁴⁷ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones económicas derivadas de accidente de trabajo. Problemática y reformas.*, Comares, págs. 65 y ss; ALFONSO MELLADO, C.L.: "La responsabilidad de terceros ...", op. cit., págs. 17 y ss, tampoco considera que no debe existir litisconsorcio pasivo salvo en lo referido al recargo de prestaciones.

²⁴⁸ SSTS de 18 de abril de 2006 [RJ 2006/2200]; de 2 de febrero de 2004 [RJ 2004/446]; de 11 de marzo de 1996 [RJ 1996/2410]; de 26 de noviembre de 1993 [RJ 1993/9142].

del empresario y de los posibles terceros, el empresario que hubiere satisfecho la indemnización podrá, en virtud de lo dispuesto en el art. 1145 del CC., dirigir su acción de repetición frente al tercero.

1.2.- La responsabilidad civil del tercero frente al empresario

Dejando al margen los casos en que se haya apreciado la responsabilidad civil solidaria del tercero y del empresario, no es muy frecuente que el tercero ajeno a la relación laboral responda civilmente frente al empresario. En este caso, a diferencia del anterior, no es el trabajador el que dirige su demanda frente al tercero, sino que el empresario, una vez que ha sido declarado responsable de los daños sufridos por el trabajador, decide reclamar al tercero su parte de responsabilidad en la causación del daño. Tal y como se ha visto anteriormente, la extensión de la regla de la solidaridad a estos supuestos de pluralidad de empresarios determina que no opere la excepción de litisconsorcio pasivo y que sea, en consecuencia, viable la condena de uno solo de los posibles responsables, normalmente el empresario, y la posterior repetición de éste frente al resto.

Hay veces incluso en que la propia sentencia condenatoria parece echar en falta que no se haya traído al tercero al proceso y sugiere al empresario la posibilidad de que repita frente a él lo abonado en concepto de recargo. Así, por ejemplo, en un supuesto de accidente causado por equipo defectuoso, la STSJ (Castilla y León, Valladolid) de 2 de febrero de 2008²⁴⁹, señala: “En la medida en que aquí únicamente se discute la responsabilidad de la empresa empleadora no cabe realizar pronunciamientos sobre la responsabilidad del fabricante o suministrador. Si la empresa empleadora fuese condenada, podrá reclamar en vía de regreso por la vía judicial que corresponda, con arreglo a sus relaciones internas con el empresario fabricante o suministrador del equipo, la totalidad o parte de lo

²⁴⁹ AS 2008/1399.

abonado por tal concepto (...)".

Esta acción de responsabilidad civil del empresario frente al tercero se podrá articular, con carácter general, en virtud del art. 1902 CC.; no obstante, cuando reclame frente a terceros con los que le una un contrato, cabrá también la fundamentación de la acción en las reglas de responsabilidad contractual. Así ocurrirá cuando se reclame frente al servicio de prevención ajeno con el que normalmente existirá un contrato mercantil. Normalmente, también existirá un contrato de compraventa, arrendamiento, leasing, entre el empresario o el fabricante que permitiría basar la acción de responsabilidad en las reglas del art. 1101 CC. Sin embargo, en este caso puede resultar más ventajoso acudir al régimen de responsabilidad objetivo de la ya mencionada Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Desde un punto de vista teórico, por tanto, no existen inconvenientes para que el empresario reclame del tercero su parte de responsabilidad civil. Los problemas se plantean a la hora de determinar el objeto de dicha reclamación y, en concreto, a la hora de determinar si el empresario puede reclamar del tercero lo que el propio empresario ha debido pagar en concepto de recargo de prestaciones o de sanción administrativa²⁵⁰.

Tal y como se ha visto, la mencionada STSJ (Castilla y León, Valladolid) de 20 de febrero de 2008²⁵¹ con carácter *obiter dicta*, alude a tal posibilidad. En la misma línea, se pronuncia la sentencia del mismo Tribunal, de 7 de octubre de 2009²⁵², que reconoce: "Existe pues una responsabilidad empresarial diáfana en la causación del accidente que justifica el recargo impuesto, por demás en su mínima cuantía, ello sin perjuicio de posibles culpas concurrentes de terceros -

²⁵⁰ RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. : "La responsabilidad del tercero ajeno ...", *op. cit.*, pág. 6 y ss.

LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, CES, Madrid, 2002, pág. 148 a 150.

²⁵¹ AS 2008/1399

²⁵² JUR 2009/469341

ya del fabricante suministrador por deficiencias de la máquina, ya del servicio de prevención contratado por no evaluar sus riesgos-, exigibles en todo caso por otras vías y que no enervan desde luego la propia de la empresa respecto al recargo prestacional en cuestión.”

En la práctica, sin embargo, los tribunales de lo civil, en sus escasos pronunciamientos sobre la cuestión, no han permitido al empresario recuperar del tercero lo pagado en concepto de recargo. El primer escollo que los tribunales advierten para negar tal posibilidad se encuentra en la propia naturaleza del recargo. Así, la STS (Civil) de 2 de enero de 1991²⁵³, denegó la repetición frente los técnicos del recargo por considerar el recargo como una responsabilidad personalísima cuyo origen se encuentra en el incumplimiento por el empresario de sus obligaciones²⁵⁴.

Junto a ello, también los tribunales de lo civil han encontrado dificultades de tipo procesal para admitir las reclamaciones en concepto de recargo. Así, en el supuesto enjuiciado en la SAP (Málaga) de 7 de julio de 2009²⁵⁵ el empresario que había sido condenado reclamaba del tercero, dueño del camión causante del accidente, el pago de lo abonado en concepto de sanción administrativa y recargo de prestaciones. El tribunal entiende que esta es una cuestión que se debería haber analizado en el proceso administrativo correspondiente. Lo cierto es que la imposición del recargo de prestaciones tiene su origen en la actuación inspectora y, una vez que la propuesta de recargo se ha dirigido únicamente frente al recargo resulta difícil ampliar el círculo de responsables. Es lo que ocurre en el supuesto enjuiciado por la STSJ (Valencia) de 10 de marzo de 2005²⁵⁶, en que la empresa pedía que se extendiera la responsabilidad por recargo a otras empresas, lo cual, finalmente no

²⁵³ RJ 1991/102.

²⁵⁴ GARCIA GONZALEZ, G.: “El complejo sistema de responsabilidades en materia de Seguridad Social y Salud: su aplicación a los técnicos de prevención de riesgos laborales”, *Revista Relaciones Laborales*, Nº 2, 2011, pág. 694.

²⁵⁵ AS 2009/2068.

²⁵⁶ AS 2005/941.

fue admitido por el Tribunal al entender que la empresa no disponía de acción para traer al proceso a terceros frente a los que no se había propuesto responsabilidad por recargo en el proceso administrativo.

Existe, no obstante, alguna reciente sentencia, como la SAP (Alicante, sección 9ª) de 14 de marzo²⁵⁷ que, aunque finalmente entendió que la mutua que actuaba como servicio de prevención no era responsable del recargo pagado por el empresario, no justificó su razonamiento en el carácter personalísimo del recargo o en la falta de acción, sino en que la actuación del servicio de prevención había sido correcta. Parece, por tanto, abrirse una puerta a la posible repetición del recargo frente a los terceros cuando se pruebe su incumplimiento²⁵⁸.

Desde un punto de vista teórico el empresario responde administrativamente o por recargo debido a un incumplimiento propio; este carácter personalísimo de la responsabilidad administrativa y por recargo dificultan, por ello, su posterior repetición. La realidad, sin embargo, es mucho más compleja. Un somero estudio de los antecedentes de hecho de cualquier sentencia demuestra cómo habitualmente en la causación del accidente de trabajo, es muy frecuente que junto con el incumplimiento del empresario coexistan incumplimientos de otros terceros.

Tal y como se viene observando, existen ocasiones en las que el empresario comparte obligaciones con otros sujetos y el accidente es consecuencia del incumplimiento de todos ellos. Así ocurre claramente en los supuestos en los que la normativa impone obligaciones de coordinación a los diversos empresarios, o en los supuestos en los que los diversos comparten una misma obligación, por ejemplo, de información en el caso de ETT y empresa usuaria o de fabricante y empresario. En otras ocasiones, el accidente se debe a

²⁵⁷ JUR 2008/2295.

²⁵⁸ RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: "La responsabilidad del tercero ajeno ...", op. cit. pág. 649.

diversos incumplimientos del empresario y de los otros sujetos obligados, por ejemplo, cuando no se ha realizado correctamente la evaluación de riesgos porque el empresario no había dotado de recursos suficientes al servicio de prevención.

En el ámbito de la *coordinación empresarial*, la existencia de estas obligaciones comunes ha llevado a que la legislación reconozca expresamente la posible responsabilidad solidaria de todos los intervinientes (art. 42 TRLISOS). La extensión de esta regla de la solidaridad sería posible a otros supuestos en los que existen obligaciones comunes, pero resultaría más difícil en aquellos casos en los que existen diversos incumplimientos del empresario y del tercero. Por otro lado, hay terceros, como los fabricantes o los servicios de prevención propios que no han sido contemplados expresamente como sujetos infractores. En el caso de los fabricantes tal escollo se podría salvar aplicando el régimen de infracciones y sanciones que para ellos prevé la Ley de Industria. Mayores problemas la repetición frente al servicio de prevención propio de lo pagado en concepto de sanción administrativa²⁵⁹. La LISOS ha optado por no imponer a los trabajadores sanciones administrativas, por otro lado, el art. 30 LPRL impide que se perjudique a los trabajadores que integran el servicio de prevención. En todo caso, en los supuestos en los que procediese la imposición de la responsabilidad solidaria al empresario y al tercero, no habría obstáculo teórico que impidiera que el empresario reclamase del tercero lo pagado en concepto de sanción.

Desde esta perspectiva de la solidaridad, quizás resulte más fácil admitir la repetición frente al tercero de lo pagado en concepto de recargo. Como se verá a continuación, la doctrina de los tribunales viene admitiendo un concepto amplio de empresario infractor. Lo determinante a efectos del recargo es identificar el sujeto o sujetos que con su actuación incumplidora han causado el accidente con el fin de mejorar las prestaciones que recibe la víctima. Por ello, en el caso del

²⁵⁹ LOUSADA AROCHENA, F.: “Las responsabilidades de los técnicos de prevención”, *Revista de Derecho Social*, N° 22, 2003, págs. 86 y 87.

recargo no debiera haber obstáculo para imponer responsabilidad solidaria al empresario y a otros sujetos infractores, no solo en supuestos de incumplimiento de obligaciones comunes de coordinación, sino también en los casos en los que el accidente se produce por la suma de los respectivos incumplimientos.

1.3.- El tercero como responsable del recargo de prestaciones

El art. 123 TRLGSS recoge la responsabilidad por recargo de prestaciones cuando el accidente haya tenido su origen en un incumplimiento de la normativa de prevención. La razón de esta peculiar responsabilidad y de su imposición al empresario se encuentra en que originariamente el sistema de Seguridad Social operaba como un seguro de responsabilidad civil e impedía al trabajador accidentado, que ya había recibido las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, reclamar cualquier indemnización civil complementaria al empresario. Esta limitación se contrarrestaba con la admisión de la responsabilidad por recargo para aquellos incumplimientos del empresario más graves²⁶⁰.

Los cambios del sistema de reparación del daño y la propia normativa de prevención de riesgos dificultan cada vez más el acomodo de una institución como el recargo en el conjunto del ordenamiento. Uno de los ámbitos en los que los desajustes son más palpables es el de la responsabilidad del tercero. Tradicionalmente, la responsabilidad por recargo se ha vinculado con el empresario del trabajador en cuanto responsable de las prestaciones de Seguridad Social. Esta limitación de la responsabilidad por recargo casa mal con la ampliación del círculo de sujetos responsables llevada a cabo por la LPRL. Por ello, los tribunales y también la doctrina, han defendido un

²⁶⁰ DESDENTADO BONETE, A.: "Responsabilidades por los accidentes de trabajo: prestaciones de la Seguridad Social, recargo e indemnización civil adicional", en AA.VV.: *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 61 y ss.

concepto amplio de empresario infractor, entendiendo por tal no solo al empresario del trabajador sino al empresario cuyo incumplimiento ha originado el accidente. Así lo estableció la STS de 18 de abril de 1992²⁶¹ en un supuesto de contrata de la propia actividad. Posteriormente, la STS de 16 de diciembre de 1997²⁶², consideró que también cabía la imposición del recargo en supuestos de contrata de distinta actividad.

Diversos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia se vienen haciendo eco de esta doctrina²⁶³ e, incluso, se ha llegado a imponer la responsabilidad por recargo a empresarios que no formaban parte de una contrata, sino que simplemente compartían el mismo centro de trabajo (STSJ de Cantabria de 26 de mayo de 2004 [JUR 2004/176493])”.

Esta extensión de la responsabilidad por recargo está resultando fácil en los supuestos de contratas y subcontratas e incluso en supuestos de simple concurrencia de empresarios en un mismo lugar de trabajo, mayores problemas se plantean para la inclusión en el concepto de empresario infractor de otros terceros como los técnicos o los servicios de prevención, los fabricantes o importadores. No obstante, en la medida en que el accidente sobrevenga por el incumplimiento de otros empresarios infractores, se debería extender la responsabilidad por recargo a esos terceros partiendo de esa interpretación amplia del concepto de empresario infractor.

²⁶¹ RJ 1992/4849.

²⁶² RJ 1997/9320.

²⁶³ Vid., entre otras: STSJ (Castilla y León, Valladolid) de 29 de junio de 2011 [AS 2011/1955], Galicia, de 24 de enero de 2011 [AS 2011/931], Comunidad Valenciana, de 15 de mayo de 2008 [AS 2008/1846], Cataluña, de 16 de julio de 2002 [AS 2002/2972].

2.- LAS MUTUAS Y ENTIDADES GESTORAS FRENTE AL TERCERO

La reparación del daño derivado de accidente de trabajo se articula en el sistema español a través de tres vías: las prestaciones de Seguridad Social (con las que se repara fundamentalmente el coste de la asistencia sanitaria y el lucro cesante), la indemnización civil y el recargo de prestaciones de seguridad social. Estas tres vías de reparación son, según consolidada jurisprudencia y según dispone expresamente la legislación (art. 42 LPRL), compatibles, si bien, en el caso de la indemnización civil y las prestaciones de seguridad social la compatibilidad tiene carácter limitado, en el sentido de que para el cálculo de la indemnización se detraerán las prestaciones de seguridad social percibidas por el trabajador. No ocurre lo mismo en el caso del recargo, cuya compatibilidad se ha entendido absoluta. Esta solución de los tribunales no es compartida por la doctrina, que desde hace algún tiempo advierte de la necesidad de revisar el complejo sistema de Seguridad Social y dar una respuesta coherente a las distorsiones que la coexistencia de estas tres vías de reparación plantea²⁶⁴.

Estas distorsiones del sistema de reparación del daño se acrecientan cuando al acaecimiento del accidente de trabajo contribuye la acción de un tercero. En estos supuestos, el trabajador normalmente percibirá las prestaciones correspondientes de Seguridad Social y además podrá reclamar la indemnización civil del tercero y/o del empresario, en el caso de que también quepa atribuirle responsabilidad por el accidente. En el cálculo de esta indemnización se tendrán en cuenta las prestaciones de Seguridad Social percibidas por el trabajador, de tal manera que el tercero responsable del daño verá reducida la cuantía de la indemnización civil que debe pagar al trabajador. Esta

²⁶⁴ DESDENTADO BONETE, A.: "Responsabilidades por accidentes de trabajo: prestaciones de Seguridad Social...", op. cit., págs. 59 y ss; DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: " Sistema de responsabilidades en materia de Seguridad y Salud laboral en el Ordenamiento Jurídico Español", *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 38

deducción de las prestaciones de Seguridad Social puede tener sentido cuando el responsable es el empresario. Cabe entender que, en la medida en que el empresario contribuye con sus cotizaciones al fondo de la Seguridad Social, las prestaciones derivadas de dichas cotizaciones se tengan en cuenta en el cálculo de la indemnización civil. Sin embargo, no tiene sentido cuando la responsabilidad civil sea de un tercero. En este caso el tercero se está beneficiando de la deducción de las prestaciones de Seguridad Social cuando no ha realizado cotización alguna por accidente de trabajo.

Este desajuste se vería corregido si se reconociera a la Seguridad Social la posibilidad de reclamar en vía de repetición por las prestaciones pagadas al trabajador²⁶⁵. En este punto el legislador español por motivos históricos que exceden del ámbito de este estudio, se ha quedado a medio camino y ha limitado la acción de regreso de la Seguridad Social a las cantidades sufragadas en concepto de asistencia sanitaria²⁶⁶. El art. 127.3 TRLGSS señala que con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de la Salud y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho.

No ocurre lo mismo en otros países de nuestro entorno, como Francia o Italia, donde sí se reconoce expresamente al ente asegurador el derecho de recuperar del tercero responsable las cantidades

²⁶⁵ Vid. en general, sobre esta cuestión: GÓMEZ PÉREZ, F.: “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 5 de diciembre de 1995. Indemnización civil e indemnización laboral un intento de reconstrucción”, *RDP*, 1996, pág. 947; YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Responsabilidad civil por accidentes de trabajo”, en AA.VV. (REGLERO CAMPOS, L.F., coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Aranzadi, 2002, págs. 1420 y 1421; GÓMEZ PERALS, M.: *Responsabilidad civil: los otros perjudicados*, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 103 y 104.

²⁶⁶ MERCADER UGUINA, J.: *Indemnizaciones derivadas del accidente* *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, La Ley, Madrid, 2001, págs. 187 y 188.

pagadas al trabajador víctima del accidente de trabajo.

Especialmente ilustrativos son los casos en los que el tercero responsable es el causante de un accidente de tráfico. En estos casos la víctima del accidente, si además es un accidente de trabajo, percibirá la correspondiente indemnización civil del responsable del accidente de tráfico o de su aseguradora y las prestaciones de seguridad social de la mutua o entidad gestora. En la práctica, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales vienen intentando reiteradamente que se admita su acción de repetición frente al tercero por todas las prestaciones, no solo las derivadas de asistencia de sanitaria. Sin embargo, estas pretensiones chocan con el tenor literal del art. 127.3 TRLGSS que claramente limita la acción de regreso de la mutua a las prestaciones que correspondan por Seguridad Social.

Otra posibilidad para permitir a la mutua o entidad gestora la recuperación de parte de las cantidades adelantadas partiría del entendimiento de que han sufrido un daño propio y directo por la acción del tercero y, en consecuencia, cabría reconocer la posibilidad de reclamar frente al tercero responsable los gastos derivados del pago de las prestaciones de Seguridad Social por la vía del art. 1902 CC. Los tribunales, sin embargo, vienen entendiendo que la mutua o entidad gestora no es tercero perjudicado por cuanto el pago de las prestaciones deriva de la relación de la relación obligatoria de aseguramiento de los riesgos profesionales que impone la ley²⁶⁷. Se argumenta, además, que reconocer a la mutua tal posibilidad conduciría a que el tercero responsable pagara dos veces por el mismo daño. No se repara al respecto que este supuesto doble pago se evitaría si, para el cálculo la indemnización civil que se reconoce a la víctima, se dedujeran las prestaciones que ya recibe de la Seguridad Social.

²⁶⁷ Entre otras cabe citar, SSAP Málaga, sección 4ª, de 27 de enero de 2006 [JUR 2006/14202]; Valencia, Sección 7ª, de 13 de junio de 2005 [AS 2005/1503]. Vid. También, modificando el criterio anterior con un voto particular, SAP Álava, sección 2ª, de 27 de enero de 2001.

V.- CONCLUSIONES

El sistema español de reparación del daño es deudor de la tradicional consideración del empresario como principal responsable de los daños sufridos por el trabajador. Esta concepción choca con el modelo de prevención de riesgos laborales recogido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que, aun manteniendo la figura del empresario como principal obligado, ha ampliado considerablemente el abanico de sujetos obligados. Tal y como se ha visto, se recogen expresamente obligaciones a cargo de otros empresarios, por ejemplo contratistas o subcontratistas, que participan en la realización del trabajo, de empresarios, como la empresa usuaria, que también tienen vínculos con el trabajador, de entidades y agentes, como los servicios o técnicos de prevención que auxilian al empresario en el cumplimiento de su deber y de sujetos, como los fabricantes, que con su actividad productiva también contribuyen a la generación de un riesgo.

Esta descoordinación entre responsabilidad y obligaciones preventivas está provocando que la articulación de la responsabilidad frente al tercero no resulte fácil. Es cierto que en el origen de esta situación se encuentra una cierta inercia motivada porque el empresario es el principal protagonista en materia de prevención y por la facilidad para imputarle la responsabilidad por accidente, pero también existen otros condicionantes en el propio sistema que facilitan que el tercero se vea liberado de responsabilidad.

Desde un punto de vista procesal, la extensión de la solidaridad impropia y la consideración por los tribunales de que la relación procesal está bien constituida, incluso aunque no se demande a todos los posibles responsables, facilitan que el tercero se vea liberado de la reclamación del trabajador.

Los desajustes llegan a su punto máximo, por el efecto distorsionador que provoca el sistema de seguridad social y la responsabilidad por recargo. La compatibilidad relativa entre prestaciones de Seguridad Social e indemnización civil provoca, en primer lugar, que el tercero se beneficie de las prestaciones de Seguridad Social cuando no ha efectuado cotización alguna. Por otro lado, las reticencias para extender la responsabilidad por recargo al tercero, motivan que en la práctica el empresario cargue en solitario con tal responsabilidad y que se pongan dificultades al ejercicio de la acción de repetición frente al tercero.

Estos desajustes junto con otros advertidos por la doctrina, motivan la apertura de un debate en torno al sistema de reparación del daño y su revisión²⁶⁸. Desde un punto de vista teórico, dos deberían ser los objetivos de un sistema de reparación del daño derivado de accidente de trabajo, en primer lugar, la reparación del daño sufrido por el trabajador y en segundo lugar la imputación del daño al responsable, con una finalidad preventiva y disuasoria. Ninguno de estos dos objetivos se consigue con el sistema vigente. La compatibilidad absoluta entre el recargo de prestaciones y el resto de partidas indemnizatorias motiva que el trabajador vea resarcido dos veces el mismo daño. Por otro lado, el empresario es el principal responsable tanto del pago de las cotizaciones de Seguridad Social, como del pago de las indemnizaciones civiles y por recargo.

Un posible modelo respetuoso con el objetivo de reparación total del perjuicio económico sufrido por la víctima y con la atribución de las cargas económicas a quien ha creado el riesgo, sería el de la

²⁶⁸ DESDENTADO BONETE, A. / NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: “Las transformaciones del accidente de trabajo entre la ley y la jurisprudencia [1900-2000]. Revisión crítica y propuestas de reforma”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 24, 2000, págs. 31 y ss; MERCADER UGUINA, J.: “Indemnizaciones derivadas del accidente Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo”, *La Ley*, Madrid, 2001, págs. 253 y ss; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. / LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones económicas derivadas de accidente de trabajo. Problemática y reformas*, Comares, págs. 121 y ss.

compatibilidad limitada entre prestaciones de Seguridad Social e indemnización civil. Mediante las prestaciones de Seguridad Social el trabajador ve en todo caso resarcido parte del daño y mediante la reclamación de la indemnización civil puede recibir del empresario o del tercero la parte no asegurada por el sistema de Seguridad Social.

La consecución de un reparto equitativo de los riesgos exigiría que la financiación del sistema de Seguridad Social se repensase teniendo en cuenta en el cálculo de las cotizaciones el riesgo y la conducta cumplidora de la empresa. No obstante, el establecimiento de un sistema de primas individualizado puede tener algunas dificultades para su puesta en práctica máxime cuando se pretende tomar en consideración la conducta de un tercero. Este desajuste se podría mitigar mediante el reconocimiento de una acción de regreso del ente asegurador frente al tercero²⁶⁹; con ello, se compensaría la falta de contribución del tercero a la financiación del sistema de Seguridad Social.

²⁶⁹ DESDENTADO BONETE, A.: "Responsabilidades por los accidentes de trabajo: prestaciones de la seguridad social, recargo e indemnización civil adicional", en AAVV: *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*", Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 70 a 75.

CAPÍTULO CUARTO: REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL: LA ANTIJURIDICIDAD, LA CULPA Y EL NEXO CAUSAL

Sumario:

I.- INTRODUCCIÓN

II.- LA ANTIJURIDICIDAD

III.- LA CULPA:

- 1.- La culpa o negligencia y el dolo.
- 2.- La culpa del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo
- 3.- La influencia de la imprudencia del trabajador en la responsabilidad preventiva del empresario.

IV.- EL NEXO CAUSAL. VIAS DE EXONERACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR RUPTURA DEL NEXO CAUSAL.

- 1.- Caso fortuito y fuerza mayor.
 - 1.1.- La distinción ambas figuras en el marco de la seguridad laboral
 - 1.2.- La concurrencia de factores causales.
- 2.- Incidencia de culpa exclusiva de la víctima.

I.- INTRODUCCIÓN

Para que resulte efectiva la acción de responsabilidad derivada de daños por accidente laboral, es imprescindible que se produzca una acción antijurídica, lo que significa que el daño que sufre el trabajador sea antijurídico, es decir, que la víctima no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Además, es preciso que la persona frente a quien se dirige la acción sea culpable y que exista un nexo jurídico entre el daño producido y la acción culpable del empresario.

A continuación vamos a exponer cómo influye la imprudencia del trabajador en la responsabilidad del empresario en la producción del

accidente laboral, así como los diferentes supuestos en que se produce la ruptura del nexo causal, siendo los de mayor relevancia el caso fortuito y la fuerza mayor.

II.- LA ANTIJURIDICIDAD

La *antijuridicidad*²⁷⁰ es un concepto escurridizo²⁷¹ en la responsabilidad civil, del que ni siquiera se sabe si forma parte de los elementos constitutivos de la pretensión de responsabilidad civil, ni qué es exactamente o si sirve para distinguir los supuestos en los que hay que indemnizar y en los que no. En principio suele entenderse que en la responsabilidad civil contractual la antijuridicidad consiste en el incumplimiento de la obligación que se debe (como quiera que se está obligado, la no realización de la prestación es la que desencadena la responsabilidad). En la responsabilidad civil extracontractual, la antijuridicidad consistirá, en la violación de *alterum non laedere*²⁷² o *neminem laedere*.

Si partimos de la base de que la antijuridicidad consiste en una conducta contraria a Derecho, y que la responsabilidad tan solo aparece a consecuencia de una conducta antijurídica del causante del daño, cabría afirmar entonces que solo en caso de que la conducta del causante del daño sea ilícita o contraria a Derecho (contraria a la norma jurídica imperativa o prohibitiva) dará lugar a responsabilidad por los perjuicios que éste pueda haber ocasionado.

²⁷⁰ La cuestión relativa a la antijuridicidad y las causas que de justificación ha sido tratada de forma monográfica y exhaustiva por BUSTO LAGO, J.M.: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Tecnos, 1998.

²⁷¹ NAVARRO MENDIZABAL, I.A. / VEIGA COPO, A.: *Derecho de daños*, Thomson-Reuter, Navarra, 2013, pág. 90 y ss.

²⁷² El TS, Sala 1ª en su Sentencia de 16 de julio de 1991 [ED] 1991/7918] Pte: Malpica Gonzalez-Elipe, y en todas las citadas en la misma dice: “que es requisito bastante para declarar la responsabilidad extracontractual, el de la ilicitud ampliamente entendida por haber transgredido el agente las reglas de conducta, faltando al cuidado y diligencia exigible y dañado bienes jurídicamente protegidos”.

En mayoría de los casos el daño se produce tras infringir su autor un deber legal muy concreto que le viene impuesto por una norma jurídica, hay otras muchas en las que tales daños acaecen con motivo de conductas que en absoluto cabe entender opuestas, en sentido estricto, a los dictados de la Ley. Ello acredita que en absoluto puede mantenerse la afirmación de que solo es antijurídica la conducta dañina cuando se lleve a cabo contraviniendo los dictados de las normas jurídicas.

Para considerar *antijurídica* una conducta y por consiguiente culposa, basta con que el acto ejecutado se efectuó sin ejecutar la diligencia socialmente necesaria para evitar o prevenir el daño, violando el genérico deber jurídico de no causar daño a otro (*alterum non laedere*). Por tanto, y habida cuenta de que la actividad de una persona es capaz de generar perjuicios a otras de muy diferentes maneras, cabe sostener que, de no existir alguna circunstancia que lo justifique, cualquier tipo de daño puede ser considerado ilícito por violar la citada regla, que nos exige a todos no perjudicar a los demás²⁷³. Lo cual provoca que no quepa delimitar con contornos precisos la noción de antijuridicidad, quedando en todo caso a la decisión judicial la apreciación de dicha circunstancia²⁷⁴.

²⁷³ OSORIO SERRANO, J.M.: “Introducción al derecho de daños”, *Manual de Valoración del Daño Corporal*, en AA.VV., Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 49 y 50

²⁷⁴ El TS, Sala 1ª, en Sentencia de 20 de diciembre de 1930, manifestó: “que la culpa abarca una escala tan dilatada o extensa que no es posible reducirla o sintetizarla en reglas precisas para su aplicación, y de ahí la necesidad de que en cada caso concreto y apreciando los diversos elementos de juicio facilitados al juzgado, deba este apreciar o no la existencia de la causa generadora de la culpa o negligencia, cuyo criterio, como subjetivo e hijo de la convicción formada por los elementos probatorios traídos a la vista, debe ser mantenido y respetado en trances de casación”.

III.- LA CULPA Y EL DOLO

En la responsabilidad civil, el factor de atribución señala al patrimonio responsable: atribuye la responsabilidad civil a quien va a responder. El factor de atribución es la razón por la que responde el responsable, el porque responden unas personas concretas , y no otras, de los daños causados porque el factor de atribución les señala. Los factores de atribución pueden ser de muchos tipos, así pues:

- Art. 1902 CC: culpa propia de quien daña: responde porque su acción ha sido negligente.

- Art. 1903 CC: culpa propia de quien responde del hecho ajeno, con quien le une una especial relación reflejada en el precepto (responde porque su negligencia ha posibilitado la actuación dañosa de su hijo, su tutelado, su empleado...).

- Art.1905 CC: responde el poseedor del animal o el que se sirve de él, por esa posesión o servicio.

- Art. 1907 CC: responde el propietario de las maquinas porque no las cuidó con la debida diligencia..

Como se puede apreciar, hay mucha diversidad de razones por las que se atribuye responsabilidad a alguien. La clasificación fundamental de los factores de atribución es la que distingue entre factores subjetivos, en los que se tiene en cuenta la diligencia del llamado a responder, de los objetivos²⁷⁵, en los que se prescinde del dato de la diligencia y se atribuye la responsabilidad por otros motivos.

²⁷⁵ NAVARRO MENDIZABAL, I.A. Y VEIGA COPO, A.: *Derecho de daños*, Thomson-Reuters, 2013, pág. 252.

1.- LA CULPA O NEGLIGENCIA Y EL DOLO

La culpa o negligencia es, junto con el dolo, el factor de atribución clásico en la responsabilidad civil subjetiva y se presenta tanto en la responsabilidad civil extracontractual, como en la responsabilidad civil contractual²⁷⁶.

La *culpa* esta definida en el art. 1104 CC que establece “ la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento , se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

El estándar de conducta exigible en los PETL (art. 4:102):

1) es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicados, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los metidos alternativos.

2) El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate cumpla.

²⁷⁶ REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M., en AA.VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014 , pág. 1010 y ss.

3) Al establecer el estándar de conducta requerido deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta.

Aquí también se integran en un solo concepto aportes abstractos (“persona razonable”) con elementos concretos que sirven para apreciar la culpa en cada caso. En el fondo puede encontrarse gran similitud entre nuestro art. 1104 y el art. 4:102 PELT si se leen los textos en paralelo, pues la referencia a la naturaleza de la obligación del art. 1104 está directamente relacionada con la “naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividades, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño,.. y desde luego de las circunstancias de la personas también deben tomar en consideración “la edad, la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate cumpla”.

El concepto de culpa que aparece en el art. 1104 del Código Civil es aplicable a todo el ordenamiento jurídico, por formar parte de la teoría general de la obligación²⁷⁷. El que su literalidad haga referencia a la naturaleza de la obligación no es obstáculo para su utilización también en la responsabilidad civil extracontractual. En estos casos la obligación derivara del principio general *neminem laedere*. De hecho es la única definición de culpa para todos los ámbitos, porque el CC no vuelve a definir culpa en sede de responsabilidad civil extracontractual al ser innecesario por la presencia del art. 1104. Es decir , si no se utiliza este criterio, no hay otro en el CC²⁷⁸.

²⁷⁷ REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M, en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014 pág. 300 y ss.

²⁷⁸ STS de 21 de diciembre de 2009 [R] 2009, 144] “ el reproche culpabilístico es obvio que ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares de conducta establecidos, citados en las sentencias de 6 de marzo [R] 2007, 1534], de 17 de julio [R] 2007, 4895] y 10 de octubre de 2007 [R] 2007, 6813], como integrantes de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, y que vienen referidos a unos patrones de conducta exigible a todos en función de la naturaleza y valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad, de la previsibilidad o de la especial confianza. Tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la formulación del art.

Para el caso de la responsabilidad procedente de negligencia, el art. 1103 CC admite que “podrá moderarse por los Tribunales según los casos”. Es una facultad moderadora potestativa del juez, que rara vez se aplica a este supuesto y sin embargo es invocada en los casos de la llamada compensación de culpas, en los que existe una concurrencia causal y la víctima contribuya a su propio mal²⁷⁹.

El *dolo* en la responsabilidad civil es un concepto diferente al *dolo* como vicio del consentimiento recogido en el art. 1.269 (“hay *dolo* cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de un o de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”).

El *dolo* además difiere en la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil contractual: en la responsabilidad civil *extracontractual*, se trata de la conciencia y voluntad de realizar la acción dañosa, mientras que en la responsabilidad civil *contractual*, es la conciencia y voluntad de incumplir, no necesariamente de dañar. Hay que recordar que en la responsabilidad civil contractual, hay dos fases diferenciadas: una primera es el incumplimiento contractual de la que deriva causalmente la segunda, cuyo contenido son los daños derivados del incumplimiento. No es lo mismo el incumplimiento que los daños y el *dolo* se refiere al incumplimiento. Podría pensarse que es lo mismo en la responsabilidad civil extracontractual, pues si existe un deber general de conducta consistente en *neminem laedere*, esto es, no dañar, la intención de incumplirlo será la intención de dañar²⁸⁰. Se trata mas bien de la intención de realizar la acción dañosa, aunque no

1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código.

²⁷⁹ Sentencia de 18 de marzo de 2009 [R] 2009, 1656] mas que de la moderación, se habla del “aporte de culpabilidad”.

²⁸⁰ Vid. ALCANTARA Y COLON, J.M. / ESPINOSA Y GARCIA, A.I.: “El accidente de trabajo : una breve síntesis”, *Diario La Ley*, Referencia D- 242, tomo 5, La Ley 21745/2001, pag. 21.

se prevea todo el daño que se va a causar. No se exige para apreciar dolo que se quiera causar todo el daño que efectivamente se causa; basta con que se aprecie la intención de realizar la acción dañosa.

2.- LA CULPA O NEGLIGENCIA DEL EMPRESARIO EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

La fijación de una serie de responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo presupone la existencia de unos deberes y obligaciones normativamente impuestos a determinados sujetos, bien los protagonistas de la relación laboral, bien otros sujetos que inciden en el desarrollo de la misma²⁸¹. Tales obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos están reguladas, si cabe, con más rigor y exigencia que otras obligaciones laborales²⁸², pese a su manifiesta insuficiencia²⁸³. Con tal rigor se exige esta responsabilidad empresarial que la Ley 31/1995 (art.15.4) establece que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador²⁸⁴.

La responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional no se regula en la

²⁸¹ ALFONSO MELLADO, C.L.: *La responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; CALVO GALLEGO, F.J.: *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Aranzadi, Pamplona, 1998; GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona 2003.

²⁸² MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "Diligencia y buena fe en el cumplimiento de las obligaciones laborales", en AA.VV., *Derecho del Trabajo. Lecturas sobre la Obra Científica de Germán José María Barreiro González en sus XXV años como catedrático de Derecho del Trabajo*, Lisboa (Juruá), 2012, págs. 83 y ss.

²⁸³ DEL REY GUANTER, S. / LUQUE PARRA, M.: *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 222.

²⁸⁴ SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.: "La indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo: criterios jurisprudenciales", *Actum Social*, Nº 50, 2011.

LPRL, aunque la admite en su art. 42.1 y 3 e implícitamente en el 15.5, cuando permite al empresario concertar operaciones de seguro para cubrir su responsabilidad. Además, en los últimos tiempos, cabe asistir a un auge de la reclamación de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad contractual y extracontractual, en general, y del accidente de trabajo en particular. De ahí que se hable de una “reformulación del mapa de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo”²⁸⁵, puesto que, si bien crece en importancia la exigencia de responsabilidad civil, se ponen en evidencia las limitaciones que ofrece la reparación y, al mismo tiempo, la dificultad de definir la compatibilidad de las distintas fórmulas de reparación que ofrece el ordenamiento jurídico. En tal ámbito de la responsabilidad civil, y frente a la monolítica interpretación de la jurisdicción social, se ha podido apreciar una posición mucho más dubitativa de la jurisdicción civil, que se mueve en una permanente contradicción entre extender en este ámbito conclusiones propias de la responsabilidad objetiva, afirmándola con una cierta contundencia en todo supuesto de accidente de trabajo con aplicación de la teoría del riesgo²⁸⁶ con la correspondiente inversión en la carga de la prueba²⁸⁷ y aunque el empresario haya cumplido toda la normativa en materia de seguridad en el trabajo²⁸⁸, y aquella otra

²⁸⁵ CAMAS RODA, F.: “Anotaciones críticas sobre la indemnización de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en AA.VV. *Hacia una ley integral en materia de accidentes de trabajo*, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 72.

²⁸⁶ Como con acierto apunta la mejor doctrina, “se debería asumir plenamente la presencia de una responsabilidad empresarial por riesgo doblemente compatible con el objetivo de la prevención, si el sistema va acompañado de técnicas adecuadas a esta finalidad, y con la presencia de una cobertura social de los lucros cesantes derivados de los accidentes”. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: “Propuesta de reforma del sistema de compensaciones económicas en los accidentes de trabajo”, *Relaciones Laborales*, Nº 7, 2010, pág. 59.

²⁸⁷ La STS 17 julio 2003 [RJ 6575] explica con gran sencillez y claridad este criterio: la inversión de la carga probatoria hacia los demandados se justifica porque el empresario es el que tiene la dirección y control de su organización empresarial, y le es más fácil y accesible realizar la prueba de su correcto proceder, que al trabajador la de demostrar lo contrario en la realización de la obra. En suma, al empresario le es más fácil la demostración de que el accidente sobrenido obedece a causas que no están bajo su control.

²⁸⁸ SSTs 14 julio 2005 [JUR 184790] o de 18 julio 2005 [JUR 188073], que, sin

postura que afirma y reafirma, con la misma contundencia, la vigencia del sistema culpabilístico, al considerar que en materia de responsabilidad civil por accidente de trabajo no resulta posible mantener una responsabilidad por riesgo²⁸⁹.

La existencia de la culpa o negligencia del empresario que da lugar a su responsabilidad civil en el supuesto de accidente de trabajo se ha podido apreciar conforme a unos principios que, salvo el problema específico del cumplimiento de las medidas de seguridad, tampoco son tan dispares con los observados en la jurisdicción social, desde el momento en que el “*quid*” de la responsabilidad se deriva hacia el nexo causal entre la conducta del empresario y los daños producidos, de manera que en tal relación de causalidad (conforme al principio de causalidad adecuada mantenido tanto en la jurisdicción civil²⁹⁰ como social²⁹¹) se encuentra el elemento culpabilístico que necesariamente ha de ser probado por aquél que pretenda la reparación del daño sufrido, por lo que tampoco en la jurisdicción civil, por lo general, se ha admitido una responsabilidad civil extracontractual²⁹² del empresario derivada del accidente de trabajo si

embargo, acaba estimando la pretensión resarcitoria toda vez que la empresa ni tenía asegurados a los trabajadores ni había observado las medidas de seguridad exigidas por tratarse de una obra de riesgo. La corriente jurisprudencial del TS defensora de la responsabilidad cuasi objetiva en el accidente de trabajo también tiene aceptación en algunas Audiencias. Así AP Castellón, sección 3ª, de 3 junio 2004 [JUR 25406/05] o AP León, sección 2ª, de 21 abril 2005 [JUR 105890].

²⁸⁹ La interesante doctrina de la STSJ Navarra 8 noviembre 2004 (RJ 1042/059) rechaza la responsabilidad por riesgo del empresario, pues por mucho que se amplíe, no puede prescindir de un elemento de imputabilidad y culpa del empleador por daño causado, sin que pueda erigirse el riesgo como fundamento único de la responsabilidad, pues la total objetivación de la responsabilidad ha de establecerse en las situaciones a las que la norma así lo determina, sin que pueda trasladarse intempestivamente a otro contexto económico o jurídico.

²⁹⁰ Por todas STS de 6 de abril de 2005 [RJ 33379]

²⁹¹ Por todas, STSJ Cataluña 29 diciembre 2004 [AS 204].

²⁹² Aun cuando ha sido un aspecto bastante polémico, hoy puede afirmarse sin demasiadas dudas que estamos ante una responsabilidad de naturaleza contractual, consecuencia de una obligación del mismo carácter, contenido esencial del contrato de trabajo. De ahí que la sala de lo social del Tribunal Supremo admita su competencia también cuando la reclamación por accidente de trabajo va dirigida contra terceros, incluso por la vía de la responsabilidad

no se demuestra una relación directa entre la conducta activa o pasiva del empresario y el daño producido, sin que sea suficiente la aplicación de la teoría del riesgo o de inversión de la carga de la prueba que, aunque responden a una interpretación actual de los arts.1902 y 1903 del Código Civil en determinados supuestos, no comprende el ámbito del accidente de trabajo.

Por todo ello, es lo cierto que la mayoría de las sentencias condenatorias en la jurisdicción civil no se producen por la mera existencia o creación de una situación de riesgo propia de un sistema de responsabilidad objetiva (a pesar de que contengan afirmaciones en tal sentido, y con fundamentos de derecho exhaustivamente argumentados), sino en la ausencia, en el caso concreto, de medidas de prevención (con observancia de un nexo causal entre tal hecho y el daño producido), ausencia de la que la doctrina legal deriva, resolviendo en ese supuesto concreto más allá de afirmaciones generales o doctrinales, la imputabilidad desde una perspectiva culpabilística²⁹³, en la que tampoco concurre una aplicación general de la teoría de la inversión de la carga de la prueba. En definitiva, para que surja una específica responsabilidad civil del empresario a que se refiere la LPRL (art. 42.1) se requiere un plus de responsabilidad o de una culpa muy grave que vaya más allá de lo que supone infracción de las normas de seguridad en que pudiera haber incurrido la empresa²⁹⁴ o, lo que es lo mismo, para la concesión de una

extracontractual. Al decir del Tribunal, es esta posible conjunción de responsabilidad extracontractual por accidente de trabajo de terceros codemandados en un pleito en el que se reclama también la responsabilidad contractual del propio empresario lo que tiene verdadera relevancia a efectos competenciales. STS 21 septiembre 2011 [Rec. 3821/2010]. En la doctrina, por todos, ALFONSO MELLADO, C.L.: "Responsabilidad civil por accidente de trabajo: estado actual de la cuestión", en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.): *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*, Albacete (Bomarzo), 2009, pág. 282.

²⁹³ SSTS de 30 junio 2005 [JUR 174131]; de 4 julio 2005 [RJ 5096]; 18 julio 2005 [JUR 188073] y 19 julio 2005 [RJ 5340]. En ninguna de ellas se condena al empresario por una responsabilidad objetiva o por riesgo, sino por culpa o negligencia del mismo. Tal conclusión, por otra parte, no hace sino poner de manifiesto el carácter contractual y laboral del problema.

²⁹⁴ STSJ Galicia 28 febrero 1997 [AS 884].

indemnización al trabajador en concepto de responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo debe quedar acreditada una culpabilidad grave por parte de la empresa, de mayor entidad que aquella de la cual pueda derivar un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, pues si no, en todo accidente de trabajo en que proceda un recargo por falta de medidas de seguridad, procedería asimismo la indemnización de daños y perjuicios²⁹⁵, y ya la estimación del recargo de prestaciones conllevaría automáticamente la indemnización de daños y perjuicios, lo cual, evidentemente, no tiene por qué concurrir en todos los supuestos de accidente de trabajo, siendo por ello necesario que quede acreditada una mayor culpabilidad en el empresario en la producción del accidente²⁹⁶. No obstante la STS, Sala 4ª, de 12 de julio de 2013²⁹⁷, ha sostenido que la sentencia en la que se afirma la existencia de nexo causal entre el incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales y la enfermedad posterior del trabajador condenando a la empresa al abono de un recargo de prestaciones, produce el efecto positivo propio de la cosa juzgada en un posterior proceso en el que se exige el abono de una indemnización por daños y perjuicios al empresario incumplidor.

Finalmente, la culpa como criterio de imputación de responsabilidad ha sufrido un proceso de deterioro fruto del creciente avance de la apertura del nexo causal, bien a través de la remoción de los requisitos que afectan a la prueba. Y el problema inducido es que si bien con ello se persigue un resarcimiento integral del daño producido a la víctima, desde el punto de vista preventivo se produce una relajación del elemento culpabilístico muy poco funcional a la prevención, pues sea cual sea el nivel de diligencia seguido por el empleador, producido el siniestro (incluso en casos en que no hay un

²⁹⁵ REBOLLEDO VARELA, A.L.: “Responsabilidad contractual versus responsabilidad extracontractual en el accidente de trabajo”, *Revista Social*, N° 116, 2006.

²⁹⁶ SSTSJ Burgos 13 noviembre 2002 [AS 300/03]; Cataluña 25 octubre 2004 [AS 3619] o Málaga 14 abril 2005 [AS 1304].

²⁹⁷ RJ 2013/6578, [Rec. 2294/2012] Pte: Desdentado Bonete.

deber concreto preventivo que se haya conculcado), difícilmente se va a eludir la responsabilidad civil o el recargo de prestaciones²⁹⁸.

3.- LA INFLUENCIA DE LA IMPRUDENCIA DEL TRABAJADOR EN LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

El art. 115 LGSS *excluye* del concepto de accidente de trabajo, entre otros supuestos, aquél que sea debido a la imprudencia temeraria del trabajador accidentado, la cual, quebrando el nexo causal entre lesión y trabajo, daría lugar entonces a que esta última se calificara como accidente no laboral o enfermedad común. Sin embargo, no toda imprudencia provoca esta consecuencia, ya que se mantiene la calificación de un accidente como de trabajo cuando concurre “imprudencia profesional”, que es la derivada del ejercicio habitual de un trabajo y la confianza que éste inspira.

El problema tiene una evidente trascendencia, ya que de la naturaleza que se reconozca a la conducta negligente del trabajador dependerá que se aprecie o no la *laboralidad del accidente* sufrido en razón de la misma²⁹⁹.

Según reconocida doctrina penalista, la *imprudencia* -término equivalente a culpa- se define por referencia a dos elementos constitutivos: la infracción del deber de cuidado y la previsibilidad de resultado³⁰⁰. Incorre en una conducta imprudente quien, de modo no intencionado, *infringe el deber de cuidado* que personalmente le era exigible. Este deber de cuidado implica advertir el peligro y adoptar un

²⁹⁸ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social. Su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 219 y ss.

²⁹⁹ SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: “La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 84, págs. 58 y ss.

³⁰⁰ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 1990, pág. 471.

comportamiento adecuado en orden a evitar la producción del resultado³⁰¹.

El art. 115 LGSS hace referencia, como se ha indicado, a dos clases de imprudencia: la temeraria y la profesional, que se examinan a continuación.

El Derecho Penal define la imprudencia temeraria como “la omisión de la diligencia más elemental”³⁰². El Tribunal Supremo la identifica con la que “excede de la mera imprudencia grave o con infracción de reglamentos”. Sin embargo, es doctrina jurisprudencial conocida que el concepto de imprudencia temeraria no tiene en el ámbito laboral la misma significación que en el penal³⁰³. En el Ordenamiento de Trabajo “el efecto que provoca su concurrencia es la pérdida de protección cualificada de un riesgo específicamente cubierto”, mientras que el Derecho Penal tiende a proteger al colectivo social de los riesgos causados por conductas imprudentes³⁰⁴.

Nuestros Tribunales mantienen que para que concurra la imprudencia temeraria del trabajador es preciso que con su comportamiento asuma riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves, ajenos a la conducta usual de las personas. Así, existe imprudencia temeraria cuando el trabajador “consciente y voluntariamente contraría las ordenes recibidas del patrono, o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigibles a toda persona normal”³⁰⁵.

³⁰¹ SÁNCHEZ ICART, F.J.: “La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo, Hacia una legislación integral sobre el accidente de trabajo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 9, 2006, CGPJ, 2007, págs. 93 y sig.

³⁰² COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal, Parte General*, *op. cit.*, pág. 472.

³⁰³ LUIS PEREZ CAPITAN, L.: *La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 38 y ss.

³⁰⁴ STS de 18 septiembre 2007 [R J 2007,8446].

³⁰⁵ SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: “La imprudencia del trabajador en el accidente ...”, *op. cit.*, págs. 58 y ss.; LUIS PEREZ CAPITAN, L.: *La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*,

La imprudencia se distingue del dolo (que igualmente rompe el nexo causal entre trabajo y lesión) en la *intencionalidad*, que está presente en comportamiento de modo que, por falta de conocimientos suficientes en orden al cuidado y a la observación de las consecuencias del riesgo, origina la actuación que da origen al propio accidente.

Respecto de la incidencia del comportamiento culposo del trabajador en las responsabilidades empresariales, especialmente complejos son aquellos supuestos en los que la causa del accidente sea imputable a la propia persona del accidentado o bien dicha conducta concorra como concausa de un incumplimiento del deber de seguridad. El art. 15 LPRL sienta el principio de adaptación del trabajo a la persona concreta del trabajador, lo que exige que el empresario deberá tomar en consideración las capacidades profesionales de éste en materia de seguridad al encomendarle las tareas, garantizar que haya recibido formación en seguridad e información suficiente acerca de las zonas de riesgo grave y específico, así como prever las distracciones o imprudencias no temerarias en las que pudiera incurrir el accidentado, de donde derivaría que sólo se rompe el nexo de causalidad adecuada cuando el trabajador incurra en imprudencia temeraria³⁰⁶.

La desobediencia del empleado respecto a sus deberes presenta un absoluto carácter privado y contractual, habida cuenta que la exigencia de responsabilidades tendrá lugar normalmente mediante el ejercicio de las facultades disciplinarias por parte del titular de la unidad productiva, sin derivarse ningún tipo de responsabilidad de naturaleza administrativa, en la medida en que el trabajador por cuenta ajena no aparece incluido en la lista de sujetos infractores en esta materia por la LISOS, ni tampoco de carácter punitivo, pues no

op. cit., págs. 25 y ss..

³⁰⁶ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 472 y ss.

cabe incluirlo entre los sujetos activos de los delitos específicos en materia preventiva regulados en el Código Penal, que, por su configuración legal, resultan atribuibles en exclusiva al empresario. Sobre las premisas anteriores, y para ultimar su contenido, el párrafo tercero del art. 29 LPRL viene a establecer que el incumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones preventivas, tendrá la consideración de infracción laboral a efectos de lo dispuesto en el art. 58.1 ET, o de falta cuando se trate de funcionarios públicos o de personal estatutario al servicio de las Administraciones Públicas, de conformidad con lo dispuesto en los reglamentos de régimen disciplinario aplicable a dichos sujetos³⁰⁷.

Estas infracciones y sanciones se graduarán en atención a la naturaleza del incumplimiento del trabajador, siendo esta una materia desarrollada con carácter general por la negociación colectiva, en cuanto la norma paccionada es la llamada a acomodar las conductas exigibles a las peculiaridades de cada actividad; incluso en aquellos casos más graves en que las contravenciones pueden determinar el despido disciplinario del empleado, con justificación normalmente en la indisciplina en el trabajo (art. 54.2.b del ET) o en la transgresión de la buena fe contractual (art 4.2.del ET), sin olvidar tampoco la posibilidad, menos utilizada en la práctica, ofrecida por el arto 54.2.f) del ET, pues se viene considerando que la embriaguez o toxicomanía habitual del trabajador repercuten negativamente en la prestación de servicios cuando dicha circunstancia "aumenta el riesgo potencial o real de sufrir algún tipo de accidente o lesión, bien él o terceras personas, debido a las características del puesto de trabajo desempeñado"³⁰⁸. No obstante, la máxima sanción exige una indisciplina cualificada, trascendente e injustificada, que en materia preventiva concurre cuando el incumplimiento suponga poner en grave peligro la salud o integridad física propia o de sus compañeros.

³⁰⁷ SÁNCHEZ ICART, F.J.: "La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo, Hacia una legislación integral sobre el accidente de trabajo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 9, 2006, CGPJ, 2007, págs. 93 y ss.

³⁰⁸ STSJ Castilla y León/Burgos 25 noviembre 2003 [AS 1947/2004].

La vulneración de sus deberes no sólo trae aparejadas consecuencias de naturaleza sancionadora, sino que presenta otros efectos de sumo interés, en especial en cuanto hace a las responsabilidades empresariales, planteándose el problema de la *conurrencia de culpas* y la influencia que la negligencia del accidentado pueda tener en la culpabilidad atribuible al empleador. Así, el descuido por el trabajador de las más elementales precauciones en la salvaguarda de su seguridad y salud puede traer aparejada, como consecuencia, la exención a la empresa de cualquier tipo de responsabilidad, siempre y cuando el siniestro presente como causa única la imprudencia del trabajador; ahora bien, dicha descarga ha de ser interpretada de manera restrictiva dados los términos recogidos en el art. 14.4 LPRL³⁰⁹, conforme al cual, las obligaciones previstas para los trabajadores no eximen al empresario de cumplir sus propios deberes en la materia, siendo posible interpretar que una contravención por parte de aquellos no significará, de por sí, la ausencia de responsabilidad para el titular de la unidad productiva.

También, es preciso hacer referencia al contenido del art. 15.4 LPRL, a cuyo tenor, el empresario en la planificación de las medidas preventivas y en aras a garantizar su efectividad habrá de prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el empleado, es decir, deberá proceder a la previsión y determinación previa de los eventuales riesgos que pudiera entrañar el trabajo, relacionados con el "factor humano", conformando un deber de cuidado "incondicionado y, prácticamente, ilimitado"³¹⁰. Los errores humanos de los trabajadores, máxime si son pequeños, deben ser previstos por la empresa, quien ha de tomar las medidas adecuadas para que, de producirse, no trasciendan a la salud e integridad física del trabajador, asumiendo esta tarea como un coste más del proceso

³⁰⁹ SSTJ Cataluña 25 enero 2005 [AS 512] y Extremadura 9 febrero 2006 [AS 338].

³¹⁰ STS 8 octubre 2001 [R] 2002/1424].

productivo³¹¹.

El espíritu de la norma reside en cargar al titular de la unidad productiva con la obligación de prever, incluso, las actuaciones negligentes de sus trabajadores, esto es, atender como conviene "las imprudencias no temerarias que pueden cometer en la confianza y distracción que el desarrollo habitual y continuo de toda actividad laboral puede alcanzar, pues no es por desgracia infrecuente la conducta de muchos trabajadores de asumir riesgos que ponen en peligro su integridad física, ya sea por simple distracción o excesiva confianza en la seguridad y habilidad con las que realizan su labor, guiados en muchas ocasiones por el afán de agilizar, en beneficio de la empresa, el proceso productivo y no ralentizar la ejecución de las tareas que le son encomendadas", incluso aunque este suponga un evidente peligro para su persona, siendo precisamente éste el motivo por el que resulta exigible al empresario la adopción de todas las medidas de seguridad necesarias para hacer imposibles este tipo de prácticas y prevenir así los accidentes que pudiere provocar la distracción, exceso de confianza o incluso negligencia del trabajador³¹².

Así pues, la posible *imprudencia* del trabajador tampoco sería equiparable a la infracción cometida por el empleador, quien debe garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, incluso protegiendo al trabajador de su propia imprudencia profesional.

El exceso de confianza que contribuye a ocasionar daños a los trabajadores en el ámbito laboral a consecuencia de los accidentes de trabajo, no exonera de culpa a la empresa y a sus encargados cuando éstos faltan al deber objetivo de cuidado, consistente en que la prestación de servicios tenga lugar en circunstancias que no propicien

³¹¹ SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: "La imprudencia del trabajador en el accidente de...", op. cit., pág. 58 y ss.

³¹² STSJ Cataluña 17 noviembre 2005 [AS 347/2006].

resultados lesivos, habida cuenta de que el "estándar" de *empresario prudente* comprende tanto el elemento intelectual, esto es, conocer los riesgos que el proceso productivo entraña y los medios para evitarlos, como el volitivo, que implica la puesta en marcha de dichos medios. En consecuencia, no cabe advertir ese exceso de confianza en la ejecución por el empleado de su prestación de servicios en ínfimas condiciones de seguridad, no pudiendo ser imputada culpa alguna a quien desempeña sus tareas en las circunstancias marcadas por el poder de dirección.

La calificación de la *imprudencia* del trabajador no sólo tiene incidencia en la naturaleza del accidente, sino también en el plano preventivo, dando lugar, en su caso, a la responsabilidad del empresario por el incumplimiento de su deber de proporcionar una protección eficaz frente a los riesgos derivados del trabajo, con el consiguiente recargo de prestaciones (art. 123 LGSS).

Lo que está claro es que el *deber de cuidado* del empresario comprende sólo los riesgos previsibles anticipadamente, en el contorno de las tareas propias del puesto de trabajo³¹³; por eso la imprudencia temeraria del trabajador exonera de responsabilidad al empresario.

El cumplimiento empresarial de las medidas de seguridad que le incumben no se agota en la puesta a disposición de los trabajadores de los correspondientes medios preventivos, sino que se extiende hasta la prevención de las posibles imprudencias que aquéllos puedan cometer, a través de la evaluación de riesgos y de la adopción de las correspondientes medidas preventivas. Sin embargo, no alcanza a aquellas acciones que desemboquen en un accidente manifiestamente imprudente alejado de toda racionalidad. Las imprudencias a tener en cuenta han de ser aquellas normales o acostumbradas, derivadas de la

³¹³ SÁNCHEZ ICART, F.J.: "La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo. Hacia una legislación integral sobre el accidente de trabajo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° IX, 2006, CGPJ, 2007, págs. 94 y ss.

propia rutina del trabajo, de la habitualidad, del cansancio de la jornada, las distracciones o los despistes.

En definitiva, mientras la imprudencia *temeraria* sirve para excluir la responsabilidad empresarial, la *profesional* no entorpece la existencia de accidente de trabajo, con toda sus consecuencias. No obstante, incluso en este caso el empresario queda exonerado del pago del recargo de prestaciones³¹⁴ siempre que observara o cumpliera sus obligaciones informativas, formativas, y preventivas en general, de tal modo que para que una imprudencia rompa el nexo causal entre el comportamiento empresarial y el resultado lesivo, y el empresario no sea declarado responsable del accidente o enfermedad causados, se debe analizar si el accidente se hubiera evitado con la adopción de medidas por parte del empresario, medidas exigibles en función de la diligencia debida que hacían al riesgo previsible y evitable, aun en presencia de un comportamiento imprudente. El empresario será responsable si no ha puesto los medios de protección, aunque el trabajador accidentado actuara imprudentemente³¹⁵.

Se plantea aquí qué tipo de prevención se exige al empresario, o mejor dicho, hasta dónde alcanza su *deber de seguridad* en lo atinente a las imprudencias simples y profesionales de los trabajadores. Se ha dicho que el deber de cuidado ha de interpretarse restrictivamente pues lo contrario supondría obligar al empresario a realizar un examen previo o averiguación de peligrosidad de cualquier actuación laboral,

³¹⁴ Cfr. PEREZ CAPITAN, L.: *La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 108.

³¹⁵ STSJ Andalucía, Sevilla, de 27 febrero 2007 [AS 2007, 1577]. Resulta aclaratoria la reflexión de PIZÁ GRANADOS, J.: para quien “la presión social empuja a los buenos trabajadores (a los que frecuentemente se confían las emergencias productivas) a excederse en el cumplimiento de sus obligaciones, adoptando actitudes imprudentes en su propósito de tratar de resolver un problema empresarial. No sería de justicia que ese posible exceso de celo se convirtiese en elemento para exonerar, total o parcialmente, a un empresario poco cuidadoso en el cumplimiento de sus obligaciones”. “Los siniestros laborales por imprudencia del trabajador asociada con la falta de previsión del empresario”, *Aranzadi Social*, (Presentación), 2000.

lo que conduciría a la parálisis de la actividad productiva. En este sentido el Tribunal Central de Trabajo llegó a mantener que el cometido empresarial concluye con proporcionar los medios de seguridad y dar las órdenes precisas, sin que pudiera exigírsele la permanente vigilancia de sus empleados para observar si cumplen o no con las medidas de seguridad establecidas.

Con la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Social se genera un procedimiento claro, según el cual las demandas se presentarán ante los Juzgados de lo Social y corresponderá al empresario probar que adoptó todas las medidas de seguridad. Anteriormente sucedía al contrario, recaía sobre el trabajador probar que se había incumplido la normativa en materia de seguridad. Pero los cambios de la nueva Ley de la Jurisdicción Social, no son solo de cara a los accidentes laborales. Los trabajadores que sufran enfermedades profesionales también podrán reclamar en los mismos términos. Éstas se equiparan en procedimientos de reclamación de daños y perjuicios, de la misma forma que si los hechos hubieran originado un accidente laboral, por lo que todas las novedades de la actual Ley de la Jurisdicción Social, les otorgan los mismos derechos, por lo que al parecer, el entorno judicial se ha sensibilizado respecto a la existencia de ciertas dificultades que existían a la hora de reclamar estas indemnizaciones.

La obligación de probar en estos procedimientos ha cambiado a favor del trabajador y en contra del empresario, por encontrarse el primero en una situación más débil en cuanto a conocer las causas que provocaron que se originara el accidente laboral o enfermedad profesional, ante la dificultad que para él suponía acceder a toda la información y sistema de implantación que la empresa tenía adoptado en relación a la normativa de seguridad.

La responsabilidad del empresario derivada de un incumplimiento de las normas de seguridad sólo puede ser enervada por éste demostrando que actuó con la debida diligencia, mas allá incluso de

las meras exigencias reglamentarias, quedando exento de responsabilidad tan solo cuando el resultado lesivo se hubiera producido por caso fortuito o fuerza mayor conforme a lo previsto en el art. 1105 del Código Civil , en doctrina que, ha hecho suya el legislador al incluirla en el art. 96.2 de la reciente Ley Reguladora de la Jurisdicción Laboral - Ley 36/2011, de 10 de octubre - al establecer que "en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad".³¹⁶

IV.- EL NEXO CAUSAL. VÍAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR ACCIDENTE DE TRABAJO POR RUPTURA DEL NEXO CAUSAL

El nexo causal hace referencia a la causa y el efecto directo entre el trabajo y las lesiones producidas que se presentan cuando el trabajo se ejecuta bajo la dirección del empleador en actos preparatorios al desarrollo del trabajo³¹⁷. En este sentido, el Alto Tribunal ha señalado que "basta con que el nexo causal, indispensable en algún grado, concurra sin precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiéndose otorgar dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento

³¹⁶ Sentencia TS , Sala 4ª de 30 de octubre de 2012 [Rec. 2692/2011].

³¹⁷ Ejemplo de ello es el accidente sufrido por un camionero en el tiempo de descanso y actividades marginales, como cursos de perfeccionamiento profesional organizado por la empresa, prácticas de deporte cuando sean organizados por el empresario, pero no cuando se organizan por los propios trabajadores en su tiempo libre. STSJ de Madrid, de 4 de mayo de 2005.

KAHALE CARRILLO, D.T: "La Jurisdicción competencia para conocer la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el fin de las controversias", *XXIII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013, pág. 6.

excepto cuando resalten hechos que rompan con total evidencia aquella relación³¹⁸. O lo que es lo mismo, “cabe demostrar que el trabajo no ha tenido la menor incidencia en su aparición o en la generación de la lesión de que se trate”³¹⁹. Por tanto, no se exige que el trabajo sea la causa determinante directa de la lesión, siendo suficiente la existencia de una relación causal directa o indirecta con el trabajo³²⁰. En el supuesto de las enfermedades profesionales, la conexión requerida entre el trabajo y la lesión se presume en relación a las lesiones acontecidas al realizar ciertos trabajos con algunas sustancias y en determinadas actividades conforme a una lista en la que se detallan conforme lo señalado en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro³²¹.

³¹⁸SSTS de 29 de septiembre de 1986 [EDJ 1986/5890] Pte: Muñoz Campos; de 4 de julio de 1988 [EDJ 1988/5847] Pte: Muñoz Campos; Es necesario que exista una vinculación entre «el hecho y sus circunstancias, el trabajo que se efectúa y el lugar en que se desarrolla». STS de 6 de abril de 1974.

³¹⁹ STS de Madrid, de 15 de febrero de 1994 [Rec. 174/1993] Pte: Álvarez Cruz

³²⁰ “En los supuestos de aparición súbita de la dolencia en el tiempo y lugar de trabajo, el lesionado o sus causahabientes únicamente han de justificar esa ubicación en el tiempo y en el espacio laboral, recayendo sobre el patrono o las correspondientes entidades subrogadas la carga de justificar que la lesión, trauma o defecto no se produjo a consecuencia de la realización de la tarea. O lo es mismo, y como dice la STJ de Madrid, Sección 3ª, de 7 de noviembre de 2002, requiere por parte de los presuntos responsables la prueba en contrario que acredite de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión, y es evidente, como ha señalado la doctrina unificadora del TS en sentencia de 16 de febrero de 1996, de acuerdo con esa presunción del precepto, que en principio no se puede descartar la influencia de los factores laborales en la formación y desencadenamiento de una crisis cardíaca o cardiovascular, pudiendo incardinarse igualmente el que se produce en el cerebro. Cualquier lesión como las indicadas aunque tenga una etiología común, pueden estar en su desencadenamiento relacionadas casualmente con el trabajo, y el hecho de que exista con anterioridad la dolencia no excluye la actuación del trabajo como factor desencadenante”. STS de Madrid, de 4 de mayo de 2005 [Rec. 528/2005] Pte: Moreno González-Aller.

³²¹ BOE núm. 302, de 19 de diciembre de 2006.

VÍAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR ACCIDENTE DE TRABAJO POR RUPTURA DEL NEXO CAUSAL

1.- CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

En el análisis del régimen de responsabilidad por daños originada por un accidente de trabajo, tienen una importancia determinante las vías de exoneración de responsabilidad empresarial. Entre otras, cabe citar: aquéllas situaciones en las que el ordenamiento jurídico considera que la actuación del empresario ha sido lícita, los supuestos de inexistencia de culpabilidad, o los que afectan al elemento de la causalidad jurídica. Entre todas estas causas de exoneración tienen especial relevancia las referidas al caso fortuito y fuerza mayor. Su estudio constituye aún una cuestión abierta que suscita importantes dudas; por ello vamos a analizar el funcionamiento de estas concretas vías de exoneración de responsabilidad y sus efectos.

El origen del problema de la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor se encuentra en el art. 1105 CC. que trata ambos de forma indiferenciada³²². Parte de la doctrina interpreta esto como una clara intención por parte del legislador de no diferenciar donde no es necesario. No obstante, es cierto que el propio CC. permite el tratamiento diferenciado entre ambas cuando establece como excepción los casos previstos en la Ley o en las propias obligaciones.

Así pues, existen diversos criterios que permiten distinguir entre las dos³²³. El primero de ellos atiende al origen del suceso. Cierta sector de la doctrina afirma que la diferencia se encuentra en que el suceso a que se refiere el mencionado precepto -ése que es

³²² NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: "Vías de exoneración de la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo por ruptura del nexo causal: caso fortuito y fuerza mayor", *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013, pág. 1 y ss.

³²³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1992, pags. 90 y ss.

imprevisible o, si previsible, inevitable- tiene un origen diferente. En el caso del caso fortuito, este suceso sería ajeno a la voluntad del hombre y provendría de causas naturales; mientras que, en el caso de que el hecho proceda de un tercero, se estaría ante un supuesto de fuerza mayor.

Un segundo criterio atiende, no al origen, sino sobre quién recaen los efectos del suceso. De este modo, se estaría ante una fuerza mayor cuando dichos efectos recaigan sobre la persona del obligado, en este caso el empresario, y se trataría de caso fortuito cuando los mismos recayesen sobre la prestación. Esto es, una cosa sería que el empresario sufriera una eventualidad en su persona que le hiciera imposible cumplir con su obligación; y otra, que el suceso recayera sobre las circunstancias que le rodean haciendo imposible su prestación. Por tanto, “se trataría así de fuerza mayor todo tipo de acto violento sobre las personas, quedando el caso fortuito para los demás accidentes inevitables”³²⁴.

Los anteriores criterios, aun teniéndose en cuenta, son escasamente utilizados. En cambio, existen otros dos que tienen más relevancia y son empleados en la práctica judicial. Uno de ellos es de corte subjetivo y otro objetivo. El criterio subjetivo hace referencia a las características del suceso y se refiere a la “evitabilidad mediante la previsión³²⁵”. Así pues, la fuerza mayor sería un suceso absolutamente insuperable en cualquier condición; a diferencia de ello, el caso fortuito es el evento que es insuperable por ser imprevisible. Se trata de un criterio que introduce en la noción de caso fortuito elementos de apreciación subjetiva. De este modo, en la fuerza mayor, la previsión o no por el empresario sería irrelevante debido a que la violencia o naturaleza del acontecimiento que causa el daño es inevitable. Por lo contrario, en el caso fortuito dicho suceso es más

³²⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, págs . 202 yss.

³²⁵ MEDINA CRESPO, M.: “La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en sede de responsabilidad civil, *VI Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*, Cáceres, 2006, pág. 8 y ss.

relativo de modo que si hubiera sido previsto probablemente habría sido evitado³²⁶. Dicha previsibilidad se examinaría en el caso y circunstancias concretas. Por tanto, se introduce un elemento subjetivo que tendrá en cuenta su diligencia, trascendiendo esta figura su carácter de elemento relacionado con la causalidad de la responsabilidad y acercándola a la culpabilidad. Por tanto, podríamos situar el caso fortuito en el juicio de *culpabilidad* y no en el de causalidad.

1.1.- Distinción del *caso fortuito* y la *fuerza mayor* en el marco de la seguridad y salud laboral

Podríamos decir que la distinción entre *caso fortuito* y *fuerza mayor* no tiene en realidad interés práctico, debido a que sus efectos en el marco de la responsabilidad civil son idénticos, esto es, exoneración de la responsabilidad empresarial. No obstante, consideramos que esto es así sólo en los casos en que la responsabilidad que se sustancie sea por *culpa* ya que las responsabilidades objetivas suelen funcionar bajo parámetros definidos por las “teorías del riesgo”, de modo que se entiende que cuando un factor se desarrolla dentro del riesgo creado y controlado por el deudor, éste debe responder de sus consecuencias, tanto si fue diligente como sino.

La diferencia entre el *caso fortuito* y la *fuerza mayor* suele atender al ámbito de la actividad del deudor. Así pues, la *fuerza mayor*, al ser externa queda fuera del ámbito de la obligación del deudor por lo que, ante un sistema subjetivo u objetivo, no habrá responsabilidad. Por sus características excede a priori el concepto de diligencia. En cambio, no sucede lo mismo cuando se trata del *caso fortuito*, pues su integración en la esfera interna le dota de una mayor exigencia de

³²⁶ REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M. en AA.VV. : *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 876 y ss.

modo que su examen depende en mayor medida de elementos relacionados con la culpa y, por tanto, irrelevantes para una responsabilidad objetiva³²⁷.

Estas afirmaciones se ven avaladas por la existencia en el C.C. de determinados preceptos que consideran que en determinadas situaciones el deudor se ve exonerado del cumplimiento de sus obligaciones únicamente en el supuesto de la *fuerza mayor*, no siendo así en el *caso fortuito*. El propio art. 1105 C.C. lo permite cuando establece que: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación ...” Ahora bien, la cuestión reside en determinar si la diferenciación entre figuras es aplicable en el caso de la responsabilidad civil o indemnizatoria por accidente de trabajo.

Para determinar si la responsabilidad es de tipo objetivo o no debe examinarse si la obligación que sustenta la misma es de medios o de resultado. Como se sabe, una *obligación de medios* es aquella en que el deudor se compromete, no a alcanzar un resultado específico, sino a emplear toda la diligencia posible para alcanzarlo; de modo que si el resultado no se consigue, pero se demuestra que la conducta fue todo lo diligente posible, no habrá responsabilidad. En cambio, la *obligación de resultado* no tiene en cuenta la conducta del deudor y sólo presta atención a la consecución del objeto de la obligación. En materia de seguridad y salud es cierto que a priori parece más garantista que la obligación se considere de resultado³²⁸, pero la consideración de la obligación de seguridad y salud laboral no parece calificable como tal, no sólo porque esto generaría evidentes efectos desincentivadores de la prevención sino, también, porque ni siquiera el art. 4.1 LPRL exige la eliminación de cualquier situación de riesgo,

³²⁷ OLMO GUARIDO, N.: *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 224 y ss

³²⁸ LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia de Seguridad y Salud laboral*, CES, Madrid, 2002, págs. 66 y ss.

en tanto que admite la disminución de los mismos cuando sean imposibles de eliminar.

Así pues, aunque no puede afirmarse que se trate de una responsabilidad objetiva, tal y como establecen los tribunales, lo cierto es que en la práctica se observaba una exigencia tal de diligencia al empresario que ha llevado a la calificación de este tipo de responsabilidad como “cuasi objetiva”, lo cual lleva a la doctrina a afirmar que la obligación de seguridad y salud, pese a ser de medios, “prácticamente es de resultados”³²⁹. De este modo, una vez sucede el accidente de trabajo prácticamente recae sobre el empresario una presunción de culpabilidad, sólo posible de desvirtuar con una exhaustiva prueba a su cargo en la que quede suficiente demostrado que ha desplegado un nivel de diligencia muy elevado. Lo que, en definitiva, convierte la exoneración de responsabilidad en casi excepcional.

Es cierto que esta consideración de corte cuasi objetivo era más propio de la jurisdicción Civil, siendo la sala de lo Social del TS más propicia a utilizar criterios propios de la responsabilidad subjetiva mediante la imposición de un canon o nivel de diligencia no especialmente estricto, sobre todo en comparación con la otra jurisdicción. Dicha diferencia se fue reduciendo con el tiempo produciéndose un acercamiento entre jurisdicciones hacia la responsabilidad por culpa que hoy día no tiene especial relevancia con la aprobación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la cual establece, definitivamente, la competencia del orden Social en estos asuntos. No obstante, aunque pudiera parecer que esto llevaría a la aplicación de la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo de un tratamiento tradicional de la culpa, lo cierto es que son diversas las sentencias en esta materia que aluden a su consideración cuasi objetiva.

³²⁹ GONZALEZ ORTEGA, S.: *Derecho del Trabajo de la empresa*, Colex, 2001.

Por tanto, la conclusión es que la responsabilidad por accidente de trabajo es de corte subjetivo, en mayor o menor medida. Esto haría, de acuerdo con las consideraciones señaladas anteriormente, innecesaria la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor ya que sus efectos siempre serían los de exoneración de la responsabilidad³³⁰. Sin embargo, la exigencia de diligencia en este ámbito es importante y, si se observa, cuando se diferencia entre ambas figuras con base en criterios de corte objetivo, esto es, la interioridad o exterioridad del acontecimiento respecto a la esfera de actuación empresarial, el caso fortuito exige un examen pormenorizado de la conducta empresarial, del grado de diligencia empleado³³¹.

Por ello, si en un accidente de trabajo el acontecimiento fue externo esto significa que habrá que examinar lo relativo a su inevitabilidad más que a su previsibilidad. En el caso fortuito se centrará la atención fundamentalmente en la previsibilidad. Con esto se quiere decir que puede ser que los efectos del caso fortuito y la fuerza mayor sean los mismos, exoneración de responsabilidad, pero el análisis de la conducta empresarial será diferente en cada caso. Ante un accidente de trabajo habrá que examinar si el suceso entra en la esfera de acción empresarial o no. Si no es así, se examinará su inevitabilidad y los restantes elementos añadidos que se comentaban anteriormente. Si, por el contrario, se integra en la esfera empresarial, se deberá examinar la previsibilidad del evento a partir de un examen de la diligencia empresarial. Esto es, mientras la fuerza mayor no requiere de especial prueba, el caso fortuito sí³³².

Antes se han mencionado los elementos que componen los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor y cómo su relevancia es diferente en función de cuál sea la figura. Pero se trata de unos

³³⁰ STS 23 de noviembre de 1994 [RJ 9233].

³³¹ NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: "Vías de exoneración de la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo por ruptura del nexo causal...", op. cit., pág. 8 y ss.

³³² MEDINA CRESPO, M.: "La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en ...", op. cit., pág. 9 y 14.

elementos y conceptos que no fueron pensados para el concreto ámbito de la seguridad y salud laboral. A pesar de contar con determinados antecedentes de la existencia de estas figuras en el marco de la legislación de accidentes de trabajo, lo cierto es que los conceptos relativos a ellos se encuentran, exclusivamente, en el ámbito civil. Las menciones en el ámbito laboral se limitan a reseñar sus efectos y limitaciones.

Este tipo de ausencias y la necesidad de remisión a la normativa propia de otras ramas del derecho provocan siempre problemas de interpretación, más aún en el marco de la seguridad y salud laboral, donde la relación entre las partes del contrato es especialmente singular. La posición del trabajador, en desequilibrio respecto del empresario, hace que determinados principios y normas sean matizadas con el fin de equilibrar esas posiciones en principio desajustadas; entre otros, la interpretación de la culpabilidad o de determinados principios referidos a la causalidad, como es el de confianza. Por todo ello, y habida cuenta que estas figuras son propias del marco civil, debe plantearse si su interpretación es distinta o tiene alguna especialidad en el marco de la prevención de riesgos laborales.

En general, se ha visto que resulta útil la diferenciación entre estos dos conceptos pues, dadas las características de la relación laboral, el que un suceso se enmarque en el ámbito de la actividad empresarial suele teñir de sospecha la actuación del empresario, que deberá probar que el AT se produjo por causas ajenas a su actuación. Pero esto no significa que todos los supuestos que se desarrollan fuera de esa esfera sean calificados de fuerza mayor, ni tampoco que los que se desarrollan dentro conlleven responsabilidad empresarial. Ambos supuestos tienen una serie de elementos precisos que deben concurrir para exonerar de responsabilidad empresarial; si bien son absolutamente fundamentales, pero estos no requieren especial adaptación al ámbito que nos ocupa ni tampoco plantean tantos problemas de interpretación. es cierto que esto es más sencillo en la fuerza mayor. Entre dichos elementos destacan la previsibilidad y la

evitabilidad; y destacan no sólo porque son los establecidos en el art. 1105 C.C., sino por otros motivos añadidos: tienen ciertas connotaciones subjetivas, aun siendo estas figuras propias del elemento causal de la responsabilidad; son los elementos que diferencian en mayor medida al caso fortuito de la fuerza mayor; y, por último, son los que suelen determinar la existencia, en su caso, de responsabilidad empresarial³³³.

Se parte, pues, de que en el análisis de este tipo de situaciones, la fuerza mayor y el caso fortuito impiden, en principio, el nacimiento, no ya la exoneración, de responsabilidad empresarial. Pero las particulares condiciones de la relación laboral y el tipo de obligación empresarial en este campo exigen que para valorar la responsabilidad por accidente de trabajo sea necesario, conjuntamente al análisis del evento, realizar, también, un análisis de la conducta empresarial, tanto en relación con dicho evento como con la producción del accidente. Esto es obvio en todos los supuestos de responsabilidad en este ámbito, y se produce igualmente en otros casos como es el de culpa de la víctima, donde se debe medir en qué proporción cada una de las partes contribuyó causalmente a la producción del daño. Pero lo particular de estas situaciones es que en ellas es complicado realizar este tipo de examen prescindiendo de elementos subjetivos, de un examen de la diligencia empresarial.

En definitiva, ante una situación de accidente de trabajo con sospecha de caso fortuito y fuerza mayor, el papel de la causalidad irá decididamente unido al de la culpabilidad³³⁴. La previsibilidad y evitabilidad presentan, como se decía, connotaciones de tipo subjetivo. Esto es, ambos tienen relación con el examen de la diligencia

³³³ DESDENTADO BONETE, A. / PUEBLA PINILLA, A.: "Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones" en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, Fraternidad Muprespa, 2000, pág. 650 y ss.

³³⁴ Vid. REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M., en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 876 y ss.

empresarial. Trasladado esto al ámbito que nos ocupa, y empezando por el elemento de la previsibilidad, debe plantearse cómo establecer si un suceso es imprevisible o no. Este elemento, aunque debiera ser medido objetivamente, no puede serlo. En primer lugar porque con el avance de la tecnología y de la ciencia cada vez hay más posibilidades de prever determinados tipos de sucesos. El caso más claro es el de los agentes climatológicos.

Por otra parte, porque si nos situamos dentro de la esfera de actuación del empresario, si no se establecen límites, previsible podría ser prácticamente cualquier cosa. Por este motivo, es necesario utilizar, como se decía, parámetros de racionalidad, de la frecuencia del acontecimiento, de experiencia, del tipo de actividad que se esté desarrollando, etc.³³⁵ Es por esta razón que, hasta aquí, se afirma que los parámetros de medición a utilizar tienen en cuenta la medida de la diligencia empresarial en un sentido de hombre medio, no de las concretas circunstancias de la persona. Sería atender a los parámetros que nos proporciona el art. 1104 C.C esto es, “circunstancias de las personas, tiempo y lugar”. Por tanto, se realizará un análisis caso por caso y que atienda a los acontecimientos desacostumbrados o que racionalmente no sean previstos de acuerdo con la experiencia y en función de las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Se debe dejar fuera del concepto de previsibilidad los sucesos “totalmente insólitos o extraordinarios que, aunque no imposibles ni físicamente, y por tanto teóricamente previsibles, no son de los que puede calcular una conducta prudente, atenta a las eventualidades que el curso de la vida permita esperar”³³⁶.

Pero lo expuesto anteriormente, en el ámbito de la seguridad y salud laboral no es suficiente. Es cierto, se insiste, que sería lo más ajustado en un sentido estricto de examen de causalidad pues el

³³⁵ NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: “Vías de exoneración de la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo por ruptura del nexo causal...”, op. cit., pág. 5 y ss.

³³⁶ MARIN CASTAN, F.: *Comentario al art. 1105 del Código Civil*, Colex, 2005, pags. 669 y ss.

criterio de análisis de la causalidad empleada en estos casos es la teoría de la causalidad adecuada, que utiliza parámetros objetivos y abstractos en la valoración de la conducta, atendiendo a lo exigible para un hombre medio dejando el examen de las concretas circunstancias personales de los sujetos para un momento posterior, en el examen de la culpabilidad. Pero si bien esto sería lo correcto en una concepción purista de la responsabilidad, no es operativo ni se emplea en la práctica, pues en ocasiones la lógica nos proporciona soluciones más adecuadas a los problemas que se plantean. De este modo, la conducta concreta del empresario será también analizada cuando se examine el elemento de la previsibilidad. Es el caso, en primer lugar, del examen de un elemento que, como se decía, suele ser analizado junto con el de la previsibilidad, esto es, el de la imputabilidad, de modo que un suceso no se considerará imprevisible si el empresario actuó con dolo o provocándolo³³⁷. Y, también, se produce esta concurrencia con la culpabilidad en el examen de las actuaciones preventivas realizadas por el empresario poniéndose como ejemplos más comunes, la vigilancia, la puesta a disposición de medidas de seguridad, el establecimiento de sistemas de protección, etc. Indudablemente esto supone entrar a valorar el caso concreto, la actuación específica del empresario y su influencia en la causación del accidente de trabajo. Es cierto que, a su vez, esta actuación empresarial lleva implícitos elementos causales y elementos culpabilísticos, pero para valorar si con esa actuación era previsible un accidente o un suceso, causa y culpa han tenido que ser ya analizados, de modo que los parámetros concretos de la culpa aparezcan en su máxima extensión. Por tanto, será necesario el análisis en su conjunto donde causa y culpa vayan indisolublemente unidos. Esto es lo que determina que el caso *fortuito* pertenezca a la esfera de la culpabilidad.

Por lo que se refiere a la *evitabilidad*, se ha dicho que este requisito se encuentra igualmente influenciado por ciertas dosis de

³³⁷ Vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 55 y ss.

subjetividad ya que su examen requiere tener de nuevo en cuenta los parámetros de la diligencia del deudor en un sentido, de nuevo, objetivo³³⁸. En general, esta inevitabilidad del suceso es más relevante en el caso de la fuerza mayor pues, como se ha dicho, los casos fortuitos suelen ser evitables si hubieran podido preverse. En consecuencia, una diligencia media en un sentido abstracto, que hace que aquí el elemento de la culpabilidad no sea tan extremo.

Pero lo que se quiere hacer notar aquí es lo referido a una vertiente de la evitabilidad que cobra especial importancia en el marco de la seguridad y salud laboral. Cuando el C.C. habla de inevitabilidad se refiere al suceso que causa el daño. Debe ser inevitable teniendo en cuenta las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, considerándose inevitable lo que sensatamente no cabía detener. En el caso de la fuerza mayor esa inevitabilidad suele ser absoluta, esto es, el suceso no puede combatirse por la mayoría, si no por todos, los sujetos. En el caso fortuito es relativa. Pero debe plantearse hasta qué punto el empresario es exonerado de responsabilidad empresarial en cualquier caso ante un suceso inevitable. Si el que se dé una situación en que el evento ocurrirá sin poder hacer nada al respecto justifica, por ejemplo, que el empresario no intente evitar sus consecuencias.

1.2.- La concurrencia de factores causales

En general, la ruptura del nexo causal generador de la responsabilidad puede darse en diversos grados, esto es, puede ser total o parcial. Y es que no siempre las circunstancias anteriores se presentan de forma exclusiva sino que, en algunas ocasiones, se manifiestan acumulativamente, esto es, sumadas a alguna conducta

³³⁸ Vid. PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, pág. 584 y ss.

del empresario, también susceptible de ser considerada causa jurídica del daño³³⁹.

El supuesto más sencillo es aquél en el que estos sucesos se producen de modo que excluyen o rompen totalmente el nexo de causalidad en relación con el empresario. Estos supuestos determinan la exoneración total de su responsabilidad. En cambio, en los supuestos de coincidencia de factores causales se producirá la llamada moderación de responsabilidad que, en realidad, consiste en una operación de reparto de la cuantía de indemnización por el daño producido. Dicha situación probablemente no llegue a producirse en los supuestos de fuerza mayor, pero sí en el caso fortuito ya que el suceso entra en la esfera de acción del sujeto demandado.

La concurrencia entre estos factores puede producirse en dos grados, esto es, cuando ambos sucesos, conducta del agente y suceso imprevisible o previsible pero inevitable, podrían haber causado el daño por sí solos; o, cuando ha sido necesaria la concurrencia de ambas causas para la producción del daño. En el primer supuesto, se suele negar la concurrencia, o por lo menos los efectos, de la fuerza mayor o caso fortuito cuando la conducta del demandado tiene una intensidad tal que puede haber provocado por sí misma el daño ya que su acción u omisión habría causado el daño aunque no hubiese habido caso fortuito. En el segundo, la coincidencia únicamente puede producirse por la realización de una conducta que no tiene que ver con el propio caso fortuito pues, de tratarse de un caso en que el empresario no hizo todo lo posible por evitar un suceso evitable, no sería propiamente un caso fortuito. Y es que no es posible apreciar la ruptura total del nexo causal cuando hay un comportamiento negligente del demandado con suficiente aportación causal³⁴⁰.

³³⁹ NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: "Vías de exoneración de la responsabilidad empresarial por accidente ...", op. cit., pág. 11 y ss.

³⁴⁰ Es el caso de la STSJ Galicia (Social) de 9 de marzo de 2012 [AS 2012/1003] y la STSJ Andalucía (Social) de 14 de julio de 2011 [AS 2011/2740] entre otras.

2.- INCIDENCIA DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

A partir de las consideraciones de la doctrina clásica que califica la culpa como una desviación de un modelo ideal de conducta, representado por la buena fe o por la diligencia del buen padre de familia, cuando el accidente se produce por culpa "exclusiva" de la víctima, incumpliendo las medidas de seguridad, a cuya estricta observancia viene obligado, tal y como establece el ya reiterado art. 29 LPRL, y con desprecio de una elemental prudencia, aún a pesar de conocer el riesgo, no cabe apreciar la existencia de responsabilidad en la empresa respecto a la producción del siniestro, no procediendo fijar indemnización de daños y perjuicios alguna a favor del reclamante³⁴¹.

Por lo que respecta a la culpa exclusiva de la víctima, en que la jurisprudencia social ya no se plantea ningún tipo de responsabilidad civil del empresario al no existir infracciones medidas de seguridad y deberse el accidente a la exclusiva imprudencia del trabajador³⁴², en general la jurisprudencia civil, muy lejos en este punto de la apreciación de una responsabilidad objetiva o por riesgo³⁴³, entiende mayoritariamente que excluye la responsabilidad del empresario desde el momento en que se rompe el nexo causal entre la conducta de éste y el daño sufrido, dado que para nada ha intervenido, llegándose incluso a admitir que en caso de negligencia muy grave por parte del trabajador, ésta absorbería la imputable a quienes tuvieran una función de vigilancia superior a la suya.

Tal interpretación es contestada por otra relevante doctrina

³⁴¹ STS, Civil, 5 mayo 2003 [R] 3743]; de Asturias 3 febrero 2012 [Rec nº 3059/2011].

³⁴² STS] de Asturias 3 febrero 2012 [Rec. 3059/2011] Pte: FERNÁNDEZ Adarvin.

³⁴³ REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M, en AA.VV: *Tratado de Responsabilidad Civil*, op. cit. , pág. 924 y ss.

jurisprudencial que considera que la imputabilidad al empresario no cede ante la propia actuación negligente del trabajador -por otra parte concurrente en un gran número de supuestos- pues la previsión del empresario ha de extenderse incluso a tal posibilidad, de manera que sólo en caso de desobediencia voluntaria de instrucciones concretas o de actuación consciente contraria a las indicaciones de la empresa sería aplicable la exoneración por culpa exclusiva de la víctima.

Sin embargo, esta exigente interpretación, que excluiría también en este supuesto la posibilidad de reducciones en la indemnización debida por el empresario, haciendo inaplicable la doctrina de la concurrencia de culpas, puede considerarse minoritaria. En todo caso, para poder hablar de culpa exclusiva de la víctima, excluyente de cualquier responsabilidad del empresario, se ha requerido que en el transcurso del litigio quede debidamente acreditado que fue la conducta del trabajador (interfiriendo el curso causal de los hechos) la única que ha desencadenado el resultado dañoso, pues, si no es así, habría simplemente una concurrencia de culpas con lo que la única consecuencia que se produciría sería la moderación en el *quantum* indemnizatorio, lo que, por otra parte, es el supuesto más frecuentemente apreciado en la jurisprudencia. Sin embargo, no deja de ser sorprendente la relativa facilidad con la que la Sala primera del Tribunal Supremo aprecia culpa exclusiva de la víctima como causa de inexistencia de responsabilidad civil del empresario³⁴⁴, lo que en absoluto compatibiliza con la radical objetivación de dicha responsabilidad que a veces se pretende en el orden civil.

³⁴⁴ SSTS 31 de marzo 2003 [R] 3545 ; 11 de febrero 2004 [R] 400].

CAPÍTULO QUINTO: LOS MECANISMOS DE REPARACIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Sumario:

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- 1.- Criterios de valoración y reparación
- 2.- Las prestaciones de la Seguridad Social como seguro público

III.- EL RECARGO:

- 1.- Caracterización jurídica general del recargo. Naturaleza Jurídica.
- 2.- El supuesto normativo. Requisitos.
 - 2.1.- Existencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional.
 - 2.2.- Falta de adopción de medidas de seguridad y salud laborales establecidas de modo general o específico, en normas jurídico-publicas.
 - 2.3.- Relación de causalidad entre falta de adopción de las medidas de seguridad y el siniestro.
 - 2.4.- La existencia de un perjuicio causado por el siniestro.
 - 2.5.- Derecho a una prestación económica.
- 3.- Prohibición del aseguramiento.
- 4.- Delimitación técnico-jurídica del alcance material de la responsabilidad empresarial.
 - 4.1.- La subcontratación.
 - 4.2.- Empresas de trabajo temporal.
 - 4.3.- Sucesión de empresas.
- 5.- El Recargo como supuesta "prestación de Seguridad Social *sui generis*."
- 6.- El procedimiento administrativo para la imposición de las medidas de recargo.
- 7.- Conclusiones

IV.- LA INDEMNIZACIÓN CIVIL:

1. – La determinación del daño:
 - 1.1.- Principio de reparación íntegra.
 - 1.2.- Principio de proporcionalidad entre el daño y la reparación
- 2.- Criterios para su cuantificación:
 - 2.1.- Uso del baremo de accidentes de tráfico
 - 2.2.- Momento en que ha de fijarse el Baremo vigente a aplicar
 - 2.3.- Los intereses

V.- COMPATIBILIDAD ENTRE LAS DIFERENTES INDEMNIZACIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

I.- INTRODUCCIÓN

El Ordenamiento Jurídico Español presenta una serie de particularidades en lo referente a la valoración de la reparación del daño en los accidentes de trabajo, las cuales son en buena parte artificiales en la medida en que proceden de determinadas opciones políticas sobre la forma de proteger estos accidentes. Opciones, que, a su vez, aparecen históricamente como manifestaciones del intervencionismo legislativo ante la cuestión social³⁴⁵. La protección de los accidentes de trabajo surge a principios del siglo pasado del régimen de la responsabilidad civil para entrar en el campo de la política social, aunque, si se analiza con más detenimiento la legislación específica en esta materia, lo que se advierte es una reelaboración del régimen de la responsabilidad civil por la política social, con adaptaciones y limitaciones que pueden verse como avances y retrocesos.

Con relación a la cobertura de los accidentes de trabajo se ha establecido en España, como en la mayor parte de los ordenamientos europeos, a través de la responsabilidad del empresario. Se ha dicho que la reparación a través de la responsabilidad por culpa del empresario era inviable no sólo por las graves dificultades de la prueba, sino también porque una parte de los accidentes se producen sin concurrencia de culpa empresarial y porque la doctrina de asunción del riesgo de la actividad laboral en el contrato de trabajo actuó también a favor de la exoneración del empresario³⁴⁶. Era necesario pasar de una responsabilidad por culpa a una responsabilidad objetiva, pero luego se advirtió que tampoco la responsabilidad objetiva era suficiente: había que establecer el

³⁴⁵ DESDENTADO BONETE, A.: "El daño y su valoración en los accidentes de trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 79, pág. 79.

³⁴⁶ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 116 y 117; MERCADER UGUINA, J.R.: *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, La Ley, Madrid, 2001, págs. 121 a 129.

aseguramiento obligatorio de esa responsabilidad y luego reforzar ese aseguramiento con garantías de carácter público. La evolución suele presentarse en cuatro fases: de la responsabilidad por culpa propia del régimen civil común se pasó en 1900 a una responsabilidad objetiva por el riesgo profesional, la cual, a partir de 1932, se somete a un aseguramiento obligatorio y que en 1967, con la LBSS y LASS, se integra en la Seguridad Social.

Puede verse el proceso como un avance creciente en orden a la protección de los trabajadores y así es sin duda. Pero el precio del carácter objetivo de la imputación de la responsabilidad será la limitación de la reparación del daño. Con la responsabilidad objetiva y la posibilidad de reclamación por el cauce procesal en un juicio verbal se facilita notablemente la reparación. Pero a cambio de una limitación drástica de la reparación, las prestaciones de Seguridad Social sólo cubren una parte del daño.

La protección de los accidentes de trabajo nace en la esfera de la responsabilidad por el riesgo empresarial³⁴⁷. Pero la fuerza expansiva de la cobertura ha superado ese ámbito. En la definición de la Ley de 1900, que considera como accidente de trabajo “la lesión que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena”³⁴⁸, está ya -con la referencia a la ocasionalidad- el germen del desbordamiento, pero éste se ha hecho patente con la evolución posterior. En el plano subjetivo, aparecen accidentes de trabajo sin empresario -el accidente laboral del trabajador autónomo³⁴⁹- o sin trabajador -el accidente del emigrante³⁵⁰

³⁴⁷ GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “Protección de accidentes de trabajo y responsabilidad civil por riesgo”, *RMTAS*, 2004, N° 53, pág. 364 y ss.; GUTIERREZ SOLAR, B. / LAHERA, J.: *Compensaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo. Problemática y reformas*, Comares, Granada, 2009, pág. 14 y ss.

³⁴⁸ Definición prácticamente coincidente con la actual del art. 115 LGSS, que caracteriza el accidente de trabajo como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena”.

³⁴⁹ Disp. ad. 34ª LGSS.

³⁵⁰ Disp. ad. 1ª LGSS.

o el de los miembros de las mesas electorales-. En el plano objetivo, la conexión con el trabajo se pierde o debilita en supuestos típicos, como los accidentes *in itinere* o los accidentes producidos en el desempeño de cargos electivos de carácter sindical³⁵¹. Desde la perspectiva de la causalidad, la calificación de accidente se extiende incluso a los supuestos de fuerza mayor o al acto de tercero, exigiendo únicamente que tengan alguna conexión con el trabajo. De esta forma, el accidente de trabajo parece víctima de su propio éxito, en la medida en que tenemos accidentes de trabajo que nada tienen que ver ni con el trabajo por cuenta ajena, ni con la esfera de responsabilidad del empresario. Pero, al mismo tiempo, hay una parte del accidente de trabajo -los daños que no son objeto de cobertura por las prestaciones legales- que quedan fuera de la protección de la Seguridad Social, pero no de la esfera de la responsabilidad empresarial.

El art. 115.1 LGSS contiene una indicación importante: el accidente de trabajo es una *lesión corporal*, lo que significa que los daños producidos por los accidentes de trabajo serán daños corporales en sentido amplio. El daño corporal es el daño normal o típico que produce un accidente laboral. Hay otros daños posibles de carácter material, como por ejemplo, la destrucción, pérdida o rotura de efectos personales del trabajador y de los instrumentos de trabajo que son propiedad de éste. Esos daños pueden haberse producido por el accidente, pero no serán reparados a través del régimen de responsabilidad objetiva del empresario que se instrumenta a través de la Seguridad Social. Estos daños materiales no corporales quedan, por tanto, dentro de la limitación de la responsabilidad objetiva del empresario. Los daños corporales son daños de carácter personal, que, sin embargo, pueden tener consecuencias lesivas tanto patrimoniales como extrapatrimoniales³⁵². En el plano patrimonial, una lesión

³⁵¹ Art. 115.2. a) y b) LGSS.

³⁵² Siguiendo el esquema de DESDENTADO BONETE en el *IX Congreso Nacional de Responsabilidad Civil*, Gijón, junio de 2008. Y del mismo autor, "La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo: estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los

corporal puede determinar un exceso de gastos para atenderla y para superar sus efectos (gastos de asistencia sanitaria y rehabilitación, gastos de defunción). Es el daño emergente, al que hay que unir el lucro cesante, que consiste en las ganancias que la lesión impide obtener. Aquí la determinación del daño suele remitir a las distintas formas de pérdida de la capacidad de ganancia: la pérdida que se produce por la muerte del trabajador accidentado y que priva de sus ingresos a los familiares que vivían a su cargo; la pérdida temporal de la capacidad de trabajo y la pérdida permanente de esa capacidad en sus distintos grados (parcial para una profesión determinada; completa para esa profesión o genérica para cualquier trabajo). La lesión corporal tiene también consecuencias que no son patrimoniales. Estas pueden ser de varios tipos. Están, en primer lugar, las limitaciones funcionales no vinculadas únicamente a la capacidad de ganancia y que se proyectan como restricciones para la realización de determinados actos de la vida corriente (funciones vitales esenciales, movilidad, relaciones sociales, práctica de deportes, etc.). Entre estas limitaciones puede incluirse el “*préjudice d’agrément*”, si no se considera daño moral. Por último, la lesión corporal puede provocar también normalmente un daño estético o un daño moral, que es susceptible de afectar a la víctima o a sus familiares. La misma lesión puede determinar a la vez una limitación funcional, una pérdida de la capacidad de ganancia, un daño moral y una deformidad estética, y cada uno de estos efectos pueden ser independientes.

Nuestro sistema de reparación del daño está formado por tres mecanismos de cobertura: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de esas prestaciones y la denominada indemnización civil adicional.

El esquema global de protección frente a los accidentes de trabajo no se limita a la reparación; existe también una función preventiva y represiva, que se cumple a través del régimen

mecanismos de reparación”, en AA.VV, *Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la legislación social*, Madrid (CGPJ), 2000, pág. 401 y ss.

sancionador administrativo del incumplimiento de las obligaciones de prevención y de las sanciones penales. La complejidad del sistema de reparación tiene una explicación histórica. En la Ley de 30 de enero de 1900, la responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes de trabajo era una responsabilidad limitada que establecía restricciones importantes para la reparación. Esa limitación de la responsabilidad se completaba con dos instituciones complementarias, con las que se cerraba la lógica del sistema: el denominado principio de inmunidad y el recargo de las indemnizaciones legales.

El principio de inmunidad supone que quien percibe las indemnizaciones previstas en el sistema legal de responsabilidad objetiva por accidente de trabajo no puede ejercitar la acción civil por culpa para la reparación del daño³⁵³, argumentado que de otra forma se produciría una situación privilegiada de la víctima, que percibiría así una doble indemnización. El principio de inmunidad se mantendrá en términos similares en la legislación posterior de 1922, 1926, 1932 y de forma más cuestionable en la regulación de 1956. Con la aplicación del principio de inmunidad, la víctima pierde la diferencia entre el importe del daño total y el de la indemnización legal. Esa limitación de la reparación podía justificarse por el carácter objetivo de la responsabilidad³⁵⁴, pero la justificación desaparecía cuando el

³⁵³ Así se establecía en el art. 16 de la Ley de 1900, a tenor del cual las acciones civiles de reparación sólo pueden ejercitarse si se “fundan en hechos no comprendidos en las disposiciones previstas en la presente Ley”. El art. 17 establecía una regla de incompatibilidad para las acciones penales, de las que conocerían, también en cuanto a la responsabilidad por daños, los órganos judiciales de lo criminal, y sólo si se acordase el sobreseimiento o la absolución del procesado quedaría “expedito el derecho que al interesado corresponda para reclamar la indemnización de daños y perjuicios, según las disposiciones de esta ley” (art. 18). Sobre el principio de inmunidad vid. DESDENTADO BONETE / NOGUEIRA GUSTAVINO: “Las transformaciones del accidente de trabajo entre la ley y la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 24, 2000; MERCADER UGUINA, J.R.: “Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo”, *La Ley*, Madrid, 2001, págs. 163 a 85, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *Los riesgos laborales. Doctrina y jurisprudencia civil*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 43 a 58.

³⁵⁴ Véase en este sentido la justificación de GONZÁLEZ REBOLLAR, H.: “La Ley de accidentes de trabajo. Estudio crítico de la española de 30 de enero de 1900”, Calón, Salamanca, 1903, pág. 281, para quien «patrono y obrero ceden

accidente de trabajo se había producido con infracción de las medidas de seguridad exigibles, es decir, cuando mediaba *culpa* del empresario. Para compensar la limitación en este caso surge la segunda institución: *el recargo* de las indemnizaciones, que preveía la Ley de 30 de enero de 1900 en su artículo 5.5, a tenor del cual “las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obra cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución”.

El esquema general era claro. Las indemnizaciones legales -hoy prestaciones de la Seguridad Social- cubrían la responsabilidad objetiva del empresario en los accidentes de trabajo. Si además se acreditaba la culpa del empresario en el accidente, se aplicaba el recargo. Estas dos vías de cobertura impiden ejercitar la acción civil de responsabilidad (principio de inmunidad). Este esquema entra en crisis cuando a partir de la Ley Articulada de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966³⁵⁵ se abandona el principio de inmunidad y se instaura un triple sistema de reparación. El recargo se declara compatible con las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo; éstas y el recargo son, a su vez, compatibles con la indemnización adicional por responsabilidad civil del empresario y todas ellas con las sanciones administrativas y penales que puedan derivarse de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. Ésta es también la regulación actual que se recoge en los arts. 123.3 LGSS, 127.3 LGSS y 42.3 LPRL. Se han abierto, por tanto, tres vías de indemnización: 1ª) las *prestaciones de Seguridad Social*

en parte, uno para beneficio del otro . alguna porción de sus derechos . Así ni el obrero reclamará todo lo que vale, no ya psicológica y moralmente, sino ni aún económicamente considerada su vida o su integridad personal; y a cambio de ello el patrono reconocerá a su favor un derecho tan preciso y tan taxativo que el obrero no se verá forzado en ningún caso a gastar sus energías en deducirlo, por vía declarativa, ante los Tribunales con exposición a perder sus ventajas por cualquier defecto de técnica procesal.

³⁵⁵ DESDENTADO / NOGUEIRA: “Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la Jurisprudencia (1990-2000)...”, *op. cit.*, págs. 31 a 48; y MERCADER UGUINA, J.R.: *Indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo. Seguridad Social y Derecho de Daños*, La Ley, págs. 174 a 172.

por accidente de trabajo; 2ª) el *recargo* de esas prestaciones, que responde a una responsabilidad específica por culpa del empresario, y 3ª) la *responsabilidad civil adicional*, que debería en teoría cubrir la diferencia entre el daño reparado por las prestaciones de la Seguridad Social y el daño total producido por el accidente.

II.- LA REPARACION DEL DAÑO A TRAVÉS DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES

1.- CRITERIOS DE VALORACIÓN Y REPARACION

Las prestaciones de la Seguridad Social por accidentes de trabajo se centran en la cobertura del daño patrimonial, pero se extienden también, aunque de forma bastante restringida, a las limitaciones funcionales no determinantes de una reducción de la capacidad de ganancia. La cobertura del *daño emergente* por gastos de asistencia sanitaria y de rehabilitación es amplia, aunque queda fuera de las facultades de elección del accidentado, pues se presta por los servicios propios o concertados de los organismos gestores o de las entidades colaboradoras. La asistencia debe prestarse de la forma *más completa* y comprende el tratamiento médico y quirúrgico, el suministro y renovación de aparatos de prótesis, la cirugía plástica y las prestaciones de rehabilitación, así como las prestaciones farmacéuticas en régimen de gratuidad. La reparación es, sin embargo, muy reducida, prácticamente simbólica para los gastos de defunción³⁵⁶.

La cobertura del *lucro cesante* se ha establecido a partir de la compensación de las pérdidas de la capacidad de ganancia mediante un sistema relativamente sencillo, que se instrumenta través de la aplicación de porcentajes sobre una base reguladora constituida por

³⁵⁶ DESDENTADO BONETE, A.: "El daño y su valoración en los accidentes de trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 79, págs. 84 y ss.

los salarios reales del trabajador accidentado limitados por un tope máximo de la base cotización³⁵⁷.

Los porcentajes son variables en función de las distintas situaciones protegidas, que son las que delimitan el daño indemnizable. Así, la incapacidad temporal tiene un porcentaje del 75%; la incapacidad permanente va de un 55% para la total hasta un 100%, con un incremento del 20% para los incapacitados totales mayores de 55 años con dificultades de empleo; la viudedad tiene un porcentaje normal del 52%, que puede elevarse al 70% cuando la situación de necesidad es más grave; las pensiones de orfandad y en favor de familiares se calculan al 20% con topes para la acumulación en función de la renta del causante. Hay además subsidios temporales para determinados familiares³⁵⁸ e indemnizaciones a tanto alzado.

El cuadro de la protección se completa con la aplicación de un baremo para la indemnización de las lesiones permanentes no invalidantes, que cubre el daño corporal no patrimonial. El baremo, aprobado por la OM 18 de abril de 2005, actualizado en 2013³⁵⁹, tiene 110 epígrafes, con importes indemnizatorios que van desde lo establecido para la rigidez de un dedo de los miembros inferiores a lo dispuesto para las deformaciones faciales con afectación grave estética o funcional. Una restricción importante de esta cobertura se deriva de la *regla de incompatibilidad* del art. 152 LGSS, a tenor del cual las indemnizaciones son incompatibles con las prestaciones de incapacidad permanente, salvo en el caso desean totalmente independientes de las que han sido tomadas en consideración para declarar la incapacidad. De esta forma, si un accidente produce a la vez una incapacidad y una lesión funcional o estética, quedará

³⁵⁷ Art. 120 de la LGSS.

³⁵⁸ Art. 176 LGSS. La indemnización ese de seis meses de la base reguladora para el cónyuge viudo y de un mes para cada uno de los huérfanos. La función indemnizatoria de esta indemnización no es clara, podría ser un complemento de la reparación del lucro cesante o contemplarse como una compensación del daño moral

³⁵⁹ BOE de 30 de enero de 2013

excluida la indemnización por esta última. Sin embargo, la valoración de las limitaciones funcionales al margen de la capacidad de ganancia vuelve a aparecer para los supuestos graves en la gran invalidez. Con ella, se protege a quienes además de estar afectados de una incapacidad permanente necesitan la asistencia de otra persona para los actos esenciales de la vida. La prestación consiste en un complemento de calculo bastante complejo³⁶⁰

La reparación por la Seguridad Social del daño causado por los accidentes de trabajo se ha centrado en la dimensión patrimonial. La cobertura del exceso de gastos por asistencia sanitaria y rehabilitación es prácticamente completa, aunque con una restricción importante de la libertad de elección de la víctima. Los gastos por fallecimiento quedan, por el contrario, sin una reparación efectiva.

La cobertura del lucro cesante es amplia, porque las bases de cálculo se ajustan al salario real perdido y son objeto de una actualización anual bastante efectiva. Hay, sin embargo, limitaciones en función de los porcentajes. Esto es claro en la incapacidad temporal y en la incapacidad permanente total, aunque en esta última hay que ponderar la compatibilidad con el trabajo. El porcentaje de sustitución de rentas en la viudedad no es alto, pero mejora con la acumulación de pensiones de orfandad y en las situaciones de necesidad más graves. La cobertura de los daños no patrimoniales es muy deficiente. Sólo en el caso de la gran invalidez la protección tiene una eficacia destacable, pero los criterios de reparación en función de la bases de cotización son arbitrarios. Las indemnizaciones del baremo no resisten la comparación con las establecidas para la responsabilidad en los accidentes de circulación; no cubren los daños morales por muerte y carecen de cláusula de actualización periódica³⁶¹.

³⁶⁰ Según el art. 139.4 de la LGSS (modificado por la Ley 40/2007) es el resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización y el 30% de la última base de cotización del beneficiario.

³⁶¹ Vid. VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en*

2- LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO SEGURO PÚBLICO

Las tres vías que integran la reparación de los accidentes de trabajo se basan en la responsabilidad empresarial. Esto es bastante claro para el recargo y la indemnización civil adicional, porque es fácil vincularlos con la esfera de responsabilidad del empresario, en la medida en que el accidente determina en estos casos un desplazamiento patrimonial directo desde aquélla a la víctima. Esto resulta menos evidente para las prestaciones de Seguridad Social. Aquí la reparación del daño no corre a cargo del empresario, sino de una entidad que realiza la cobertura en virtud de un sistema público de protección. Así, algunos autores han considerado que la Seguridad Social actúa en los accidentes de trabajo como un seguro personal del trabajador frente a los accidentes de trabajo, al margen de la responsabilidad empresarial³⁶².

El mismo criterio se ha expuesto por algún sector de la doctrina laboralista, que considera que la responsabilidad ha dejado de ser el fundamento de la protección de los accidentes de trabajo, porque esa protección se ha socializado con el establecimiento del Sistema de la Seguridad Social, de forma que, si las normas históricas fundaban la protección en la responsabilidad del empresario³⁶³ y luego en el aseguramiento obligatorio y público de ésta, en la actualidad esa protección expresa de manera exclusiva una función de protección

materia preventiva, Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 33 y ss.

³⁶² GUTIERREZ-SOLAR, B.: "Protección de accidentes de trabajo y responsabilidad civil por riesgo," op. cit, pág. 383 y ss.

³⁶³ Así el art. 1 de la Ley de 30 de enero de 1900 establecía que "el patrono es el responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios" y la responsabilidad se concreta en las indemnizaciones previstas en los arts. 4 y 5. En el Reglamento de Accidentes de trabajo de 22 de junio de 1957 esta patente la existencia de una responsabilidad empresarial (art. 3), que se asegura obligatoriamente (art. 7), en los términos legales, sin perjuicio de la aplicación de los mecanismos de garantía pública de la protección.

que corresponde a los poderes públicos³⁶⁴.

Sin embargo, esta conclusión no refleja la realidad normativa porque no es socialmente conveniente, pues tiene efectos negativos tanto desde la perspectiva de la redistribución, como desde la perspectiva de la prevención³⁶⁵. En efecto, si examinamos con atención el régimen jurídico de la cobertura de las contingencias profesionales, advertimos que ese régimen es distinto en todos los puntos relevantes del que se establece para las contingencias comunes. En aquel régimen concurren todos los elementos necesarios para configurar un aseguramiento de la responsabilidad del empresario. En el momento de la inscripción hay un acto específico de establecimiento de la cobertura y de opción por la entidad encargada de ésta, que equivale a la suscripción de la póliza del seguro³⁶⁶.

La cotización a las contingencias profesionales ha mantenido su independencia con una terminología (las primas) y unos criterios de cálculo (la ponderación en los tipos de la siniestralidad de cada rama de actividad) que muestran su conexión con la idea de aseguramiento de un riesgo³⁶⁷. Lo mismo sucede en la gestión con la subsistencia de las mutuas³⁶⁸. En cuanto a las prestaciones, las divergencias son importantes tanto en los requisitos de acceso a la protección, como en su extensión e intensidad.

Por otra parte, que la protección de los accidentes de trabajo sea una función de los poderes públicos no significa que esa función

³⁶⁴ DESDENTADO BONETE, A.: "El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario", en AA.VVV, Seguridad Social. Una perspectiva histórica, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2001, pag. 283.

³⁶⁵ DESDENTADO BONETE, A.: " La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo. Estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de cobertura", en AA.VV., *El futuro de la jurisdicción social*, CGPJ, Madrid, 2007, págs. 417 a 442.

³⁶⁶ Art. 70.1 de la LGSS y art. 14 del Reglamento de Actos de Encuadramiento (RD 84/1996).

³⁶⁷ Art. 17 de la LGSS y disposición adicional 14ª de la Ley 51/2007.

³⁶⁸ Art. 68 a 76 de la LGSS.

no pueda instrumentarse a través de la responsabilidad del empresario, si ello resultan más conveniente para la garantía de las víctimas y para el interés general³⁶⁹. En realidad, estamos ante un sistema mixto en el que la responsabilidad empresarial por los accidentes y su aseguramiento se combina con la garantía pública de las prestaciones. De esta forma, lo que se ha socializado es la garantía de la cobertura, pero no la responsabilidad. La lógica de la Seguridad Social contributiva se adapta además a la función del aseguramiento. Es un sistema mixto, en el que lo público y lo privado se combinan: hay responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo y hay aseguramiento de esa responsabilidad en el marco de la Seguridad Social, lo que sucede es que estas dos características no agotan el sentido de la institución, porque, junto a la responsabilidad y su aseguramiento, está la garantía pública, que establece la responsabilidad, obliga a su aseguramiento y garantiza su efectividad, aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones. Pero si estas obligaciones se cumplen -si el empresario ha establecido la cobertura mediante la opción, si ha dado de alta al trabajador y si ha abonado con regularidad sus cotizaciones-, la prestación se abonará por la gestora o colaboradora y el empresario quedará exonerado de la responsabilidad en el importe de la prestación. En otro caso, le corresponderá la responsabilidad en el abono de la prestación.

Por todo lo expuesto podemos decir que la protección de la Seguridad Social por accidentes de trabajo sigue funcionando en la práctica como un seguro de la responsabilidad empresarial por las contingencias profesionales. Pero el argumento más concluyente a favor de esta conclusión, podría ser aceptar que la responsabilidad empresarial no está asegurada en el Sistema Público de la Seguridad Social y preguntarse qué ha ocurrido con esta responsabilidad³⁷⁰.

³⁶⁹ Vid. ALFONSO MELLADO, C.: *Responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2003.; APARICIO TOVAR, J.: "Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo", *REDT*, N° 49, 1991.

³⁷⁰ DESDENTADO BONETE, A. : "El daño y su valoración en los accidentes de trabajo", opus cita, pág. 87.

Caben dos respuestas. La primera consistiría en afirmar que, al socializar la responsabilidad, la hemos eliminado. Los efectos de esta tesis serían socialmente negativos. El coste de los accidentes puede pagarlo la víctima (si no hay reparación o la reparación aplicada es inferior al daño), la sociedad (si ésta asume la cobertura del daño en un seguro público) o el productor del daño (si éste directa o indirectamente debe hacer frente al coste de la reparación). Si se libera al empresario³⁷¹ del coste de los accidentes, ese coste se «externaliza» y el incentivo de la prevención desaparece. Por ello, si socializamos la responsabilidad por los accidentes de trabajo, no sólo estamos haciendo mala redistribución, hacemos también mala prevención. Lo que hay que socializar no es la responsabilidad, sino las garantías de la reparación. La segunda respuesta indicaría que la exclusión del aseguramiento de la responsabilidad empresarial del ámbito de la Seguridad Social, no elimina esa responsabilidad sino que simplemente la deja fuera. Pero en ese caso, si se mantiene la financiación de los accidentes de trabajo por los empresarios, se obliga a éstos a responder dos veces: financiando la protección de la Seguridad Social y haciéndose cargo de la responsabilidad fuera de ella. No parece una solución equilibrada, aunque se está aplicando en algunos casos, como consecuencia del «velo» que impide ver qué son en realidad las prestaciones por contingencias profesionales de la Seguridad Social.

Afortunadamente nuestro Sistema mantiene la responsabilidad empresarial por los accidentes, no ha socializado esa responsabilidad, aunque la ha instrumentado de forma errónea, perjudicando el efecto preventivo. No es un buen sistema preventivo, por su inadecuada forma de financiación³⁷², pero la socialización sería peor opción.

³⁷¹ Es evidente que el empresario no es el responsable de todos los accidentes, pero, aparte de la doctrina de la responsabilidad por riesgo, su consideración como agente principal se explica en función de su carácter de organizador de la producción y de su poder sobre el contrato de trabajo. En este sentido se pronuncia CALABRESI : *El coste de los accidentes de trabajo*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 248.

³⁷² La tarifa de primas solo valora el riesgo genérico de la actividad de la empresa sin considerar la conducta de esta materia de prevención, lo que no

III.- EL RECARGO DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1.- CARACTERIZACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL RECARGO DE PRESTACIONES. NATURALEZA JURÍDICA

El recargo de prestaciones económicas por infracción de seguridad en el trabajo es una institución clásica de nuestra legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Su aparición histórica data de la innovadora Ley de Seguro de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 (art. 5.5) y su Reglamento de 28 de julio de 1900, y se proyecta, con variaciones en su redacción y alcance, en las sucesivas disposiciones que inciden en la regulación de esta materia³⁷³. Según el art. 5.5 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900: “las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentaran en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obra cuyas maquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución”. Por su parte, la Ley de 10 de enero de 1992, de accidentes de trabajo, estableció que “las indemnizaciones determinadas por esta Ley se aumentaran en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas maquinas y o artefactos carezcan de los aparatos de precaución a que se refiere el art. 17” (art. 6). El precepto fue interpretado como comprensivo de una medida de represión típica del Derecho sancionador³⁷⁴. En su origen estaba la idea-fuerza de un agravamiento de la responsabilidad por el incumplimiento empresarial de medidas de seguridad y salud en el trabajo. Es una institución importante que permitió vincular muy pronto la dimensión preventiva

fomenta el esfuerzo preventivo empresarial, pues con prevención o sin ella se paga igual. DESDENTADO / NOGUEIRA: “Las transformaciones del accidente de trabajo”, opus cit., pág. 63 y ss.

³⁷³ Vid. Sobre este precepto la Real Orden de 25 de febrero de 1903, aclarando lo dispuesto en el art. 5 de la Ley de Accidentes (apartdos 1º, 2º y 3º) sobre indemnización a la svudas con hijos menores de diez y seis años (Gaceta de 1 de marzo).

³⁷⁴ RODRIGUEZ MARTIN, A. / ALARCON HORCAS, S.: *Accidentes de trabajo. Teoria y practica de la responsabilidad*, Reus, Madrid, 1923.

y la dimensión reparadora de la Seguridad Social. En España surgió como un mecanismo que, fundado en una responsabilidad objetiva del empresario, establecía una compensación limitada de los daños derivados del accidente de trabajo. Se trataba de un compromiso de intereses contrapuestos. Los trabajadores lograban una protección rápida y relativamente segura frente a las situaciones de necesidad derivadas de los accidentes de trabajo, evitando las dificultades casi insuperables, de la prueba de la culpa del empresario, a través de un costoso y largo proceso. Pero los empresarios conseguían, a su vez, la limitación de la reparación. No se indemnizaba el daño total, sino que se abonaban únicamente las indemnizaciones fijadas por la ley, en unas cuantías que, desde luego, no podían considerarse generosas³⁷⁵.

El art. 123 de la LGSS delimita en sus tres apartados el concepto y los elementos constitutivo de la institución, la naturaleza de la responsabilidad y los sujetos responsables y, por último, su carácter independiente y compatible con todo ámbito de responsabilidad, no vulnera el principio *non bis in ídem*³⁷⁶, puesto que contempla el hecho punible desde las perspectivas y finalidades específicas distintas a las sanciones administrativas³⁷⁷. En este precepto se pretende incrementar los esfuerzos de prevención de los empresarios mediante la representación simbólica de una amenaza de agravamiento de la responsabilidad patrimonial directa³⁷⁸, por ello su finalidad última es el reforzamiento de las normas y medidas de prevención mediante la intimidación que provoca la sanción del agente.

³⁷⁵ DESDENTADO BONETE, A.: "El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate", *Revista de Derecho Social*, Nº 21, 2003, pag. 12.

³⁷⁶ Vid. PERÉZ MANZANO, M. : "El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción", en AA.VV., *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Esidofer, Madrid, 2009, pág. 150 y ss.

³⁷⁷ STC 158/1985, de 26 de noviembre [RTC 1985,158], y STC 30 de mayo 2000 [R] 2000, 5533]. STC de 2 de octubre de 2000 [R] 2000, 9673].

³⁷⁸ MONEREO PERÉZ, J.L.: "El recargo por omisión de medidas preventivas", *Tratado de Salud Laboral. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Tomo I, Aranzadi, 2012, pag.1630 y ss.

La responsabilidad del recargo de prestaciones es independiente y compatible con los demás ámbitos de responsabilidad que puedan derivarse del incumplimiento empresarial del deber objetivo de cuidado (art. 123 de la LGSS). Ello se deriva también del posterior art. 42.3 de la LPRL, conforme al cual las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios y del recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema³⁷⁹. Esta compatibilidad es coherente con la lógica interna del instituto del recargo, el cual tiene una naturaleza compleja³⁸⁰, donde se une funcionalmente la dimensión punitiva y la dimensión sancionadora (sanción compleja unitaria de carácter intimidatorio).

Desde hace tiempo, está abierto un debate doctrinal y jurisprudencial sobre la *naturaleza del recargo*: las tesis más destacadas que se defienden en esa *lucha de ideas* e interpretaciones son hasta el momento: medida sancionadora (mas o menos compleja), indemnización civil (mas o menos matizada), clausula penal de origen legal y *tertium genus* (naturaleza mixta)³⁸¹. No es posible detenerse aquí a realizar un estudio técnico-jurídico y sistemático sobre esta diversidad de posiciones doctrinales; tan sólo cabe realizar algunas breves indicaciones sobre esta problemática central para la determinación de la naturaleza y régimen jurídico de la institución de recargo de prestaciones.

³⁷⁹ Véase SSTs de 2 octubre 2000 [R] 2000,9673]; 14 febrero 2001 [R]. 2001,2521] y 9 octubre 2001 [R]. 2001,9595].

³⁸⁰ MONEREO PERÉZ, J.L.: "El recargo de prestaciones por omisión de medidas preventivas", *Tratado de Salud Laboral*, Tomo I, Aranzadi, 2012, pag. 1632 y ss.

³⁸¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. : "La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo", *V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Pamplona, Mayo 1994.

La determinación de la naturaleza jurídica del recargo resulta necesaria, ya que de ella se derivan consecuencias significativas en torno a otros aspectos del recargo, como son aseguramiento, compatibilidad, etc. Existen distintas posturas, unas manifiestan su naturaleza sancionadora, otras lo consideran como una indemnización, existiendo argumentos tanto a favor como en contra de una y otra postura³⁸².

La doctrina tradicional mayoritaria se inclina por el carácter *sancionador o punitivo* del recargo³⁸³. Como argumentos empleados para respaldar esta postura, se citan, entre otros³⁸⁴ que procede de una autoridad administrativa, requiere previamente un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales por parte del

³⁸² Los argumentos a favor de una u otra naturaleza del recargo y sus consecuencias, PÉREZ MANZANO, M.: "El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción", en AA.VV., *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Edisofer, Madrid, 2009, págs. 128 y ss.

También puede consultarse: DESDENTADO, A. / DE LA PUEBLA, A.: "Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones", op. cit., pág. 639 y ss.; y también "La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la Jurisprudencia", TS, 2001, N° 125, pág. 13 y ss.; AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, op. cit., pág. 77 y ss. y 229 y ss.

³⁸³ Cfr. MONTOYA MELGAR, A.: "Sancion e indemnización, el recargo de las indemnizaciones por accidente de trabajo", en AA.VV., *Libro Homenaje a Gimenez Fernandez*, Sevilla, (Vol. II), pag. 587 a 613; MARTINEZ LUCAS, J.A.: "La configuración jurídica del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene, El accidente de trabajo en la Seguridad Social. VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Barcelona, 2003, pag. 184 a 190

³⁸⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo", *V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Pamplona, Mayo 1994. Sobre el recargo de prestaciones como clausula penal de origen legal, SEMPERE NAVARRO, A.V. / MARTIN JIMENEZ, R.: "El Recargo de prestaciones: Puntos criticos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, N° 53, pág. 45 a 50; y como un tipo especial de prestación económica del sistema de Seguridad Social, MOLINA NAVARRETE, C.: "Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del rescargo de prestaciones por omisión de medidas sobre orevencion de riesgos: la nueva "modernidad" de una institucion juridica clasica, *REDT*, N° 79 , 1996, págs. 800 y ss.

empresario, tiene una finalidad represiva de los comportamientos ilícitos y no es susceptible de aseguramiento.

Sin embargo, aparte de todas estas argumentaciones, esta postura no resulta del todo acertada, ya que el importe del recargo ingresa en el patrimonio del trabajador accidentado, cuando lo lógico sería, si se tratara de una sanción típica, que ingresara en el propio Sistema de Seguridad Social, perjudicado también por el ilícito empresarial al ser en definitiva el responsable de la prestación generada por el accidente o la enfermedad; por otro lado, su carácter sancionador podría plantear el problema de la aplicabilidad del principio *non bis in ídem*³⁸⁵, pues resulta difícilmente compatible con la posibilidad, declarada expresamente, como veremos, de mediar al mismo tiempo una sanción de orden penal o de orden administrativo; además, para que sea posible el reconocimiento del recargo es necesario que se haya producido un daño, y que ese daño se haya concretado en un accidente de trabajo o una enfermedad profesional por lo que, si no existe lesión, el ilícito quedaría sin sanción.

Una segunda postura mantiene la naturaleza *indemnizatoria* del recargo, en base, principalmente, a su finalidad reparadora, que tiende a compensar a quienes no debieron sufrir un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, de haberse aplicado correctamente los medios previstos, y al destinatario del recargo, que es el propio trabajador accidentado o sus causahabientes³⁸⁶.

³⁸⁵ Principio que aparece recogido implícitamente en el art. 25 de la CE, y en base al cual se prohíbe o excluye la posibilidad de más de una sanción a una misma persona, por unos mismos hechos. Vid. VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: "La responsabilidad por daños en la Seguridad Social por riesgos laborales", *XXIII, Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013, pág. 49 y ss.

³⁸⁶ Acerca de los argumentos sobre los que se apoya la concepción indemnizatoria, SEMPERE NAVARRO, A.V. / MARTIN JIMENEZ, R.: "El Recargo de prestaciones", op cit., pag. 43 y 44.; DURENDEZ SAEZ, I: "El recago de prestaciones", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 180, Civitas, 2001, pag. 865 y ss.; Y considerando el recargo como indemnización compleja, PURGALA BONILLA, M.A.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de*

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, parece decantarse por el carácter indemnizatorio del recargo al emplear el término “indemnizaciones” para referirse a las que correspondan por daños y perjuicios y por recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo o una enfermedad profesional³⁸⁷. En cualquier caso, hay elementos en el recargo que lo apartan del carácter indemnizatorio, entre otros, su cuantía, que no depende de la intensidad del daño sino de la entidad de la infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales.

Una tercera postura, intermedia, concibe el recargo como una figura híbrida, de naturaleza compleja, al tiempo sancionatoria e indemnizatoria, opinión que compartimos³⁸⁸. En este sentido, se califica el recargo como *sanción compleja unitaria de carácter indemnizatorio*, de naturaleza eminentemente sancionadora, pero que a su vez está impregnado de un componente indemnizatorio en razón del perjuicio causado por el siniestro laboral³⁸⁹.

normas de seguridad y salud laboral. Analisis critico de su configuracion juridico-positiva, Comares, Granada, 2000, pag. 68 a 77.

³⁸⁷ El art. 42.3 LPRL señala que “las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social...”

³⁸⁸ MUÑOZ MOLINA, J.: “El recargo de las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedad profesional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 59, Madrid, págs. 145 y ss.

³⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. La modernidad de una instituciontradicional*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 73 a 78 mantiene que la norma ex art. 93 LGSS posea un carácter eminentemente sancionador, no comporta que el recargo tenga una naturaleza sancionadora simple. Ese carácter esencialmente sancionador del recargo no puede ensombrecer la existencia de un componente indemnizatorio en razon generica al perjuicio que ha causado el siniestro laboral. La especialidad de la sancion se pone tambien de manifiesto en relacion al interes tutelado o a los intereses tutelados por el recargo de prestaciones. Y he ahí que se comprueba que el recargo no sirve a un unico interes.

. Y en la misma línea, SEMPERE NAVARRO señala que no queda más remedio que admitir la presencia de elementos propios de las indemnizaciones junto a otros caracterizadores de las sanciones (“La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo”, op. cit.)

El recargo tiene una naturaleza compleja donde se funde la medida eminentemente sancionadora con su materialización como prestación de Seguridad Social. Pertenece, pues, al genero de los “*sistemas sancionatorios complejos*”, siendo, pues, un híbrido o mezcla de técnicas retributivas y reparadoras. Se concreta jurídicamente en un aumento, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, de todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando la lesión se produzca por causa de incumplimiento o inobservancia de normas o medidas de seguridad y salud en el trabajo. La responsabilidad del pago del recargo es imputable únicamente al empresario, recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla (art. 123 LGSS)³⁹⁰.

Desde el punto de vista de su estructura, el art. 123 LGSS contiene una “medida de desalentamiento”³⁹¹ de comportamientos ilícitos o desviantes mediante el reclamo de una amenaza que hace surgir en el destinatario la obligación de comportarse de una determinada manera y que en caso de realización del comportamiento desalentado puede ser ejecutada coactivamente. Desde la perspectiva de su respectiva función, la norma de sanción negativa (“castigo” que retribuye el acto ilícito) sirve a la conservación o protección de determinados intereses públicos mediante la represión de los actos desviantes, considerados socialmente nocivos; medida pues destinada predominantemente a desalentar la transgresión de la normativa dada. Se podría decir aquí que el objeto de la política represiva no es sancionar sino todo lo

³⁹⁰ SSTS de 8 de marzo de 1993 [RJ 1993. 1714]. Y también es este sentido cabe citar la Sentencia del TS de 8 de febrero de 1994 [RJ 1994, 815]; Y mas recientemente la STSJ Valladolid, 28 enero de 2003, [JUR 2003, 55563].

³⁹¹ MONEREO PERÉZ, J.L: “El recargo de prestaciones por omision de medidas preventivas”, *Tratado de Salud Laboral. Aspectos Juridicos de la Prevencion de riesgos Laborales*, Tomo I, Aranzadi, 2012, pág.1631.

contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las ordenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto. De ahí se sigue que esta sanción compleja sea la *ultima ratio* del Estado ejercitando su potestad sancionadora. Es cierto que cuando se trata de intereses generales, lo relevante no es la indemnización del daño causado sino la evitación de que se produzca, donde se combina en una misma institución la dimensión sancionadora con el componente indemnizatorio en atención al perjuicio causado por el siniestro laboral. El art. 123 LGSS realiza esta idea de sanción compleja. El recargo contribuye a que el coste de no ser previsor sea muy alto y que sea inferior el beneficio que se obtiene de no serlo, porque la cuantía de la sanción de recargo es realmente elevada y es capaz de ejercer en un sistema normativo eficiente una fuerza disuasoria desde el punto de vista económico. Esa responsabilidad no es ilimitada en la lógica interna al instituto del recargo, el propio art.123 LGSS establece los limites del gravamen patrimonial del desconocimiento del deber objetivo de cuidado³⁹².

Lo que sucede es que la sanción negativa establecida en el art. 123 LGSS no tiene una función exclusivamente retributiva (es decir, represiva), sino también reparadora (en forma indemnizatoria). Esto quiere decir que la sanción negativa ex art. 123 LGSS tiene una naturaleza compleja o mixta que se resuelve en medida retributiva (sanción aflictiva propiamente dicha) y en medida reparadora; afectando la primera a la conducta del empresario no conforme en sí misma y la segunda tratando de paliar o poner remedio a las consecuencias para la víctima de esa acción no conforme (resarcimiento del daño). Pero la especificidad de la figura reside también en que no es posible separar aisladamente ambos componentes de la sanción compleja unitaria, porque el recargo tan es “retribución” para el empresario como indemnización legal

³⁹² Siguiendo el esquema de MONEREO PERÉZ, J.L: “El recargo de prestaciones por omisión de medidas preventivas”, *Tratado de Salud Laboral. Aspectos Juridicos de la Prevencion de riesgos Laborales*, Tomo I, Aranzadi, 2012, pág.1632.

resarcitoria para el trabajador accidentado, o beneficiario o destinatario legal. La institución del recargo es una técnica sancionatoria pública, su finalidad esencial es la protección de los valores fundamentales de la vida e integridad física del trabajador y solo, en un segundo término, la indemnización o reparación de daños o perjuicios a la víctima.³⁹³

El TS afirma que teniendo en cuenta la naturaleza *sui generis* del recargo, encuentra un componente o elemento sancionador en el recargo de prestaciones. E incluso se ha afirmado recientemente que la naturaleza jurídica del recargo es compleja, es decir, una sanción con un fin preventivo y disuasorio, pero también tiene una naturaleza reparadora porque su importe repercute directamente en beneficio del perjudicado³⁹⁴, lo que no ocurre con las sanciones pecuniarias típicas clásicas, que se ingresan en la Hacienda Pública. Esa naturaleza especial, hace que exista un tercero interesado en el reconocimiento de recargo que redundara en su beneficio³⁹⁵.

En alguna ocasión la calificación es matizadamente distinta, estimando que el recargo es una “indemnización con función disuasoria o punitiva, institución que se diferencia por una parte de la

³⁹³ MONEREO PERÉZ, J.L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de la medida de seguridad e higiene en el trabajo. La modernidad de una institución tradicional*. Madrid, Civitas, 1992, pag. 27 y 28 y pag. 54 y ss.; CARDENAL CARRO, M.; HIERRO HIERRO, F.J.: *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes de la fijación del porcentaje aplicable*, Bomarzo, 2005, pag. 35. y también ROMERO RODENAS, M. J.: *El recargo de prestaciones en la doctrina judicial*, Bomarzo, 2010.

³⁹⁴ En este sentido, *Auto de T.S. de 18 de septiembre de 2012*, en el que tras referirse la Sala, al progresivo abandono de la tesis sobre la naturaleza sancionadora del recargo para atribuirle una naturaleza dual o mixta, equiparable a una indemnización con finalidad disuasoria o punitiva, que no implica sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios, llega a la conclusión que no cabe imponer la responsabilidad solidaria de empresario cedente y cesionario que dispone artículo 127.2 de la LGSS.

³⁹⁵ SSTs de 30 de enero de 2008 [R] 2008,2567]; de 6 de noviembre de 2007 [R] 2008, 991] y STS 1 de octubre de 2007 [R] 2007, 8883] y 25 de septiembre de 2007 [R] 2007,8229]; STS] Andalucía-Granada, de 26 de marzo de 2008 [AS 2008, 2013].

indemnización típica con función resarcitoria, y que se distingue también por otra parte de la multa o sanción administrativa de contenido pecuniario, cuyo importe ingresa en el Tesoro Publico y no se destina a la persona perjudicada por el comportamiento de infracción”³⁹⁶.

La prohibición legal de aseguramiento del recargo es coherente con la función preventiva (y no existe exclusivamente reparadora) atribuida a esta institución.

2.- EL SUPUESTO NORMATIVO. REQUISITOS

El supuesto normativo aparece definido en el art. 123 LGSS como la infracción de normas de seguridad y salud laborales cuando, además, el siniestro profesional lesivo se produzca por ese incumplimiento o inobservancia de las medidas de prevención jurídicamente exigibles. De dicha disposición se deduce que la integración del supuesto de hecho de la norma exige la concurrencia de una serie de requisitos, los cuales pueden entenderse como condiciones de aplicación del recargo, como respuesta del sistema jurídico ante el ilícito cualificado por la producción del siniestro profesional.

2.1.- Existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional

Es primer requisito la producción de un accidente de trabajo que de lugar a las prestaciones ordinarias del sistema de Seguridad Social, lo cual manifiesta que nos encontramos ante una responsabilidad que requiere un resultado y no solo una situación de peligro para su

³⁹⁶ STS de 18 de octubre de 2007 [RJ 2008, 799].

imposición³⁹⁷. El sistema legal delimita la noción técnica de accidente de trabajo (art 115 y ss. de la LGSS). Impide la calificación de accidente de trabajo cuando concurre imprudencia temeraria del trabajador como causa determinante principal del mismo. La imprudencia temeraria descalifica el accidente profesional del trabajador, pero también el recargo de prestaciones. La simple imprudencia profesional del trabajador no excluye la posibilidad de imposición del recargo, que recae sobre el empresario incumplidor³⁹⁸.

La conducta del trabajador constituye un elemento valoratorio para cuantificar el porcentaje del recargo, pero no para negar la aplicación del mismo al no constar la existencia de imprudencia temeraria³⁹⁹. Incluso cuando existe concurrencia de culpas, lo importante será que su conducta no haya sido condición determinante del siniestro. Para ello se deberá establecer una graduación de las respectivas culpas. En tal caso, excluida la imprudencia temeraria, si el trabajador víctima del accidente hubiese contribuido con su comportamiento a la generación del siniestro, la autoridad pública que impone la sanción de recargo no exonerará de responsabilidad al empleador, sino que procederá a moderar el importe del recargo dentro de los límites previstos ex art. 123 LGSS (graduación del importe del recargo). Así en los supuestos de concurrencia de culpas (de la víctima y del empresario infractor) se toma en consideración a efectos de establecer el porcentaje del recargo⁴⁰⁰.

La culpa de la víctima no rompe el nexo de causalidad que proviene del agente externo, salvo cuando el daño se ha producido de forma exclusiva por una actuación culposa imputable a la víctima.

³⁹⁷ MUÑOZ MOLINA, J.: "El recargo de las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedad profesional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 59, Madrid, pág. 150 y ss.

³⁹⁸ Cfr. SSTs 28 de febrero 1995 [R] 1995, 1729; 18 febrero 1997 [R] 1997, 1102].

³⁹⁹ STSJ Castilla-La Mancha, 22 de mayo 2002, [Rec. 311/2001].

⁴⁰⁰ MONEREO PERÉZ, J.L.: "El recargo de prestaciones por omisión de medidas preventivas", *Tratado de Salud Laboral. Aspectos Jurídicos de la Prevención de riesgos Laborales*, Tomo I, Aranzadi, 2012, pags.1635 y ss.

Cuando se produce esta concurrencia de culpas, de forma que las dos actuaciones (la del empresario y la de la víctima) determinan la producción del resultado fatal, no cabe exonerar de responsabilidad al empresario, sino que, a partir de una generalización de la regla del art. 1103 del Código Civil, hay que ponderar las responsabilidades concurrentes, moderando en función de ello el importe del recargo. La eventual imprudencia del trabajador, “no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargos cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente en que el trabajo se desarrolla en condiciones que no propicien ese resultados lesivos”⁴⁰¹. En la misma línea se indica que la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, cuando no opera como causa exclusiva del accidente, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción de la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temeraria que pudiera cometer el trabajador⁴⁰². La responsabilidad del recargo de prestaciones no la contrarresta la imprudencia simple (no temeraria) del trabajador⁴⁰³.

El acoso moral puede tener la consideración de infracción en materia preventiva como riesgo profesional (enfermedad del trabajo; art.115.2.6. LGSS), por lo que se puede integrar el supuesto de hecho de la norma ex art. 123 LGSS. El acoso moral constituye un riesgo laboral de carácter psicosocial. Una conducta empresarial que permita o no atienda suficientemente a evitar las situaciones de “*mobbing*” constituye una infracción que puede ser determinante de la actualización del riesgo psicosocial⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ STS de 21 de febrero de 2002 [R] 2002, 4539].

⁴⁰² SSTS de 22 de julio de 2010 [R] 2010, 7282].

⁴⁰³ SSTS de 22 julio de 2010 [R] 2010,7282].

⁴⁰⁴ Criterio éste, que ha sido defendido, por parte de la doctrina científica entre los que cabe citar a MOLINA NAVARRETE, C.: Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión

2.2.- Falta de adopción de medidas de seguridad y salud laborales establecidas, de modo general o específico, en normas jurídico-públicas

Cuando el empresario ha cumplido con su obligación de seguridad, no cabe la aplicación del recargo⁴⁰⁵. Aunque no se trate de una responsabilidad objetiva propiamente dicha, sí puede hablarse de responsabilidad cuasi-objetiva (nunca puramente objetiva, entre otras cosas, porque el elemento culpabilístico está en la misma base lógico-jurídica de la culpa *in vigilando*⁴⁰⁶) en el sentido de la concurrencia del nexo causal entre el incumplimiento de medidas y el siniestro acaecido. Lo que se imputa *ex lege* es el incumplimiento del deber objetivo de cuidado (diligencia profesional) por parte del empresario, correlativo al derecho del trabajador a toda seguridad posible, conforme a criterios de racionalidad y a los principios de diligencia y buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, tanto más cuando éstas son conexas a la tutela del derecho fundamental del trabajador a la vida y a la integridad física y psíquica. Se requiere no sólo un tipo de diligencia general (la ordinaria de un hombre medio razonable, conforme a un tipo medio), sino también, y más específicamente, un tipo de *diligencia profesional*, esto es, con base a una condición contractual y legal de empleador que le impone deberes de prevención y evitación respaldados bajo la amenaza de responsabilidad. Presupone, una infracción de una norma de

de las medidas sobre prevención de riesgos: la nueva modernidad de una institución jurídica, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 79, Civita, septiembre-octubre 1996, págs. 787 y ss.; CAMAS RODA, F.: “Un empuje a la protección completa del trabajador ante situaciones de acoso moral mediante la imposición a la empresa del recargo de prestaciones”, *Aranzadi Social*, Nº 5, 2009.

cfr. STSJ Cataluña, de 25 de octubre de 2008-AS 2009, 8; STSJ Castilla-La Mancha, de 29 junio de 2010 [JUR 2010,265234]; STSJ Cataluña, 14 de septiembre de 2010 [AS 2010, 1923].

⁴⁰⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. / MARTIN JIMENEZ, R.: *El recargo de prestaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pag. 59 y ss.

⁴⁰⁶ MONEREO PERÉZ, J.L.: “El recargo por omisión de medidas preventivas”, en AA.VV, *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2012, pag. 1636.

prevención⁴⁰⁷. Aunque formalmente el art. 123 LGSS no indique nada sobre la ilicitud administrativa del comportamiento empresarial, es manifiesta la vinculación entre una posible infracción administrativa y la imposición de la medida de recargo. Resulta evidente la conexión jurídica existente entre la infracción administrativa del empresario y el derecho al recargo de prestaciones del trabajador, en cuanto que el elemento determinante del último es el supuesto de hecho del art. 123 LGSS, lo es a la vez del supuesto del tipo de la infracción administrativa⁴⁰⁸. Por ello, la resolución sobre la existencia de esta en sede propia esta llamada a influir de modo inevitable en la resolución que en el ámbito distinto de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social haya de dictarse sobre el derecho del trabajador al recargo de sus prestaciones a costa del empresario infractor, si entre las resoluciones de los distintos organismos públicos competentes se mantiene la coherencia exigida en las SSTC 62/11984, de 21 de mayo⁴⁰⁹.

El precepto ex art. 123 LGSS extiende la aplicación del recargo a todos los supuestos de falta de medidas de seguridad, higiene y salud en el trabajo. El alcance del precepto comprende la omisión de realizar los preceptivos reconocimientos médicos (art. 197.2º y 3º.b) de la LGSS⁴¹⁰). Ese principio de imputabilidad queda realizado en el caso de la atribución legal de responsabilidad a la empresa usuaria⁴¹¹ de la responsabilidad del recargo de prestaciones de Seguridad Social en caso de que el accidente de trabajo o enfermedad profesional que

⁴⁰⁷ Véase STS 21 de noviembre 1998 [RJ 1998,8817].

⁴⁰⁸ MONEREO PERÉZ, J.L.: "El recargo por omisión de medidas preventivas" en AA.VV., *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2012, pag.1637.

⁴⁰⁹ [RTC 1984, 62, F. 4º] y 158/1985, de 26 de noviembre [RTC 1985, 158, F. 4º] Cfr. STC 143/2000, 29 mayo [RTC 2000, 143, F. 4º].

⁴¹⁰ Vid. STSJ País Vasco de 31 de marzo de 1992 (AS 1992, 1310) que considera insuficientemente cumplida la obligación empresarial de formación y perfeccionamiento (2 días de estancia en Alemania y 15 días de supervisión a cargo de un técnico alemán , con motivo de la adquisición de una nueva máquina) respecto de sus trabajadores a la vista de que efectivamente se produjo un siniestro.

⁴¹¹ Que no es sentido técnico-jurídico "empresario" del trabajador; cfr. Art. 1.2. LET.

se produzca en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y cuya causa radique en el incumplimiento de medidas de seguridad y salud laboral⁴¹². Esta imputación *ex lege* se vincula a la previa imposición a la empresa usuaria de la obligación de proteger la seguridad y salud del trabajador puesto a disposición. Conforme al art. 8 de la vigente Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre, sobre relaciones de trabajo a través de ETT, la empresa usuaria es responsable directo de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 16.2 y 28.5 de la LETT). Se ha apreciado la procedencia del recargo por faltas de medidas de formación del trabajador de la ETT; por lo demás, la empresa usuaria debió adscribir al trabajador a un puesto acorde con sus conocimientos⁴¹³. El recargo se impone ante la adscripción de trabajadores menores en actividades peligrosas prohibidas⁴¹⁴.

También se incluyen en el tipo de infracción causal, el incumplimiento de las medidas de “*adecuación personal a cada trabajador*”. En la actualidad, la alusión a la “*adecuación personal a cada trabajador habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador*” que hace el art. 123.1 de la LGSS, hay que entenderla igualmente referida al componente del deber general de seguridad del empresario establecido en el art. 6. 2. d) de la Directiva 89/391/CEE, con arreglo al cual al empresario incumbe, cuando menos, la obligación de “*adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos de trabajo y los métodos de trabajo y producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos de los mismos en la salud*”.

⁴¹² Art. 16.2 Ley 14/1994, de 1 de junio, LETT.

⁴¹³ STS] Andalucía-Granada, de 12 de noviembre de 2002 [Rec. 813/2002].

⁴¹⁴ Trabajadores menores con contrato para la formación, STS] Cantabria marzo de 2008.

La jurisprudencia tradicionalmente se inclinó mayoritariamente por exigir la prueba de infracción de una norma concreta, no siendo suficiente una genérica desatención del deber de protección del empresario determinante del accidente. No obstante, una doctrina jurisprudencial posterior estima que es obligación del empresario adoptar cuantas medidas fueren necesarias para la prevención de riesgos de sus trabajadores. Ello matiza el principio de tipicidad en esta figura eminentemente sancionadora; y refleja el juego de tipos genéricos o abstractos en la tipificación de infracciones (o faltas) en esta materia preventiva. Desde este punto de vista, el deber objetivo de cuidado del empresario va más allá, al tratar de garantizar el derecho a toda seguridad posible frente a riesgos previsibles o altamente probables, conforme a criterios de racionalidad y al principio de buena fe.

Así pues, la medida sancionatoria establecida en el art. 123.1 LGS no exige necesariamente la violación de una preceptiva medida específica o concreta, es suficiente la verificación de la inobservancia del más elemental deber objetivo de cuidado que incumbe al empresario que comportara siempre la adopción de aquellas medidas de prevención adecuadas a la situación de riesgos previsible y evitable, y que ese desconocimiento fue la causa o concausa determinante del advenimiento del siniestro⁴¹⁵. Los artículos 14 y 15 de la LPRL consagran explícitamente un deber objetivo de cuidado y que con carácter general y como positivación de principio de derecho "*alterum non laedere*", es elevado a rango constitucional por el art. 15 del Texto Fundamental⁴¹⁶. Hay que tener en cuenta que, lo que se imputa al empresario es una *culpa in vigilando*, el cual aparece como

⁴¹⁵ Véase STSJ La Rioja 2 de julio 1998 [AS 1998, 2554]; STS de julio de 2007 [Rec. 938/2006].

⁴¹⁶ En este sentido, la STS 26 marzo 1999 señala que el incumplimiento del deber general o deuda de seguridad que corresponde al empresario es suficiente para imponer el recargo. Entre otras, cabe citar la STSJ de Asturias 23 enero 2004.

un centro de imputación subjetiva de una actuación ilícitamente materializada⁴¹⁷.

Es doctrina del Tribunal Supremo que el concepto moderno de culpa no consiste solamente en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, sino que abarca aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica, y aquella otras en que, partiendo de una actuación diligente y lícita, no solo en su inicio sino en su desarrollo, se produce un resultados socialmente dañoso que impone la desaprobación o reproche de la acción⁴¹⁸. Hay que tener en cuenta que la deuda de seguridad del empresario exige razonar no solo sobre la omisión de medidas sino también sobre la diligencia exigible a un prudente empleador con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud del trabajador⁴¹⁹. En una sociedad del riesgo, no es posible al legislador, la concreción de la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastando con que se vigilen las normas genéricas o deuda de seguridad, en ese sentido de falta de diligencia de un prudente empresario⁴²⁰. Se requiere la tipificación de un deber general, aparte de la tipificación de deberes específicos. Así lo impone, por otra parte, la sociedad del riesgo actual. Se plantea aquí el problema de los “riesgos potenciales”, de los “riesgos probables” e incidencia preventiva, sobre todo teniendo en cuenta que el juego del principio de precaución cautela y el juego del derecho a toda seguridad posible frente a los riesgos previsible o altamente probables⁴²¹.

⁴¹⁷ MONEREO PERÉZ, J.L: “El recargo por omisión de medidas preventivas”, en AA.VV, *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 638.

⁴¹⁸ STS Civil de 1 de octubre 1998 [RJ 1998, 7556].

⁴¹⁹ Vid. JIMENEZ GARCIA, J. / ESTEVEZ GONZALEZ, C.: “La labor formativa en el marco del dercho de seguridad e higiene, en MONEREO PEREZ, J.L: *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, 1996, pag. 641 y ss.

⁴²⁰ STS 26 marzo 1999 [RJ 1999, 3521].

⁴²¹ Cf. Artículos 14 y 15 de la LPRL.

2.3.- Relación de causalidad entre falta de adopción de las medidas de seguridad y el siniestro

El art. 123 LGSS exige un nexo de causalidad entre la falta (general o específica) de medidas de seguridad y salud laboral y el siniestro laboral. Lo que se exige es una relación de causa-efecto entre el siniestro productor de resultados lesivos y la inobservancia empresarial de medidas de prevención por el empresario⁴²². Se precisa un nexo de causalidad suficiente y eficiente entre la falta de medidas de seguridad y el resultado generado⁴²³, insistiendo en que lo más relevante a efectos del art. 123.1 LGSS es que el accidente se debió a la ausencia de medidas de seguridad⁴²⁴. Como ya hemos dicho anteriormente, la imprudencia temeraria estricta del trabajador rompe el nexo de causalidad necesario para que exista un incumplimiento causal determinante del siniestro profesional. Se requiere un enlace preciso y directo entre la acción y el daño. El eventual incumplimiento del trabajador (solo si es determinante se podría romper el nexo causal) ha de tener una *entidad suficiente* como para alterar la imputación de la infracción de la empresa, que es la que esta obligada directamente a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, adoptando las medidas que la legislación establece con esta finalidad (art. 19.1 LET)⁴²⁵.

La medida de recargo no se aplica por el mero hecho de que accidente de trabajo se produzca en el centro de trabajo o “lugar” de trabajo⁴²⁶ (cfr. Art. 123, apartado 1º de la LGSS) en el que se

⁴²² Vid. GARCIA NINET, J.I.: “El recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedades profesionales por omisión de medidas de seguridad (en torno al art. 93 de la LGSS y la reciente jurisprudencia)”, *TS*, N° 2, 1991, pag. 25

⁴²³ V.gr. STSJ Madrid, 4 de febrero de 1992 [AS 1992,948]; STSJ Andalucía-Granada, 21 de enero 1992 [AS 1992, 151]; STS 8 octubre 2001 [R] 2002, 424].

⁴²⁴ STSJ Murcia 20 de enero 2003, F. 3º

⁴²⁵ Cfr. STS 6 de mayo de 1998 [R] 1998,4060, F.2º).

⁴²⁶ La STS , de 10 diciembre de 2007 [R] 200, 200], declara –en un supuesto de pluralidad de empresarios en descentralización productiva- que la empresa

incumplan cualesquiera medidas de seguridad y prevención laboral. El supuesto de hecho de la norma de recargo se entiende producido cuando se verifica esa relación de causalidad típica, siendo ello condición necesaria y *suficiente* para que se puedan proyectar las consecuencias jurídicas sancionadoras establecidas en el art. 123 LGSS. Así pues, se objetiva el incumplimiento determinante, no la responsabilidad empresarial, que no es objetiva (todo lo mas “cuasi-objetiva”). El artículo 123.1 establece, para la procedencia del recargo, la necesidad de que exista una relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido⁴²⁷, y es cierto que esta conexión puede romperse, según doctrina del TS, cuando la infracción es imputable al propio interesado o a terceras personas ajenas a la empresa⁴²⁸. Lo relevante es constatar el incumplimiento causal o la falta de diligencia del empresario, la cual determina la existencia de una relación de causalidad⁴²⁹.

Por su parte, la jurisprudencia ha elevado a términos estrictos la exigencia de la relación de causalidad típica integrativa del supuesto normativo ex art. 123.1 LGSS, entendiendo que debe producirse un nexo de causalidad directa entre la omisión de medida de seguridad o salud laborales y el resultado lesivo, en base a hechos concretos y

principal responde de la seguridad laboral en las dependencias o lugares que controla, con independencia de si estamos o no técnicamente ante “un centro de trabajo”. Lo relevante, en suma, es el medio ambiente de trabajo y el control que el empresario ejerce sobre el. En tal sentido cuando la empresa principal sea responsable de prestaciones respecto de quienes no son trabajadores. Pero incluso en estos supuestos la *culpa in vigilando* (y, a mayor abundancia, la posible solidaria por falta propia concurrente) no tiene tampoco aquí un pretendido carácter automática (mas allá de algunos excesos de determinada doctrina jurisprudencial); siendo así, cabe la prueba en contrario de la empresa principal, poniendo de manifiesto que en efecto adopto las medidas que era dable esperar con arreglo al deber objetivo de cuidado. Lo que implica que, en términos generales, apreciara dicha *culpa in vigilando* no supone desconocer la lógica eminentemente sancionadora del mismo.

⁴²⁷ Vid. SEMPERE NAVARRO / MARTIN JIMENEZ, R.: *El recargo de prestaciones*, op.cit., pag. 78 y ss.

⁴²⁸ Sentencias de 20 de marzo de 1985 [R] 1985, 1356] y 20 de abril de 1988 [R] 1988, 3010].

⁴²⁹ STS] Granada, 12 de noviembre 2002 [AS 2003, 50], véase STS de 16 de enero de 2006, sobre objetivación del incumplimiento y principio de imputabilidad.

precisos, suficientemente contrastados⁴³⁰. La trascendencia de la exigencia de esta interpretación estricta de la relación de causalidad entre la falta de prevención/siniestro profesional es considerable: la pervivencia del principio de responsabilidad individual inherente al sistema sancionador especial ex art. 123 LGSS⁴³¹. Una política jurídica de prevención de siniestros o riesgos consumados requiere del mantenimiento accesorio de medidas punitivas que refuercen su cumplimiento bajo la severa amenaza (del efecto intimidatorio) de una reforzada responsabilidad patrimonial, no asegurable, del empresario, porque este es el mecanismo mas idóneo para garantizar los efectos preventivo y persuasivo-disuasorio del recargo. Ese efecto se atenúa e incluso en buena parte se neutraliza si el recargo se configura como pura indemnización de daños objeto de anticipada cobertura asegurativa, es decir, como mero factor de riesgo empresarial asegurable y, en suma, como un coste económico de empresa mas “genéricamente previsible”.

⁴³⁰ Sentencia del T.S. Sala 4ª [Recurso 1065/11], Ponente: Desdentado Bonete.

⁴³¹ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2012 [Rec. 1311/2011] establece que no ha quedado acreditada la relación de causalidad entre la infracción cometida –la inexistencia de un acceso adecuado y seguro a la plataforma donde se desarrollaba el trabajo- y el accidente, pues no se había acreditado si este se produjo cuando el trabajador se encontraba en la plataforma o mientras accedía a ella, correspondiendo al actor la carga de la prueba. En consecuencia se excluyó la aplicación del recargo, al no haber quedado acreditado el nexo causal entre la infracción de las normas de seguridad y el accidente. Por lo que no se puede aplicar el recargo por meras probabilidades o sospechas, el siniestro ha de tener su origen en la infracción empresarial y tal circunstancia ha de quedar suficientemente probada. En consecuencia, no se puede determinar la relación de causalidad si se desconoce la causa que motivó el accidente, pues la mera acreditación de la infracción cometida no puede dar lugar a la imposición del recargo.

2.4.- La existencia de un perjuicio causado por el siniestro

Otro elemento del supuesto normativo del art. 123 de la LGSS, es la existencia de un perjuicio causado por el siniestro porque sin el, no se producirá la específica imputación de responsabilidad empresarial en los términos previstos en el art. 123 LGSS, el cual, no agota las vías de reparación de las resultas del siniestro profesional. El supuesto normativo del art. 123 LGSS parte, no del mero acrecentamiento de los factores de riesgo o “peligro” en el trabajo motivado por la inobservancia de las medidas de seguridad pertinentes (riesgo potencial), sino de una situación jurídica cualificada por la existencia de un siniestro profesional (riesgo actual o consumado). No es una situación de “riesgo” simple, sino del “daño” resultante del riesgo acaecido. Es decir, para que surja la responsabilidad ex art. 123 LGSS no basta la mera infracción de normas de seguridad, es necesario que a consecuencia de ello se produzca el siniestro con resultado lesivo concreto. En el tipo normativo del recargo se exige, pues, una infracción con resultado lesivo. Lo que no viene exigido para la infracción administrativa típica (tipificada en el TRLISOS). Cuestión distinta es que en la apreciación y valoración de la “gravedad de la falta” no se tenga en cuenta el daño causado al trabajador como fuente de responsabilidad patrimonial, sino la conducta del agente esto es, el elemento culpabilístico (deber objetivo de cuidado, culpa *“in vigilando”*). Lo que demuestra que no estamos ante una “indemnización” estricta. No actúa la lógica de la responsabilidad civil por riesgo; ni en la figura del recargo el daño es la fuente y medida de una responsabilidad civil. El Tribunal Supremo ha establecido la doctrina de que el recargo de prestaciones es independiente de la responsabilidad civil del empresario, porque tiene una naturaleza sancionadora o punitiva, aunque esto le conduce a

afirmar la no detracción del importe de aquel quantum de la indemnización civil⁴³².

2.5.- Derecho a una prestación económica

Es preciso que se reúnan los requisitos propios de la prestación económica que en cada caso corresponda. No obstante, la ausencia de período de carencia para acceder a las prestaciones derivadas de riesgos profesionales y el principio de automaticidad que opera para ellas, acaba convirtiendo en decisivo la determinación de si las lesiones traen su origen, precisamente, en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional o en una contingencia común⁴³³.

En definitiva, se pone de manifiesto las diferencias existentes entre las infracciones administrativas y de la infracción cualificada de recargo; y la diversidad de sus consecuencias jurídicas.

3.- LA PROHIBICIÓN DE ASEGURAMIENTO

Conforme al art. 123.2 del TRLGSS la responsabilidad en el pago del recargo no es asegurable, siendo nulo cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

Sin embargo, la redacción confusa del art. 15.5 de la LPRL ha planteado algunas dudas sobre si la cobertura del recargo es asegurable, al establecer que la empresa respecto de sus trabajadores podrá concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo.

⁴³² Cfr. SSTS 2 octubre 2000 [RJ 2000, 9673]; 14 febrero 2001 [RJ 2001, 2521]; y 9 de octubre 2001 [RJ 2001, 9595].

⁴³³ SEMPERE NAVARRO, A.V. : "La responsabilidad...", op. cit., pag. 19.

Consideramos que la prohibición de aseguramiento contenida en el art. 123.2 del TRLGSS no ha sido derogada implícitamente por la LPRL, en base, entre otros, a los siguientes argumentos: La Disposición Adicional 1ª de la LPRL mantiene la vigencia de lo establecido en la normativa de Seguridad Social en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales al prescribir que el régimen de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales continuará siendo el previsto en la normativa de Seguridad Social, por lo que la referida remisión supone que sigue vigente la prohibición de aseguramiento del art. 123.2 del TRLGSS. Además, la posibilidad de asegurar el recargo supondría privarlo del efecto disuasorio e incentivador del cumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral⁴³⁴.

La prohibición legal de aseguramiento del recargo es coherente con la función preventiva, no exclusivamente reparadora, conferida por el Sistema Jurídico a esta institución⁴³⁵. Es coherente, sin duda, con su naturaleza especialmente sancionadora, siendo así que la responsabilidad del pago se imputa directamente al empresario infractor y no podrá ser objeto de aseguramiento de ningún tipo, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla (art. 123 LGSS).

No estamos ante una responsabilidad civil especial, sino ante un ámbito de responsabilidad sancionadora de Derecho público (no es una pena privada). La responsabilidad por el recargo de prestaciones es intransferible, es atribuible de forma exclusiva a la empresas o empresas incumplidoras de sus deberes en materia de seguridad y salud laboral⁴³⁶. A la prohibición de aseguramiento se añade la

⁴³⁴ MONEREO PERÉZ, J.L.: "El recargo por omisión de medidas preventivas", en AA.VV., *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2012, pag. 643.

⁴³⁵ Cfr. DESDENTADO BONETE, A.: "El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate", *Revista de Derecho Social*, Nº 21, 2003, pag. 17 y ss.

⁴³⁶ SSTs 16 noviembre 1993 [R] 1993, 9069; 31 enero 1994 [R] 1994,398; 22 septiembre 1994 [R] 1994,7170; 20 mayo 1994 [R] 1994,4288; STS] Valladolid 19 noviembre 2002 [AS 2002, 4153].

ilegitimidad de toda renuncia del derecho, ya que el recargo se halla sustraído de la libre disposición de las partes⁴³⁷.

Por contra, para algún sector de la doctrina la LPRL parece indicar que el recargo puede asegurarse y, por tanto, al permitir el aseguramiento de esta peculiar responsabilidad, estaría incorporando una novedad esencial que vendría a derogar el art. 123.2 del TRLGSS. En esta línea, señalan que la Ley se estaría decantando por otorgarle naturaleza indemnizatoria, postergando su carácter sancionador⁴³⁸.

4.- DELIMITACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL. PLURALIDAD DE EMPRESARIOS.

En cuanto a la extensión jurídico-material del recargo cabe decir que este afecta a todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional (art 123 LGSS).

Sin embargo, se considera inaplicable el recargo a las *mejoras voluntarias* de las prestaciones de la Seguridad Social, por considerar que a pesar del tenor del art. 1.3 OM. 28 diciembre de 1966, reguladora de las mejoras voluntarias de la acción protectora del régimen general de la Seguridad Social, no supone una identificación o equiparación total con las originarias prestaciones del sistema publico, por un lado, y por otro, atendiendo a que el recargo por falta de medidas de seguridad impuesto en el art. 123 LGSS encierra una normativa punitiva y de carácter sancionador, por lo cual ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. Se añade, como argumento *ratio decidendi*, que no cabe extender su esfera de aplicación a las mejoras voluntarias, porque lo contrario encerraría una “segunda

⁴³⁷ En este sentido STSJ Castilla y León, 19 noviembre 2002 [AS 2002, 4153].

⁴³⁸ MORRO GARCÍA, J.L.: *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Técno, Madrid, 1996, pág. 48.

sanción” a la empresa que voluntariamente ha impuesto una mejoras a sus empleados, castigando con ello mas severamente al empresario que con sentido social procura ayudar a sus operario en los casos de infortunio, con respecto a aquel otro que se limita a mantener las prestaciones básicas de la Seguridad Social⁴³⁹. Esta interpretación del precepto que parece razonable, pero que puede encontrar algunas dificultades formales en el Derecho vigente, en cuanto en el Derecho positivo las mejoras voluntarias *hic et nunc* se insertan, desde el punto de vista jurídico-formal, en la acción protectora de la Seguridad Social y, por otra parte, el alcance material del recargo se entiende a “todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional” (art. 123.1 LGSS). De cualquier modo, desde el punto de vista de la evolución normativa y de la doctrina jurídica, se ha de subrayar, a este propósito, el progresivo alejamiento en la experiencia jurídica de las llamadas mejoras voluntarias del sistema de Seguridad Social. Sin embargo, teniendo en cuenta el origen profesional de las mejoras voluntarias, el recargo puede comprender las mejoras en el caso de que así los dispongan la fuente que ha sido base de su implantación⁴⁴⁰, según la cual el recargo tiene evidente naturaleza sancionadora, por lo que debe ser interpretado con arreglo al principio *restrictivo*.

Se indica, que “es incuestionable por ende que las disposiciones que regulan las prestaciones publicas y obligatorias de la Seguridad Social establecidas por la ley no alcanzan, en la mayoría de los casos, a las mejoras voluntarias, las cuales se rigen fundamentalmente por los pactos, convenios o reglas que las hayan constituido. No cabe, pues, extender sobre ellas el incremento porcentual de las prestaciones” por recargo, “salvo que en esos pactos, convenios o reglas así se dispondrá, y ello es así aun cuando estas mejoras estén incluidas en el área protectoras de la Seguridad Social y participe de los caracteres

⁴³⁹ Vid. STS 20 marzo 1997 [RJ 1997, 2591], F. 2º y 3º.

⁴⁴⁰ SSTs 20 marzo 1997 [RJ 1997, 2591], y 11 julio 1997 [RJ 1997, 6258].

que ostentan las prestaciones de esta⁴⁴¹. Las mejoras voluntarias no son prestaciones de Seguridad Social, ni forman parte de su acción protectora específica.

La responsabilidad del recargo puede producirse en supuestos de pluralidad de empresarios infractores. Es el caso del trabajo en régimen de subcontratación, y el sistema de trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT). En realidad, en estos casos el ingreso en solidaridad o en la responsabilidad sea del empresario principal o de la empresa usuaria no aparece en concepto de obligaciones propiamente ajenas o de tercero, sino que se vincula a un previo incumplimiento de su propio deber objetivo de cuidado (que es imputado *ex lege*), impuesto precisamente en razón al control o dominio que el empresario principal ejerce sobre el centro de trabajo o lugar “destinado a albergar puestos de trabajo”⁴⁴². La solidaridad interempresarial opera sobre el dato normativo previo de que ambos empresarios (art. 14 LPRL) son “*deudores de seguridad*”, y el empresario principal o usuario lo es legalmente respecto a trabajadores ajenos que presten sus servicios en su centro de trabajo. Por ello no existiría estrictamente aquí una responsabilidad solidaria por hecho de otro, sino derivada del incumplimiento propio de las normas de prevención y del deber general de vigilancia respecto al cumplimiento de dichas normas de prevención.

No obstante, aunque la responsabilidad se atribuye al empresario infractor, existen supuestos especiales en los que concurren una pluralidad de empresarios, lo que plantea la cuestión

⁴⁴¹ SSTS 20 marzo 1997 [R] 1997, 2591], F. 3º y 11 julio de 1997 [R] 1997, 6258].

⁴⁴² Art. 2 de la Directiva 89/654/CEE, de 30 noviembre de 1989. Conforme al art. 2 del RD 171/ 2004, de 30 de enero, en desarrollo del art. 24 LPRL, se entiende por centro de trabajo, cualquier área, edificado o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo.

de determinar el sujeto responsable del pago del recargo⁴⁴³. Nos referimos a las contratas y subcontratas y a la relación entre la empresa usuaria y la empresa de trabajo temporal.

4.1.- La subcontratación

En el caso de la subcontratación, cuando se desarrolla el trabajo en el centro o “lugar” de trabajo de la empresa principal, con sus instrumentos de producción y bajo su control, es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al trabajador de la contrata, e, incluso, que esa actuación se la causa determinante del accidente laboral sufrido por este, y por ello en estos casos el empresario principal puede ser “empresario infractor” a efectos del art. 123.2 LGSS⁴⁴⁴. Por lo demás, aunque esta conclusión se impone fácilmente en un caso de contrata para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad, la responsabilidad se puede inferir en otros supuestos de contratas, puesto que lo decisivo no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro su esfera de responsabilidad⁴⁴⁵. Lo relevante es que el empresario principal sea deudor de seguridad incumbiéndole en esta condición un deber objetivo de cuidado⁴⁴⁶, por lo que si su incumplimiento es factor o concausa determinante del siniestro laboral procederá la imputación del recargo de prestaciones en su esfera de responsabilidad personal. No es preciso que para que

⁴⁴³ APARICIO TOVAR, J.: “La obligación de seguridad y los sujetos obligados: la panoplia de responsabilidades y sujetos responsables”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 15, 2005

⁴⁴⁴ GARCIA MUGICA, J.: “Contratas y subcontratas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 48, 2004, págs. 13 y ss.

⁴⁴⁵ En este sentido omnicompreensivo, STS 16 diciembre 1997 [R] 1997, 9320], F.2º; STS] Aragón 21 junio 1999 [AS 1999, 1757]; STS 12 marzo de 2007 [R]. 2007, 2278], sobre la extensión de la responsabilidad del recargo a la empresa principal.

⁴⁴⁶ Deber de vigilancia, de culpa *in vigilando* habla la STS 18 abril 1992 [R] 1992, 4849].

pueda imputarse la responsabilidad a la empresa principal la contrata tenga por objeto una actividad coincidente con la que es propia de la empresa principal. La decisión no ha de fundarse de forma decisiva en este dato, sino en una interpretación del art. 123 LGSS sobre la noción de empresario infractor a la luz de la legislación sobre prevención de riesgos laborales. Lo determinante, como ocurre también en otros supuestos como en el caso de la empresa usuaria en el trabajo temporal, es el hecho de que el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de esta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella, produciéndose así una peculiar situación en que participan los trabajadores del contratista, este y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran⁴⁴⁷; y así es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al trabajador del contratista, e incluso que esa actualización sea la determinante del accidente laboral sufrido por este. El hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene, es lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquel de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no ese trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo u organizativo laboral que se encuentra bajo su control⁴⁴⁸.

Es de importancia traer a colación la doctrina del TC resolviendo sobre la base de la imposición del recargo en el marco de un proceso de descentralización productiva: “en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador la prohibición de la analogía *in malam*

⁴⁴⁷ MONEREO PERÉZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Ibidem, Madrid, 1994.

⁴⁴⁸ SSTs 16 diciembre 1997 [RJ 1997, 9320]; 5 mayo 1999 [RJ 1999, 4705].

partem es también una de las exigencias del principio de legalidad⁴⁴⁹, pero aquí no se ha efectuado una extensión *in peius* de la imputación de responsabilidad a supuestos no subsumibles en el precepto legal, sino una mera interpretación teleológica de la expresión “*empresario infractor*” en la hipótesis en que el trabajador accidentado esta involucrado en proceso de descentralización productiva, en absoluto extravagante con el régimen jurídico del deber de seguridad e higiene en el trabajo, dado el tenor de los artículos 42.2 LET y 153 párrafo segundo OGSHT⁴⁵⁰.

La responsabilidad solidaria de la empresa principal y contratista respecto al recargo de prestaciones tiene como presupuesto que el accidente se produzca en el lugar de trabajo estando vigente la contrata⁴⁵¹. Por falta de coordinación de las actividades empresariales determinante del siniestro laboral se puede producir la responsabilidad solidaria de la empresa principal y contratista⁴⁵². La empresa es responsable de las medidas de seguridad de sus trabajadores aun cuando los trabajen en obras o instalaciones ajenas⁴⁵³. El incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a diversos ámbitos de responsabilidad (art. 42.1 LPRL)⁴⁵⁴. En particular se establece un sistema de responsabilidad legal solidaria (pura) entre la empresa principal y los contratistas y subcontratistas (a que se hace referencia el art. 24.3 LPRL) del cumplimiento, durante el periodo de vigencia de la contrata, de las obligaciones impuestas por la LPRL en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el

⁴⁴⁹ STC 182/1990 [RTC 1990, 182] y ATC 72/1993 [RTC 3º 1993,2].

⁴⁵⁰ STC 81/1995, de 5 de junio [RTC 1995, 81. F. 5].

⁴⁵¹ STSJ Cataluña, 7 noviembre 2002 [RJ 2003, 18397]; 11 octubre 2002 [JUR 2003, 19397]; 11 octubre 2002 [JUR 2003, 10663]; STSJ Cantabria, 22 julio 2002 [Rec. 980/2001].

⁴⁵² STSJ Cataluña, 12 noviembre 2002 [RJ 2003, 18742].

⁴⁵³ STS Comunidad de Madrid, 18 julio 2002 [JUR. 2002, 211755].

⁴⁵⁴ PEDROSA ALQUEZAR, S.I.: “Incumplimientos preventivos, enfermedad profesional y recargo de prestaciones”, *Aranzadi Social*, Nº 10, 2010

centro de trabajo de dicho empresario principal (art. 42.2)⁴⁵⁵. El alcance material de la responsabilidad se proyecta respecto de todas las obligaciones en materia de prevención impuestas por la LPRL y respecto a todos los ámbitos de responsabilidad previstos en el art. 42.1 LPRL, incluyendo la responsabilidad especial del recargo de prestaciones ex art. 123 LGSS⁴⁵⁶.

4.2.- Empresas de trabajo temporal

En el régimen de trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal, se conforman desde el punto de vista jurídico-material una relación laboral triangular. En el sistema legal se establece un conjunto de obligaciones de la ETT y de la empresa usuaria en materia de prevención de riesgos laborales (art. 28.1, 2 y 5, en relación con el art. 16.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio). La razón de esta imputación de responsabilidad hay que buscarla en el hecho de que es la empresa usuaria la receptora de los frutos y rendimientos de la prestación laboral y a la que, en definitiva, corresponde la “dirección y el control” (art. 15 Ley 14/1994) de su actividad laboral y por tanto, también la obligación de proporcionar a sus trabajadores los medios que resulten adecuados a la protección de su integridad física. Por tanto, aun cuando a la ETT incumba la obligación legal de informar a sus trabajadores sobre los riesgos a que pueden estar expuestos y, en su caso, sobre la protección y prevención frente a los mismos, corresponde, a la usuaria la material adopción de las medidas de seguridad dirigidas a la evitación del daño. Debe examinarse la respectiva diligencia de ambas empresas, requisito que junto con el de causalidad adecuada entre la conducta y el daño causado, define una responsabilidad en la que, de forma inexcusable se exige la

⁴⁵⁵ Con respecto a la responsabilidad del recargo en contratas y subcontratas, véase MATEOS BEATO, A. / MARTIN JIMENEZ, R.: *La derivación de responsabilidad por deudas de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 132 a 160.

⁴⁵⁶ Cfr. STSJ País Vasco 9 abril 2002 [AS 2002, 2012].

conurrencia de una conducta empresarial, de un ilícito o incumplimiento del deber objetivo de cuidado⁴⁵⁷.

Se ha apreciado la procedencia del recargo por falta de formación del trabajador de la ETT; por lo demás, la empresa usuaria debió adscribir al trabajador a un puesto acorde a sus conocimientos⁴⁵⁸. La empresa usuaria responde de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y del cumplimiento de la obligación informativa prevista en el art. 24.2 y 4 de la LPRL. Lo cual es lógico, ya que la empresa usuaria, aunque no es parte del contrato de trabajo, es la que controla el ambiente trabajo de los trabajadores cedidos o en misión. Pesa sobre ella un deber objetivo de cuidado mas allá el esquema del contrato de trabajo⁴⁵⁹. De acuerdo con el art. 42.2 párrafo 2º de la LISOS en las relaciones de trabajo de las empresas de trabajo temporal, y sin perjuicio de las responsabilidades propias de esta, la empresa usuaria será responsable de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo en los términos del art. 16.2 de la Ley 14/1994, de 1 de julio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Las empresas usuarias son responsables de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como del recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social, en el caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro o lugar de trabajo⁴⁶⁰ durante la vigencia del contrato depuesta a disposición y traigan su causa determinante de la falta de medidas de seguridad e higiene (art. 123 LGSS).

El empresario usuario es el sujeto obligado y responsable. Esta responsabilidad directa e individualizada de la empresa usuaria se

⁴⁵⁷ STS] Cataluña 19 octubre 1997 [AS 1998, 4210].

⁴⁵⁸ STS Andalucía–Granada, 12 noviembre 2002 [Rec. 813/2002].

⁴⁵⁹ MONEREO PERÉZ, J.L: “El recargo por omisión de medidas preventivas”, en AA.VV., *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág.1643

⁴⁶⁰ Cfr. art. 2 del RD 171/2004, de 30 de enero, que desarrolla el art. 24 de la LPRL, y su conexión funcional con la “Directiva Marco” de 1989.

fundamenta, ante todo, en el hecho jurídicamente relevante de su capacidad de control sobre el medio de trabajo y en la persistencia en ella de la deuda de seguridad (y la posible imputación de la consiguiente *“culpa in vigilando”* ex art.1902 del Código Civil). No obstante, la ETT puede devenir responsable del recargo en el caso de que el incumplimiento de sus obligaciones preventivas sea el factor determinante de la producción del siniestro laboral, en las condiciones típicas generales previstas en el art. 123 LGSS. No se olvide que la ETT es responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud que se establecen en los apartados 2 y 3 del art. 28 LPRL, debiendo informar a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualidades requeridas (art. 28.5.2º párrafo). Sin embargo, para el cumplimiento de la labor de vigilancia de la salud de los trabajadores requiere de la cooperación necesaria de la empresa usuaria sobre las condiciones en las cuales el trabajo se realiza (art. 28.5 LPRL).

En este sentido la empresa principal responde de la seguridad laboral en las dependencias o lugares que controla, con independencia de si se trata o no técnicamente de un centro de trabajo. En relación a ello, cuando la empresa principal sea responsable del accidente laboral es posible imponerle el abono del recargo de prestaciones respecto de quienes no son sus trabajadores. Por lo demás, la responsabilidad en cuestión puede ser de carácter solidario ⁴⁶¹. Pero la responsabilidad debe ser objeto de individualización atendiendo a las circunstancias del caso. Así, por ejemplo se declara que “es la empresa usuaria la responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores y, a falta de incumplimiento por parte de la recurrente en orden a sus obligaciones frente a los trabajadores puestos a disposición de aquella que, además, haya contribuido a la producción del siniestro, no es posible

⁴⁶¹ SSTs de 10 de diciembre de 2007 [R] 2008, 200]; 22 noviembre de 2002 [R] 2003, 510].

declararle responsable del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social”⁴⁶².

Por otra parte, la responsabilidad solidaria empresarial se puede producir en el marco del grupo de empresas, señaladamente cuando este puede ser considerado, según criterio jurisprudencial, como una unidad empresarial, lo que conduciría de suyo a la responsabilidad solidaria de todos los empresarios, aplicando la doctrina del levantamiento del velo⁴⁶³.

5.- EL RECARGO COMO SUPUESTA PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL *SUI GENERIS*

Dentro de la naturaleza compleja del recargo⁴⁶⁴, debemos concretar que este se traduce, en el plano prestacional, en un aumento de la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social (prestación adicional), y, por aplicación del art. 123 LGSS, sigue, con importantes singularidades, el régimen jurídico propio de las prestaciones económicas de esta naturaleza (art. 121.3 LGSS). El recargo de la prestación está sometido, por otra parte, al procedimiento recaudatorio de los recursos económicos del sistema de Seguridad Social. Recargo y prestación incrementada forman así una unidad jurídica a efectos de la acción prestacional de Seguridad Social⁴⁶⁵. El Tribunal Supremo ha señalado que el recargo por falta de medidas de seguridad tiene un carácter sancionador que hace intransferible la correspondiente responsabilidad por actuación culpable. No se trata, por tanto, de una forma modalidad de prestación de la Seguridad Social que justifique su asunción por la Entidad Gestora correspondiente. Es, por el contrario, una pena o sanción que se añade

⁴⁶² STS de Madrid de 10 febrero de 2010 [AS 2010, 1009].

⁴⁶³ STSJ Andalucía de 1 octubre 2002 [AS 2002, 4035].

⁴⁶⁴ Aspecto de aumento de la “reparación” ordinaria de Seguridad Social frente a situaciones de necesidad provocadas por el siniestro laboral.

⁴⁶⁵ MONEREO PERÉZ, J.L.: “El recargo por omisión de medidas preventivas”, en AA.VV., *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 1649 y ss.

a una propia prestación, previamente, establecida y cuya imputación solo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de Seguridad Social y que no constituye indemnización de daños y perjuicios, por mas que venga a aprovechar al trabajador o a sus causahabientes⁴⁶⁶. En la STS 10 diciembre 1998⁴⁶⁷, se considera que el recargo tiene el carácter de una prestación de la Seguridad Social⁴⁶⁸. Esa caracterización parece confirmarla formalmente el art. 121 LGSS y la misma ubicación sistemática del art. 123 LGSS: Sección 2ª (“Régimen general de las prestaciones”) del Cap. III (“Acción protectora”). Aunque, ya se puede matizar que, paradójicamente, no se admite la responsabilidad subsidiaria del INSS, precisamente porque no es en rigor técnico-jurídico una “prestación de Seguridad Social”.

La calificación del recargo como prestación de Seguridad Social merece una severa crítica en el plano de la técnica jurídica. El recargo es un incremento de la prestación que se imputa directamente al empleador que no se integra en la acción protectora del sistema de Seguridad Social, como ha declarado la doctrina del TS⁴⁶⁹. No obstante, el art. 121 LGSS y la misma ubicación sistemática del art. 123 del mismo cuerpo legal (Sección 2ª, “Régimen general de las prestaciones”, del Cap. III, “Acción Protectora”), ha podido dar a equívocos comprensibles. Por lo demás, significativamente, no se admite la responsabilidad subsidiaria del INSS en concepto de recargo, precisamente porque no es en rigor técnico-jurídico una “prestación de Seguridad Social”, aduciendo la naturaleza eminentemente sancionadora del recargo⁴⁷⁰. En los últimos pronunciamientos al respecto, el Tribunal Supremo ha entendido que

⁴⁶⁶ MONEREO PERÉZ, J.L: “El recargo por omisión de medidas preventivas”, en AA.VV., *Tratado de Salud Laboral I*, op. cit, pags.16450 y ss.

⁴⁶⁷ RJ 1998, 10501.

⁴⁶⁸ STSJ Valladolid 19 noviembre 2002 [AS 2002, 4153].

⁴⁶⁹ SSTS 22 abril de 2004 [R] 200,4391]; 22 septiembre de 19994 [R] 1994, 7170].

⁴⁷⁰ SSTS 8 marzo de 1993[R] 1993, 1714]; 16 de noviembre de 1993 [R] 1993, 9063]; 31 enero de 1994 [R] 1994, 1030].

el recargo de prestaciones no puede considerarse como una verdadera prestación de la Seguridad Social⁴⁷¹.

6.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDAS DE RECARGO

Se produce en esta materia un cierto solapamiento entre las diversas Administraciones públicas, subordinándose hasta el extremo que quedan vinculadas, limitando así las prerrogativas de su ejercicio competencial⁴⁷².

Por un lado, la Administración del Estado a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, puede proponer el recargo empresarial a que se refiere el art. 123 LGSS. Por otro lado, la Administración autonómica correspondiente al ámbito territorial, que asuma la competencia en materia laboral, la ejerce revocando o confirmando el acta de infracción y, en este caso, imponiendo la sanción correspondiente, que será o no confirmada en vía de recurso de alzada por el órgano establecido en la legislación autonómica. Por ultimo, la Administración de la Seguridad Social que, a través de las Direcciones Provinciales del INSS , y de acuerdo con el art. 1.1. e) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social, asume la competencia para declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de medidas de seguridad o higiene en el trabajo y determinar el

⁴⁷¹ SSTS 6 marzo de 2007 [R] 2007, 2377] y 20 marzo de 2007 [R] 2007, 3972].

⁴⁷² CAVAS MARTINEZ, F. / FERNANDEZ DE ORRICO , F.J.: *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social, Cuadernos de Aranzadi Social*, Nº 24, Aranzadi, 2006, pág. 142. ; Cf. MANRIQUE LOPEZ , F.: "Recargos por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: un debate todavía pendiente", en AA.VV., *El accidente de trabajo en la Seguridad Social*. VII Jornadas de la Asociacion Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administracion de la Seguridad Social, Edit. Asociacion Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administracion de la Seguridad Social, Barcelona, 2003, págs. 448 a 54.

porcentaje en que, en su caso hayan de incrementarse las prestaciones económicas.

La autoridad administrativa (Dirección provincial del INSS competente por razón del territorio) es el órgano legitimado para la imposición de la medida de recargo, en el marco del procedimiento sancionador administrativo incoado al efecto, sin perjuicio de la revisión judicial de la decisión administrativa⁴⁷³. Así, la competencia para fijar el recargo por falta de medidas de seguridad está atribuida al INSS⁴⁷⁴. En la base de ello está la consideración de que se ha producido una infracción cualificada de normas reglamentarias o de carácter jurídico-técnico en materia de seguridad y salud laborales. Por tanto, la infracción origina una responsabilidad derivada de ilicitud administrativa y laboral. El procedimiento de imposición del recargo, es de carácter laboral-administrativo, aunque la sanción afflictiva-reparadora es revisable ante la Jurisdicción Laboral, precisamente en atención a esa naturaleza compleja.

La responsabilidad empresarial se declara inicialmente en vía administrativa previa a la vía jurisdiccional. En esta sede administrativa será el INSS el órgano competente tanto para declarar la responsabilidad como para fijar en concreto el porcentaje del recargo o aumento de las prestaciones. La solicitud de declaración de responsabilidad empresarial deberá ir acompañada de un preceptivo "informe" de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre el supuesto base de la responsabilidad empresarial. Ahora bien, la procedencia y la cuantía (fijada discrecionalmente en atención a la gravedad de la infracción⁴⁷⁵), del recargo acordada por el INSS (agotada la vía administrativa, pues la resolución es susceptible de recursos administrativos, de reposición y/o alzada) puede ser modificada por el Juzgador Social, siendo revocable por los Tribunales Superiores. De este modo, de la decisión del juez de instancia sobre la

⁴⁷³ Véase el procedimiento administrativo regulado en la OM de 18 enero de 1996.

⁴⁷⁴ STS] País Vasco 19 enero 1999 [AS 1999, 14].

⁴⁷⁵ STS de 19 enero 1996 [R] 196, 112].

cuantía porcentual del recargo en cuestión, en cuanto predeterminada por un criterio legal –la “gravedad de la falta”–, puede ser considerada en suplicación para comprobar si excede o no del margen de apreciación que le es consustancial; y lo mismo cabría decir, y por la misma razón, de las propias resoluciones en la materia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, revisables en derecho por el cauce del recurso de casación para la unificación de doctrina⁴⁷⁶.

Se dispone de un amplio margen de discrecionalidad, pero la decisión debe ser siempre razonada, sin incurrir en arbitrariedad. El establecimiento del importe de la cuantía ha de ser proporcional a la gravedad del incumplimiento⁴⁷⁷. La directriz general para la concreción del recargo que establece el art. 123 LGSS para graduar entre el treinta y el cincuenta por ciento su cuantía es la gravedad de la falta, y que puede ser reconsiderada en el recurso de suplicación, comprobando si se ha rebasado o no el amplio margen de apreciación que corresponde al Juzgador de instancia en la determinación de tal cuantía porcentual, de manera que no exista dato alguno que permita sostener que refleje una decisión meramente voluntarista o arbitraria. Por otra parte, recuerda el TC que, en todo caso, “ el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el hipotético derecho al acierto judicial, ni comprende la reparación o rectificación de equivocaciones, incorrecciones jurídicas o incluso injusticias producidas en la interpretación o aplicación de las normas”⁴⁷⁸.

La legitimación para iniciar el procedimiento administrativo a seguir en orden a declarar la responsabilidad empresarial y fijar la cuantía del recargo de prestaciones es múltiple: a) de oficio; b) a instancia del trabajador, presunto beneficiario de las prestaciones; y, por último, c)

⁴⁷⁶ SSTS 19 enero 1996 [R] 1996, 112]; de 11 de febrero 1985 [R] 1985, 632]; de 18 septiembre 2001 [R] 2001, 7929].

⁴⁷⁷ MONEREO PERÉZ, J.L: “El recargo por omisión de medidas preventivas”, op. cit, pag.1651 y ss.

⁴⁷⁸ STS 163/1993, de 18 de mayo [RTC. 1993,163].

personas distintas del trabajador presuntas beneficiarias de las prestaciones económicas que puedan ser objeto de recargo. Es evidente que pueden existir beneficiarios distintos al trabajador accidentado que reciban la correspondiente prestación incrementada con el porcentaje fijado (de un 30 a un 50 por ciento ex art. 123 LGSS). La prestación incrementada forma ya una unidad jurídica a efectos de la mecánica de la acción protectora de la Seguridad Social.

La solicitud de declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene y salud laborales deberá hacer constar el fundamento para la imposición del recargo y el porcentaje que se estime procedente. A esa solicitud se incorporara el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo sobre los hechos y disposiciones infringidas y el porcentaje que se considere procedente aplicar. El Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), en el marco del INSS, estudiaría el Informe medico y la documentación correspondiente, y procede a emitir y a elevar al Director Provincial del INSS dictamen-propuesta (no vinculante, incumbiendo la decisión a la Dirección provincial del INSS), calificando la situación del trabajador; y en el supuesto de que se hubiera apreciado incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo, el porcentaje de incremento de prestación que se propone y las posibilidades de recuperación del trabajador (art. 10 de la Orden de 18 enero de 1996).

En la tramitación del expediente se dará comunicación y audiencia a las partes interesadas, iniciándose posteriormente la fase de instrucción, poniendo fin al procedimiento la resolución del INSS dictada por los Directores provinciales del INSS (art. 16 de la Orden de 18 enero de 1996).

La *Resolución del INSS* es revisable en el orden social de la Jurisdicción, porque el recargo no es meramente un recurso económico anudado a una infracción del deber de seguridad del empresario, sino que también (en atención ahora a su vertiente

prestacional reparadora) puede representar una cuestión litigiosa en materia de prestaciones de Seguridad Social. Es “materia de Seguridad Social”- cfr. arts. 2.b) y 139 y siguientes de la LRJS, por lo que es aplicable, entre otras cuestiones, el plazo de prescripción de cinco años (artículo 43.1 de la LGSS). Se debe realzar, al respecto, que el fundamento del criterio revisor se encuentra en el hecho de que la apreciación en un caso concreto de la gravedad de la falta o infracción de la medida de seguridad está basada en conceptos normativos⁴⁷⁹, que han sido establecidos en la legislación aplicable al caso, y cuya aplicación a un supuesto concreto constituye acto *jurídico de calificación*, subsiguiente y separada de la fijación o determinación de los hechos del caso⁴⁸⁰. Subyace aquí un conflicto jurídico, de aplicación o de interpretación. Se dispone de un amplio margen de discrecionalidad, pero la decisión debe ser siempre razonada, sin incurrir en arbitrariedad⁴⁸¹.

El establecimiento del importe de la cuantía ha de ser proporcional a la gravedad del incumplimiento⁴⁸². La fijación de los hechos vincula recíprocamente a la jurisdicción contencioso-administrativa y a la jurisdicción social⁴⁸³. Se considera una vulneración del derecho a la tutela jurídica efectiva, el que una sentencia contencioso-administrativa sobre sanción que no tome en cuenta una previa sentencia del orden social que, sobre los mismos hechos, absuelve a la empresa de un recargo en la cuota de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad⁴⁸⁴. En definitiva,

⁴⁷⁹ Peligrosidad de las actividades, número de trabajadores afectados, actitud o conducta general de la dirección de la empresa en materia de prevención, instrucciones impartidas por el empresario en orden a la observancia de las medidas reglamentarias, etc.

⁴⁸⁰ STS 2 octubre de 2000 [RJ 2000, 9673].

⁴⁸¹ MONEREO PERÉZ, J.L.: “El recargo por omisión de medidas preventivas”, en AA.VV., *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2012, págs.1653 y ss.

⁴⁸² CARDENAL CARRO, M. / HIERRO HIERRO, F.J.: *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes de la fijación del porcentaje aplicable*, Bomarzo, Albacete, 2005.

⁴⁸³ STS 16/2008, de 31 de enero de 2008 [RJ 2008, 16].

⁴⁸⁴ STC 158/ 1985 [RTC 1985, 158].

los “hechos probados” en el orden social vinculan al orden contencioso-administrativo por infracciones administrativas a las normas de prevención de riesgos, y viceversa ex art. 42.5 de la LISOS (vinculación absoluta).

El plazo de prescripción del derecho al recargo es el previsto en el art. 43.1 LGSS (plazo de 5 años para las prestaciones de Seguridad Social: es el plazo de la prescripción de la prestación, con la que el recargo se halla íntimamente vinculado)⁴⁸⁵. El inicio del computo del plazo de prescripción de la acción para reclamar el recargo es aquel en que se reconoce la última prestación derivada del accidente laboral y no la fecha en que éste se produjo. Es decir, desde el mismo día en que la acción de recargo pudo ejercitarse (art. 1969 CC), así la STS de 9 de febrero de 2006⁴⁸⁶ contempla el supuesto de hecho de un accidente causalmente determinante con la calificación de incapacidad temporal inicial y la posterior de gran invalidez. Si el empleador capitalizo, y ante la capitalización insuficiente sobrevenida, tendrá que realizar una capitalización adicional a la ya hecha por una calificación no definitiva⁴⁸⁷.

7.- CONCLUSIONES

Dada la especial naturaleza del recargo, no han faltado quienes han propuesto su supresión, así como su reconducción hacia una pura indemnización civil especial. En este trabajo se postula su mantenimiento a condición de que se realicen importantes cambios de carácter racionalizador⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ CAVAS MARTINEZ, F. / FERNANDEZ DE ORRICO, F.J.: *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, Cuadernos de Aranzadi Social, N° 24, Aranzadi, 2006, pag. 135.

⁴⁸⁶ RJ 2006, 2229.

⁴⁸⁷ STS de 9 de febrero de 2006 [RJ 2006, 2229].

⁴⁸⁸ MONEREO PERÉZ, J.L.: “El recargo por omisión de medidas preventivas”, en AA.VV. *Tratado de Salud Laboral I*, Aranzadi, Navarra, 2012, págs.1655 y ss.

El art. 123 LGSS contiene un específico *sistema sancionatorio complejo*. El objetivo de esta disposición es doble visto desde el punto de vista de la retribución (con efecto psicológico preventivo en el agente) y de la reparación. Doble presencia, en serie, de los elementos, punitivo y resarcitorio. La medida sancionadora especial de recargo es un expediente para la conservación del sistema normativo de prevención de riesgos profesionales y, al mismo tiempo, de *limitada* reparación de las consecuencias lesivas de su actualización provocada por falta de medidas de seguridad y salud laborales⁴⁸⁹.

El resultado práctico es la imposición de una sanción compleja unitaria, próxima a una indemnización punitiva (aumento punitivo-reparador de las prestaciones publicas ordinarias) que, por hipótesis, deja todavía expedita la distinta vía para obtener una reparación “integral” de todos los perjuicios efectivamente producidos, atendiendo pues, a la fijación de una indemnización cifrada en función de los daños realmente causados. Se trata de la concurrencia y complementación de diversos sistemas de responsabilidad empresarial y no de la sustitución de los mismos, por satisfacer distintos bienes jurídicos e intereses legítimos. La fijación del resarcimiento integral por el Juez civil debe tener en cuenta, en su caso, el porcentaje del recargo vía art. 123 LGSS (que tiene también un componente indemnizatorio; “indemnización sancionadora”) para *moderar* el quantum de la indemnización civil, procurando así una equitativa racionalización de los distintos medios de tutela indemnizatoria. Debe recordarse que el daño ocasionador por un accidente de trabajo puede dar origen a distintos mecanismos de reparación, generando las correspondientes obligaciones para sujetos también diversos⁴⁹⁰. La jurisprudencia más reciente parece inclinarse por mantener el carácter eminentemente sancionador del recargo de recargo de prestaciones⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario al art. 123 de LGSS”, en AA.VV., *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

⁴⁹⁰ STS 22 mayo 1994 [RJ 1994, 4296].

⁴⁹¹ Cfr. SSTS 2 octubre de 2000 [RJ 2000, 96739]; 14 febrero 2001 [RJ 2001, 2521]; 9 octubre 2001 [RJ 2001, 9525] y 22 octubre 2002 [RJ 2003, 504].

No siéndole de aplicación la regla general relativa al carácter asegurable de los riesgos derivados del trabajo contenida en el art. 15.5 de la LPRL, al estar plenamente vigente la prohibición establecida en el art. 123.2 LGSS, la cual es coherente (en el sistema normativo interno a la figura) con la función esencialmente preventiva del recargo de prestaciones. Por lo demás, ninguna explicación ha resultado convincente para eludir las consecuencias “antipreventivas” que tendría una monetización de la institución derivada de una posible admisibilidad de aseguramiento. En última instancia tras esta posición doctrinal se oculta la intención de suprimir el recargo de prestaciones como institución jurídica dotada de especificidad dentro del sistema normativo de la percepción de riesgos profesionales.

Ello no obstante, sería deseable la unificación jurisdiccional no solo de la reparación “mejorada” (en la que se traduce virtualmente el recargo, en cuanto aumento de las prestaciones públicas de Seguridad Social), sino también de la eventual reparación “integral” de los daños efectivamente producidos (compensación por los daños causados por acto ilícito; y la contractual ex art. 1902 y 1903 Código Civil) mas allá o con independencia de la “mejora sancionadora” de las prestaciones que procura la sanción indemnizatoria de recargo, por un lado, y, por otro, la exigencia de una racionalización, a través de una mas coherente articulación legal de los distintos ámbitos de responsabilidad en respuesta a la violación de las normas de seguridad y salud laborales. Debe tenerse en cuenta que el art 123 LGSS permite exclusivamente un resarcimiento tasado de los perjuicios producidos por el siniestro laboral⁴⁹². De ahí, entre otras cosas, la previsión legal de que la responsabilidad del recargo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción cometida⁴⁹³. El resarcimiento pleno o integral del perjuicio

⁴⁹² Por cierto, se podría flexibilizar el margen del porcentaje. V. gra., del 15% al 50% para dar mas flexibilidad a los supuestos analizados. Flexibilidad útil, por ejemplo, en caso de “conurrencia de culpas”, como se viene haciendo ya con el margen del 30%.

⁴⁹³ SSTS 158/1985, 26 de noviembre [RTC 1985, 158]; 143/2000, de 29 de mayo [RTC 2000, 143].

sufrido puede producirse por la utilización de otras vías de tutela y ámbitos jurisdiccionales, sin que, lógicamente, la indemnización pueda ser superior al daño o perjuicio acreditado. De lo contrario habría “enriquecimiento injusto”⁴⁹⁴. La sustanciación de estas cuestiones litigiosas debería producirse a través de su tratamiento unificado en el orden social de la Jurisdicción.

Por otra parte, hay que tener presente que la prohibición de aseguramiento contra las consecuencias en su propio patrimonio de la medida del recargo se inscribe en la ratio normativa de incrementar los esfuerzos de seguridad en el trabajo y, en general, de su deber objetivo de cuidado respecto a la protección de la vida e integridad física del personal dependiente a su servicio. Esta prohibición legal – que acentúa el deber de seguridad y protección del empresario- debe ser mantenida en sus propios términos que pueden ser causa de los mas graves resultados lesivos para los trabajadores. Cuestión distinta es la de una eventual admisibilidad jurídica de que el empleador pueda “asegurarse” frente a las consecuencias patrimoniales desfavorables derivadas de la responsabilidad de Derecho común (que no tiene un carácter punitivo o estrictamente sancionatorio) por resarcimiento “integral” de los daños causados al trabajador o a sus causahabientes, por la vía, básicamente, de los arts. 1902 y 1903 CC; la cual, como se sabe, puede, como regla, ser objeto de seguro. Hay que modificar el art. 16 de la OM de 18 de enero de 1996 e incorporar una nueva regla en el art. 123 LGSS para admitir la responsabilidad subsidiaria de las entidades gestoras de la Seguridad Social ante situaciones de insolvencia del empresario. También podría ampliarse-como opción preferible- el ámbito de aplicación de la cobertura del FOGASA (art. 33 LET), como aseguramiento publico subsidiario en caso de insolvencia empresarial.

Si bien es importante la función represivo-preventiva y reparadora que realiza el art. 123 LGSS, parece pertinente poner de manifiesto

⁴⁹⁴ SSTS 17 febrero 1999 [R] 1999, 2598]; 10 diciembre 1998 [R] 1998, 10501]; y de 2 de octubre 2000 [R] 2000, 9673].

que este tipo de medidas pensadas para atender a situaciones de anormalidad derivada de la violación de deberes jurídicos, son insuficientes por sí mismas para incrementar los esfuerzos de prevención⁴⁹⁵. La finalidad del recargo en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestralidad laboral es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales. Se pretende impulsar coactivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente⁴⁹⁶. El recargo surge de una especial responsabilidad por culpa (*cuasi-objetiva*) del empresario. Sería necesario el establecimiento de otras medidas complementarias de garantía, mas reforzadas que las actualmente vigentes, contra los riesgos profesionales dirigidas a evitar la consumación de los mismos, especialmente por lo que atiende a los nuevos factores de riesgo originados en buena parte por los vertiginosos cambios tecnológicos y organizativos del sistema productivo y por la puesta en practica de políticas de flexibilidad laboral. Las medidas represivas no pueden tener un carácter sustitutivo, sino de reforzamiento de las obligaciones de prevención y seguridad laboral. Con todo, no parecen aceptables las propuestas doctrinales que tratan de justificar la supresión del recargo de prestaciones, a pesar de reconocer las aporías que el régimen jurídico concreto actual puede plantear en algún caso; de ser así se estaría ante un paso mas en la dirección contraria a la política del Derecho Social encaminada al reforzamiento de la prevención de los riesgos profesionales.

Es preciso acometer una reforma racionalizadora (formal y material), detectar qué es lo que falta, y reorganizar esta figura jurídica. Interceder por su supresión como institución jurídica

⁴⁹⁵ Vid. PEDROSA ALQUEZAR, S.I.: "Incumplimientos preventivos, enfermedad profesional y recargo de prestaciones", *Aranzadi Social*, N° 10, 2010.

⁴⁹⁶ Cfr. STS 2 de octubre 2000 [R] 2000, 9673].

especifica no parece que sea razonable. Se neutralizaría sus virtualidades positivas en su doble dimensión retributiva y reparadora. Pero tampoco resulta aceptable, en el plano de la política del Derecho de la prevención, postular su conversión en una indemnización civil, que solaparía con la posibilidad indemnizatoria general de Derecho civil y con la función típicamente indemnizatoria (indemnización legalmente garantizada y tasada) que ya ostentan las prestaciones de Seguridad Social, por un lado, y por otro, porque sencillamente desaparecería la finalidad preventivo-disuasoria del recargo, porque de consagrarse su naturaleza indemnizatoria estricta se tendría que convenir, entre otras consecuencias, en admitir –en coherencia lógico jurídica- el aseguramiento privado con la consiguiente “dispersión” del riesgo. De este modo, la supresión o conversión en indemnización civil se realizaría a cambio de una contrapartida razonable en términos de *garantismo jurídico* y no solo de “costes de transacción” en el coste de los accidentes⁴⁹⁷ .

En definitiva: la medida de recargo de prestaciones sociales en su régimen jurídico vigente tiene una típica naturaleza compleja y en su calidad de institución preventiva no debería ser sustituida/suprimida, ni tampoco reconfigurada en indemnización civil estricta. Lo que es preciso es mantenerla como reforzamiento de las obligaciones de prevención y salud laboral, incorporando a la misma los necesarios *ajustes* normativos de racionalización pertinentes.

III.- LA INDEMNIZACION CIVIL ADICIONAL

Lo que solemos llamar indemnización “civil” adicional ha sido un terreno de disputas jurisdiccionales, por lo que es conveniente

⁴⁹⁷ MONEREO PERÉZ, J.L.: “El Recargo de Prestaciones por omisión de medidas de seguridad” en *Tratado de Salud Laboral*, Tomo I, pág. 1657 . Y CALABRESI, G.: *El coste de accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 139 y ss.

comenzar aclarando que no es una indemnización civil, sino laboral⁴⁹⁸. En principio, se trata de la indemnización que el empresario tendría que abonar al trabajador o a sus familiares para reparar el daño producido por el accidente de trabajo.

1.- LA DETERMINACION DEL DAÑO

De la doctrina emanada de la jurisprudencia social cabe inferir que, para la determinación del daño dimanante del accidente de trabajo, han de considerarse una serie de principios generales previos, saber:

1.1.- Principio de reparación íntegra del daño

El concepto de reparación plenaria es un concepto indeterminado; y su falta de determinación se debe a la indeterminación de su propio sustrato, pues la previa noción del daño reparable se caracteriza por su falta de concreción. Pero hoy, después de las inducciones obtenibles a través de la práctica judicial y, sobre todo a partir de las aportaciones doctrinales realizadas en los países de nuestro entorno (Francia, Bélgica e Italia particularmente), pueden efectuarse las adecuadas determinaciones, para que la noción de daño y de sus diversos componentes queden concretados y para que quede demostrativamente nutrida la reparación completa⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ La expresión *responsabilidad civil del empresario*, surge cuando estamos ante la existencia de un daño cuya producción se imputa a un ilícito laboral, entendido como la infracción de una norma, estatal o colectiva, o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre (art. 3 ET), la responsabilidad ya no es civil sino laboral y el supuesto queda comprendido en todo caso dentro del apartado a) del art. 2 LPL, STS de 23 de junio de 1998 [R] 5787]

⁴⁹⁹ MEDINA CRESPO, M.: "La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada", *Revista de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, N° 40, 2011, pág. 29.

La idea clave es que tradicionalmente el resarcimiento íntegro ha constituido un concepto carente de elementos normativos de determinación. Téngase en cuenta que el art. 1902 CC no contiene regla alguna con que valorar el daño, ni se refiere al momento considerable para ponderarlo⁵⁰⁰; ausencia de reglas secundarias que la jurisprudencia se ha ocupado de resaltar⁵⁰¹ y sin que aquel precepto establezca el más mínimo modulo de cuantificación⁵⁰² y sin que tampoco el art. 1106 contenga reglas de valoración en tal sentido.

Conforme a los artículos 1101 y 1106 del Código Civil, la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino el de la ganancia que se haya dejado de obtener, esto es, el llamado lucro cesante, ya que el daño real comprende, además de las pérdidas actuales, la pérdida de ganancias futuras⁵⁰³. También deberán repararse los daños morales, ya que el fin perseguido por la norma de lograr que el perjudicado quede indemne, no se cumpliría si no se incluyeran todos los daños, incluso los morales, cual establecen los arts. 1106 y 1107 del Código Civil y ha reiterado la jurisprudencia⁵⁰⁴.

En la materia que nos ocupa, la Jurisprudencia ha establecido desde antiguo, pese a que ningún precepto legal lo diga expresamente, que la indemnización de los daños debe ir encaminada a lograr la íntegra compensación de los mismos⁵⁰⁵, para proporcionar al

⁵⁰⁰ PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, Vol. 3, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 80.

⁵⁰¹ STS, Sala 1ª, de 15 de diciembre de 1981 (Pte. Vega Benayas).

⁵⁰² STS, Sala 1ª, de 13 de noviembre de 1981 (Pte. Fernández Rodríguez).

⁵⁰³ DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 307 y ss.

⁵⁰⁴ La reparación íntegra del daño es aplicada reiteradamente en la responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo, entre otras en las siguientes Sentencias del TS, Sala 4ª, de 17 de febrero de 1999, de 8 de abril de 2002 [Rec. 1964/2001] Pte: Botana Lopez; de 7 de febrero de 2003, de 9 de febrero de 2005, de 1 de junio de 2005 [Rec.1613/2004] Pte: Calvo Ibarlucea; de 3 de octubre de 2007 [Rec. 2451/2006] Pte: Calvo Ibarlucea; o de 30 de enero de 2008 [Rec. 2543/2006] Pte: Gil Suarez.

⁵⁰⁵ Sobre el principio institucional de la reparación íntegra, vid: MEDINA CRESPO, M.: *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*, Dykinson, Madrid, pág.135 a 156. También a en *Daños Corporales y Carta*

perjudicado la plena indemnidad por el acto dañoso, esto es lo que en derecho romano se llamaba "*restitutio in integrum*" o "*compensatio in integrum*"⁵⁰⁶. También ha sido tradicional entender que la función de valorar y cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, entendiéndose que tal función comprendía tanto la facultad de valorar el daño con arreglo a la prueba practicada, como el deber de hacerlo de forma fundada, para evitar que la discrecionalidad se convirtiera en arbitrariedad. Como se entendió que esa cuantificación dependía de la valoración personal del juzgador de la instancia, se vedó con carácter general la revisión de su criterio por medio de un recurso extraordinario, salvo que se combatieran adecuadamente las bases en que se apoyara la misma⁵⁰⁷.

Pero esa discrecionalidad, cual se ha dicho, no se puede confundir con la arbitrariedad, ya que, el juzgador por imperativo de lo dispuesto en los artículos 24 y 120.3 de la Constitución, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y en la Resolución 75.7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 14 de marzo de 1975 (principio general 1.3 del Anexo), debe motivar suficientemente su decisión y resolver todas las cuestiones planteadas, lo que le obliga a razonar la valoración que hace del daño y la indemnización que reconoce por los diferentes perjuicios causados. Ello supone que no puede realizar una valoración conjunta de los daños causados, reservando para sí la índole de los perjuicios que ha valorado y su cuantía parcial, sino que debe hacer

Magna; Dykinson, Madrid, 2003, pág. 40 a 40. Y con mayor amplitud técnica en los "Principios institucionales de la valoración del daño", incluido en *Manual de valoración del Daño Corporal* en AA.VV., Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 325 a 357.

⁵⁰⁶ Vid. MEDINA CRESPO, M.: "Comentario a la STS, Sala 4ª de 17 de julio de 2007, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 23, octubre 2007, pág. 61 y ss.

⁵⁰⁷ El principio de parcialidad cede ante el principio normativo de la integridad, afirmado como la pieza clave del Derecho de Daños. SSTS (Sala 1ª Ponente XIOI RIOS), de 27 de julio de 2006 [Rec. 4466/1999], de 12 de mayo de 2009 [Rec. 1840/2004] y de 27 de octubre de 2011 [Rec.1423/2008].

una valoración vertebrada del total de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado⁵⁰⁸.

Esa tasación estructurada es fundamental para otorgar una tutela judicial efectiva, pues, aparte que supone expresar las razones por las que se da determinada indemnización total explicando los distintos conceptos y sumando todos los valorados, no deja indefensas a las partes para que puedan impugnar los criterios seguidos en esa fijación, por cuándo conocerán los conceptos computados y en cuánto se han tasado. Una *valoración vertebrada*⁵⁰⁹ requerirá diferenciar la tasación del daño biológico y fisiológico (el daño inferido a la integridad física), de la correspondiente a las consecuencias personales que el mismo conlleva (daño moral) y de la que pertenece al daño patrimonial separando por un lado el daño emergente (los gastos soportados por causa del hechos dañoso) y por otro los derivados del lucro cesante (la pérdida de ingresos y de expectativas)⁵¹⁰. Sólo así se dará cumplida respuesta a los preceptos legales antes citados, como se deriva de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 78/1986, de 13 de junio, donde se apunta que el principio de tutela judicial efectiva requiere que en la sentencia se fijen de forma pormenorizada los daños causados, los fundamentos legales que permiten establecerlos, así como que se razonen los criterios empleados para calcular el "*quantum*" indemnizatorio del hecho juzgado, requisitos que no se habían observado en el caso en ella contemplado, lo que dio lugar a que se otorgara el amparo solicitado.

El sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación que se estableció por la

⁵⁰⁸ CALVO SOTELO, F.J. / IGARTUA MIRO, M.T.: "Responsabilidad civil por accidente de trabajo, orden jurisdiccional competente y extensión de la responsabilidad contractual", *Temas Laborales*, Nº 55, 2000, pág. 253 y ss.

⁵⁰⁹ A este respecto ver, MEDINA CRESPO, M.: "La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada", *Revista de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 40, 2011, pág. 34.

⁵¹⁰ MEDINA CRESPO, M.: "La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada", *Revista de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 40, 2011, pág. 25 y ss.

Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 y que hoy se contiene, como Anexo, en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de Octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, viene siendo aplicado con carácter orientador por muchos Juzgados y Tribunales de lo Social. Pese a las críticas recibidas, el denostado sistema de Baremación presenta, entre otras, las siguientes *ventajas*:

1ª.- Da satisfacción al principio de seguridad jurídica que establece el artículo 9-3 de la Constitución, pues establece un mecanismo de valoración que conduce a resultados muy parecidos en situaciones similares.

2ª.- Facilita la aplicación de un criterio unitario en la fijación de indemnizaciones con el que se da cumplimiento al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

3ª.- Agiliza los pagos de los siniestros y disminuye los conflictos judiciales, pues, al ser previsible el pronunciamiento judicial, se evitarán muchos procesos.

4ª.- Da una respuesta a la valoración de los daños morales que, normalmente, está sujeta al subjetivismo más absoluto⁵¹¹.

La cuantificación del daño corporal y más aún la del moral siempre es difícil y subjetiva, pues las pruebas practicadas en el proceso permiten evidenciar la realidad del daño, pero no evidencian, normalmente, con toda seguridad la equivalencia económica que deba atribuirse al mismo para su completo resarcimiento, actividad que ya requiere la celebración de un juicio de valor. Por ello, la aplicación del Baremo facilita la prueba del daño y su valoración, a la

⁵¹¹ STS, Sala 4ª (Sala General) de 17 de julio de 2007 [Recurso para unificación de doctrina nº 4367/2005]; Vid. LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J.M.: "La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo", *Revista de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 22, 2007, pág. 31 y ss.

par que la fundamentación de la sentencia, pues como señala la Sentencia del T.S. (Sala 2ª) de 13 de febrero de 2004⁵¹², la valoración del daño con arreglo al baremo legal "es una decisión que implícitamente indica la ausencia de prueba sobre los datos que justifiquen mayor cuantía y que, por tanto, no requiere inexcusablemente de una mayor fundamentación. Entendiendo que la exigencia constitucional al respecto se satisface cuando la decisión por su contenido y naturaleza permite conocer las razones que la fundan, aunque estén implícitas o muy lacónicamente expresadas". Y es que, aún admitiendo las dificultades que entraña la elaboración de un sistema de valoración de daños, es lo cierto que, sobre todo cuando se trata de daños morales, goza de mayor legitimidad el sistema fijado por el legislador con carácter general que la valoración efectuada por los órganos jurisdiccionales con evidente riesgo de quiebra de los principios de igualdad y de seguridad jurídica, pues las invocaciones genéricas a la prudencia del juzgador y a la ponderación ecuaníme de las circunstancias del caso que realiza no son garantía de corrección, ni de uniformidad resarcitorias.

La constitucionalidad del sistema de valoración que nos ocupa ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, que de las diversas cuestiones de inconstitucionalidad propuestas, en su Sentencia 181/2000, de 29 de junio, resolvió: que el sistema valorativo del que hablamos es de aplicación obligatoria por los órganos judiciales; que el sistema no atenta contra el derecho a la igualdad o a un trato no discriminatorio; que tampoco atenta contra lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución, ni supone una actuación arbitraria de los poderes públicos y que no constituye un atentado contra la independencia judicial, ni contra el principio de tutela judicial efectiva, para terminar declarando la inconstitucionalidad de la letra B de la Tabla V del baremo, en cuanto al factor corrector por perjuicios económicos de la incapacidad temporal, siempre que concurriera culpa relevante, judicialmente declarada del autor, y que el perjudicado acreditase que los daños y perjuicios económicos habían

⁵¹² Rec. 687/2003, Pte: Puerta Luis

sido mayores que los reconocidos por ese factor corrector. Doctrina que ha reiterado en su Sentencia de 15 de septiembre de 2003. Resueltas esas cuestiones, quedaban las críticas a que el Baremo no valoraba, suficientemente, el llamado lucro cesante, cuestión que ha abordado el T.C. en sus Sentencias 42/2003, de 3 de marzo, y 222/2004, de 29 de noviembre. La doctrina sentada en ellas puede resumirse señalando que la reparación del lucro cesante se canaliza a través de los factores correctores de la Tabla IV del Baremo y que la cantidad indemnizatoria resultante de la aplicación de esos factores correctores no puede tacharse de confiscatoria, mientras el perjudicado no solicite y obtenga el máximo posible de las indemnizaciones complementarias por perjuicios económicos y por incapacidad permanente, según el tramo que corresponda a su situación, y, simultáneamente, demuestre cumplidamente que la suma obtenida no basta para resarcir el lucro cesante que ha sufrido y probado en el proceso.

La función de fijar la indemnización de los daños y perjuicios derivados de accidente laboral y enfermedad profesional es propia de los órganos judiciales de lo social de la instancia, siempre que en el ejercicio de tal función les guíe la íntegra satisfacción del daño a reparar, haciéndolo de una forma vertebrada o estructurada que permita conocer, dadas las circunstancias del caso que se hayan probado, los diferentes daños y perjuicios que se compensan y la cuantía indemnizatoria que se reconoce por cada uno de ellos, razonándose los motivos que justifican esa decisión.

Para realizar tal función, el juzgador puede valerse del sistema de valoración del Anexo a la Ley aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, donde se contiene un Baremo que le ayudará a vertebrar y estructurar el "*quantum*" indemnizatorio por cada concepto, a la par que deja a su prudente arbitrio la determinación del número de puntos a reconocer por cada secuela y la determinación concreta del factor corrector aplicable, dentro del margen señalado en cada caso. Ese uso facilitará, igualmente, la acreditación del daño y su

valoración, sin necesidad de acudir a complicados razonamientos, ya que la fundamentación principal está implícita en el uso de un Baremo aprobado legalmente. Precisamente por ello, si el juzgador decide apartarse del Baremo en algún punto, deberá razonarlo, pues, cuando una tasación se sujeta a determinadas normas no cabe apartarse de ellas, sin razonar los motivos por los que no se siguen íntegramente, porque así lo impone la necesidad de que la sentencia sea congruente con las bases que acepta.

La aplicación del Baremo comportará un trato igualitario de los daños biológicos y psicológicos, así como de los daños morales, pues, salvo prueba en contrario, ese tipo de daños son similares en todas las personas en cuanto a la discapacidad y dolor que comportan en la vida íntima; en las relaciones personales, familiares y sociales (incluidas las actividades deportivas y otras lúdicas). Las diferencias dañosas de un supuesto a otro se darán, principalmente, al valorar la influencia de las secuelas en la capacidad laboral, pero al valorar esa circunstancia y demás que afecten al lucro cesante, será cuando razonadamente el juzgador pueda apartarse del sistema y reconocer una indemnización mayor a la derivada de los factores correctores por perjuicios económicos que establecen las Tablas IV y V del Baremo, ya que, como no es preceptiva la aplicación del Baremo, puede valorarse y reconocerse una indemnización por lucro cesante mayor que la que pudiera derivarse de la estricta aplicación de aquél, siempre que se haya probado su realidad, sin necesidad de hacer uso de la doctrina constitucional sobre la necesidad de que concurra culpa relevante, lo que no quiere decir que no sea preciso un obrar culpable del patrono para que la indemnización se pueda reconocer.

Conviene recordar que en este ámbito jurisdiccional, desde la Sentencia del T.S. de 1 de febrero de 2000 (Sala 4^a)⁵¹³, los efectos jurídicos del accidente laboral se vienen anudando a las normas legales o convencionales vigentes al tiempo de su producción, lo que, unido a lo dispuesto en la regla 3 del punto Primero del Anexo, donde

⁵¹³ Rec. 200/1999, Pte: Desdesntado Bonete

se dispone que, a efectos de la aplicación de las tablas, "la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente", nos obliga a concluir que las normas vigentes al tiempo del accidente son las que determinan el régimen jurídico aplicable para cuantificar la indemnización y determinar el perjuicio, según la edad de la víctima, sus circunstancias personales, su profesión, las secuelas resultantes, la incapacidad reconocida, etc.

El principio valorista obliga a actualizar el importe de la indemnización con arreglo a la pérdida del valor adquisitivo que experimente la moneda, para que el paso del tiempo no redunde en beneficio del causante del daño, pues la inflación devalúa el importe de la indemnización⁵¹⁴. Por ello, si se trata de reparar íntegramente el daño causado, es claro que el importe de la indemnización debe fijarse en atención a la fecha en que se cuantifica el daño, esto es al momento de dictarse la sentencia de instancia que lo reconoce, cuantifica y determina el deber de indemnizar, ya que, cualquier otra solución será contraria a los intereses del perjudicado. En apoyo de esta tesis puede citarse la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa antes citada (números 2 y 3 del principio general I). Fijar en un momento anterior el día en que la indemnización se actualiza lesiona los intereses de la víctima, pues, normalmente, se verá perjudicada por la pérdida de valor de la moneda⁵¹⁵. A partir de la fecha de la sentencia de instancia, el perjudicado conservará el poder adquisitivo mediante el cobro de los intereses por mora procesal del artículo 576 de la L.E.C. y en su caso mediante el cobro de los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro. En el sentido indicado de que es *deuda de valor* se han pronunciado dos Sentencias del TS (Sala 1ª) de 17 de abril de 2007⁵¹⁶, aunque

⁵¹⁴ LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J.M.: "La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo", *Revista de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 22, 2007, pág. 36 y ss.

⁵¹⁵ STS 18 de octubre 2010 [RJ 7812]

⁵¹⁶ Rec. 2908/2001 y Rec. 2598/2002

resuelven que el valor se actualiza a la fecha del alta médica o de constatación definitiva de las secuelas o daño causado⁵¹⁷.

Esta solución es discutible porque en nuestra opinión deben y distinguirse tres fechas: la del hecho causante, aquella en la que se constatan las secuelas y aquella en la que se fija la indemnización⁵¹⁸. Y, si bien la fecha del accidente es la que determina la norma aplicable es cierto que, si se aplica la teoría valorista, como se trata de una deuda de valor, la cuantía del daño debe actualizarse a la fecha de su cuantificación, fecha que coincidirá con la de la sentencia que lo determina, pues en otro caso la pérdida de valor adquisitivo perjudicará al acreedor, resultado contrario al fin perseguido, esto es a la *“restitutio ad integrum”*, solución acorde con lo dispuesto en los principios orientadores de la Resolución 75.7 del Comité de Ministros del C.E. de 14 de marzo de 1975.

Esta estructuración del daño tiene consecuencias jurídicas y prácticas porque el juez debe valorar y cuantificar cada dimensión del mismo, sin que quepa una valoración global. Como bien precisa la STS, Sala 4ª, de 17 de Julio de 2007⁵¹⁹, el juez, en el accidente de trabajo, debe diferenciar y valorar el daño físico, material y moral, y el lucro cesante, atribuyendo a cada uno un valor determinado hasta alcanzar la suma de la indemnización total. De igual manera, la posible compensación de las cuantías estimadas debe hacerse entre elementos homogéneos sin que proceda compensar parte de lo cuantificado por daño emergente con lo calculado por lucro cesante y viceversa o ir compensando daños materiales o con daños morales. La operación judicial necesita de una valoración de cada dimensión del

⁵¹⁷ TASCÓN GONZÁLEZ, R.: “Criterios de determinación de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios en los supuestos de accidente de trabajo”, *XXIII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013, pág. 11 y ss.

⁵¹⁸ GARCÍA DE LA SERRANA, J.: “La responsabilidad civil en los accidentes laborales: la valoración del daño corporal”, *Master en Prevención de Riesgos Laborales*, Granada, 2012, pág. 18 y ss.

⁵¹⁹ En Sala General para unificación de doctrina [Rec. 4367/2005], Pte: López y García de la Serrana.

daño que, sumada y sólo compensada entre conceptos homogéneos, exprese una reparación íntegra y equitativa de la víctima.

La LRJS no recoge expresamente la reparación íntegra del daño en los accidentes de trabajo. Ello se debe, probablemente, a que esta ley no opta por articular una modalidad procesal especial en estas demandas, que se tramitan a través del proceso ordinario, y a que el legislador da por hecho la aplicación de esta regla general deducible de los arts.1101 y ss. en el ámbito del contrato de trabajo con los reseñados criterios jurisprudenciales.

Pese a ello, es interesante constatar que la LRJS recibe la regla general de reparación íntegra en las indemnizaciones derivadas de vulneración de los derechos fundamentales⁵²⁰, lo que incide indirectamente en estas demandas de accidentes de trabajo. El art.183.1 LRJS obliga al juez a “pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización” en función tanto del “daño moral” como de los “daños y perjuicios adicionales derivados”. A su vez, el art.183.2 LRJS declara que el juez se pronunciará sobre “la cuantía del daño determinando prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”. Aunque no sean preceptos directamente aplicables a los accidentes de trabajo, su incorporación en la LRJS refuerza la regla de reparación íntegra del daño emergente, incluyendo el daño moral, y el lucro cesante con los criterios clásicos jurisprudenciales.

⁵²⁰ LAHERA FORTEZA, J.: “Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la ley 36/2011 de Jurisdicción Social”, *Relaciones Laborales*, N° 8, 2012, pág. 33 a 37; GUTIERREZ PERÉZ, M.: “El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la ley 36/2011 de la Jurisdicción Social : garantías del procedimiento y contenido de la sentencia”, *Relaciones Laborales*, N° 8, 2012, pág. 109 a 113.

A los efectos de determinar esta clara reparación íntegra, resulta fundamental ahora el art. 95.4 LRJS que faculta al juez para, “en procesos derivados de accidentes de trabajo, si lo estima procedente”, recabar “Informe de la Inspección de Trabajo y de los organismos públicos competentes en materia de prevención y salud laboral, así como de las entidades e instituciones legamente habilitadas al efecto”. De igual modo, el criterio médico es fundamental, lo que también da importancia a la facultad de parte o judicial atribuida en el art. 93.2 LRJS de “requerir la intervención de un médico forense, en los casos en que sea necesario su informe en función de las circunstancias particulares de cada caso, de la especialidad requerida y de la necesidad de su intervención, a la vista de los reconocimientos e informes que constaren previamente en sus actuaciones”. Los informes médicos y de expertos en prevención de riesgos laborales, solicitados de oficio por el juez, cooperan a, en cada caso, aplicar la regla general de la así también consolidada reparación íntegra del daño causado⁵²¹.

1.2.- Principio de proporcionalidad entre el daño y la reparación

La Sentencia del TS, Sala 4ª de 17 de julio de 2007⁵²², se plantea la cuestión de la *determinación* de la indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo, señalando que con ella se ha de pretender la plena indemnidad del perjudicado, es decir, aplicar el principio de reparación íntegra, guardando proporcionalidad entre el daño y la reparación⁵²³. La indemnización ha de “ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o

⁵²¹ LAHERA FORTEZA, J.: “Cuantificación de la indemnización civil en los accidentes de trabajo tras la Ley de Jurisdicción Social 36/2011”, *op. cit.*, pág. 3 y 4.

⁵²² Rec. 513/06

⁵²³ LÓPEZ GARCIA DE LA SERRANA, J.M.: “La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 22, Julio 2007, pag. 32 y ss

compensar plenamente los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales), que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social. Si bien la reparación no puede exceder del perjuicio sufrido, en cuanto supondría un enriquecimiento injusto del perjudicado, sí que debe tender a cubrirlo en su integridad en la medida en que ello sea posible, evitando también el enriquecimiento injusto de quien causó el daño⁵²⁴.

2.- CRITERIOS PARA SU CUANTIFICACIÓN

2.1.- El baremo de tráfico

Ante la falta de criterios legales orientativos concretos, determinante de la disparidad de criterios en la valoración, no cabe sino admitir la posibilidad de que se utilicen diversos criterios. Entre ellos, se incluye el que en la práctica judicial se viene utilizando, el Baremo establecido por la Ley 30/1995, disp. adic. 8ª, que hoy se contiene en el R.D.Leg 8/2004, por el que se aprueba el TRL sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de los Vehículos a Motor. No cabe duda de que acudir a un sistema de Baremo para la valoración de los daños y perjuicios derivados del accidente laboral evitaría muchos de los problemas propios de la valoración discrecional por el juzgador. La falta de uno específico y adecuado ha motivado esa creciente utilización del baremo de tráfico⁵²⁵. Por supuesto, esta aplicación no se ha entendido vinculante sino orientadora: el baremo es, en general, un mecanismo adecuado de valoración de los daños, pero siempre con carácter orientativo.

⁵²⁴ LLUCH CORELL, F.: "La nueva doctrina establecida en las Sentencias de la Sala 4ª del T.S. de 17 de julio de 2007. La indemnización de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de un accidente de trabajo", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº 3, 2008, págs. 3 y ss.

⁵²⁵ GORELLI HERNANDEZ, J.: "Indemnización de daños y perjuicios por riesgos profesionales: aplicación del baremo de accidentes de tráfico y descuento de prestaciones de Seguridad Social", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº 2, 1 de junio de 2009, pág. 3.

Ahora bien, el TS considera que, de aplicarse el Baremo, han de seguirse sus criterios, de modo que habrá de motivarse especialmente las razones por las cuales se produce distinta valoración pese a seguirse básicamente el Baremo⁵²⁶.

La labor de cuantificación la puede facilitar el sistema de valoración de daños corporales en los accidentes de tráfico, pero si se decide que se sigue dicho sistema hay que razonarlos motivos por los que no se respeta en un punto concreto⁵²⁷.

Dos son las conclusiones que pueden extraerse:

a) la estructura indemnizatoria del Baremo de circulación no es aplicable en su totalidad a las consecuencias derivadas de un accidente de trabajo.

b) cuando el juzgador decida apartarse en algún punto del Baremo, habrá de expresar las razones que le llevan a adoptar tal decisión⁵²⁸. La Sala 4ª del TS ha reconocido las ventajas del Baremo⁵²⁹ porque:

a.- Éste respeta mejor los imperativos de seguridad jurídica y los de igualdad de trato.

b.- También respeta el principio de economía procesal, puesto que puede servir para evitar pleitos al conocerse de antemano la respuesta.

⁵²⁶ SANCHEZ PERÉZ, J.: "Un nuevo modelo de indemnización para los daños derivados del accidente de trabajo", *XXIII Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013, pág. 8 y ss.

⁵²⁷ Sentencia del TS, Sala General de 17 de julio de 2007 [Rec 513/06].

⁵²⁸ CORELL, F. J.: "La nueva doctrina establecida en las Sentencias del TS de 17 de julio de 2007. La indemnización de los daños y perjuicios sufridos con ocasión n accidente de trabajo", op. cit., pag. 4.

⁵²⁹ TS, Sala Social 17 de julio de 2007 [Rec. 4367/05] Pte: Lopez y Garcia de la Serrana y 30 de enero de 2008 [REc. 2543/2006]Pte: Gil Suarez.

c.- Permite la concreción de los daños morales, de muy difícil fijación dado que no responden a parámetros objetivos sino puramente valorativos o estimativos. Pero el sistema del Baremo no ha estado exento de críticas, ni siquiera en el propio ámbito para el que se elaboró. Baste recordar que ha sido objeto del planteamiento de algunas cuestiones de Inconstitucionalidad (T.C. 181/2000, de 29 de junio). En particular, se ha puesto en duda que la fijación de unos topes máximos, vinculantes en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor, incida en el principio de igualdad respecto de víctimas con daños análogos ocasionados por responsabilidad nacidas en otra órbita, lo que ocurrirá en el campo del accidente de trabajo. También se ha denunciado que el sistema tasado de indemnización, al eliminar el arbitrio judicial, haga superfluo el deber de motivación del juez, con afectación, por tanto, del derecho de tutela judicial⁵³⁰.

2.2.- Momento en que ha de fijarse el baremo vigente a aplicar

En este sentido, partiendo de la distinción entre las tesis propias de las deudas nominalistas y las típicas las deudas de valor, de modo que unas optan por cuantificar en la fecha del accidente y las otras en el momento cuantificador, parece claro que sólo puede conseguirse el objetivo de la reparación íntegra con esta segunda, pues sólo si se indemniza con el valor actual del daño se evitaría el efecto de la inflación. Dado que las cuantías del baremo se actualizan anualmente, las sentencias comentadas sientan el criterio de que son las vigentes al tiempo de dictarse la sentencia, las que deben tomarse en consideración para fijar el valor del punto, dado que no estamos ante

⁵³⁰ HURTADO ADRIÁN, A.L.: "Dificultades para la aplicación del sistema de Seguro en la Circulación legal de daños a las personas de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (Ley 30/1995, de 8 de noviembre)", *Revista Jueces para la Democracia*, Nº 27, 1996, pag. 69 y ss.

una deuda nominal sino de valor, deuda de valor en la que la fecha del accidente determina la norma a aplicar y el valor se actualiza a la fecha de la sentencia que cuantifica el daño.

En el ámbito laboral, la normativa aplicable ha de ser siempre la vigente en el momento de producirse el accidente. Ahora bien, esta fecha no tiene por qué ser la fecha de cuantificación (TS Sala Civil, de 17 de abril de 2007⁵³¹, al señalar que la deuda de valor se materializa al tiempo del alta médica con secuelas, es decir, el valor punto será calculado conforme a los valores actualizados vigentes al tiempo del alta médica). Sin embargo, las sentencias de la Sala 4ª, entienden que debe ser de aplicación el valor punto vigente al momento de efectuar la cuantificación (TS de 17 de julio de 2007⁵³²). Por lo tanto, mientras que la Sala de lo Civil ha rectificado su criterio para acompasarse a la Sala de lo Social, ésta ha modificado el suyo, recogiendo de modo radical el principio valorista: ha de atenderse al momento de dictarse la sentencia de instancia que reconoce, cuantifica y determina el deber de indemnización.

Como quiera que entre este momento y el cobro efectivo puede pasar mucho tiempo, es necesario habilitar otro mecanismo para garantizar que la protección es la más adecuada al momento de cobro efectivo. Por eso, para poder garantizar el poder adquisitivo del trabajador víctima en todo momento, cabe acudir a la aplicación de la regla de los intereses de demora procesal de la LEC art. 576, o mediante los intereses que se prevén en la Ley Contrato de Seguro art. 20. Una cuestión esta última que también ha sido objeto de una intensa polémica, resolviéndose en el ámbito laboral recientemente a través de diferentes pronunciamientos, modificando uno al otro.

Por el contrario, serán las normas vigentes al tiempo del accidente, las que determinen el régimen jurídico aplicable para fijar

⁵³¹ Rec. 2908/2001, Pte: Roca Frias.

⁵³² Rec. 513/06, Pte: Castro Fernández y Rec. 4367/05, Pte: López y Garcia de la Serrana.

el perjuicio según la edad de la víctima, sus circunstancias personales, su profesión, las secuelas resultantes, la incapacidad reconocida, etc.

2.3.- Intereses

Antes de entrar en el estudio del pago de los intereses, es preciso determinar si la indemnización se trata de una deuda nominal o de valor, esto es si el daño se debe cuantificar al tiempo del accidente (teoría nominalista) o al tiempo de su cuantificación (teoría valorista).

La doctrina se ha inclinado por considerar que estamos ante una deuda de valor porque el nominalismo impide la "*restitutio in integrum*", porque la completa satisfacción del daño requiere indemnizar con el valor actual del mismo y no dar una cantidad que se ha ido depreciando con el paso del tiempo, pues no se trata de obligar a pagar más, sino de evitar que la inflación conlleve que se pague menos⁵³³. El *principio valorista* es acogido, a estos efectos, por el artículo 141.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, donde se establece que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que se produjo la lesión, sin perjuicio de su actualización con arreglo al índice de precios al consumo a la fecha en que se ponga fin al procedimiento⁵³⁴. Y es recomendado como rector por el Principio General 1 del Anexo a la Resolución (75.7) del Comité de Ministros del CE, de 14 de marzo de 1975. También lo ha acogido la jurisprudencia, siendo de citar en este sentido las Sentencias del TS Sala 4ª de fecha 5 de octubre de 2012⁵³⁵, de 1 de diciembre de 2010⁵³⁶, y de 18 de noviembre de 2010⁵³⁷, entre

⁵³³ CALVO GALLEGO, F.J. / IGARATUA MIRO. M.T.: "Responsabilidad civil por accidente de trabajo, orden jurisdiccional competente y extensión de la responsabilidad contractual", *Temas Laborales*, Nº 55, 2000, pág. 253 y ss.

⁵³⁴ REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M.: en AA.VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014 pág. 1758 y ss.

⁵³⁵ [Recurso nº 1400/2011]

⁵³⁶ [Recurso nº 1387/10]

otras.⁵³⁸

Por ello, en estos casos deberá actualizarse la indemnización con arreglo al valor del punto que exista al tiempo de cuantificar la misma⁵³⁹

La Sala 4ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de enero de 2008⁵⁴⁰ establece novedad, la cual consiste en que, sin abandonar la idea de que se trata de una *deuda de valor*, se estima que la íntegra satisfacción del perjudicado se logra condenando al pago de los intereses por mora del artículo 1108 del Código Civil, desde el día en que el deudor reclamó la indemnización al causante del daño. En esa sentencia se afirma que el objetivo de esta directriz puede ser logrado con una interpretación menos restrictiva de los obligados intereses moratorios, de manera que con ello pueda alcanzarse una solución satisfactoria para los intereses del acreedor en todos los supuestos; flexibilidad hermenéutica de que hace gala la más reciente jurisprudencia civil en tomo a la regla "*in illiquidis non fit mora*" que se deriva de los arts. 1100, 1101 y 1108 CC. Esta postura, si bien ha de constituir regla general de aplicación, no obsta a que en supuestos excepcionales sea factible acudir al mecanismo de la actualización, en el sentido de que ambos sistemas -intereses/actualización- son de imposible utilización simultánea.

Tal pronunciamiento se justifica porque el axioma "*in illiquidis non fit mora*" es un principio que viene siendo atenuado por la jurisprudencia más reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

⁵³⁷ [Recurso nº 2381/2010],

⁵³⁸ Véase también Sentencias del T. S. Sala 1ª de 21 de enero 1978, 22 de abril de 1980, 19 de julio de 1982, 19 de octubre de 1.996 y de 25 de mayo y 21 de noviembre de 1.998, entre otras, como las dictadas por la Sala II de este Tribunal el 20 de enero de 1976, el 22 de febrero de 1982, el 8 de julio de 1986 y el 14 de marzo de 1991.

⁵³⁹ Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L.: "Determinación de la cuantía de las indemnizaciones por accidente de trabajo, *Revista de Derecho Social*, Nº 35 , 2007, págs. 147 y ss.

⁵⁴⁰ Rec. 414/07.

En palabras de la Sentencia de fecha 19 de febrero de 2004⁵⁴¹, la máxima de que tratamos “*in illiquidis no fit mora*”, es un principio que ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la relativamente reciente doctrina jurisprudencia de esta Sala al introducir importantes matizaciones en su aplicación, las que, en último término, se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente *declarativo*, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aún cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial. Añadiendo que el interés de demora “no trata de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial (STC 114/1992, de 14 de Septiembre⁵⁴²), sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda⁵⁴³.”

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 30 de enero de 2008⁵⁴⁴ establece que el objetivo de resarcir íntegramente al perjudicado requiere guiarse por la teoría valorista, pero que tal logro puede conseguirse bien concediendo los intereses legales por demora, desde la interpelación al deudor, bien actualizando el importe de la indemnización con el índice de precios al consumo. Soluciones incompatibles por lo que habrá de utilizarse una u otra, aunque parece que la regla general será el uso de la primera.

⁵⁴¹ Rec. 941/98: Con reproducción de su precedente de 1 de diciembre de 1997, y cita de las sentencias de 24 de mayo de 1994, de 21 de marzo de 1994, de 18 de febrero 1994 y de 5 de marzo de 1992.

⁵⁴² Rec. 598/1991; 2007/1991; 1409/1989, Pte: Rodríguez Bereijo.

⁵⁴³ STC 206/1993, de 22 de Junio; SSTS 18 de febrero de 1998 [Rec 3231/93]; y de 9 de marzo de 1999 [Rec. 2615/94].

⁵⁴⁴ Rec. 414/2007

Importa señalar que el recurso de casación en unificación de doctrina es un recurso extraordinario, que se da por los motivos que instrumenten las partes, siempre que además existan sentencias que resuelvan de forma distinta una cuestión sustancialmente idéntica en los términos del artículo 219 de la Ley de la Jurisdicción Social, lo que hace preciso unificar esas doctrinas contrapuestas. Ello supone una delimitación de las cuestiones que puede abordar el Tribunal y de los términos en los que puede hacerlo, lo que constriñe el estudio y solución de las diferentes cuestiones, para no incurrir en incongruencia dando más de lo pedido o cosa diferente. Esta es la razón por la que la sentencia de 30 de enero de 2008⁵⁴⁵ se aparta de la solución dada por la sentencia de 17 de julio de 2007⁵⁴⁶, dictada en un supuesto idéntico, pues la indemnización se reconoce y cuantifica por primera vez por el Tribunal Supremo, lo que supone que las peticiones de las partes determinen, si se quiere lograr la completa reparación del daño causado, que el Tribunal deba utilizar los instrumentos que le proponen las partes, sea la condena al pago de intereses de mora, sea la actualización de la indemnización reclamada con la aplicación del índice de precios al consumo. Por otro lado, aunque en el mismo sentido, obsérvese que en las sentencias de 17 de julio de 2007 la cuestión relativa al abono de intereses o no se abordó [caso del Recurso 513/06⁵⁴⁷] o se hizo [caso del Recurso 4367/05] en los términos que habían propuesto las partes: el pago de intereses por mora procesal desde el dictado de la sentencia de instancia, sin que se plantease la cuestión de si los intereses por mora del deudor o de la aseguradora se adeudaban desde una fecha anterior y si en ella se aludió al principio "*in illiquidis non fit mora*" fue con valor de "*obiter dicta*".

Sentado lo anterior, en nuestra opinión, aunque la sentencia acierta en la solución porque, dado lo pedido, el reconocimiento de los

⁵⁴⁵ Rec. 414/2007, Pte: Castro Fernández.

⁵⁴⁶ Rec. 4367/2005, Pte: López y García de la Serrana.

⁵⁴⁷ Pte: Castro Fernández.

intereses por demora desde la primera reclamación suponía estimar la demanda, no consigue el objetivo de lograr la más completa reparación del daño causado. Si, como se indicó al principio, la cuantía de la indemnización debe cubrir la totalidad de los perjuicios causados hasta la completa indemnidad, es claro que ello no se ha conseguido.

Por un lado, no se actualiza el valor del dinero a la fecha del accidente, lo que supone una merma para el perjudicado que cobra con moneda devaluada, al haber perdido poder adquisitivo. Por el otro, otorgar a los intereses de demora el carácter de complemento monetario que sirve para actualizar la indemnización y dar satisfacción a la teoría valorista no parece la solución mas adecuada: se olvida que en los últimos años el tipo de interés ha estado por debajo del índice de precios al consumo, lo que impide que puedan jugar ese papel estabilizador los intereses. Además, aunque así no fuera, como se verá más adelante, el pago de intereses tiene otra finalidad y si los intereses legales superan en algún punto al coste de la inflación no es porque incluyan o contemplen el importe de esta, sino porque en otro caso no serán rentables, aparte que evitar la mora requiere penalizar al moroso.

Cuando se trata de resarcir el daño causado por un hecho dañoso, el monto de la indemnización para lograr un resarcimiento total debe fijarse, primero, en función del valor del daño causado, crédito principal cuyo valor, fijado al tiempo de acaecer el daño, debe actualizarse con arreglo a la teoría valorista en el momento en que se hace tal tasación, para evitar el pago con moneda devaluada. Pero al imponer así fijado, deben adicionársele los intereses de ese capital que el perjudicado habría percibido de haber cobrado en un primer momento, pues en otro caso será el deudor quien se apropie de ese beneficio. Si, como afirman las sentencias que se han transcrito parcialmente antes, hay que devolver *la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses*, resulta que la íntegra reparación del daño causado requiere pagar el importe del daño ocasionado más los intereses que

de ese importe haya cobrado o podido cobrar el deudor hasta el momento que se fija. Estos intereses tienen, a nuestro modo de ver, el carácter de lucro cesante que se debe reparar necesariamente, sea por separado, sea incluyéndolos como tales en la tasación, estructurada por los distintos conceptos, cual requiere el principio constitucional de tutela judicial efectiva. A partir de ese momento se devengarán los intereses por mora. Hay que distinguir pues, el pago de los intereses que compensan por la pérdida de frutos o de la rentabilidad del dinero de los intereses por demora, para comprender que la teoría valorista requiere siempre que se actualice el importe del crédito al tiempo más próximo a su pago y que, además, se paguen los intereses correspondientes a ese capital, caso de que no hayan sido tenidos en cuenta para fijarlo.

Consecuentemente, no se puede atribuir a los intereses por demora el carácter de complemento actualizador del valor de la moneda que les da la sentencia comentada. Los intereses por demora, aparte de requerir la mora del deudor, tienen una finalidad distinta, cual es sancionar la mora, evitar que el deudor se beneficie con su tardanza y evitar que el perjudicado pierda los beneficios que habría obtenido de cobrar antes (lucro cesante). Creemos que su fin no es el de conservar el valor de la moneda, como, al tratar de los intereses por mora procesal, ha entendido el Tribunal Constitucional⁵⁴⁸ al declarar: "No se trata, por ello, de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial, sino de indemnizar al acreedor impagado del lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda". Sentencia en la que, al hablar de los intereses de demora, también, se afirma que "el Código Civil les dota de una función indemnizatoria de los daños y perjuicios que pueden ser imputables a la demora en el cumplimiento de una prestación obligacional"⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ Sent. 206/1993, de 22 de junio.

⁵⁴⁹ En este sentido pueden citarse, igualmente, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1998 [Rec. 323/1993] Pte: O'Callaghan Muñoz; de 9 de marzo de 1999 [Rec. 2615/94] Pte: O'Callaghan Muñoz y de 12 de febrero de 2004 [Rec. 526/1998] Pte: Sierra Gil de la Cuesta.

Se puede concluir, a la vista de esa doctrina, que el pago de los intereses de demora no persigue actualizar el valor del crédito, sino indemnizar al acreedor por el lucro cesante que sufre al no disponer del metálico y a la para sancionar al deudor por la demora y es que, a nuestro modo de ver, se trata de dos instrumentos que, aunque persiguen el mismo fin, el íntegro resarcimiento del daño causado, responden a objetivos diferentes.

Con la actualización de la indemnización con el índice de precios al consumo se busca que la primera conserve su valor, que la inflación no deprecie su importe en perjuicio del acreedor que pierde poder adquisitivo, esto es, no se trata de que cobre más, sino de que perciba un valor equivalente al que perdió, lo que evitará que el deudor se beneficie pagando un nominal que no conserva el valor que tenía. Con el pago de intereses se persigue compensar al acreedor por el lucro cesante, por el perjuicio que le supone no disfrutar del metálico (gastarlo, invertirlo en la compra de bienes o percibir intereses por él).

Visto el papel resarcitorio que juegan los intereses habría que distinguir entre *intereses* e *intereses por demora*. Los primeros serían los debidos desde el día en que se causó el daño para compensar por la pérdida del lucro cesante que supone no haber cobrado la indemnización ese día. Los segundos se deberían desde el día en que se calcula el importe de la indemnización y se actualiza la deuda y una modalidad de ellos serían los intereses por mora procesal del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los intereses se deben porque forman parte de la indemnización, del lucro cesante que ocasiona el daño, al no ser reparado en el acto. Si la indemnización se vertebra por conceptos, una partida de ellos pueden ser los intereses devengados hasta la fecha en que se calcula la indemnización, momento a partir del que, actualizada la indemnización, se devengarán los intereses por mora, procesal o no,

ya que, insistimos, los intereses antes no se deben por la mora sino porque el íntegro resarcimiento de los daños y perjuicios requiere devolver la cosa con sus frutos y el precio (la indemnización) con sus intereses.

También sería aceptable calcular la indemnización al día del accidente, actualizarla y sumarle los intereses devengados desde el día del siniestro, pero en este caso creemos que el cálculo de los intereses debería hacerse antes de actualizar el capital. Si con arreglo a la teoría valorista la indemnización debe cuantificarse al momento más próximo a su pago, momento que coincidirá con el de la tasación que haga el perjudicado al reclamar al deudor o con el del dictado de la sentencia que reconoce la indemnización por primera vez, solución que dieron las sentencias del Tribunal Supremo (4^a) de 17 de julio de 2007 y que nos parece más correcta, los intereses por mora del art. 1108 del CC se adeudarán solo en el caso de que la valoración del daño se haga al tiempo de interpelar al perjudicado al deudor, pues, en otro caso se adeudarán los intereses por mora procesal y los que resarcen el lucro cesante producido hasta el día de la valoración.

Cabe insistir en que los intereses por mora del artículo 1108 del CC no responden al fin de actualizar el valor nominal de la deuda, sino al de resarcir el lucro cesante que causa el retraso en pagarla, cual señaló el Tribunal Constitucional en su Sentencia 206/1993, en la que, igualmente, se dice que el interés por demora y los recargos por el mismo se establecen "más bien para encarecer la tardanza en el pago frente a las maniobras especulativas, en función de los distintos tipos de interés en el mercado como medio indirecto de financiación del moroso", produciéndose la coexistencia de un tipo porcentual con finalidad indemnizatoria "el interés legal del dinero" y otra disuasoria "el recargo".

Este carácter disuasorio, incluso sancionador, que tienen los intereses por mora, especialmente los establecidos para la mora procesal, debe pesar para no estimar que con ellos se trata de

compensar por la pérdida de valor adquisitivo. Lo dicho, es igualmente aplicable a los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro que la norma establece con una finalidad distinta de la de actualizar el valor de la deuda. Primero se establece el pago del interés legal que compensa los daños y perjuicios que ocasiona la mora y luego un recargo coercitivo que incentiva el pago, el cumplimiento por la aseguradora de sus obligaciones y la sanciona para que no obtenga ningún lucro de su actividad dilatoria.

Así lo evidencia el que el asegurador pueda eludir el pago de estos intereses moratorios cuando ofrece o paga la indemnización mínima que debe o cuando la demora está justificada, dato que manifiesta el carácter punitivo de unos intereses que la ley impone a la compañía que aseguró el riesgo y no al causante del daño. El que estos intereses sólo jueguen con respecto a la compañía aseguradora en su relación con el perjudicado, pero no en la relación entre éste y el causante del daño, pone de relieve que los mismos no tienen por fin compensar por la pérdida de valor que provoca la inflación, sino proteger al asegurado y sancionar a quien teniendo pendiente el pago de muchos siniestros lo demora para obtener ilícitamente una liquidez y unos beneficios que en otro caso no conseguiría.

La Sentencia del TS de 30 Junio 2010⁵⁵⁰, mantiene esta línea judicial, la cual considera a la indemnización debida al trabajador por siniestralidad laboral una deuda de valor, con lo cual el régimen jurídico para secuelas y puntos lo determina la fecha del accidente, aunque los puntos y criterios valorativos en la fijación y actualización de los importes fijados en el baremo de accidentes de tránsito son los de la fecha de consolidación de las lesiones (alta médica); ahora bien, para la sentencia, haciendo uso de la doctrina vertida en la de 30 de enero de 2008, para dicha actualización también procede el reconocimiento de los intereses moratorios de los arts. 1101 y 1108 CC a favor de los trabajadores desde la interpelación judicial. En consecuencia, la Sentencia de 30 de junio de 2010 acaba resolviendo

⁵⁵⁰ Rec. 4123/2008

que sobre la total cantidad indemnizatoria ha de aplicarse el interés legal moratorio desde su "*devengo en la fecha de consolidación de las secuelas y hasta el presente*".

La STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2012⁵⁵¹, concreta esta aplicación del interés legal moratorio ciñéndolo al momento a partir del cual se generan, y en este sentido, advierte que si, por ejemplo, la sentencia fija la indemnización estrictamente por el Baremo vigente en el momento de dictarse sentencia o de interponer la demanda, aquellos intereses moratorios derivados del art. 1101 CC se calcularán desde el momento de interponer la solicitud de conciliación, mientras que si se aplican los del momento del accidente o de la consolidación de las lesiones -alta médica o declaración de incapacidad- tendrá que ser dicho momento al que se retrotraigan los intereses. En todo caso, a partir de la resolución de la sentencia proceden también los oportunos intereses procesales derivados del art. 576 LEC.

El debate se produce respecto de los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro que regula los intereses moratorios de la entidad aseguradora⁵⁵². Conforme a la doctrina derivada de la jurisdicción civil, la imposición de estos intereses moratorios tiene un carácter sancionatorio, para evitar que se utilice el proceso como maniobra dilatoria para retrasar el cumplimiento de la obligación correspondiente. De dicha indemnización por mora, la aseguradora sólo podrá exonerarse cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable (art. 8 LCS).

La Sentencia del TS de 30 Junio 2010⁵⁵³ entra a valorar también el abono de los intereses previstos en el art. 20 LCS, y entiende que no ha lugar al abono cuando el retraso en el pago por parte de la

⁵⁵¹ Rec. 8194/2011, Pte: Falguera Baró.

⁵⁵² REGLERO CAMPOS, L.F./ BUSTO LAGO, J.M. (coordinadores) en AA.VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 1522 y ss.

⁵⁵³ Rec. 4123/2008, Pte: Castro Fernández.

aseguradora estaba fundada en situaciones discutibles, como la determinación de la entidad aseguradora responsable, la fecha del hecho causante o la cuantía de la indemnización.

Conforme lo que acabamos de exponer, la exoneración del pago de la indemnización por mora sería un concepto amplio, sobre todo a tenor de la última de las causas citadas (la determinación de la cuantía), si bien la Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 23 de abril de 2009, aporta un test para determinar si existe o no una cláusula de exclusión de la indemnización por mora consistente en comprobar si además de haber sido necesario acudir al juzgador para la determinación de la causa, culposa o no, de la producción del siniestro, sea necesaria su decisión para la fijación de la cantidad exacta de la cantidad ante las discrepancias de las partes. En todo caso, consideramos que en el ámbito laboral, en este específico punto del ámbito laboral, también se debe traer a colación la relativización vista anteriormente del *principio in iliquidis non fit mora* cuando del supuesto o caso sometido a juicio no derivase dificultad para proceder a la determinación de la indemnización⁵⁵⁴.

Por tanto, al margen de los supuestos de exoneración, que hacen que la determinación del pago de la indemnización por mora sea una cuestión casuística, el asegurador si podría tener que asumir estos intereses moratorios. Entendemos que, pese a su adjetivación como sancionatorio, la inclusión de este pago en la indemnización final implicaría la asunción en el régimen resarcitorio por daños en el ámbito laboral de una perspectiva preventiva así como en la completa compensación de los daños sufridos por el trabajador; en todo caso, a tenor de la sentencia vista, los motivos para evitar su pago son ciertamente amplios, más aún con el sistema de fijación de la

⁵⁵⁴ TASCON LÓPEZ, R.: "Criterios de determinación de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios en los supuestos de accidentes de trabajo", *op. cit.*, pág. 12 y ss.

indemnización a través del baremo⁵⁵⁵.

Con relación a las mejoras pactadas en convenio para los supuestos de incapacidad permanente, una vez declaradas esta, nace la obligación de abonar la mejora con independencia de la responsabilidad empresarial, por lo que en caso de no pagarse surge la obligación de abonar los intereses del art. 20 de LCS desde el día en que se comunico el siniestro⁵⁵⁶.

V.- COMPATIBILIDAD ENTRE LAS DIFERENTES INDEMNIZACIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, la mayoría de la doctrina es partidaria de la llamada "*compensatio lucrum cum damno*"⁵⁵⁷, compensación derivada del principio jurídico, amparado en el artículo 1.4 del Código Civil, de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto. La regla general sería, pues, el cómputo de

⁵⁵⁵En este sentido CAMAS RODA, F.: "La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo", *XXIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* Girona, 2013, pág. 48 y ss.

⁵⁵⁶ LLUCH CORELL, F.J. : "La nueva doctrina establecida en las SS de la Sala 4ª de TS de 17 de julio de 2007. La indemnización de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de un accidente de trabajo", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº 3 , pag. 4

⁵⁵⁷ Entre los que cabe citar LÓPEZ GARCIA DE LA SERRANA, J.M.: "La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 22, Julio 2007, pág. 32 y ss

todos los cobros derivados del mismo hecho dañoso, mientras que la acumulación de indemnizaciones sólo se aceptaría cuando las mismas son ajenas al hecho que ha provocado el daño, pues la regla de la compensación es una manifestación del principio que veda el enriquecimiento injusto. Así lo entendió ya el T.S. (Sala 1ª) en su Sentencia de 15 de diciembre de 1981⁵⁵⁸, donde se afirmaba... "el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de haber obtenido alguna ventaja, ésta habrá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento (*compensatio lucri cum damno*), siempre, por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja, según la opinión de autorizada doctrina, lo cual, en definitiva, no es más que la aplicación del tradicional y siempre vigente principio del enriquecimiento injusto".

Cabe que el perjudicado ejercite todas las acciones que le reconozca la Ley para obtener el resarcimiento total de los daños sufridos, pero que esta acumulación de acciones no puede llevar a acumular las distintas indemnizaciones hasta el punto de que la suma de ellas supere el importe del daño total sufrido, ya que, la finalidad de las diversas indemnizaciones es "reparar" y no "enriquecer".

El principio comentado de la "*compensatio lucri cum damno*" ha sido aceptado por la Sala (4ª) del TS⁵⁵⁹ afirmando que, como el daño a reparar es único, las diferentes reclamaciones para resarcirse del mismo que pueda ejercitar el perjudicado, aunque compatibles, no son independientes, sino complementarias y computables todas para establecer la cuantía total de la indemnización. De tal solución sólo se han apartado con respecto al recargo de las prestaciones por falta de medidas de seguridad las Sentencias de 2 de octubre de

⁵⁵⁸ Rec. 482/1981, Pte: Vega Benayas

⁵⁵⁹ Entre otras, cabe citar las Sentencias del TS 30 de septiembre de 1997 [Rec. 22/97], 2 de febrero de 1998 [Rec. 124/97], 2 de octubre de 2000 [Rec. 2393/99], 10 de diciembre de 1998 [Rec. 4078/97], 17 de febrero de 1999 [Rec. 2085/98], 3 de junio de 2003 [Rec. 3129/02] y 9 de febrero de 2005 [Rec. 5398/03], 1 de junio de 2005 [Rec. 1613/04] y 24 de abril de 2006 [Rec. 318/05].

2000⁵⁶⁰ y 14 de febrero de 2001⁵⁶¹, entre otras, en las que se ha entendido que, dado el carácter sancionador del recargo, ya que con el se pretende impulsar coercitivamente el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, procede su acumulación a la indemnización total, pues, al estarse ante un daño punitivo, el legislador quiere que el perjudicado perciba una indemnización mayor por cuenta del causante del daño.

Los artículos 1101 y 1106 del Código Civil nos muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real⁵⁶². Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación. Y así con los demás conceptos, por cuánto se deriva del artículo del artículo 1172 del Código Civil que el pago imputado a

⁵⁶⁰ Rec. 2393/1999, Pte: Salinas Molina.

⁵⁶¹ Rec. 130/2000, Pte: Fuentes López.

⁵⁶² “ A la hora de fijar la indemnización , dentro de las evidentes dificultades para fijar una cuantía..., ha de tenerse en cuenta la naturaleza de los hechos , el grado de culpabilidad, la dependencia económica, las sumas ya percibidas (conceptos de pension, recargo, mejoras voluntarias pactadas) y otros criterios que puedan servir de referencia ...” STS de 2 de febrero de 1998 [R] 3250]. En sentido similar, SSTS de 2 de octubre de 2000 [R] 9673] ; 14 de febrero de 2001 [R] 2521] o 9 de octubre de 2001 [R] 9595].

la pérdida de la capacidad de ganancia no puede compensarse con la deuda derivada de otros conceptos, máxime cuando la cuantía e imputación de aquél pago las marca la Ley, pues no son deudas de la misma especie⁵⁶³.

Por tanto, lo correcto será que la compensación, practicada para evitar enriquecimiento injusto del perjudicado, se efectúe por el juzgador, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, de forma que el descuento por lo ya abonado opere, solamente, sobre los conceptos a los que se imputaron los pagos previos. La compensación parece que será más compleja cuando la cuantía de la indemnización se haya fijado atendiendo, con carácter orientador, al sistema para la valoración de los daños y los perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que se contiene en el Anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, pero la dificultad dicha es más aparente que real.

La percepción de estas prestaciones legales no impide que se puedan obtener otras indemnizaciones. Así, si un trabajador es atropellado camino del trabajo por un vehículo de motor, la Seguridad Social considera el hecho como accidente de trabajo (art. 115.2.a LGSS), y tendrá derecho a la suma correspondiente⁵⁶⁴. Pero, además, la víctima podrá obtener la indemnización del causante del daño o de

⁵⁶³ LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J.M.: "La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo", *op. cit.*, pág. 31 a 40.

⁵⁶⁴ Lo mismo si se trata de accidente sufrido en el desempeño de cargos electivos (art. 115.2 b) o de tareas ejecutadas en cumplimiento de órdenes del empresario o espontáneamente en interés de la empresa (art. 115.2 c) o en actos de salvamento (art. 115.2 d), o de enfermedades contraídas con motivo de la realización de su trabajo (art. 115.2 e), contraídas anteriormente pero que se agraven por consecuencia del accidente laboral (art. 115.2 f) o que sean consecuencia del proceso patológico determinado por el accidente (art. 115.2 g). Una descripción del concepto de accidente de trabajo en ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 55 y ss.

la compañía aseguradora de éste. Y lo mismo diremos si el accidente de trabajo se sufre como consecuencia de la falta de medidas de seguridad del propio empresario. Una cosa es, pues, la responsabilidad *laboral*, que obliga al empresario a través de la Seguridad Social, y cuya suma se obtiene por el mero hecho de ser quien la solicita un *trabajador accidentado* (por causa propia, del empresario o de un tercero), y otra bien distinta la responsabilidad *civil*, que obliga al causante del daño (ya sea, el empresario o un tercero) a repararlo, y para cuya exigencia hay que demostrar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad. En un caso el título legitimador es la condición de trabajador; en el otro, la condición de víctima. La circunstancia de haberse obtenido con cargo al sistema público de aseguramiento social una determinada suma no excluye, pues, la posibilidad de obtener la indemnización que corresponda al amparo de las normas civiles, como reiteradamente ha dictaminado la jurisprudencia ⁵⁶⁵.

El problema consiste en determinar hasta dónde llega esa compatibilidad, pues de entrada adelanto que el que exista una concurrencia de indemnizaciones complementarias basada en la inicial diversidad de la causa de pedir no puede determinar que se obtenga una duplicidad reparadora, pero tampoco que se compense

⁵⁶⁵ En el caso de que el empresario haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta y cotización, el pago no correrá a cargo de las entidades gestoras, sino del propio empleador, como se deduce de los arts. 96 y 104.3 L.G.S.S. Este último precepto concluye: “sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan”. La responsabilidad penal se establece en el art. 307 C.Penal, y de la administrativa se ocupan los arts. 22.5 y 40 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. La jurisprudencia social viene distinguiendo los incumplimientos transitorios, ocasionales o involuntarios, de los definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotizar, y sólo aplica la responsabilidad directa del empresario (y subsidiaria del INSS) en los segundos. Ver las SSTs (Sala 4ª), 13 noviembre 2000 [Rec. 4380/1999] Pte: Salinas Molina; de 15 diciembre 2000 [Rec. 2014/2000] Pte: Botana López; de 16 enero 2001 [Rec. 4043/1999] Pte: Garcia Sanchez; 5 febrero 2001 [Rec. 2121/2000] Pte: Martinez Garrido; de 12 febrero 2001 [Rec. 131/2000] Pte: Martinez Garrido; 22 febrero 2001 [Rec. 3033/2000] Pte: Fuentes López; de 5 marzo 2001 [Rec.4606/1999] Pte: Iglesias Cabero.

directamente una indemnización con otra, pues debemos estar al concepto que se resarce para compensar conceptos homogéneos, es decir, y como ejemplo no se puede compensar una indemnización por daño moral con otra recibida en concepto de daño patrimonial.

La Sala de lo Social TS utiliza la regla de la compatibilidad relativa de las diferentes partidas⁵⁶⁶, en aras de la satisfacción de los referidos principios de proporcionalidad y prohibición del enriquecimiento injusto, por lo que los importes homogéneos recibidos por diferentes vías exigen coordinarse entre ellos mediante la técnica del descuento⁵⁶⁷: a un mismo hecho, el accidente, y a un mismo daño a indemnizar, le correspondería también una misma reparación, aunque se concrete a través de diferentes cuantías procedentes de las distintas acciones emprendidas.

En la Sentencia del TS, Sala Social, de fecha 17 de febrero de 1999⁵⁶⁸, se admite sin duda alguna que, para la determinación de la indemnización de daños y perjuicios correspondiente al trabajador, a consecuencia del accidente de trabajo, “deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de Seguridad Social, en especial cuando se deba determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del accidentado”. Este criterio se mantuvo de forma unánime, aun cuando en muchas ocasiones se haya aplicado una compensación global o indiscriminada⁵⁶⁹. Esa *compensación global* puede provocar, en la práctica, la negación del derecho a lucrar importe alguno en concepto de indemnización, debido a que, al

⁵⁶⁶ JESUS LAHERA FORTEZA: “Cuantificación de la indemnización civil en los accidentes de trabajo tras la Ley de Jurisdicción Social 36/2011, XIII Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Girona, 2013, págs. 7.

⁵⁶⁷ TS, Sala social 17 de julio de 2007 [Rec. 513/06], Pte: Castro Fernández y [Rec. 4367/05], Pte: López y García de la Serrana; de 3 de octubre de 2007 [Rec. 2451/2006] Pte: Calvo Ibarlucea; de 30 de enero de 2008 [Rec. 414/2007] Pte: Castro Fernandez.

⁵⁶⁸ Rec. 2085/98

⁵⁶⁹ Así en TS, Sala social 3 de junio de 2003, [Rec. 3129/02]; 9 de febrero de 2005, [Rec. 5398/03]; y de 1 de junio de 2005 [Rec1613/04].

deducir de la cantidad globalmente reclamada el importe correspondiente a prestaciones de Seguridad Social, el resultado pueda ser cero o, incluso, favorable a la empresa, lo que ocurre en los supuestos en que el importe correspondiente a prestaciones de Seguridad Social es superior a lo reclamado como indemnización civil adicional.

Pero las últimas sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo han ido introduciendo importantes *novedades*. Esta nueva línea jurisprudencial sostiene que la deducción de la cuantía de la indemnización de lo percibido como prestación de Seguridad Social no puede hacerse de manera global, sino que debe hacerse entre cuantías de carácter homogéneo. Se profundiza en la cuantificación de daños y la responsabilidad del empresario a través de un sistema objetivo: el baremo de los accidentes de tráfico y los efectos de la última jurisprudencia que reconoce las desviaciones. En cambio, la Sala Civil practica, al menos de forma mayoritaria, la técnica de la compatibilidad absoluta de las distintas partidas, de modo que cada una de ella es autónoma y responden a fundamentos diferentes.

La compensación ha de hacerse por conceptos homogéneos (art. 1172 CC), lo que obligará a las partes, y a los órganos judiciales, a establecer de forma separada y motivada las percepciones existentes y las concretas cantidades reclamadas por cada concepto –tipología de daño-⁵⁷⁰. Por tanto, sólo cabe descuento o deducción sobre los conceptos que se han imputado pagos previos. En este sentido, queda claro que las prestaciones de seguridad Social sólo puede compensar las partidas relativas a la pérdida de Ingresos profesionales, por lo que el capital coste habrá de ser descontado de la indemnización por lucro cesante -lo que podría haber percibido la víctima como renta de no producirse el accidente-. Tratándose de prestaciones de Seguridad

⁵⁷⁰ “La reparación no debe exceder del daño o perjuicio sufrido o, dicho de otro modo, los dañados o perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena” (STS de 17 de febrero de 1999 [R] 2598).

Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro *cesante*⁵⁷¹.

1.- INDEMNIZACION DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

Las indemnizaciones por incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa.

Especial consideración merece el descuento del capital coste de la prestación por incapacidad permanente reconocida por la Seguridad Social y, en su caso, del importe de la indemnización por incapacidad permanente parcial o por lesión permanente no invalidante que se hayan reconocido por la Seguridad Social. Ante todo, conviene recordar que estas prestaciones se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral. Por tanto, es lógico computar y deducir lo cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario, sea por vía del pago del seguro, sea por aportación directa⁵⁷². Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones que indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro *cesante*⁵⁷³.

No procede descontar de la indemnización total debida por el

⁵⁷¹ SSTS de 17 de julio de 2007 [Rec. 513/06] Pte: Castro Fernández y [Rec. 4367/05] Pte: López y García de la Serrana..

⁵⁷² SÁNCHEZ PERÉZ, J.: “Una propuesta normativa en torno al nuevo sistema de indemnizaciones sobre accidentes de trabajo”, *Informacion Laboral*, Lex Nova, diciembre de 2012, pág. 16 y ss.

⁵⁷³ TS de 17 de julio de 2007, reiterado por Sentencia de del TS de 20 de enero de 2008 [Rec. 672/07].

accidente en cuestión el importe de las prestaciones de Seguridad Social (IT e IPP), si la sentencia de instancia, tras poner claramente de relieve que el sistema de valoración del Baremo de la Ley 30/1995 que utiliza había sido aceptado por todas las partes, ya había dejado de aplicar los factores de corrección invocados en la demanda, precisamente, en razón a que el actor había percibido las prestaciones de incapacidad⁵⁷⁴.

No procede descontar de la indemnización total debida por el accidente en cuestión el importe de lo satisfecho por la Mutua aseguradora en concepto de capital coste de renta para el pago de la pensión derivada de la incapacidad permanente total del trabajador, toda vez que la resolución combatida (lo mismo que la de instancia en este punto) resolvió no conceder indemnización alguna en concepto de lucro cesante, por no haberse probado el hecho básico que pudiera dar lugar a esta partida resarcitoria⁵⁷⁵.

En condiciones normales, la compensación por la pérdida de ingresos profesionales estará atendida por las prestaciones de Seguridad Social, de modo que el capital coste habrá de ser descontado de la Indemnización por lucro cesante, tomándolo en consideración en alguno de los siguientes modos:

a.- Bien sea *para descontar su capital coste del importe de una previa capitalización del lucro cesante*, que es la solución que se impone en los supuestos que significan una excepción a la regla de equivalencia entre prestación y lucro cesante, y que son los casos de (1º) cotización inferior al salario real, (2º) IP fronteriza con el grado inmediatamente superior; (3º) dificultades de rehabilitación laboral por edad o singularidades personales, o incluso de escasas oportunidades en el mercado laboral que llevan a excluir posibilidades de trabajo meramente teóricas, y (4º) los supuestos de pérdida de expectativas laborales constatables.

⁵⁷⁴ TS 20 de enero de 2008 [Rec. 672/07].

⁵⁷⁵ TS Sala 4ª, Sentencia de 21 de enero de 2008 [Rec. 4017/06].

b.- Bien sea *para descontar su importe mensual del verdadero lucro cesante* en el mismo periodo de tiempo [salario percibido hasta el accidente], sin necesidad de capitalización alguna, que es la solución que también procede en los citados casos de discordancia salario/ cotización y aquellos otros en los que se evidencia que la pensión no resarce la real pérdida de ingresos, al ser presumible que estos no van a ser complementados con nueva actividad laboral, de difícil acceso en razón a las causas antes referidas; y

c.- En otros muchos supuestos -a determinar casuísticamente-, para excluir toda indemnización adicional por el concepto de lucro profesional cesante (cuando esté ya resarcido por las prestaciones), limitando -en este último caso- la responsabilidad indemnizatoria a los restantes apartados de daños (corporales, morales y emergentes)⁵⁷⁶ .

Cuando se acude a la aplicación del *Baremo*, la determinación de la indemnización básica se efectúa acudiendo a las Tablas III y VI, asignándose un determinado número de puntos a cada lesión y multiplicando el total de puntos resultantes por el valor que corresponda; esa indemnización básica se debe completar con los factores de corrección de la Tabla IV, que permiten aumentar o disminuir la indemnización básica en los porcentajes y con los límites previstos para cada factor corrector⁵⁷⁷ .

El *factor corrector perjuicios económicos*, tomando como punto de partida el importe neto anual de los ingresos procedentes del trabajo personal de la víctima, persigue compensar por las pérdidas salariales o retributivas, de manera que será en relación con este

⁵⁷⁶ FJ. 10º, apartado 3º, STS sala social 17 de julio de 2007 [Rec. 513/2006].

⁵⁷⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: "Indemnizaciones por accidente de trabajo: el precio de los daños a la integridad psico-física del trabajador", en AA.VV., *Derecho y medicina. Cuestiones jurídicas para los profesionales de la salud*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 913 y ss.; SÁNCHEZ-PERÉZ, J.: "La indemnización dereviada del accidente de trabajo y la responsabilidad empresarial (II) , *Revista Testigo de Cargo*, Nº 24, 2010, Granada , pág. 47 y ss.

concreto factor de corrección con el que deba tomarse en consideración las prestaciones de Seguridad Social que reparan la pérdida de la capacidad laboral en algún grado.

En cuanto al *factor corrector Incapacidad permanente*, es preciso matizar que a pesar de la denominación y la subdivisión en absoluta, total o parcial, no puede identificarse totalmente con los grados de incapacidad permanente regulados en la LGSS (art.137), dado que en el Baremo se alude a la incapacidad permanente para la ocupación o actividad habitual pudiendo llevarnos a confundirlo con los grados de IP, cuando en realidad se están incluyendo también otro tipo de mermas, y así lo pone de manifiesto la Tabla VI del Baremo, al disponer que para valorar la incidencia del *perjuicio estético* sobre las actividades del lesionado, profesionales y extraprofesionales, se debe acudir al factor de corrección de la Tabla IV, de modo que en ese factor se incluye junto a la incapacidad permanente para la actividad laboral, la que afecta a actividades diversas, como pueden ser las deportivas, de ocio o entretenimiento, el desarrollo de la vida cotidiana, etc.... por lo que puede considerarse que la pensión de incapacidad permanente no abarca la totalidad de daños contemplados por este factor de corrección, lo que lleva a las sentencias que comentamos a señalar que “el capital coste de la pensión de Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por el factor corrector de la incapacidad permanente que establece el Baremo, ya que éste repara diferentes perjuicios, entre los que se encuentra la incapacidad temporal⁵⁷⁸.

Por tanto, la indemnización derivada de la aplicación de esos factores correctores sólo es compensable parcialmente con la pensión de incapacidad permanente.⁵⁷⁹ Ello provoca que quede al *arbitrio* del

⁵⁷⁸ Cfr. GINES FFABRELLAS, A.: *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, La Ley, 2012, pág. 273 y ss.

⁵⁷⁹ LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J.M.: “Conferencia inaugural del I Congreso Internacional sobre daños”, Granada, 14 de marzo de 2013, pág. 1 y ss.

juzgador, en cada caso concreto, determinar qué parte se imputa a la incapacidad laboral y qué otra al impedimento para otras actividades u ocupaciones de la víctima, sin que sea posible fijar normas generales, y debiendo atenderse en cada caso a las concretas circunstancias concurrentes. Así pues, el descuento del capital coste de la prestación se produce en concepto de lucro cesante, mientras que los llamados *factores de corrección* solamente serán compensables, en la medida en que se determine que parte es imputable a incapacidad laboral y qué otra a impedimento para otras actividades vitales, de suerte que únicamente respecto de la primera porción se efectuará la compensación por lo percibido en concepto de prestación⁵⁸⁰.

2. INDEMNIZACION DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Resulta evidente que el importe del subsidio de Seguridad Social percibido por el trabajador en concepto de IT habrá de ser tomado en consideración en para calcular la reparación del daño en concepto de lucro cesante. De ahí que la indemnización completa del daño en este punto abarcará la diferencia entre el salario correspondiente al trabajador en activo y la prestación de IT, que normalmente se corresponderá con el 75% del salario diario aplicable.

Normalmente, esto supone una cuantía superior a la que en el Anexo se contempla como factor de corrección por perjuicios económicos en función de los ingresos netos de la víctima, pero en esa prestación de Seguridad Social no está incluido el “daño moral”⁵⁸¹. Para la jurisprudencia de la Sala 4ª del STS la cuantificación pasa por acudir al importe previsto para los días de situación no impeditiva para el trabajo, dado que supone que en esos días no ha existido

⁵⁸⁰ TS de 23 de julio de 2000 [Rec. 4501/07].

⁵⁸¹ CALVO GALLEG0, F.J. / IGARTUA MIRO, M.T.: “Responsabilidad civil por accidente de trabajo, orden jurisdiccional competente y extension de la responsabilidad contractual”, *Temas Laborales*, N° 55, 2000, págs. 253 y ss.

merma económica al no existir incapacidad para el trabajo⁵⁸².

Antes de este reconocimiento legal, ya la jurisprudencia del TS ⁵⁸³ reconocía esta compatibilidad porque la compensación económica era por bienes jurídicos distintos: en un caso, la vulneración del derecho y, en otro, la modificación laboral o pérdida del empleo, dentro del marco del ET, con cantidades respectivamente abiertas y tasadas⁵⁸⁴. Esta razonable jurisprudencia ha sido recibida legalmente (art. 183.3 LRJS), estando ya fuera de toda duda esta plena compatibilidad entre indemnizaciones, de gran trascendencia, por ejemplo, si el trabajador resuelve el contrato por la vía del art. 50 del ET. También, en coherencia, los despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales con readmisión pueden originar acciones indemnizatorias paralelas que compensen los daños causados. La tesis jurisprudencial, aceptada ahora legalmente, de la dualidad de indemnizaciones con bienes jurídicos distintos tiene consecuencias procesales porque abre la posibilidad de acumular acciones o también de un ejercicio independiente de las mismas, como la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha terminado admitiendo en relación con el art. 50 del ET⁵⁸⁵.

Pues bien, toda esta doctrina, sustentada ya por la ley, tiene plena proyección en las indemnizaciones por accidente de trabajo. Con los mismos argumentos, bienes jurídicos distintos y funciones diversas, e incluso por analogía con el art. 183.3 LRJS, el trabajador que sufre un accidente de trabajo con incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales puede interponer una demanda de

⁵⁸² TS de 14 de diciembre de 2009 [Rec. 715/09]; y Sentencia TS de 15 de diciembre de 2009 [Rec. 3365/08].

⁵⁸³ SSTs de 7 de Febrero de 2007 [Rec. 4842/2005] Pte: Moliner Tambronero; de 20 de Noviembre de 2007 [Rec. 817/2006] Pte: Sampedro Corral, o de 15 de Diciembre de 2008 [Rec. 178/2008], Pte: Souto Prieto.

⁵⁸⁴ GOERLICH PESET, J.M: "La reparación de la vulneración de derechos fundamentales en el orden social: el papel de la indemnización por daños" en AA.VV, *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universidad de Valencia, 2010, pág. 23 a 238.

⁵⁸⁵ STS 20 de Noviembre de 2011.

responsabilidad civil y resolver el contrato por la vía del art. 50.1.c ET, siendo ambas indemnizaciones compatibles entre sí. La primera cuantía, abierta, compensa el daño causado por el accidente laboral y la segunda, tasada, la pérdida de empleo al ejercer el trabajador la acción resolutoria por incumplimiento contractual de la empresa⁵⁸⁶.

3.- INDEMNIZACION DE LAS LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES

Esta figura tiene una naturaleza eminentemente profesional⁵⁸⁷. Son lesiones permanentes no invalidantes, según el art. 150 de la LGSS, “las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una invalidez permanente, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo anejo a las disposiciones de desarrollo de la LGSS”⁵⁸⁸.

Es doctrina generalmente admitida que las limitaciones derivadas de una lesión –sea cualquiera el origen de la misma– producen dos efectos distintos. De una parte, la limitación de la

⁵⁸⁶ LAHERA FORTEZA, J.: “Cuantificación de la indemnización civil en los accidentes de trabajo tras la Ley de Jurisdicción Social 36/2011”, *XIII Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, Mayo de 2013, pág.s4 y 5.

⁵⁸⁷ CAVAS MARTINEZ , F. / FERNANDEZ ORRICO, F.J.: *La cobertura de las contingencias profesionales en el Sistema de Seguridad Social Español*, op. cit. pag. 272 y ss.

⁵⁸⁸ El Baremo a que se refiere la disposición legal citada fue establecido por la Orden de 15 de abril de 1969, modificada por la Orden de 5 de abril de 1974. Posteriormente, Orden de 11 de mayo de 1988 revisó determinadas cuantías del mismo, a fin de suprimir las discriminaciones, por razón de sexo existentes. La Orden de 16 de enero de 1991 actualizó las cuantías conforme la evolución del IPC correspondiente al período 1974 a 1990. Posteriormente la Orden de 18 de abril de 2005 actualiza las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones no invalidantes (BOE del 22), incrementándolas en un 64%. La Orden de 28 de enero de 2013 actualiza las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes (BOE nº 26, de 30 de enero de 2013).

capacidad de ganancia. De otra, la merma del patrimonio biológico, entendido como la tota integridad física de una persona a cuya conservación tiene derecho. El art. 150 de la LGSS antes transcrito hace referencia a ambos daños, en las contingencias profesionales, pues se refiere , de una parte, a las lesiones y mutilaciones y, de otra, a las deformidades de carácter definitivo⁵⁸⁹.

El baremo a que se refiere la disposición legal citada fue establecido por la Orden de 15 de abril de 1969, modificada por la Orden de 5 de abril de 1974. Posteriormente, la Orden de 11 de mayo de 1988 reviso determinadas cuantías del mismo, a fin de suprimir las discriminaciones , por razón de sexo, existentes. La Orden de 16 de enero de 1991 actualizo las cuantías de acuerdo con la evolución del IPC correspondiente al periodo 1974 a 1990. Finalmente , el baremo actualizado se encuentra en la Orden de 28 de enero de 2013, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones , mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, y no invalidantes (BOE, Nº 26, de 30 de enero), incrementándolas. Lo que da lugar a pensar que quizá, en lugar de esperar tantos años para actualizar las cuantías, y dado que este desvío inflacionista es factible que siga produciéndose en el futuro , porque estas indemnizaciones no se encuentran dentro de la revalorización automática de pensiones contributivas contenidas en el art. 48 de la LGSS, se podría incluir una actualización anual en la propia Ley de Presupuestos, junto a la revalorización de las pensiones o en apartado independiente⁵⁹⁰.

Como característica mas destacada , conviene resaltar que las citadas lesiones, mutilaciones o deformidades han de ser causadas de forma sobrevenida por una contingencia profesional, sin que a estos efectos tengan relevancia alguna las lesiones derivadas de enfermedad

⁵⁸⁹ STS de 22 de marzo de 2004 [Rec. 2047/2001].

⁵⁹⁰ ⁵⁹⁰ CAVAS MARTINEZ , F. / FERNANDEZ ORRICO, F.J.: *La cobertura de las contingencias profesionales en el Sistema de Seguridad Social Español*, op. cit. pag. 273.

común o accidente no laboral. Con ello, se evidencia una nueva manifestación del privilegio que la Seguridad Social mantiene, y que proviene de la tradicional evolución histórica de la protección por riesgos profesionales, en el sentido de que lo que se produce es más la cobertura de un riesgo –la causa- que la de una contingencia –la consecuencia- , lo que parece más un sistema pionero de seguro social, que un sistema integrado de cobertura⁵⁹¹ , de Seguridad Social.

En principio son incompatibles las lesiones permanentes no invalidantes, con las prestaciones por invalidez permanente, salvo que sean totalmente independientes. En este sentido , el art. 152 de la LGSS prevé que “las indemnizaciones a tanto alzado que procedan por las lesiones, mutilaciones y deformidades que se regulan en la presente sección serán incompatibles con las prestaciones económicas establecidas para la invalidez permanente, salvo en el caso de que dichas lesiones, mutilaciones y deformidades sean totalmente independientes de las que hayan sido tomadas en consideración para declarar tal invalidez y el grado de incapacidad de la misma “.

Podrían plantearse las diferencias que existen entre la calificación de una incapacidad permanente y la aplicación del baremo en una lesión permanente no invalidante. Para ello la STS de 2 de abril de 2002⁵⁹², prevé que “ para fijar la clase de incapacidad permanente que padece una persona hay que comenzar concretando con el mayor detalle y precisión posible las dolencias , enfermedades o secuelas que tal persona sufre, las cuales en no pocas ocasiones presentan muy diversos matices o variantes; y después tales padecimientos se han de poner en relación con la capacidad laboral del interesado, la cual a su vez depende en gran parte de muy distintos caracteres y elementos personales de dicho individuo. Se produce así la confluencia de muy distintos datos y circunstancias,

⁵⁹¹ Vid. PIÑEYRO DE LA FUENTE , A.J.: “ Las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes. Actualización del Baremo, *Información Laboral*, Nº 18 , 2005, pág. 3.

⁵⁹² Rec. 2047/2001

resultando de todo ello la valoración del grado de incapacidad permanente reconocido. Y es bastante difícil que en dos reconocimientos distintos de incapacidad permanente todo ese conjunto de elementos y circunstancias sean sustancialmente iguales; de ahí la casi imposibilidad de que en tales supuestos concurra la identidad de hechos y fundamentos que exige el art. 219 de la LRJS.

Por el contrario, en la aplicación del baremo de las lesiones permanentes no invalidantes, la problemática es mucho mas simple, sobre todo cuando no se discute sobre el carácter permanente de la lesión de que se trate, como acontece en el supuesto de autos⁵⁹³. En estos casos queda fuera de discusión la capacidad laboral del lesionado, pues se parte de la base de que las limitaciones padecidas no alteran ni merman esa capacidad. Por consiguiente, únicamente se tendrá que determinar la enfermedad de que se trata, y luego incardinarla en el numero del baremo que corresponda; y esta incardinación se efectúa mediante la interpretación de las reglas que integran dicho baremo. De ahí que, en esta materia se pueda producir mas fácilmente la contradicción entre sentencias, pues para ello basta con que dichas sentencias hayan interpretado de forma diferente las mismas reglas del baremo.

La competencia para declarar la existencia de lesiones permanentes no invalidantes , así como la de otorgar la respectiva indemnización corresponde a los Directores provinciales del INSS , siguiéndose el mismo procedimiento estudiado en las normas que desarrollan la incapacidad laboral⁵⁹⁴ que por su naturaleza sean aplicables

⁵⁹³ CAVAS MARTINEZ , F. / FERNANDEZ ORRICO, F.J.: *La cobertura de las contingencias profesionales en el Sistema de Seguridad Social Español*, óp. cít. pag. 276 y ss.

⁵⁹⁴ Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio por el que se desarrolla , en materia de incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, actualizado el 8 de octubre de 2013.

4.- COMPATIBILIDAD LIMITADA DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

La jurisprudencia social y civil ha tenido divergencias en la cuantificación de la indemnización en accidentes de trabajo, sobre todo en su coordinación con las prestaciones sociales y las mejoras voluntarias.

Como hemos visto anteriormente, la jurisprudencia civil suele defender la tesis de la plena compatibilidad de ambas cuantías, estimando incomunicables e independientes los sistemas de protección social y de reparación de daños en el ámbito de los accidentes de trabajo, sobre la base de la literalidad del art. 127.3 LGSS. Esta jurisprudencia argumenta que la prestación social es una responsabilidad laboral en el marco de la LGSS mientras que la indemnización civil es una responsabilidad extracontractual por daños del art. 1902 CC totalmente compatible con aquélla al no coincidir en su naturaleza, laboral y civil, ni en sus fines, social y reparador del daño⁵⁹⁵. Este planteamiento jurisprudencial conduce a que el juez civil tienda a no restar de la indemnización civil la prestación social recibida por contingencias profesionales.

Por el contrario, la jurisprudencia social defiende la tesis de la compatibilidad limitada poniendo en conexión las prestaciones sociales y las indemnizaciones civiles originadas por el mismo accidente de trabajo. Esta jurisprudencia deduce de la indemnización civil las prestaciones sociales porque lo contrario supondría una doble compensación de un mismo daño y un inadmisibles enriquecimiento injusto de la víctima⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ SSTS, Sala 1ª, de 27 de noviembre de 1993 [Rec. 644/1991] Pte: Gonzalez Poveda, entre otras.

⁵⁹⁶ SSTS, Sala 4ª, de 10 de diciembre de 1998 [Rec. 4078/1997] Pte: Gonzalez Peña, de 20 de julio de 2000 [Rec. 3801/1999] Pte: Iglesias Cabero; de 9 de febrero de 2005 [Rec. 5398/2003] Pte: Sanchez Pego; de 24 de julio de 2006, de 17 de julio 2007 [Rec. 513/2006 y Rec. 4367/2005] Pte: De Castro

En esta jurisprudencia de la Sala 4ª del TS se esgrimen, en ocasiones, argumentos próximos a la equiparación de la protección social con un sistema de aseguramiento público de la responsabilidad objetiva empresarial en los accidentes de trabajo, quedando sólo abierta la compensación económica por culpa de la empresa, y, en otras, el argumento se centra en la cobertura del lucro cesante mediante la seguridad social, partiendo de una concepción socializadora del riesgo de pérdida de renta de los trabajadores, pero la conclusión, desde ambas vías argumentativas, coincide en restar de la indemnización civil lo percibido como prestación social. La más reciente jurisprudencia social ⁵⁹⁷, centra el problema en la compensación del lucro cesante con resultados satisfactorios a la hora de compensar cantidades homogéneas si se acude, como antes ha sido apuntado, al baremo orientativo de los accidentes de tráfico o a la hora de calcular el capital-coste de la prestación para proceder al descuento. Como bien afirman estas sentencias, las prestaciones de seguridad social se conceden por la pérdida de capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral, siendo lógico computar y deducir lo cobrado de las prestaciones sociales de la indemnización global, pero descontando sólo de la indemnización reconocida como lucro cesante. De la reparación íntegra del daño emergente, físico, material y moral, y del lucro cesante de la indemnización civil se descuenta la prestación social de, exclusivamente, lo calculado en calidad de lucro cesante, sin que puedan ser contrastables las cuantías recibidas como prestación social y el daño emergente.

Fernandez y Garcia de la Serrana; 3 de octubre de 2007, 21 de enero de 2008 o de 30 de enero de 2008, a las que hay que sumar las importantes SSTs, de la Sala 1ª de 8 de octubre de 2001 [Rec. 1869/1996] Pte: Marin Castan y de 31 de diciembre de 2003 [Rec. 531/1998] Pte: Marin Castan.

⁵⁹⁷ Reflejada en las, antes citadas, importantes SSTs, Sala 4ª, de 17 de Julio 2007 [Rec. 4367/2005 y Rec. 513/2006]; de 3 de octubre de 2007 [Rec. 2451/2006] Pte: Calvo Ibarlucea; de 21 de Enero de 2008 [Rec. 4017/2006] Pte: García Sánchez y de 30 de Enero de 2008 [Rec.414/2007] Pte: Castro Fernández, entre otras

La atribución en exclusiva al orden social de las demandas de accidente de trabajo, conforme a los arts. 2 b) y e) LRJS, fortalece esta tesis de la compatibilidad limitada⁵⁹⁸. Si los jueces civiles dejan de tener competencia, no se aplicará nunca la compatibilidad plena entre prestaciones e indemnizaciones, por lo que siempre se restará una cantidad de la otra, como viene haciendo en los términos expuestos la jurisdicción social. Aún sin una recepción expresa de este criterio, la LJS confirma así, por la vía de la atribución competencial, el criterio jurisprudencial social de compatibilidad limitada entre prestaciones sociales e indemnizaciones civiles en los accidentes de trabajo, tal como ha sido expuesto, y descarta la independencia e incomunicación de ambas cuantías.

Lo mismo sucede con la relación entre indemnizaciones civiles y mejoras voluntarias de convenios colectivos. La, en su caso, mejora convencional origina derechos económicos de la víctima del accidente de trabajo con el correspondiente coste empresarial. La articulación entre las indemnizaciones civiles y las mejoras convencionales de contingencias profesionales, al igual que sucede con las prestaciones, origina tesis diferentes, con consecuencias económicas en la definitiva cuantificación de la reparación íntegra del daño.

La solución a este problema entronca directamente con la, analizada anteriormente, articulación entre las indemnizaciones civiles y las prestaciones sociales porque las mejoras convencionales están inevitablemente asociadas a la naturaleza de éstas. Por ello no resulta extraña la divergencia, de nuevo, de criterios entre la Sala 1ª y 4ª del Tribunal Supremo. La Sala 1ª del Tribunal Supremo, en coherencia con su visión independiente e incomunicada de las prestaciones sociales por contingencias profesionales, proyecta la

⁵⁹⁸ LAHERA FORTEZA, J.: “Cuantificación de la indemnización civil en los accidentes de trabajo tras la Ley de Jurisdicción Social 36/2011, XIII Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Girona, 2013, págs. 8 y ss.

plena compatibilidad a las mejoras voluntarias mientras que la sala 4ª del Tribunal Supremo, en coherencia con la adscripción de las prestaciones sociales a la compensación del lucro cesante, proyecta la compatibilidad limitada en las mejoras voluntarias que cubren un mayor margen de lucro cesante que el sistema público gracias a la labor de la negociación colectiva. Es significativa, al respecto, la STS, Sala 4ª, de 2 de Febrero de 1998 que computa, a efectos de calcular la indemnización civil, las mejoras voluntarias derivadas de accidentes de trabajo. De igual modo, las SSTS, Sala 4ª, de 1 de Junio de 2005⁵⁹⁹ y de 17 de Julio de 2007⁶⁰⁰ confirman que, al igual que las prestaciones sociales, las mejoras voluntarias sólo pueden compensarse con lo cobrado por lucro cesante, admitiendo una reducción de estas cuantías respecto de la indemnización total. En este mismo sentido se pronuncia el TS, Sala Civil reiterando la doctrina de la Sala 4ª, en Sentencia de 13 de marzo de 2014, al establecer que en la indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo, no deben restarse de forma automática las prestaciones ni las mejoras de Seguridad Social, cuando, como es el caso, para su calculo, el juez de instancia y la Sala de Suplicación, con la conformidad de las partes, utilizaron el baremo de los accidentes de trafico. La mejora de seguridad social establecida en una disposición convencional solo puede compensarse con lo percibido por el concepto de lucro cesante⁶⁰¹.

Pues bien, de nuevo, la atribución exclusiva al orden social de estas demandas de accidentes de trabajo en los arts. 2.b) y e) LRJS tiene como consecuencia la consolidación legal de la compatibilidad limitada entre indemnizaciones civiles y mejoras voluntarias, como viene aplicando la jurisprudencia social.

En definitiva, la atribución competencial exclusiva al orden social de estas demandas de accidentes de trabajo en los arts. 2.b) y e)

⁵⁹⁹ Rec. 1613/2004, Pte: Calvo Ibarlucea

⁶⁰⁰ Rec. 4367/2005 y Rec. 513/2006.

⁶⁰¹ Rec. 1506/2013, Pte: Gilolmo Lopez

LRJS, tiene como consecuencia la consolidación de estos criterios de la jurisprudencia social en la cuantificación de la indemnización civil, coordinada, en estos términos, con las prestaciones sociales y mejores voluntarias correspondientes

5.- LA COMPATIBILIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN CIVIL CON OTRAS INDEMNIZACIONES

Al igual que sucede con la regla general de la reparación íntegra del daño, la expresa declaración legal de la compatibilidad de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales con otras derivadas de modificación o extinción del contrato de trabajo en el art. 183.3 LRJS, incide en trasladar indirectamente este criterio a las demandas civiles de accidentes de trabajo.

Antes de este reconocimiento legal, ya la jurisprudencia⁶⁰² reconocía esta compatibilidad porque la compensación económica era por bienes jurídicos distintos: en un caso, la vulneración del derecho y, en otro, la modificación laboral o pérdida del empleo, dentro del marco del ET, con cantidades respectivamente abiertas y tasadas⁶⁰³. Esta razonable jurisprudencia ha sido recibida legalmente (art. 183.3 LRJS), estando ya fuera de toda duda esta plena compatibilidad entre indemnizaciones, de gran trascendencia, por ejemplo, si el trabajador resuelve el contrato por la vía del art. 50 del ET⁶⁰⁴. También, en coherencia, los despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales con readmisión pueden originar acciones

⁶⁰² SSTS, Sala 4ª, de 17 de mayo de 2006, [Rec. 1571/2005] Pte: Calvo Ibarlucea; de 7 de febrero de 2007 [Rec. 2450/2005] Pte Moliner Tamborero.; de 20 de noviembre de 2007 [Rec. 2484/2006] Pte: Iglesias Cabero.

⁶⁰³ GOERLICH PESET, J.M.: "La reparación de la vulneración de derechos fundamentales en el orden social: el papel de la indemnización por daños" en AA.VV., *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universidad de Valencia, 2010, págs. 237 y ss.

⁶⁰⁴ JESUS LAHERA FORTEZA: "Cuantificación de la indemnización civil en los accidentes de trabajo tras la Ley de Jurisdicción Social 36/2011, XIII Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Girona, 2013, págs. 4 y ss.

indemnizatorias paralelas que compensen los daños causados. La tesis jurisprudencial, aceptada ahora legalmente, de la dualidad de indemnizaciones con bienes jurídicos distintos tiene consecuencias procesales porque abre la posibilidad de acumular acciones o también de un ejercicio independiente de las mismas, como la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha terminado admitiendo en relación con el art. 50 del ET⁶⁰⁵.

Pues bien, toda esta doctrina, sustentada ya por la ley, tiene plena proyección en las indemnizaciones por accidente de trabajo. Con los mismos argumentos, bienes jurídicos distintos y funciones diversas, y por incluso analogía con el art.183.3 LRJS, el trabajador que sufre un accidente de trabajo con incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales puede interponer una demanda de responsabilidad civil y resolver el contrato por la vía del art. 50.1.c) ET, siendo ambas indemnizaciones compatibles entre sí. La primera cuantía, abierta, compensa el daño causado por el accidente laboral y la segunda, tasada, la pérdida de empleo al ejercer el trabajador la acción resolutoria por incumplimiento contractual de la empresa.

6.- LA COMPATIBILIDAD DEL RECARGO

Junto al carácter sancionador del recargo, vinculado a la normativa de Prevención de Riesgos Laborales, cobra fuerza la tendencia a considerar que ese recargo tiene, desde el punto de vista del trabajador, un carácter indemnizatorio⁶⁰⁶. Y así, en los supuestos

⁶⁰⁵ SSTS de 17 de Mayo de 2006, de 9 de Mayo de 2011, de 13 de Junio de 2011 o de 20 de Noviembre de 2011.

⁶⁰⁶ Cfr. LÓPEZ FERNÁNDEZ, M.: "Dinámica de la prestación y gestión de la incapacidad temporal", Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico, op. cit., pág. 168; MANRIQUE LÓPEZ, F.: "Recargos por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: un debate todavía pendiente". *El accidente de trabajo en la Seguridad Social. VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 57.

de accidente de trabajo o enfermedades profesionales, las prestaciones que proporciona el sistema de Seguridad Social no agotan todas las posibilidades indemnizatorias que dichas contingencias pueden originar, ya que es posible plantear, entre otras, también una acción de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional⁶⁰⁷.

En ese sentido, lo que se plantea es si el recargo es independiente de cualquier otra responsabilidad económica que consista en la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al trabajador; y, por tanto, si para la determinación de la cuantía de dicha indemnización de daños, cualquiera que sea su naturaleza, se han de detraer o no las cantidades que la empresa infractora de las medidas de seguridad social haya de abonar en concepto de recargo de prestaciones⁶⁰⁸.

A este respecto, la jurisprudencia, en un principio, tuvo en cuenta que “para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social en especial cuando se deba determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del accidentado”⁶⁰⁹.

Posteriormente, tal doctrina evolucionó hasta el punto de declarar la posibilidad de compatibilizar el recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad con el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo⁶¹⁰, y por ello, para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios

⁶⁰⁷ 28 Cfr. art. 123.3 LGSS, y art. 42 LPRL y SSTs 2 febrero 1998 (RJ 1998, 3250); 10 diciembre 1998 (RJ 1998, 10501); 12 febrero 1999 (RJ 1999, 1797).

⁶⁰⁸ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: “Compatibilidad de responsabilidades y recargo de prestaciones”, *Revista Temas Laborales*, Nº 63/2002, pág.100.

⁶⁰⁹ STS 17 febrero 1999 (RJ 1999, 2598). 31 STS 20 julio 2000 (RJ 2000, 7639).

⁶¹⁰ STS 20 de julio de 2000 [RJ 2000, 7639].

de toda índole derivados de un accidente de trabajo no debe deducirse el recargo de las prestaciones económicas del art. 123 LGSS. Puesto que dicho recargo “es independiente de aquélla indemnización, consistiendo en una institución específica y singular de nuestra normativa de seguridad social no subsumible plenamente en otras figuras jurídicas típicas, ya que la razón esencial de la exclusión de la posible compensación o reducción de la indemnización por el daño o perjuicio sufrido a consecuencia del accidente de trabajo del denominado recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad ex art. 123 LGSS deriva de su propia finalidad, la que se dejaría vacía de contenido si se procediera a la deducción pretendida”⁶¹¹.

⁶¹¹ STS 2 octubre 2000 [RJ 2000, 9673].

CAPÍTULO SEXTO: LA REPARACION CIVIL DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES DERIVADOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Sumario:

- I.- INTRODUCCIÓN
 - II.- CONCEPTO, CARACTERISTICAS Y CLASES DE DAÑOS
 - II.- CLASES DE DAÑOS.DAÑOS PATRIMONIALES CONCEPTO Y CLASES
 - II.- CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE
 - III.- CONCEPTO DE LUCRO CESANTE.
 - IV.- EL LUCRO CESANTE EN EL BAREMO DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN.
 - V.- LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
 - 1.- El sistema baremizado desde la perspectiva de la víctima.
 - 2.- Consecuencias del sistema contempladas desde la perspectiva de la víctima.
 - 3.- El concepto de culpa relevante y el resarcimiento del lucro.
 - VI.- LA PRUEBA DEL LUCRO CESANTE.
 - 1.- La prueba de la existencia del lucro.
 - 2.- La prueba de la cuantía de la garantía frustrada
 - VII.- LA NUEVA POSICION DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE LUCRO CESANTE EN SUPUESTOS DE INCAPACION PERMANENTE.
 - VIII.- LA JURISPRUDENCIA MENOR EN MATERIA DE LUCRO CESANTE EN SUPUESTOS DE FALLECIMIENTO DE LA VÍCTIMA.
-

I.- INTRODUCCION

El daño se configura como uno de los elementos imprescindibles para poner en funcionamiento el mecanismo de la responsabilidad civil y su consecuente reparación, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual. Se trata de la pieza clave del sistema, ya que sin el daño o perjuicio no hay obligación de resarcir y su importancia es tal que la responsabilidad civil se viene aplicando últimamente

desde la óptica de los daños⁶¹².

El daño aparecerá tanto en la esfera de los daños patrimoniales como en la de los no patrimoniales, y dentro de estos hará que destacar la gran variedad de daños de naturaleza estrictamente personal. Ello responde a un fenómeno social firmemente implantado en todas las sociedades desarrolladas y que consiste no solo en que se exige en todos los casos en los que hay un daño, la reposición del perjudicado al estado anterior a la producción del daño o a su equivalente en dinero, sino también en que prácticamente toda frustración personal se convierte en daño en busca de un responsable⁶¹³.

La incorporación de los daños morales en nuestro sistema de responsabilidad por la propia jurisprudencia revela la evolución de la misma, lo mismo ocurre con la valoración y reparación del daño físico o corporal y la intromisión no consentida en el honor, intimidad e imagen⁶¹⁴.

II.- CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y CLASES DE DAÑOS

1.- EL CONCEPTO DE DAÑO

El artículo 1902 del Código Civil, solamente se limita a enumerar los requisitos esenciales que dan lugar a la responsabilidad llamada aquiliana y a la obligación de resarcir, siendo esta última considerada la consecuencia jurídica de la responsabilidad. En las

⁶¹² REGLERO CAMPOS, L.F./ BUSTO LAGO, J.M. (coordinadores) en AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 328 y ss.

⁶¹³ VICENTE DOMINGO, E.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra 2006, pág. 205 y ss.

⁶¹⁴ RODRIGUEZ MARIN, C.: "Importancia y manifestaciones actuales del daño en el régimen de la responsabilidad extracontractual", AA.VV., *Manual de Valoración del Daño corporal*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 57.

Partidas se considera al *daño* como “*destruimiento o detrimento que padece un ome en se mesmo o en sus cosas por culpa de otro*”⁶¹⁵, o bien la doctrina mas reciente lo define como todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio; otras veces se ha conceptualizado el daño como la disminución de la utilidad del individuo dañado⁶¹⁶.

Se han elaborado diversas teorías que se han preocupado de la elaboración de un concepto de daño con finalidades distintas. Por citar algunas podemos destacar la *teoría de la diferencia*, ajustada exclusivamente al ámbito patrimonial del individuo afectado, situándose el daño en la diferencia entre la situación de ese patrimonio antes del hecho lesivo y después del mismo. Teoría que aunque admitida en su momento, al reducirse al exclusivo campo patrimonial, sufre de las carencias que hoy supone el amplio concepto de daño.

Diferente planteamiento es el que dio lugar a la *teoría del daño concreto*, centrada en el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, por la perdida o menoscabo de determinados bienes patrimoniales. Va un poco mas allá que la anterior, pero tampoco consigue superar los problemas planteados respecto de los daños que no tengan naturaleza patrimonial, y que siempre han estado admitidos.

También debemos citar la *teoría del daño normativo*, que intentando superar las carencias de las anteriores, enfocando al daño y a su existencia, siempre y cuando se cumplan los requisitos previamente fijados por la norma, es decir, será la Ley la que determine el daño, teoría esta aconsejable desde una perspectiva de

⁶¹⁵ Ley 1ª del Título XV de la Séptima Partida de ALFONSO X EL SABIO, glosadas por Alfonso de Montalvo en 1945, que se puede consultar entre otros en el siguiente enlace: <http://uploaded.net/file/19g70vq0>

⁶¹⁶ LARENZ,: *Derecho de Obligaciones*, Traducción de Santos Briz, Madrid, 1958, pág. 9.

lege ferenda, en tanto en cuanto todavía no hay ni se dispone de una regulación en este sentido.

Todos estos factores nos llevan a un replanteamiento del concepto de daño, con la idea de trasladar el problema del concepto del daño al de su reparación⁶¹⁷. De esta forma, habría que obtener un concepto de daño reparable jurídicamente relevante para elaborar un concepto jurídico de daño, para ello hay que resolver diferentes problemas que en rigurosa lógica deberían pertenecer mas al aspecto relativo a la evaluación y valoración del mismo y a su posterior reparación⁶¹⁸.

Cabe plantearse el problema de la delimitación del daño en sede de responsabilidad contractual y extracontractual, ya que los perjuicios contractuales y extracontractuales pueden recaer sobre una misma persona, encontrándonos en dos ámbitos jurídicos bien diferentes, y que para que se apliquen las consecuencias jurídicas de uno u otro, habrá que estar, ante la existencia de un contrato y que los daños se produzcan en la estricta orbita de lo pactado, y por supuesto como consecuencia del desarrollo del contenido negocial⁶¹⁹. De lo contrario la responsabilidad será calificada de extracontractual o *aquiliana* porque no une a víctima y causante del daño relación contractual alguna⁶²⁰.

⁶¹⁷ En este sentido REGLERO CAMPOS, L.F./ BUSTO LAGO, J.M. (coordinadores) en (AA.VV) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I , Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 332 y ss.

⁶¹⁸ Como ha afirmado DIEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pág. 308.

⁶¹⁹ Así lo ha señalado el TS en reiterada jurisprudencia, ente otras en STS de 9 de enero de 1995.

⁶²⁰ OSSORIO SERRANO, J. M.: *Lecciones de Derecho de Daños*, La Ley, 2011, págs. 33 y ss.

2.- CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO

Considerado el daño como, la *lesión* de cualquier interés o atributo de la persona, bien de su patrimonio o de su persona, siempre que reúna las características del daño reparable. Para que un daño sea reparable, es necesario que haya pasado el juicio de responsabilidad y de imputación, y una vez determinado el responsable, el daño será reparable en la medida en la que se encuentre dentro de los límites jurisprudencialmente establecidos, que dejan fuera a todo daño no reparable

Pero no todo daño es reparable en nuestro sistema jurídico, por lo que se refiere a los requisitos o caracteres que deben concurrir para que el daño tenga la entidad suficiente para ser calificado como "daño reparable", se ha afirmado por la doctrina⁶²¹ que el daño tiene que ser:

a.- *Jurídicamente relevante*, por afectar a intereses protegidos por el ordenamiento jurídico o, en un sentido más amplio, a cualquier bien o interés perteneciente al sujeto.

b.- *Certeza del daño*⁶²². El daño debe ser cierto en su existencia y cuantía, por lo que se traslada el problema de la determinación del daño al campo de la prueba del mismo, la cual corresponde al Juez⁶²³, y solo puede dejarse la determinación y la cuantía de los daños para el trámite de ejecución de la Sentencia cuando en esta solo se declara la existencia y realidad de los daños⁶²⁴.

⁶²¹ SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La indemnización de daños y perjuicios en el contrato de trabajo", Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 52 y ss.

⁶²² REGLERO CAMPOS, L.F./ BUSTO LAGO, J.M. (coordinadores) en (AA.VV) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 336 y ss.

⁶²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 4 de octubre de 2002 [Sala de lo civil, núm. 260/1997]; STS de 28 de diciembre de 1998 [R] 1998, 10155] y STS de 15 de junio de 2001 [Rec. 3155/2000] Pte: Gullón Rodríguez.

⁶²⁴ SEMPERE NAVARRO, A. / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La indemnización de daños y perjuicios en el contrato de trabajo", Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 52 y ss.

de modo que los daños hipotéticos o eventuales quedarían excluidos.

c.- Daño *directo y personal*. El daño debe ser directo o inmediato. En principio, solo serían indemnizables los daños sufridos directamente por la persona inicialmente perjudicada, pues solo respecto de ella podría existir el ya conocido nexo de causalidad, quedando sin reparar los daños a terceros consecuencia del daño inicial. Sin embargo, es posible que el daño afecte además a otros perjudicados, además de la persona que directamente ha sufrido el daño, aquellos que los soportan de manera indirecta. En la práctica tales daños indirectos o por rebote suelen acaecer a resultas de las lesiones corporales o incluso del fallecimiento de la víctima. Depende, por supuesto, de la prueba de que estos daños sean o no reparables, es decir de un enlace causal suficiente entre el hecho y el daño indirecto⁶²⁵.

d.- *Injusto*, al tratarse de un daño que la víctima no tiene el deber de soportar y que no obedece a un comportamiento ilícito de aquella. Se considera lícito todo daño que se le cause a una persona en la violación de un derecho subjetivo o de un interés jurídicamente protegido, es decir, que sea legítimo, y por el contrario se considerará daño ilícito y por tanto se ha rechazado la reparación del mismo, atendiendo a las circunstancias del que lo padece y a la actividad que realiza, que puede ser contraria a la ley, a la moral o las buenas costumbres.

En nuestro Derecho se exigen de que los daños se acrediten totalmente, sin excluir a nadie porque no sea titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo, es suficiente un interés jurídicamente protegido. En este punto, cabe traer a colación la reciente Sentencia del TS Sala 4ª, de 5 de febrero de 2013⁶²⁶ en la que, reiterando

⁶²⁵ Por ejemplo, la STS de la Sala 1ª de fecha 1 de julio de 1982, donde se le reconoce a los parientes más próximos víctimas y con derecho a ser reparadas. Y en el mismo sentido la STS de 4 de mayo de 1983.

⁶²⁶ Rec. 89/2012, Pte: Alarcón Caracuel.

doctrina jurisprudencial consolidada claramente se afirma que: "el daño moral debe ser alegado por el demandante, precisado su alcance y, en su caso, acreditado en el proceso". Para poder adoptar un pronunciamiento condenatorio es del todo punto obligado que concurren dos circunstancias: en primer lugar, que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y, en segundo lugar, que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase⁶²⁷.

Asimismo, no podemos dejar de citar la importante STC 247/2006, de 24 de julio que, pese a validar la interpretación del TS que niega el carácter automático de la indemnización, sin embargo admitió que, a veces, "no es factible aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su calificación monetaria, dada su índole"; si bien en el supuesto de hecho concreto consideró que la parte actora había proporcionado datos suficientes sobre los daños al referirse a la intensidad de la lesión, duración de la misma, etc.

3.- CLASES DE DAÑOS

La clasificación de los tiene una gran importancia debido a la distinta naturaleza de los mismos, existiendo una gran diferencia entre todos sobre todo en su certeza como en su reparación.

Vamos a partir de una doble clasificación, daños patrimoniales no patrimoniales (o extrapatrimoniales) en función de su aptitud para ser evaluable económicamente o de su capacidad de ser sustituidos en

⁶²⁷ Cfr. en este sentido CAVAS MARTINEZ, F.: *El proceso laboral de la tutela sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, 2004, pág. 384 y ss.

el mercado.

3.1.- Daños patrimoniales: daño emergente y lucro cesante⁶²⁸

Los daños *patrimoniales*, también llamados económicos, son los que sufre la víctima en la esfera de su patrimonio, por eso son también denominados materiales, en contraposición⁶²⁹ al *daño moral*, sin contenido económico alguno, aunque desde luego se cuantifique en dinero.

Este daño, puede surgir de forma autónoma a causa del daño, o ser otro que surge a consecuencia de un daño de otra naturaleza, como puede ser el corporal, los daños al honor, etc. En cualquier caso, siempre provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero, *in natura* o por bienes intercambiables por dinero.

Estos daños tienen unas características propias: sujeto titular de un patrimonio, que sea posible medir la lesión en dinero y nexo causal. Podemos pensar que estos son los daños a los que se refieren el genérico artículo 1902 del Código civil, en donde certeza y realidad evidencian su eminente carácter objetivo.

Para medir estos daños se utilizan los conceptos de *daño emergente* y *lucro cesante*, totalmente relacionados con el principio de la reparación integral del daño y con el artículo 1106 del Código civil⁶³⁰, y que la jurisprudencia lo enmarca en la ya mencionada *teoría de la diferencia*⁶³¹, utilizando como argumento el precepto antes

⁶²⁸ Se analizarán con más detalle en el capítulo VII, dedicado a ellos.

⁶²⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil II*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 479.

⁶³⁰ "La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor..."

⁶³¹ En este sentido STS de 14 febrero 1980 [R] 1980, 516] y 2 de abril 1997 [R] 1997, 2727]. También las STS 29 de marzo 2010 [R] 2010, 2536], 5 de mayo de

indicado, aunque sea utilizando la normativa contractual al campo extracontractual. Y todo ello con la finalidad de protección del principio de seguridad jurídica, en lo que respecta al contenido del *daño emergente*, si tenemos en cuanto que lo que se persigue es la correcta y total reparación del daño sufrido, y si intentamos evitar y poner límites para conocer hasta donde se extienden los daños normales, prudentes o no excesivos, y sobre todo conocer que pautas son las que sigue la jurisprudencia a la hora de considerarlos. Lo mismo en lo relativo al *lucro cesante*, ya que es preciso distinguir con la mayor claridad la posible pérdida de rentas en las que se traduce el daño, así como la incapacidad funcional o lesión a la salud padecida por el perjudicado.

En lo que se refiere al *daño emergente*, diremos que de lo que se trata es de averiguar el coste de la reparación y los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del daño, la víctima o incluso un tercero. Deben ser gastos efectivamente producidos, que se han debido de efectuar, y estar conectados casualmente con el hecho dañoso⁶³².

En lo que al *lucro cesante* se refiere, nos estamos moviendo en el campo de la ganancia dejada de obtener o en la pérdida de ingreso presente y futuro, desde luego, como consecuencia inmediata o no tan inmediata del hecho dañoso⁶³³.

Hay que tener en cuenta que la siempre tan discutida valoración del lucro cesante en el Sistema de Valoración, no es exclusiva de la incapacidad permanente, sino que afecta también a los

2010 [RJ 2010; 5026], 20 de julio de 2011 [RJ 2011,7408] y 11 de abril de 2012 [RJ 2012, 5743].

⁶³² STS 18 noviembre de 1991 [RJ 1991, 9823] establece que la factura pagada lo único que demuestra es que sobre el vehículo y plataforma siniestrada se hicieron determinados trabajos. También citar TS en Sentencia de 28 noviembre de 1983 [RJ 1983, 6681].

⁶³³ EL TS, en Sentencia de 5 noviembre de 1998 [RJ 1998, 8404] considera que el lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto muy distinto de los daños materiales, cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado.

casos de fallecimiento y de incapacidades temporales, comprendiendo también el daño emergente futuro⁶³⁴, siendo más restrictiva la idea de que abarque el lucro cesante futuro, ya que éste sólo puede ser hallado conforme a mediciones efectuadas sobre situaciones económicas ya realizadas. Es por ello, que los daños invocados a través de esta partida han sido considerados con carácter hipotético, careciendo de efectividad.

3.2. Daños extrapatrimoniales: el daño moral y el daño corporal

Tradicionalmente en Derecho Español se han distinguido entre daños materiales (o económicos) y daños morales⁶³⁵, existen otras clasificaciones igualmente útiles y válidas, como la que distingue entre daños patrimoniales (como aquellos que sufre el perjudicado en el conjunto de sus bienes y derechos de naturaleza económica) y extra patrimoniales (incluyendo no sólo los daños morales *strictu sensu*, sino también las lesiones a la integridad física)⁶³⁶. Los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta

⁶³⁴ XIOL RÍOS, J. A. : "El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte", *Revista de la Asociación de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 41, 2012, pág. 42.

⁶³⁵ Los "daños y perjuicios personales", incluidos los corporales, no pueden de suyo valorarse porque afectan a bienes que están fuera del mercado, es decir, que son *extra commercium*. Mientras los "daños y perjuicios materiales" se insertan en el reino de la *utilitas estimable*, los personales se insertan en el reino de la *utilitas inestimable*. Pese a ello, *la vera rei estimatio* comprende tanto unos como otros, porque, como decía HUGO GROCIO, *pecunia communis est rerum utilium mensura*. De esta forma, queda afirmado que los daños y perjuicios personales están afectados por la dialéctica de la imposibilidad de valorarlos y la necesidad de hacerlo. El problema radica en cómo realizar esa imposible y necesaria valoración, casando la imposibilidad con la necesidad. Tal dialéctica se ha resuelto tradicionalmente mediante el monismo de la equidad, atribuyendo al juez facultades libérrimas para fijar la valoración en virtud de su propio y exclusivo arbitrio personal. MEDINA CRESPO, M.: "Acercas de las bases doctrinales del sistema legal valorativo Ley 30/95", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 36, pág. 9 y ss.

⁶³⁶ A. SEMPERE NAVARRO / C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI: "Los daños y perjuicios", en *La indemnización de daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 54 a 59.

aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida:

1°. El daño *patrimonial* provoca una disminución de utilidad que se reintegra o se repara con dinero o con bienes intercambiables por dinero.

2°. El daño *moral*, por el contrario, implica una reducción del nivel de satisfacción o utilidad, personal e íntima, que ni el dinero, ni otros bienes pueden llegar a reponer⁶³⁷. Si bien, cierta cantidad pecuniaria casi siempre servirá como método compensatorio o paliativo del mismo, que nunca lucrativo.

Daño *patrimonial* es el que recae sobre un objeto, ya sea en forma directa sobre el propio objeto o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona titular del mismo y siempre que sea susceptible de comercio entre los hombres. El concepto es extensivo y, así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados y, también, se considerará el daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para trabajar sobrevvenida a la víctima.

III.- CONCEPTO DE LUCRO CESANTE

Existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia al considerar que el daño resarcible está integrado por una pluralidad de conceptos, cada uno de ellos con sus particularidades propias. No obstante, ha sido práctica habitual en nuestra tradición jurídica la falta de

⁶³⁷ Por ejemplo, el impacto emocional que implica la pérdida de un hijo.

determinación de cada uno de los conceptos, provocando la frustración del principio de indemnidad.

En un primer momento, estos inconvenientes se solventaron mediante repeticiones por parte de los tribunales que terminaron convirtiéndose en norma obligatoria, y que originaba una enorme inseguridad jurídica, ya que los criterios aplicados por los jueces no siempre coincidían. El fundamento del sistema era el arbitrio judicial; el punto de arranque era el reconocimiento de la existencia de un juez libre para valorar el daño, y si éste terminaba sometándose a módulos definidos en la práctica judicial era por pura voluntad, en ningún caso por imposición⁶³⁸.

La gran inestabilidad existente en esta materia obligó al legislador a intervenir, sustituyendo los módulos judiciales por un sistema de baremos con la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, momento a partir del cual comienza la verdadera reacción entre los jueces y la doctrina contra el sistema instaurado.⁶³⁹

Dos son las grandes categorías de “daño” que pueden establecerse, desde una perspectiva de su valoración y resarcimiento: daños de carácter patrimonial y daños de carácter no patrimonial o daño moral.

⁶³⁸ LÓPEZ Y G^a DE LA SERRANA, J. : “El lucro cesante en relación al daño corporal”, *Manual de Valoración del daño Corporal*, Aranzadi, 2013.

⁶³⁹ “Desde una perspectiva puramente económica o sociológica, el legislador no había hecho otra cosa que poner cordura allí donde no existía: establecer parámetros objetivos que limitaran el excesivo arbitrio judicial sustituyendo los que antes se habían ido imponiendo por generación interna en la práctica judicial. Desde una perspectiva jurídica, en cambio, lo que se hizo fue atribuir categoría de norma jurídica a un sistema chapucero de valoración del daño. Tal sistema de “valoración integral del daño” no tiene parangón en ningún otro ordenamiento jurídico y ha sido descalificado como inadmisibles por la doctrina extranjera que se ha pronunciado sobre él. Se trata de una solución jurídica “ a la española” que se asienta sobre unas bases intelectuales inasumibles, pero que está perfectamente acomodado en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de las serias objeciones que el Tribunal Constitucional se vio forzado a ponerle (STC 181/00)”. GARNICA MARTÍN, J.F.: “Perjuicios causado por la paralización del vehículo siniestrado”, *Revista de Responsabilidad civil y Seguro*, N^a 40, 2011, pág. 40 a 43

Los distintos conceptos que se incluyen dentro del daño resarcible no se pueden reducir a la unidad porque su régimen jurídico es muy diverso. Aunque el legislador haya podido dar pie a la idea de que es posible el reduccionismo, no se pueden ignorar los problemas que entraña. Ese reduccionismo no es propiamente un mecanismo que permita resolver tales problemas sino sólo ignorarlos. Y como no siempre pueden ser ignorados, es preciso examinarlos con detalle para conocer qué posibilidades de actuación se tienen cuando, como víctima o como responsable, se está frente a la necesidad de determinar y cuantificar el daño⁶⁴⁰.

Tomando como punto de partida la terminología del art. 1106 del Código Civil⁶⁴¹, el lucro cesante es la ganancia que se haya *dejado de obtener* por consecuencia del hecho del que se es responsable⁶⁴².

En términos generales, podemos decir que en esta partida indemnizatoria se incluyen los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener, y cuya obtención se ve frustrada como consecuencia de la infracción obligacional de su deudor. Como se comprende, su acreditación y consiguiente indemnizabilidad estarán en función de la mayor o menor probabilidad de que el acreedor hubiese llegado a experimentar tales incrementos, no siendo resarcibles las meras expectativas o planes contingentes de ganancia⁶⁴³, sino sólo las oportunidades de lucro verosímilmente

⁶⁴⁰ GARCIA DE LA SERRANA, J.: *El lucro cesante en los accidentes de circulación y su incidencia en el seguro*, Universidad de Granada, 2008, pág. 15 y ss.

⁶⁴¹ Art. 1106 del Código Civil *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”*.

⁶⁴² El precedente del Art. 1106 del CC.. está constituido por el art. 1015 del Anteproyecto de Código Civil de 1851, del siguiente tenor: *“Se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor”*. El texto no recoge los conceptos de daño emergente y de lucro cesante, que son de elaboración doctrinal posterior.

⁶⁴³ STS 8 de junio 1996.

deducibles del curso causal de los acontecimientos⁶⁴⁴, a la luz de las actividades y circunstancias en que se halle involucrado el acreedor. No es preciso que el lucro cesante se fundamente en un título o derecho que se encuentre en el patrimonio del acreedor en el momento de producirse el incumplimiento, pero la jurisprudencia mantiene un criterio rigorista, en el sentido de que su existencia debe ser probada igual que la de cualquier otro tipo de daño⁶⁴⁵.

En los casos de daños personales sufridos por el acreedor, o por la víctima en un supuesto de responsabilidad extracontractual, se computarán como lucro cesante los salarios, jornales o retribuciones, que aquéllos dejen de percibir durante el tiempo por el que se prolongue su convalecencia.

Lo que se trata, por tanto, de reparar en el lucro cesante es la pérdida de ganancias dejadas de percibir (presentes, potenciales y futuras). Esa ganancia frustrada no requiere como fundamento un título ya existente en el patrimonio del acreedor en el momento del daño, sino que es suficiente que se pueda concretar en el futuro, sin que esto nos lleve a identificar el concepto de lucro cesante con el de *daño futuro*. Cabe explicar mejor las diferencias entre daño emergente actual y futuro y lucro cesante actual y futuro sobre la base del siguiente ejemplo⁶⁴⁶, en un accidente de circulación con lesiones corporales, pueden distinguirse los siguientes conceptos dañosos:

- *daño emergente actual*: daños materiales y los gastos de farmacia y hospital.

⁶⁴⁴ STS, Sala 1ª de 16 junio 1993.

⁶⁴⁵ SSTs 30 junio 1993, 30 noviembre 1993, 8 julio 1996, 5 noviembre 1996, 5 noviembre 1998 y 26 septiembre 2002 entre otras.

⁶⁴⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001.

- *lucro cesante actual*: los perjuicios derivados de la imposibilidad de la víctima para trabajar mientras duró la convalecencia.

- *daño emergente futuro*: los gastos que deberá acometer para afrontar el tratamiento de las secuelas permanentes.

- *lucro cesante futuro*: las ganancias que se dejarán de percibir como consecuencia de la incapacidad permanente.

Los problemas en torno al lucro cesante no son tanto de orden conceptual, que se ha mantenido constante a lo largo del tiempo, sino de otro tipo: la prueba de la pérdida de las ganancias aludidas, relación de causalidad, tipo de pérdidas (actual, de futuro, laboral...etc.), personas que merecen recibir una cobertura por pérdida aunque no pueden justificar ingreso alguno.

Deben destacarse dos exigencias constantes para el reconocimiento jurisprudencial del lucro cesante: la certeza y el carácter restrictivo para su estimación, notas que nos llevan al análisis de algunas circunstancias que pueden considerarse como dudosas.

La primera de las notas exigidas por la jurisprudencia, la certeza, nos hace cuestionarnos la posibilidad de incluir en el concepto de lucro cesante *la pérdida de oportunidades*⁶⁴⁷. Se puede clasificar la pérdida de oportunidades, según la naturaleza del daño final, en los siguientes apartados⁶⁴⁸:

⁶⁴⁷ Define MEDINA ALCOZ, L.: el sintagma “pérdida de oportunidad” en los siguientes términos: “expresión española que se emplea usualmente en el ámbito de la responsabilidad civil para hacer referencia al daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo”.

²⁷¹ MEDINA ALCOZ, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Thomson Civitas, 2007; GARCIA DE LA SERRANA, J.: *El lucro cesante en los accidentes de circulación y su incidencia en el seguro*, Universidad de Granada, 2008, pág. 18 y ss.

a.- La oportunidad económica y la oportunidad personal.

Parte en este primer grupo de los bienes afectados, distinguiendo entre aquellos menoscabos que afectan a bienes que integran el patrimonio económico de la persona y, aquellos que afectan a bienes de la personalidad⁶⁴⁹.

b.- La oportunidad “*de lucro captando*” y la oportunidad “*de damno vitando*”.

El segundo bloque atiende al patrimonio entrante y al saliente, distinguiendo de esta forma entre el daño emergente y lucro cesante. El primero es el atentado a un bien jurídico que estaba ya integrado en el patrimonio de la víctima; y el segundo, el referido a la ventaja que se habría obtenido después de no haber mediado el hecho ilícito.⁶⁵⁰

Y así, según que la ventaja final⁶⁵¹ consistiera en la evitación de un daño o en la obtención de un incremento patrimonial, pueden distinguirse dos tipos de oportunidades, la de *lucro captando* y la de *damno vitando*, asimilando el autor la primera al lucro cesante y la segunda al daño emergente, incluyendo en el primer grupo las oportunidades deportivas, procesales, comerciales y las que se pierden en los juegos de azar, ya que todas ellas definen la situación en que se encuentra una víctima que tenía posibilidades de obtener un galardón, un pronunciamiento favorable o un contrato, considerando, por el contrario, las oportunidades de curación o sobrevivencia de un

⁶⁴⁹ A título de ejemplo incluye el referido autor en el primer grupo la posibilidad de prolongar el tiempo de vida, que se pierde por culpa del médico que diagnostica tardíamente la enfermedad y pone en práctica a destiempo el tratamiento adecuado.

⁶⁵⁰ GARNICA MARTIN, J.F.: “La prueba del lucro cesante”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, N° 21, 2007, pág. 54 y ss.

⁶⁵¹ Entendiendo por tal el autor, aquella respecto de la cual la víctima sólo habría tenido posibilidades de beneficio reales, pero inciertas.

paciente en el segundo en cuanto se refieren a las posibilidades de que un bien del que previamente disponía (salud o vida) dejara de salir del patrimonio de la víctima.

c.- La oportunidad directa y la oportunidad consecuencial.

La tercera clasificación la realiza partiendo del carácter directo o consecuencial del detrimento patrimonial, y así considera directos los derivados inmediatamente del hecho ilícito y consecuenciales, los perjuicios inmediatamente derivados de un daño y, sólo indirectamente, de la conducta lesiva.

Respecto a su inclusión en el concepto de lucro cesante, la duda surge por ser una ganancia sobre la que no existe ninguna seguridad de que vaya a producirse, existiendo únicamente meras posibilidades de ello, y si tenemos en cuenta los estrictos parámetros jurisprudenciales, esa pérdida quedaría excluida de su resarcibilidad.

El nexo común a estos supuestos es la pérdida de una oportunidad de ganancia por causa imputable a un tercero, lo que lleva a plantearse si es o no susceptible de reparación, con el problema añadido de que no sólo no existe daño, sino que tampoco resulta fácil determinar en qué podría consistir y por consiguiente cómo podría valorarse.

La diferencia entre el lucro cesante y la pérdida de oportunidades se comprende de forma clara con el ejemplo de un deportista profesional y otro aficionado que aspira a serlo, en el entendimiento de que la imposibilidad de practicar el deporte al que se dedicara conlleva en el primer caso un estricto lucro cesante, mientras que en el segundo hay sólo una oportunidad frustrada.

El perjuicio en estos casos no consiste en la privación del beneficio no obtenido, sino en la privación de la posibilidad de lograrlo. En el

caso del lucro cesante, se parte de un hecho cierto (el perjuicio) para afirmar como cierto un hecho que es incierto (el alcance de ese perjuicio), mientras que en los casos de oportunidades frustradas, partimos de un hecho incierto (el perjuicio consistente en la pérdida de la ganancia a la que se aspiraba), aunque hay certidumbre de su posibilidad y, por tanto, la certidumbre de su frustración, que constituye propiamente un daño (perjuicio resarcible).

El problema que encuentran algunos autores en esta materia es el de la calificación de su naturaleza, ya que, cabe reputarlo de índole patrimonial pero también cabe reputarlo de índole moral⁶⁵². Si bien es cierto que predomina la primera de las posibilidades, no faltan autores⁶⁵³ que, estudiando en profundidad la materia examinada, entienden más adecuado su consideración como daño moral. Así, afirma que “no puede olvidarse que estamos ante un perjuicio que, de no haberse producido, por no haberse frustrado la oportunidad, nunca puede ser sustitutivo de una ganancia que pudo perfectamente dejar de obtenerse. Si, partiendo de la concreta cuantificación del perjuicio en que consiste la frustración de la oportunidad, pensamos en que, de no haberse producido ésta, es decir, de haberse ejercido esa oportunidad, cabía perfectamente que no se obtuviera ganancia alguna, la justificación de aquella sólo puede hallarse en la consideración de la frustración como un perjuicio de índole extrapatrimonial”.

⁶⁵² GARCIA DE LA SERRANA, J.: *El lucro cesante en los accidentes de circulación y su incidencia en el seguro*, Universidad de Granada, 2008, pág. 20 y ss.

⁶⁵³ MEDINA CRESPO, M.: *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II*, Dykinson, 2000, pág. 166 y ss; SOTO NIETO, F.: “Constitucionalidad e inconstitucionalidad del sistema de baremos establecidos en la Ley 30/95. Culpa relevante del conductor”, *Actualidad Penal*, 2001, pags. 1 y ss.

III.- EL LUCRO CESANTE EN EL BAREMO DE ACCIDENTES DE CIRCULACION

El concepto tradicional del lucro cesante encuentra un giro conceptual en el tratamiento dado por la Ley 30/95 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados⁶⁵⁴. Comienza la Exposición de Motivos afirmando que “el sistema indemnizatorio previsto se articula a través de un cuadro de importes fijados en función de los distintos conceptos indemnizables que permiten, atendidas las circunstancias de cada caso concreto y dentro de unos márgenes máximos y mínimos, individualizar la indemnización derivada de los daños sufridos por las personas en un accidente de circulación”.

En el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, Texto Refundido aprobado por RDL 8/2004, de 29 de octubre, entre los criterios que se establecen para la determinación de la indemnización, se señala expresamente que “para asegurar la total indemnización de los daños y perjuicios se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y la pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado”.

El lucro cesante se prevé expresamente como una de las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta. Una reparación integral exige que se indemnice también el lucro cesante. La exacta valoración del daño causado resulta imposible de lograr desde el momento en que se prefiere una tasación legal, si bien es cierto que no puede decirse que la nueva ley haya optado por un sistema de

⁶⁵⁴ Vid. SOTO NIETO, F.: “La reparación de los daños personales, criterios y métodos de valoración de los perjuicios futuros”, *Revista Española de Seguros*, Enero – Marzo 2000, pag 1 y ss.

daño normativo. El camino seguido por la nueva ley ha sido la minoración al máximo de la importancia de la reparación del lucro cesante, utilizando criterios que no pueden lograr una satisfacción a los que por daños personales tienen, al mismo tiempo, una pérdida de sus ingresos.

Las dudas que surgen respecto al tratamiento que se da a la reparación del lucro cesante no quedan resueltas en las explicaciones que contiene el propio sistema, ya que el baremo no se justificaba para las partidas puramente económicas o patrimoniales, tales como el daño emergente y el lucro cesante.

El sistema previsto en la Ley 30/95 de 8 de noviembre, resulta absolutamente insatisfactorio en lo que respecta a la reparación del lucro cesante. Lo peor del sistema es que parte de la premisa de que todas las situaciones son iguales cuando no pueden serlo. Los perjuicios económicos nunca pueden ser idénticos, aunque el daño personal sea el mismo. Quizás moralmente el perjuicio sea el mismo cuando fallece una persona, pero la ganancia dejada de obtener dependerá de múltiples circunstancias. Se ha acentuado por los autores la falta de cobertura no sólo a las llamadas “rentas altas”, sino tampoco a las “rentas medias” y a las “rentas mínimas”, y un sistema que quiere ser social debería cubrir, al menos la restitución íntegra de las ganancias pérdidas de los más débiles económicamente.

Las dos posiciones más extendidas respecto a la valoración tabular de los perjuicios económicos derivados del daño corporal son la llamada interpretación integradora y la llamada interpretación correctora⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ XIOL RIOS, J.A.: “¿Son indemnizables los perjuicios patrimoniales atípicos derivados del daño corporal en el Sistema de valoración en materia de accidentes de circulación?”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 22, pág. 11 y ss.

1.- LA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA

Esta primera tesis considera que la reparación del lucro cesante encuentra respuesta en las tablas, omitiendo toda posibilidad de resarcimiento fuera de ellas. Destacan el valor vinculante de las tablas, afirmando que no son resarcibles aquellos daños no regulados en el Anexo, y que, por otra parte, los recogidos en el propio Anexo, sólo pueden valorarse dentro de los límites cuantitativos fijados en las tablas. Partiendo, a modo de ejemplo, de la Tabla IV, se analizan los distintos factores de corrección y su posible adecuación al concepto de lucro cesante:

1.1.- El factor de corrección por perjuicios económicos

Dos son las tesis fundamentales que se barajan en este primer factor corrector: por un lado, los que entienden que a través del mismo se regula el resarcimiento de aquellos perjuicios que se encuentran al margen de los gastos incluidos en el criterio del apartado primero, número 6, del Anexo, y por otro lado los que consideran que el factor contiene una tasación legal y presuntiva de un perjuicio patrimonial básico ajeno al lucro cesante, cuya reparación ha de tener lugar de manera independiente⁶⁵⁶.

⁶⁵⁶ En este último sentido la SAP Madrid de 20 de octubre de 2001 “ las circunstancias excepcionales, resarcibles a tenor de lo establecido en el inciso segundo de la Regla General 7ª del Apartado primero EDL 1968/1241 del Sistema, están constituidas por los gastos contingentes o eventualmente necesarios, la pérdida o limitación de la capacidad de trabajo y por el lucro cesante, concepto éste antológicamente diverso al de “perjuicios económicos” tanto desde el punto de vista semántico cuanto material, habida cuenta que su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre un valor orientado a resarcir un daño estrictamente extramatrimonial y las cantidades resultantes no alcanzan a satisfacer las pérdidas concretas de ingresos, cuando existen, por lo que únicamente sirven para compensar un perjuicio patrimonial básico, legalmente presumido y abstractamente tasado, compatible por tanto con la reparación del lucro cesante”.

Frente a estas dos posiciones se concluye que, al no estar restringidos por criterio o regla explicativa o tabular alguna los porcentajes de este factor de corrección, el juzgador aplicará el porcentaje que estime adecuado dentro de la horquilla legal, atendiendo para ello a la prueba, y si, el lucro cesante no resulta superior al máximo del apartado correspondiente, este factor servirá para su indemnización completa, y si por el contrario no es así, deberá acudir a los restantes factores correctores⁶⁵⁷.

1.2.- El factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta

Nuevamente podemos distinguir tres tesis en torno a este factor de corrección. Un primer grupo considera que es la vía para resarcir el perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral; el segundo entiende que es la vía para la reparación del daño moral que va implícito al impedimento de cualesquiera actividades afectadas, excluyendo el daño patrimonial y por tanto el lucro cesante, y finalmente, el tercer grupo considera que nos encontramos ante un factor corrector mixto, cuyo objetivo es cubrir tanto los perjuicios patrimoniales como los daños morales, entendiendo este último sector que el lucro cesante que resulte probado en el proceso y que quede excluido del factor corrector anterior, encontrará cobertura en este apartado.

1.3.-El factor de corrección por gran invalidez

Parece existir uniformidad por parte de los defensores de la interpretación integradora a la hora de considerar que este apartado

⁶⁵⁷ XIOL RÍOS, J.A.: “¿Son indemnizables los perjuicios patrimoniales atípicos derivados del daño corporal en Sistema de valoración en materia de accidentes de circulación?”, *Revista Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 22, 2007, pag. 10 y ss.

no cubre el llamado lucro cesante, sino que se ocupa del daño emergente.

1.4.-El factor de daños morales familiares

Como su nombre indica, este cuarto factor corrector cubre daños morales familiares, según la doctrina mayoritaria generando un crédito indemnizatorio a favor de los familiares afectados por la gran invalidez del lesionado⁶⁵⁸, existiendo un sector que entiende que se trata de una partida indemnizatoria que ha de ser reconocida a favor del lesionado, sin perjuicio de su destino a los familiares que vean afectada su vida por los cuidados y atenciones que exija el gran inválido⁶⁵⁹. En cualquiera de los casos, no encontraríamos cobertura alguna al resarcimiento del lucro cesante en este factor corrector, dedicado exclusivamente a los daños morales.

Así pues y a modo de conclusión, la interpretación integradora defiende la falta de vertebración del Sistema y la consideración de determinados factores de corrección como mixtos, es decir, destinados a indemnizar tanto el daño moral como el patrimonial, por lo que es necesario agotar la horquilla legal que el propio sistema fija, integrando en los distintos factores correctores el lucro cesante y el daño emergente probado por encima de los límites fijados para el factor de corrección por perjuicio económico.⁶⁶⁰

2.- LA INTERPRETACIÓN CORRECTORA

Este segundo grupo admite valoraciones al margen de los límites indemnizatorios fijados en las tablas, siempre que correspondan a

⁶⁵⁸ Ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia de la AP de Navarra de 6 de marzo de 2000.

⁶⁵⁹ En este sentido la STC 15/2004.

⁶⁶⁰ En este sentido la STC 222/2004.

daños no contemplados en las mismas, entendiendo que es esta la única forma de acomodar el sistema al principio de reparación íntegra.

Las limitaciones cuantitativas tabulares solamente afectan a la valoración del daño corporal en sí y de sus inmediatas consecuencias personales (daños morales), sin que afecten a los daños morales que no han sido tipificados en las tablas y, tampoco, a las consecuencias patrimoniales del daño corporal que no aparecen recogidas en los factores de corrección o lo son insuficientemente. Esta interpretación se apoya no sólo en el valor normativo del principio de la íntegra restitución del daño causado proclamado por el apartado primero, número 7 del Anexo, sino también de la consideración en el mismo de la concurrencia de “circunstancias excepcionales”, concepto que por su propia naturaleza implica la imposibilidad de su previsión específica en las tablas⁶⁶¹.

V.- LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.- EL SISTEMA BAREMIZADO DE RESARCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE ANALIZADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL RESPONSABLE CIVIL

Cuando se utiliza el sistema de baremos para el resarcimiento del lucro cesante, sea en el ámbito estricto de aplicación de la Ley

⁶⁶¹ Por ejemplo la SAP Madrid de 21 de septiembre de 2002 declara que “las circunstancias excepcionales, resarcibles a tenor de lo establecido en el inciso segundo de la Regla general 7ª del Apartado primero del Sistema, están constituidas por los gastos contingentes o eventualmente necesarios, la pérdida o limitación de la capacidad de trabajo y por el lucro cesante, concepto éste antológicamente diverso al de “perjuicios económicos” tanto desde el punto de vista semántico cuanto material, habida cuenta que su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre un valor orientado a resarcir un daño estrictamente extrapatrimonial y las cantidades resultantes no alcanzan a satisfacer la pérdidas concretas de ingresos, cuando existen, por lo que únicamente sirven para compensar un perjuicio patrimonial básico, legalmente presumido y abstractamente tasado, compatible por tanto con la reparación del lucro cesante”.

30/1995 o bien cuando el sistema instaurado por dicha Ley se aplica de forma analógica fuera del ámbito de la responsabilidad civil derivada de accidentes de tráfico, se priva al responsable de poder cuestionar que el daño que ha causado se corresponde estrictamente con el que se le está reclamando de acuerdo con el sistema tabular. El sistema de baremos únicamente permite discutir a partir de las bases del sistema, pero no las propias bases del sistema, de forma que ante una situación en la que el daño haya consistido en la muerte de una persona, si existen legitimados para reclamar la indemnización señalada en el sistema, el responsable no puede discutir: (1) si de verdad existe daño moral y si es equitativo que el mismo se compense con la cuantía preestablecida; (2) si los perjuicios económicos resarcibles son efectivamente los que se están resarciendo por el legislador.

Y algo similar ocurriría ante una situación de incapacidad temporal o de lesiones permanentes: el modelo legal no le permite al responsable discutir que el daño moral y los perjuicios económicos que se puede ver forzado a abonar en concepto de resarcimiento no son los que efectivamente ha causado, sino que son muy superiores a ellos⁶⁶². Eso creemos que no es razonable, y que es contrario al derecho a la tutela efectiva del art. 24.1 de la Constitución, en los mismos términos en los que el propio Tribunal Constitucional ya consideró que conculcaba esa misma norma la restricción que se imponía a la víctima en la tabla V del sistema de baremos al limitar la cuantía máxima que se podría reclamar por perjuicios económicos (fundamentalmente lucro cesante) en situaciones de incapacidad

⁶⁶² En este sentido SOTO NIETO, F.: "Constitucionalidad e inconstitucionalidad del sistema de baremos establecido en la Ley 30/1995. Culpa relevante del conductor", *Actualidad Penal*, 2001, págs. 9 y ss.; TIRADO SUAREZ, F.J.: "De nuevo sobre la jurisprudencia constitucional en torno al baremo de indemnización de daños corporales (Comentario de las sentencias 241/2000, 242/2000, 244/2000, 262/2000, 267/2000, 21/2001, 37/2001 y 163/2001)", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, enero a diciembre de 2001; MEDINA CRESPO, M.: "El Tribunal Constitucional no maldice el baremo: lo bendice" *Actualidad Aseguradora*, Nº 27, 2000, ; BARRÓN DE BENITO, J. L. "El Baremo de daños corporales: materiales para la valoración de su cuestionada constitucionalidad", Dykinson, Madrid, 1998.

temporal⁶⁶³ .

El responsable civil debe responder del daño que cause, pero no así del que no cause, de forma que el derecho a la tutela de su posición jurídica que el constituyente consagra como derecho fundamental en el art. 24.1 CE debe incluir la posibilidad de combatir cualquier concepto de daño que le sea reclamado y que crea que no ha producido. Pues bien, a cualquier operador jurídico que sea mínimamente conocedor del sistema de baremos instaurado por la Ley 30/1995 no se le escapa que el legislador no permite que el responsable pueda cuestionar la procedencia de la indemnización que con el carácter de mínimo legal se establece en cada caso. El legislador, por consiguiente, procede no sólo a tasar el daño de manera objetiva sino a predeterminar en cada caso cual es el daño moral y patrimonial que se asocia a la producción de daños personales. El legislador no permite la prueba en contra respecto de los conceptos y cuantías que se asocian al daño personal por el que se reclama y con ello restringe de manera inadmisiblemente los derechos del responsable.

Esa lectura del sistema no es frecuente que se haga, porque no existe la misma sensibilidad respecto de la cuestión de la restricción de los derechos de defensa del responsable que de la víctima. No obstante, debe reconocerse que la idea que late en uno y otro supuesto es exactamente la misma. Y, si se apura, la cuestión nos parece intelectualmente incluso más clara contemplada desde la perspectiva del responsable que desde la de la víctima.

⁶⁶³ STC 181/2000.

2.- CONSECUENCIAS DEL SISTEMA DE BAREMOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA VÍCTIMA

La principal de esas consecuencias ya la hemos adelantado: si bien el baremo establece un sistema que facilita el resarcimiento del lucro cesante, también lo limita. El legislador ha establecido un techo a la posibilidad de resarcir el lucro, no permitiendo que dentro del sistema se puedan sobrepasar los límites que en cada caso se señalan. Tal limitación se dijo que suponía un atentado respecto de los derechos constitucionales de la víctima y así lo sostuvo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 181/2000, en la que estimó contraria al derecho a la tutela efectiva parte de la tabla V, aquella parte en la que se establece el sistema que se debe aplicar para el resarcimiento del lucro cesante derivado de la incapacidad temporal. El sistema legal consiste en aplicar sobre el valor de la indemnización básica un porcentaje de incremento de hasta un 75%, porcentaje que se aplica en función del nivel de los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal.

El pronunciamiento de inconstitucional al que se acaba de hacer referencia no cabe duda alguna de que es extensivo a todas las demás tablas del sistema establecidas para el resarcimiento del lucro cesante, a pesar de que el Tribunal Constitucional no lo dijera expresamente, permitiendo con ello que subsista la duda en nuestro ordenamiento jurídico. Las razones de esa extensión están en que los mismos reproches que se hacen a la tabla V son de aplicación a las demás. No creemos que existan razones que justifiquen una solución distinta.

A pesar de ello, no puede hablarse en sentido estricto de un pronunciamiento de inconstitucionalidad. Un pronunciamiento de ese tipo expulsa la norma que se reputa inconstitucional del ordenamiento jurídico y no ha sido eso lo que hiciera la STC 181/2000 con las normas en cuestión. Lo único que hizo el Alto Tribunal fue interpretar el sistema en términos acordes con la Constitución, de forma que su

Sentencia se limita a considerar inconstitucional la limitación (el techo) que el sistema impone en el resarcimiento de los daños y perjuicios. El sistema sigue vigente, pero no puede impedir que se reclame y que se resarza un lucro cesante por cantidades superiores a las que el sistema contempla.

Una buena muestra del resultado a que ha conducido el pronunciamiento de inconstitucionalidad contenido en la STC 181/2000 lo encontramos en la STC 104/05, de 9 de mayo de 2005⁶⁶⁴. El Tribunal Constitucional concede amparo en un juicio verbal enjuiciado por el Juzgado de Primera Instancia 10 de Barcelona y más tarde por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, porque se había aplicado de manera imperativa el “baremo” no entrando a valorar si era resarcible un concepto de daño emergente asociado a la incapacidad temporal. Se había pretendido por la víctima de un accidente de tráfico que se le indemnizaran los gastos derivados de la contratación de un trabajador que supliera el trabajo de la actora durante su incapacidad. Tal pretensión se desestimó, no porque no se considerara acreditada sino argumentando que el sistema legal no lo permitía. El Alto Tribunal anula la sentencia de la Audiencia y le ordena que dicte nueva sentencia respetuosa con el derecho a la tutela efectiva de la actora, esto es, que le dé respuesta a la cuestión planteada y proceda al resarcimiento del daño sin tomar en consideración el techo establecido en la norma legal reputada inconstitucional. El pronunciamiento del TC se limita a indicar a la Audiencia que resuelva sobre la pretensión relativa a los gastos de contratación de un trabajador y mantiene los demás pronunciamientos. Con ello el Alto Tribunal, sin advertirlo, ha incurrido en el error de permitir que se pueda producir una situación de teórico doble resarcimiento: los perjuicios económicos han sido, todos ellos, resarcidos⁶⁶⁵ de forma conjunta a través de la aplicación del baremo; por otro lado, también puede serlo un concepto concreto de forma separada. Para que esa duplicidad de resarcimiento no se produjera,

⁶⁶⁴ EDJ 1005/6162

debería poder descontarse de la indemnización baremizada la parte correspondiente a perjuicios económicos, o al menos a parte de los perjuicios económicos, lo que en la práctica resulta imposible.

Este es el desajuste fundamental que se puede producir cuando se conjugan, como resulta indispensable hacer hoy, los “baremos” con elementos ajenos al sistema. ¿Cómo se combinan esos dos sistemas que responden a principios completamente distintos? Si en el sistema de baremos se hubiera precisado lo que corresponde a cada uno de los conceptos (daño moral, lucro cesante, daño emergente) se podría descontar la parte correspondiente cuando la víctima decide acudir a las reglas generales del enjuiciamiento civil, tal y como le permite la STC 181/2000. Pero como las cuantías del sistema de baremos integran un *totum revolutum* tal discriminación no resulta posible, de manera que el sistema debe convivir con esa inconsecuencia.

El resultado práctico de esta situación viene siendo el mismo que resulta de la Sentencia del TC 104/05, es decir, la conversión de las cuantías del sistema tabular en un baremo de daño moral, algo que no se corresponde en absoluto con el espíritu de la norma. Por lo tanto, el baremo ha pasado de tener la consideración de medida de todo el daño producido, de límite máximo a la reclamación de la víctima a adquirir el carácter de un baremo de mínimos, un parámetro que marca el umbral del resarcimiento por los daños personales, pero que deja abierta la puerta a que separadamente se pueda conseguir el resarcimiento del lucro cesante y del daño emergente que se acrediten. Buen ejemplo de ello lo podemos encontrar en la SAP de Córdoba (Sec. 1ª) de 30 de marzo de 2004⁶⁶⁶, en la que puede leerse lo siguiente: “Pero lo que no ofrece la menor duda es que el lucro cesante, acreditado, es perfectamente indemnizable y no se origina duplicidad indemnizatoria por el hecho de haberse abonado al perjudicado el importe de los días de impedimento por incapacidad y el factor de corrección”.

⁶⁶⁶ EDJ 2004/14477.

Aún así, la situación sigue siendo incomparablemente mejor a la previa a su instauración. La razón de ello se encuentra en la escasa frecuencia con la que se acude a la prueba de daños específicos y distintos a los baremizados, lo que sin duda se debe a la dificultad que entraña su acreditación, particularmente cuando se trata de lucro cesante. Y la propia existencia del “baremo”, aun herido de muerte, ha hecho descubrir a los tribunales algo que había quedado en el olvido: la necesidad de probar el lucro cesante para que pueda darse lugar a su resarcimiento.

3.- EL CONCEPTO DE CULPA RELEVANTE Y EL RESARCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE

La referencia por parte del Tribunal Constitucional al concepto de “culpa relevante”, no ha sido muy precisa, no sólo porque no se sepa muy bien en qué consiste, sino porque ha introducido un parámetro interpretativo nuevo, que no estaba en la Ley⁶⁶⁷. Con ello el Tribunal Constitucional puede habernos devuelto al pasado del enjuiciamiento de la responsabilidad civil del automóvil. El daño del que se responde en el ámbito de aplicación de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación del vehículo de motor por daños personales no es más o menos amplio en función del título de imputación de la responsabilidad, porque el baremo no es un baremo de seguro obligatorio sino un baremo de responsabilidad civil.

Si pudiera sostenerse que tal pronunciamiento ha convertido el baremo en un baremo de seguro obligatorio, ello no sería razón para sostener que el resarcimiento del lucro cesante pudiera quedar limitado a las cuantías básicas del sistema y no al factor de corrección. En nuestra opinión esa es una lectura incorrecta de la doctrina que el TC estableciera en la STC 181/00.

⁶⁶⁷ GARNICA MARTIN, J.F.: “La prueba del lucro cesante”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, N° 21, 2007, pág. 45 y ss.

Otro criterio más acertado⁶⁶⁸, en relación con el sistema legal de tasación introducido por la Ley 30/1995, y en los aspectos que las dudas de constitucionalidad cuestionan, la inconstitucionalidad apreciada, por violación de los arts. 9.3 y 24.1 de la Constitución, ha de reducirse a las concretas previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del Anexo, y ello no de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas, determinante de “incapacidad temporal”, tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo.

La anterior precisión conduce a la adecuada modulación en el alcance del fallo que hemos de pronunciar. En efecto, cuando se trate de resarcir daños ocasionados sin culpa, es decir, con base en responsabilidad civil objetiva o por riesgo, la indemnización por “perjuicios económicos”, a que se refiere el apartado letra B) de la tabla V del anexo, operará como un auténtico y propio factor de corrección de la denominada “indemnización básica (incluidos daños morales)” del apartado A), conforme a los expresos términos dispuestos en la Ley, puesto que, como ya hemos razonado, en tales supuestos dicha regulación no incurre en arbitrariedad ni ocasiona indefensión.

Por el contrario, cuando la *culpa relevante* y, en su caso, judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar, los “perjuicios económicos” del mencionado apartado B) de la tabla V del Anexo, se hallan afectados por la inconstitucionalidad apreciada y, por lo tanto, la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener (art. 1.2 de la Ley 30/1995) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso.

⁶⁶⁸ SAP de Badajoz (Secc. 3ª) de 14 de diciembre de 2004 [ED] 2004/198095].

En consonancia con ello, el R.D.Leg. 8/2004 de 29 de octubre, explica al respecto que, por lo que se refiere a las “Indemnizaciones por incapacidades temporales (Tabla V), estas indemnizaciones serán compatibles con cualesquiera otras y se determinan por un importe diario (variable según se precise, o no, una estancia hospitalaria) multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla, salvo que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada.

V.- LA PRUEBA DEL LUCRO CESANTE

La jurisprudencia viene haciendo invocaciones constantes al lucro cesante. No obstante, no faltan pronunciamientos en los que se afirma que “lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización, se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir – lucro cesante– y la realidad de éste⁶⁶⁹, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión “⁶⁷⁰.

La única diferencia que realmente existe entre la prueba del lucro cesante y la prueba de cualquier otro hecho constitutivo de una pretensión es que el lucro cesante no está referido a un hecho acontecido sino a un hecho que podría haber acontecido y que no se produjo⁶⁷¹. De ello se derivará una consecuencia esencial: el objeto de la prueba no podrá ser nunca de forma directa la propia ganancia frustrada sino otros hechos que sean indicativos de que la misma se

⁶⁶⁹ GARNICA MARTIN, J. F.: “La prueba del lucro cesante”, op. cit., pág. 61 y ss.

⁶⁷⁰ SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 30 de marzo de 2004 [ED] 2004/14477].

⁶⁷¹ GARNICA MARTIN, J.F.: “La prueba del lucro cesante”, op. cit., pág. 45 y ss.

habría realmente producido.

Esa forma de probar está expresamente prevista por el legislador al regular las presunciones. En el art. 386.1 de la LEC (presunciones judiciales) se dice que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Por otra parte, también debe distinguirse entre los problemas que plantea la prueba de la existencia de la ganancia frustrada y los que plantea la prueba de su cuantía, que son muy diversos. En cuanto a la prueba de la ganancia en sí misma, el problema consiste en convencer al juez de su existencia, lo que puede ser sencillo cuando la propia naturaleza de las cosas la conlleve, o más complicado, cuando escape a los parámetros de normalidad. Así, en la propia naturaleza de las cosas está que el propietario y conductor de un auto-taxi se va a ver privado de ganancias durante el tiempo en que resulte imposibilitado para conducirlo, particularmente en el caso de que el propio vehículo haya quedado dañado y deba permanecer en el taller para ser reparado, pero también cuando él personalmente resulte imposibilitado para su conducción. Por consiguiente, la prueba de la existencia de ganancias frustradas en estos casos es una prueba fácil: basta con acreditar que el dañado es el titular de un auto-taxi y que va a resultar impedido para ejercer su oficio o bien para utilizar el vehículo para tal fin. En cambio, para cuantificar el lucro los problemas son mucho mayores, porque su importe dependerá de muchas circunstancias distintas, como el número de horas que trabaje el taxista afectado o la posibilidad que haya tenido de ser sustituido en la conducción.

1.- LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL LUCRO

La carga de la acreditación del lucro le corresponde al que lo reclama, al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión (art. 217.2 LEC).

Se trata de una prueba que debe hacerse de manera indirecta, a través de indicios, ya que, por concepto, no pueden existir medios de prueba directos de algo que no ha llegado a existir. La prueba por indicios es relativamente frecuente en el enjuiciamiento civil, en todos aquellos supuestos en los que no se dispone de medios de prueba directos⁶⁷².

Así, para acreditar la ganancia frustrada de un negocio que se ha debido cerrar se deberá acudir a la prueba de hechos indirectamente indicativos de los mismos, tales como las ganancias experimentadas durante el año anterior, sea en el mismo período del cierre, o bien sea en término medio. A su vez, tales ganancias tampoco resultan fáciles de acreditar y es preciso acudir a medios de prueba tales como la propia contabilidad del comerciante afectado o sus declaraciones fiscales o bien a una pericial que las determine de acuerdo con criterios medios, esto es, las ganancias habituales o normales en el sector de actividad para un establecimiento como el afectado.

Todos esos parámetros indirectos que permiten determinar si han existido ganancias frustradas pueden parecer discutibles, pero más desde la perspectiva de la concreción de su importe que de la existencia o inexistencia de la propia ganancia. Por consiguiente, la prueba de la existencia del lucro puede representarse a priori como extraordinariamente más fácil que la prueba de su importe.

⁶⁷² GARNICA MARTIN, J.F.: “La prueba del lucro cesante”, op. cit., N° 21, 2007, pág. 62 y ss.

Con todo, no se trata de una prueba fácil. El problema fundamental que esta prueba plantea es el de la intensidad probatoria precisa para que se pueda estimar acreditada la ganancia frustrada. Esa intensidad tiene que ser la razonable, en función de:

1º) Las dificultades probatorias que en el caso de plantean, esto es, de las abstractas posibilidades de prueba que se encuentren a disposición de las partes; y,

2º) El grado de previsibilidad de esas mismas ganancias. Sólo cuando las mismas se separen de la normalidad es cuando cabe exigir un mayor grado de esfuerzo probatorio.

Por otra parte, para que el lucro cesante se pueda resarcir no basta con acreditar su existencia genérica sino que también debe probarse su entidad o alcance, lo que es algo distinto a su valoración propiamente dicha. La prueba de la extensión o conceptos a los que alcanza la ganancia frustrada es la prueba de la relación de causalidad entre los concretos conceptos que lo integran y el hecho del que se deba responder. Cuando las ganancias frustradas que se reclamen sean muy diversas no es posible tratarlas a efectos probatorios como un todo único sino que resulta indispensable hacer esfuerzo probatorio para acreditar que en cada uno de los casos la ganancia se ha frustrado y que lo ha sido por consecuencia del hecho dañoso del que se debe responder.

2.- LA PRUEBA DE LA CUANTÍA DE LA GANANCIA FRUSTRADA

La prueba de la cuantía de la ganancia frustrada plantea problemas mayores que los de la propia ganancia en sí. En cualquier caso, acreditada la ganancia, las dificultades probatorias respecto de su

cuantía no debieran determinar que no se conceda resarcimiento⁶⁷³. Con frecuencia, en cambio, los tribunales dejan de conceder indemnización por las ganancias frustradas, no porque éstas no se hayan determinado sino porque no se han cuantificado bien, lo que creemos que constituye un error de concepto⁶⁷⁴.

En otros ordenamientos jurídicos, como ocurre en el italiano, se autoriza expresamente al juez a usar criterios de equidad para cuantificar el daño si el mismo no ha resultado posible probarlo en su debida entidad. Así se dispone en el art. 1226 del Código Civil (en sede de obligaciones contractuales, aunque con aplicación también al daño contractual por la expresa disposición del art. 2056, 1 CC): “si el daño no puede ser probado en su debida entidad, puede liquidarlo el juez según su prudente criterio de equidad⁶⁷⁵”. El recurso a la equidad para proceder a la cuantificación del daño tampoco es extraño a nuestra tradición jurídica. En los arts. 103 y 104 del Código Penal de 1973 también se establecía que para la cuantificación de los daños y perjuicios se procedería según la regulación del tribunal, expresión en la que se consideraba ínsita una referencia a la equidad hasta el extremo que la cuantificación realizada por el juez se consideraba

⁶⁷³ GARNICA MARTIN, J. F.: “La prueba del lucro cesante”, opus cit., pág. 63 y ss.

⁶⁷⁴ Ejemplo de ello lo constituye la SAP de Zaragoza (Sec. 5ª) de 30 de mayo de 2005 [ED] 2005/70667]. Se trataba de una reclamación por lucro cesante a consecuencia de la paralización de un vehículo de auto-escuela. Acreditada la paralización, la pretensión se desestima porque para fundar el importe a percibir únicamente se aporta una certificación del Secretario de la Asociación Provincial de Autoescuelas de Zaragoza expresiva del precio de una clase para un vehículo como el siniestrado. En opinión de la Audiencia tal certificación no era prueba suficiente de la cuantía del daño porque la autoescuela, que sólo contaba con dos vehículos, tenía a su disposición otros medios de prueba que permitieran conocer con mayor exactitud la entidad del daño.

Otro ejemplo, aún más discutible, es el de la SAP Zamora de 14 de Septiembre de 2005. Se trataba de un camión que hubo de permanecer paralizado por consecuencia de un accidente. La Audiencia estima plenamente acreditada la existencia de ganancia frustrada, si bien desestima la demanda porque el criterio utilizado por la parte actora para cuantificarla (un certificado del observatorio de costes de Comité Nacional de Transportes por Carretera) no le parece una prueba suficientemente objetiva.

⁶⁷⁵ Vid. DE CUPIS, A.: *El daño*, trad. de Martínez Carrión, Bosch, 1975, pág. 548 y ss.

inatacable por vía de recurso. Y no es el único supuesto en el que se recurre a la equidad: también en el art. 1103 del CC (que la jurisprudencia suele considerar aplicable también a la culpa extracontractual) se faculta al juez para moderar la responsabilidad. Si bien lo más usual es que se trata de un facultad que permite a los tribunales reducir el importe del resarcimiento, creemos que en su interior encierra la posibilidad de acudir a criterios de equidad para fijar el importe efectivo del daño cuando no haya podido ser acreditado de otro modo⁶⁷⁶.

La dificultad para cuantificar la ganancia frustrada reside en que las bases a partir de las cuales se puede llevar a cabo esa valoración no resultan fáciles de determinar y menos aún de acreditar. Por tal razón se ha tendido en la práctica de los tribunales a acudir a criterios estandarizados, como por ejemplo, los criterios según los cuales por cada día de inactividad de un vehículo la ganancia frustrada se traduce en una cantidad concreta. Tales criterios pueden ser objetables por muchas razones, pero constituyen un valioso instrumento de cuantificación del lucro cesante, dado que su aplicación se encuentra completamente generalizada⁶⁷⁷.

El fundamento de esos criterios se encuentra en la propia experiencia humana: son criterios de valoración que aplican los jueces a partir de datos de la experiencia práctica. Su fundamento se encuentra en el principio de normalidad, del que son aplicación⁶⁷⁸.

Tales criterios creemos que son admisibles, como de hecho vienen siendo considerados por la mayor parte de la denominada jurisprudencia menor, y constituyen un parámetro inestimable para

⁶⁷⁶ GARNICA MARTÍN, J.F.: “La prueba del lucro cesante”, op. cit., , pág. 63 y ss.

⁶⁷⁷ Cfr. ALBIEZ DOHRMAN, KLAUS JOCHEN: “El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo”, *Revista de Derecho Privado*, 1998, pág. 361 y ss.

⁶⁷⁸ Cfr. MOISSET DE ESPAGNES, L.: “Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro, con relacion al daño emergente y al lucro cesante”, *Revista General de Legislacion y Jurisprudencia*, 1975, pág. 195 y ss.

proceder a la valoración del daño, en la medida en que constituyen una alternativa razonable a las dificultades de su acreditación. No obstante, tampoco creemos que deban constituirse como el parámetro fundamental, que desplace a la verdadera prueba del daño. Al contrario, creemos que debe ser aplicado como un parámetro subsidiario, que impida que el daño quede sin resarcimiento por falta de cumplida prueba de su cuantía. Pero el parámetro fundamental debe seguir siendo el de la prueba de la entidad del daño a partir de datos que lo intenten determinar de manera más concreta. Tratándose de un daño hipotético, esos datos siempre han de ser una medida relativa del daño. De lo que se trata es que supongan una medida objetiva del mismo, lo que se puede conseguir acudiendo tanto a datos internos como externos, esto es, datos pertenecientes a la esfera interna de la actividad del que ha sufrido el daño o bien ajenos a ella y pertenecientes a la experiencia de otro con el que exista similitud de situación.

No creemos que se pueda establecer una regla general sobre cuáles de esos datos son preferibles. Los procedentes de la esfera interna pueden parecer más sospechosos, pero son también más directamente indicativos. Si se consigue dotarlos de objetividad, demostrar que no se han manipulado, son el mejor parámetro para la prueba del lucro cesante. Los externos pueden parecer a priori más objetivos, pero también están más alejados del objetivo que se pretende: son indicativos de las ganancias de otros, no de las propias. La combinación de unos y otros es siempre el mejor remedio.

VI.- LA NUEVA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE LUCRO CESANTE EN SUPUESTOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Tras analizar la discutida doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional, así como la posición de nuestro Tribunal Supremo sobre el tratamiento del lucro cesante en el derecho de daños hasta el año 2009, ha supuesto un gran avance, la importante Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010⁶⁷⁹, parte de que la determinación del daño se funda en el principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados⁶⁸⁰.

Con arreglo a este principio de reparación integral del daño causado, la Sala 1ª del TS establece que el régimen de responsabilidad civil por daños a la persona en accidentes de circulación comprende el lucro cesante, incluye en los daños y perjuicios causados a las personas “el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener”. Este sintagma se toma del artículo 1106 CC, el cual se admite pacíficamente que se refiere al lucro cesante. Asimismo, en el ámbito de la cuantificación del daño, el Anexo, primero, 7, establece como circunstancias que se tienen en cuenta para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados “las circunstancias económicas, incluidas las que afecten a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado”.

Explica la sentencia que en la Tabla IV, el factor de corrección por perjuicios económicos se integra con un porcentaje mínimo y máximo

⁶⁷⁹ Ponente XIOL RIOS, J.A.

⁶⁸⁰ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: “Prestaciones de la Seguridad Social e Indemnizaciones por Responsabilidad Civil. ¿Proyección sobre los accidentes de circulación?”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, Nº 46, INESE, 2010.

de aumento sobre la indemnización básica respecto de cada tramo en que se fijan los ingresos netos de la víctima calculados anualmente. Este factor aparece incluido, con estructura y contenido casi idénticos, en las Tablas II (fallecimiento), IV (lesiones permanentes) y V (incapacidades temporales). Este factor de corrección está ordenado a la reparación del lucro cesante, como demuestra el hecho de que se fija en función del nivel de ingresos de la víctima y se orienta a la reparación de perjuicios económicos, si bien la regulación de este factor de corrección presenta unas características singulares, pues su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre la indemnización básica, es decir, sobre un valor económico orientado a resarcir un daño no patrimonial, y se funda en una presunción, puesto que no se exige que se pruebe la pérdida de ingresos, sino sólo la capacidad de ingresos de la víctima⁶⁸¹. De esta regulación se infiere que, aunque el factor de corrección por perjuicios económicos facilita a favor del perjudicado la siempre difícil prueba de lucro cesante, las cantidades resultantes de aplicar los porcentajes de corrección sobre una cuantía cierta, pero correspondiente a un concepto ajeno al lucro cesante (la indemnización básica), no resultan proporcionales y pueden dar lugar a notables insuficiencias⁶⁸².

Por otra parte, el factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta ha sido interpretado por algunos como un factor que tiene por objeto resarcir el perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral. Sin embargo, esta opinión es difícilmente admisible con carácter absoluto, pues la regulación de este factor demuestra que tiene como objeto principal reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de

⁶⁸¹ GARCIA DE LA SERRANA, J.: *El lucro cesante en los accidentes de circulación y ...*, op. cit., pág. 63 y ss.

⁶⁸² XIOL RIOS, J.A.: "El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por muerte", *Revista de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, N° 41, 2012, pág. 44 y ss.

habituales. En efecto, en la enunciación del factor de corrección se utiliza el término “*ocupación o actividad habitual*” y no se contiene ninguna referencia a la actividad laboral del afectado. Por otra parte, este factor de corrección es compatible con los demás de la Tabla (Anexo, segundo, Tabla II), entre los que se encuentra el factor de corrección por perjuicios económicos. La falta de vertebración de los tipos de daño de que adolece el Sistema de valoración impide afirmar que este factor de corrección sólo cubre daños morales y permite aceptar que en una proporción razonable pueda estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima; pero no puede aceptarse esta como su finalidad única, ni siquiera principal; en este sentido la Sala 1ª se refiere expresamente a la STS de la Sala 4ª de 17 de julio de 2007.

En suma, se advierte la existencia de una antinomia entre la consagración del principio de la íntegra reparación para la determinación y la cuantificación de los daños causados a las personas en accidente de circulación, por una parte, y la cuantificación para la indemnización de lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima que resulta de la aplicación de los factores de corrección, de otra.

Y ahora llega la solución que la Sala 1ª del TS establece en esta sentencia de 25 de marzo de 2010, para las situaciones de incapacidad permanente, basándose para ello en el tenor literal de las reglas tabulares, dado que la Tabla IV se remite a los “elementos correctores” del número 7 del apartado primero del Anexo y establece un porcentaje de aumento o de reducción “según circunstancias”. La singularidad de la Tabla IV de permitir no solo la disminución, sino también el aumento, y de no establecer limitación cuantitativa alguna en la ponderación del factor de corrección por concurrencia de elementos correctores referidos (número 7 del apartado primero del Anexo), en contraposición al principio seguido en las demás Tablas, donde sólo se admite la consideración de elementos de reducción de la indemnización con un límite cuantitativo, tiene su justificación

sistemática en la aplicación del principio de indemnidad total de la víctima de secuelas permanentes, especialmente en los casos de gran invalidez, dada la gravedad de los supuestos y la dificultad de prever con exactitud todas las circunstancias.

En suma, el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible con arreglo al Sistema de valoración de ser resarcido íntegramente, pero sí de ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de culpa relevante por parte del conductor.

Por tanto, si con anterioridad negó la posibilidad de apoyarse en los criterios del número 7 del apartado primero del Anexo, para la indemnización del lucro cesante, sin embargo ahora entiende que esos criterios, entre los que figuran el principio de total indemnidad, la pérdida de ingresos de la víctima y la posible concurrencia de circunstancias excepcionales, pueden ser considerados un factor de corrección por elementos correctores.

La interpretación del sistema legal valorativo que hace el TS para compensar en parte el lucro cesante en algunos casos especiales, puede estimarse que no es plenamente satisfactoria, pero desde luego supone un duro esfuerzo para, manteniéndose dentro del “baremo”, conseguir en cierta manera acercarse al principio de la íntegra reparación de los daños causados a las personas en accidentes de circulación. Esta unificación de criterios en la aplicación de la ley, realizada por el TS con fines de seguridad jurídica, permitirá al legislador, según dice la propia sentencia, adoptar las medidas oportunas para modificar el régimen de indemnización del lucro cesante por daños corporales en accidentes de circulación, si

considera que la interpretación dada no es la más adecuada a los intereses generales. Por tanto, está instando al legislador, en vísperas de una reforma del sistema legal valorativo, a que se pronuncie sobre si le satisface la interpretación realizada por el TS, o a que por el contrario legisle dando respuesta a esta nueva forma de interpretar el sistema legal valorativo.

Por último, la Sala 1ª del Tribunal Supremo establece como doctrina jurisprudencial que el factor de corrección de la Tabla IV, que permite tener en cuenta los elementos correctores del inciso 7 del apartado primero del Anexo, debe aplicarse siempre que se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido. Y este no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos.

A juicio del TS, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios:

a) La determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del Sistema y, por ende, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. De esto se sigue que la corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible, que en este caso es el que corresponde a un porcentaje del 75% de incremento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos.

b) La aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para la compensación del lucro cesante ha de

entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección.

c) El porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica.

d) El porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicables la Tabla IV.

Otra posterior Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2010⁶⁸³ viene a ratificar esta doctrina, declarando que los elementos correctores de apartado primero del número 7 de Anexo han de ser entendidos en sentido amplio a fin de comprender también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las personales y económicas de la víctima. En el caso, probada la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos, en su aplicación sobre la indemnización básica por lesiones permanentes, y el lucro cesante realmente padecido, como factor de corrección por concurrencia de la

⁶⁸³ Rec. 1221/2005. Un detallado estudio de esta sentencia hace el magistrado de la Sala 1ª, XIOL RIOS, J.A.: "El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por muerte", *Revista de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 41, 2012, pág. 58 y ss.

circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado debe aplicarse un porcentaje del 50% sobre la indemnización básica por lesiones permanentes.

Partiendo entonces de que el principio de reparación íntegra del daño conlleva también la reparación del lucro cesante, la cuestión, en relación con el resarcimiento del quebranto que supone para la víctima la imposibilidad de volver a trabajar para cualquier profesión cualificada a resultas de haber sufrido lesiones permanentes, es si el derecho del perjudicado se satisface con los incrementos sobre la indemnización básica a percibir por tal concepto que resultan de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente para la ocupación o actividad habitual, previstos en la Tabla IV del baremo (apartados primero y tercero, respectivamente), o si, por el contrario, cabe una compensación mayor de esa ganancia dejada de percibir –aunque no sea de forma íntegra sí, al menos, de manera proporcional–, rebasando los límites que representan dichos factores.

La sentencia se pronuncia favorablemente a ésta última posibilidad tras analizar la función de los diferentes factores de corrección de la indemnización básica por lesiones permanentes de la Tabla IV, pues el contemplado por perjuicios económicos, aunque ciertamente está ordenado a la reparación del lucro cesante -porque se fija en función del nivel de ingresos de la víctima y se orienta a la reparación de perjuicios económicos- presenta una singularidad (aplicación de porcentajes de corrección sobre una cantidad cierta, la indemnización básica, pero ajena al concepto de lucro cesante) que, aunque facilita la prueba del lucro (se basa en la presunción, no exige que se pruebe la pérdida de ingresos sino solo la capacidad de ingresos de la víctima), posibilita que las cantidades resultantes no resulten proporcionales, dando lugar a notables insuficiencias que deben ser corregidas, mientras que el factor de corrección por incapacidad permanente también resulta insuficiente dado que su objeto principal es reparar el daño moral ligado a los impedimentos

derivados de cualesquiera ocupaciones o actividades habituales, sin que en él se comprenda la reparación del perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral.

Es por ello que, aun cuando no está justificado obviar el carácter vinculante y la propia constitucionalidad del sistema –en todo lo no comprendido en el apartado B) de la Tabla V del Anexo–, la evidente antinomia que existe entre el principio de resarcimiento íntegro de todos los daños causados a las personas en accidente de circulación y la cuantificación de la indemnización del lucro cesante por disminución de ingresos que resulta de la aplicación de los mencionados factores de corrección, justifica el acudir, a la hora de compensar más adecuadamente el citado lucro cesante, a los “elementos correctores” del apartado primero del número 7 del Anexo, que han de ser entendidos en sentido amplio a fin de comprender también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las personales y económicas de la víctima⁶⁸⁴.

En todo caso, la aplicación del factor corrector de la Tabla IV que permite tener en cuenta los *elementos correctores* del Anexo, primero 7, exige lo siguiente, conforme a la sentencia citada:

1) Que se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido.

2) Que este no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos, ya que la falta de

⁶⁸⁴ XIOL RIOS, J.A.: “El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por muerte”, op. cit., pág. 65 y ss.

vertebración de la indemnización por este concepto de que adolece la LRCSCVM no impide que este se tenga en cuenta.

3) Que la determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del Sistema y, por ende, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. De esto se sigue que la corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible, que en este caso es el que corresponde a un porcentaje del 75% de incremento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos.

4) Que la aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección.

5) Que el porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica.

6) Que el porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicables la Tabla IV.

Entiende el Tribunal Supremo que esta doctrina es de aplicación al caso examinado, en que concurren los mencionados presupuestos para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante no compensado.

No obstante, y pese a los avances introducidos por estas nuevas sentencias de la Sala 1ª del TS, se sigue impidiendo el resarcimiento pleno del lucro cesante *ex damno manente* cuando hay un desajuste relevante entre el importe correspondiente al factor de corrección por perjuicios económicos sumado al adjudicado por lucro cesante en la aplicación del factor de corrección de la incapacidad permanente y el importe real del mismo⁶⁸⁵.

VII.- LA JURISPRUDENCIA MENOR EN MATERIA DE LUCRO CESANTE EN SUPUESTOS DE FALLECIMIENTO DE LA VÍCTIMA

Aunque en la jurisprudencia analizada en el apartado anterior se determina la indemnización por lucro cesante en caso de incapacidad permanente, la misma ya ha sido aplicada analógicamente para supuestos de muerte por la jurisprudencia menor, en concreto, nos referimos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª) 180/2011 de 12 abril⁶⁸⁶, la cual haciéndose eco de lo ya manifestado por el Tribunal Supremo en la

⁶⁸⁵ MEDINA CRESPO, M.: "El lucro cesante causado por la lesiones permanente en la Ley 30/1995", *Manual recopilatorio de ponencias del XI Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2011, pág. 385 y ss.

⁶⁸⁶ Considera procedente la indemnización de lucro cesante a favor de la viuda por el desfase entre lo concedido por aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante real acreditado por medio de dictamen pericial. Concede un incremento de un 50% sobre la indemnización básica reconocida a la viuda. Para justificar esta solución, se invoca la jurisprudencia de la Sala 1ª y al principio de analogía (XIOL RIOS, J.A.: "El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por muerte", op. cit., pág. 41 y ss.

Sentencia de 25 de marzo de 2010⁶⁸⁷, antes comentada, deja clara la posibilidad de aplicación de la doctrina expuesta de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, también para los supuestos de muerte de la víctima, estableciendo expresamente, con respecto a dichas sentencias de la Sala 1ª de 25 de marzo y 31 de mayo de 2010⁶⁸⁸, que: “consideramos que en esta materia las sentencias de la Sala Primera del TS pueden alumbrar o servir de orientación interpretativa para la aplicación del Baremo al caso concreto que enjuiciamos, porque es claro que no resuelven un supuesto igual al que examinamos, porque se refieren a las lesiones permanentes, pero sus criterios son extensibles al fallecimiento de una víctima porque existe una diáfana analogía entre las Tablas II y IV, como expondremos”.

Continúa diciendo más adelante esta sentencia de la Audiencia Provincial de Álava que: “la doctrina del TS puede ser aplicable a la Tabla II, pudiendo producirse supuestos en que efectivamente las cantidades establecidas en la Tabla I, aun modificadas por los factores de corrección previstos en la Tabla II, no lleguen a cubrir el lucro cesante, y tiene razón la parte recurrente cuando señala que existe una analogía entre ambas.

La sentencia del TS, Sala 1ª, de 18 de junio de 2009⁶⁸⁹, ratifica tal postura, cuando manteniendo la parte recurrente en tal recurso de casación que “la identidad de razón en los casos de incapacidad temporal y los de incapacidad permanente y muerte es la misma, por lo que es aplicable por analogía y procede la corrección del 10% en lugar del 5% aplicado en las sentencias recurridas...” contesta el TS que “La razón de analogía que invoca la parte recurrente sustenta la aplicación del factor de corrección en el grado mínimo de la escala correspondiente al factor de corrección por perjuicios económicos en caso de lesiones permanentes (Tabla IV del Anexo LRCSVM) respecto de la víctima en edad laboral que no acredita ingresos”.

⁶⁸⁷ Rec. 1741/2004

⁶⁸⁸ Rec. 1221/2005.

⁶⁸⁹ Rec. 2775/2004.

En base a lo expuesto de forma razonada en la anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, entendemos más que justificada la reclamación de lucro cesante en supuestos de muerte de la víctima, al resultar plenamente aplicable de forma analógica las sentencias sobre lucro cesante en supuestos de incapacidad permanente dictadas por la Sala 1ª del Tribunal Supremo⁶⁹⁰, que a pesar de no haberse pronunciado aún sobre el tema del lucro cesante en caso de muerte, no obstante si ha sido expresamente objeto de estudio y valoración por la doctrina⁶⁹¹ que destaca la importancia de la referida sentencia citándola expresamente: “La importante SAP de Álava (Sección 2ª, Penal) de 12 de abril de 2011⁶⁹², considera procedente la indemnización de lucro cesante a favor de la viuda por el desfase entre lo concedido por aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante real acreditado por medio del dictamen *pericial*. Concede un incremento del 50% sobre la indemnización básica reconocida a la viuda. Para justificar esta solución se invoca la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y el principio de analogía”.

⁶⁹⁰ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: *Manual de valoración del daño corporal*, 2013, Aranzadi, 2013,

⁶⁹¹ XIOL RIOS, J.A., “El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte”, *op. cit.*, pág. 60 a 65

⁶⁹² Nº 180.

CAPÍTULO SEPTIMO: LA REPARACION CIVIL DE LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES DERIVADOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Sumario:

I.- INTRODUCCION

II.- EL DAÑO MORAL.

- 1.- Concepto.
- 2.- Requisitos
- 3.- Criterios de cuantificación del daño moral
 - 3.1.- El prudente arbitrio del Juez.
 - 3.2.- Otros criterios
- 4.- La cuantificación del daño moral en *el acoso laboral*.
- 5.- La indemnización unitaria del daño
- 6.- Reconsideración sistemática de los daños morales.

III. DAÑOS CORPORALES.

- 1.- Concepto.
- 2.- Clases.
- 3.- Consecuencias del daño corporal: pecuniarias y no pecuniarias.
- 4.- Daños por “rebote”.
- 5.- Sistemas de valoración del daño corporal
 - 5.1.- El arbitrio judicial.
 - 5.2.- El sistema de baremos.
- 6.- Especial referencia a la indemnización por fallecimiento.
 - 6.1.- Indemnización básica.
 - 6.2.- Factores de corrección.
- 7.- Especial referencia a la indemnización por lesiones permanentes.
 - 7.1.- Indemnización básica.
 - 7.2.- Factores de corrección.
- 8.- Especial referencia a la indemnización por lesiones temporales.
 - 8.1.- Indemnización básica.
 - 8.2.- Factores de corrección.
 - 8.3. - La STC 180/2000, de 29 de junio.

I.- INTRODUCCION

Los daños patrimoniales, a los efectos de su determinación, valoración y reparación se componen de dos partidas diferenciadas, aunque no siempre se manifiesten ambas en todos los casos, siendo perfectamente posible que concurra tan solo una de ellas. Nos referimos a los conceptos de *daño emergente* y *lucro cesante*, los cuales se distinguen ya desde la época del Derecho romano a través de un texto de Paulo contenido en el Digesto (46.8.13), que alude a “...*quantum mihi abest quantumque lucrari potui*”. La distinción se recogió del mismo modo en las Partidas, en concreto, en la Partida V, Título VI, Ley III y en la Partida VII, Título XV, Ley XIX, y se recibió en el Derecho moderno a través de la Codificación, de modo tal que la expresión *quantum mihi abest* se equiparó al “daño emergente” y la locución *quantum lucrari potui*, al “lucro cesante”⁶⁹³. Así lo pone de manifiesto el Proyecto de García Goyena, cuyo art. 1015 se pronunciaba en términos muy similares a los contenidos en el art. 1106 del vigente CC español de 1889. El art. 1015 del Proyecto de García Goyena decía: “Se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta sección”. En el escueto comentario que el propio autor realiza sobre el citado precepto, además de manifestar la presencia de tales cuantías indemnizatorias en las Partidas y en el Digesto, recoge expresamente la equivalencia entre “el valor de la pérdida que haya experimentado el acreedor” y el daño emergente y entre “la utilidad que haya dejado de percibir” y el lucro cesante.

Como acabamos de señalar, tal distinción se recoge en la

⁶⁹³ NAVEIRA ZARRA, M.: “Clases de daños resarcibles”, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, 2006, págs. 5 y ss. (se puede encontrar en Vlex-294148)

actualidad en el artículo 1106 de nuestro Código Civil, el cual prescribe que “la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

II.- EL DAÑO MORAL

1.- CONCEPTO

El término daño *patrimonial* se refiere a todo menoscabo o detrimento que se produce en los bienes que componen el patrimonio de una persona, siempre que sean susceptibles de una evaluación monetaria mediante baremos, protocolos o pruebas periciales. La cuestión de su determinación tiene por objeto conocer con precisión cual es la cuantía pecuniaria capaz de indemnizarlos, devaluándose la condición diferencial de que sea un daño imputable a dolo o culpa en sede extracontractual o que el daño devenga de un incumplimiento en sede contractual o a un acto delictivo.

Los perjuicios patrimoniales, además del deterioro efectivo del patrimonio, normalmente incluyen;

a) el daño emergente que abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, así como los desembolsos que hayan sido menester para obtenerlos o los que en el futuro serán necesarios para recomponer el patrimonio perjudicado,

b) y el lucro cesante, que se constituye por todas las ganancias o expectativas de ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirían si no hubiera acontecido el hecho dañoso⁶⁹⁴.

⁶⁹⁴ MACIA GOMEZ, R.M. : “Dualidad del daño patrimonial y del daño moral, *Revista de la Asociación de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, N° 36, 2010, pág. 23 y ss.

En este sentido, el artículo 1106 del Código Civil establece que: "...la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes..."

En cuanto refiere al concepto de *daño moral* será el de una configuración que incluya toda limitación que sufre una persona damnificada siempre que ello suponga cierta perturbación de su personalidad o de su dignidad que, por su naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales; es decir hay que concebir el daño moral como un concepto residual.

La lesión de un derecho fundamental determina normalmente la producción de un daño, en la medida en que esa lesión se proyecta lógicamente sobre un bien ajeno⁶⁹⁵. Por ello, el actual artículo 183 de la LRJS, a diferencia de lo que sucedía con la antigua Ley de Procedimiento Laboral (LPL)⁶⁹⁶, establece que cuando la sentencia dictada en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales⁶⁹⁷ declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido lesión de sus derechos fundamentales, "en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios

⁶⁹⁵ STS (Sala 4ª) de 12 de diciembre de 2007 [R] 2008/3018].

⁶⁹⁶ El artículo 180 LPL únicamente establecía, al regular el contenido de la sentencia estimatoria de la demanda de tutela de un derecho fundamental, que ésta, previa declaración de nulidad radical de la conducta lesiva, ordenaría el cese inmediato del comportamiento antisindical, la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión y "la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera".

⁶⁹⁷ Aunque ya se venía utilizando pacíficamente esta modalidad procesal para la exigencia de tutela de cualquier derecho fundamental (y no sólo la tutela de la libertad sindical), la nueva LRJS es la que de forma definitiva abre el proceso a todos los derechos y libertades susceptibles de invocación en el ámbito de la relación laboral, dando cumplimiento con ello a las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución española (CE) que obliga a establecer un proceso judicial ordinario de tutela previa de los derechos fundamentales y libertades.

adicionales derivados". Así pues, la actual Ley Rituaria Laboral hace alusión expresa y directa a los "daños morales" como tipología de daños que, junto con los "daños y perjuicios" clásicos, resultan susceptibles de ser indemnizados por vulneración de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales⁶⁹⁸.

Por otro lado, si bien los daños morales se considera que no tienen un valor económico, aunque eso no impide que sean indemnizables, en cuanto que la indemnización en que se valoren va a actuar como medio de compensación, en lo posible, de los trastornos y sufrimientos del equilibrio emocional que padece la víctima, y si bien el dinero no se puede definir como equivalente, en el ámbito del daño material a la indemnización pecuniaria, al menos podría limitar, de alguna manera, el padecimiento intelectual y actuar como rudimentario medio de equilibrar y neutralizar el menoscabo sufrido con origen en el evento dañino⁶⁹⁹. Resulta sorprendente que en el Sistema Legal se descalifique el tratamiento psicológico para remediar, paliar y compensar el daño moral.

Si bien, coincide plenamente en la obligatoriedad de su resarcimiento con lo referente al daño material, el daño moral suele tener, a diferencia del patrimonial, los siguientes elementos integradores, en conjunción o aisladamente: el sentimiento de depresión de la autoestima, los sentimientos de vergüenza, los sentimientos de culpabilidad, los sentimientos de pena, el complejo de inferioridad, la sensación duradera de inseguridad, el sentimiento de la dignidad lastimada o vejada, sentimiento de la privacidad violada, el sentimiento de incapacidad, subjetivo u objetivo, conductas compulsivas originadas con la ofensa, síndromes de ansiedad y/o ansioso-depresivos, alteraciones del sueño, consumo compulsivo o

⁶⁹⁸ BEL ANTAKI, J.: "La lesión de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo: la responsabilidad civil por daños morales", *XXIII Congreso Nacional Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Girona, 2013, pág. 2.

⁶⁹⁹ Vid. MAGRO SERVET, V. : La apreciación del daño moral por los tribunales de justicia. Respuesta de los tribunales, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº 1, mayo de 2010, pág. 9

adicción a fármacos o drogas, la inseguridad o la incapacidad para intervenir o debatir sobre determinados aspectos, el deshonor, público o particular o el público desprestigio, el aminoramiento de la pública credibilidad, la disminución de la confianza externa, la limitación de las expectativas sociales ya adquiridas y, en general, todo aminoramiento, normalmente subjetivo, de la garantía personal ante terceros, concepto lindante con el de la heteroestima dañada⁷⁰⁰.

2.- LOS REQUISITOS PARA LA EXIGIBILIDAD DEL DAÑO MORAL

La reclamación de una indemnización por daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el perjudicado por el evento dañoso para exigir del causante del mismo una cantidad de dinero o un bien o un derecho equivalente a la utilidad o beneficio que ese que mantenía con anterioridad al nacimiento de la exigibilidad del perjuicio causado por el daño o que le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de una obligación definida y vinculante en cualquier esfera legal⁷⁰¹.

Las indemnizaciones por daños y perjuicios se clasifican en dos clases, en función de su procedencia; primeramente las contractuales son las que debe pagar un deudor en caso de incumplir lo pactado en un contrato, con el fin de resarcir al acreedor por su incumplimiento y, en segundo lugar, las extracontractuales que son aquellas que no proceden de un vínculo contractual y tienen su causa en una acción voluntaria o negligente que provoca un daño. Estas segundas, a su vez, pueden proceder de un evento delictivo o de otro no tipificado penalmente.

⁷⁰⁰ STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 2001 [RJ 2001/5183]. También las STS (Sala 1) de 19 de diciembre de 1986 [RJ 1986/7682], de 4 de febrero de 1997 [RJ 1997/677]. Y de 24 de septiembre de 1999 [RJ 1999/7272], entre otras.

⁷⁰¹ En este sentido se pronuncia el artículo 1101 del Código Civil diciendo que: "...quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas...".

Lo esencial es que la acción legal de indemnización por daños y perjuicios, con independencia de su origen o procedencia, tiene por objeto indemnizar al acreedor de las consecuencias perjudiciales causadas por el incumplimiento de la obligación o por la realización del acto ilícito, sin entrar en otras valoraciones que no sean las referentes a su probanza o a su peritación. Esta indemnización suele ser de carácter pecuniario y se debe proceder a valorar económicamente aquellas circunstancias o aspectos de cada caso en concreto y en particular ya qué, en la práctica, plantean diversas dificultades de concreción, dependiendo de factores no normativizados o, simplemente distintivos, pues cada deudor, cada perjudicado, presentará alguna diferenciación con respecto a cualquier otro.

Al margen de la denominación que utilicemos, es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia que los daños morales o extra patrimoniales son indemnizables con independencia de que afecten o no a los intereses patrimoniales del afectado, y, aunque con más reservas, con independencia también de que estemos en el ámbito de la responsabilidad contractual o extra contractual⁷⁰².

La finalidad de la indemnización de los daños y perjuicios es la reparación del daño producido a otras personas. Ahora bien, dado que los daños morales no son propiamente resarcibles (en la medida en que, una vez producida la lesión, ya no se pueden reparar los daños morales generados), cabe afirmar que este tipo de daños son sólo compensables mediante el pago de una cantidad de dinero. En este sentido, se ha afirmado que la indemnización por daños morales persigue equilibrar el patrimonio de la víctima en orden a permitirle algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos.

⁷⁰² También las STS (Sala 1ª) 19 de diciembre de 1986 [R] 1986 /7682], 4 de febrero de 1997 [R] 1997/677] Y 24 de septiembre de 1999 [R] 1999/7272], entre otras.

Una vez sentado lo anterior, debemos preguntarnos si la indemnización por vulneración de derechos fundamentales es o no automática en nuestro ordenamiento jurídico; un debate que parecía superado tras la evolución jurisprudencial de nuestros Tribunales, pero que consideramos que debe reabrirse, después de que la LRJS modificara el articulado que regula el procedimiento de tutela de derechos fundamentales⁷⁰³.

Por otra parte, el mero incumplimiento contractual o la producción del hecho ilícito no produce de forma automática el nacimiento de la indemnización por daños y perjuicios. Resulta que la acreditación y la reclamación de este incumplimiento o de la realización del hecho doloso o culposo incumbe, específicamente, al perjudicado, el cual, además, debe demostrar la existencia de un nexo de causalidad entre el hecho y el daño producido. Resulta curioso, que el Sistema Legal no reconozca directamente o intervenga indirectamente en algo que desequilibra los derechos de una persona, finalidad y esencia última del mismo.

En alguna ocasión, el TS llegó a defender, en unificación de doctrina, que una vez apreciada la vulneración del derecho fundamental se presumía automáticamente la existencia del daño indemnizable⁷⁰⁴. A partir de esta línea jurisprudencial, parte de la doctrina científica reconoció la consagración jurisprudencial de la indemnización automática del daño moral por vulneración del derecho fundamental o libertad pública, reduciendo el problema únicamente a determinar el montante de la indemnización⁷⁰⁵.

Sin embargo, en el año 1996, el TS dio un giro a dicha

⁷⁰³ BEL ANTAKI, J.: "La lesión de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo: la responsabilidad civil por daños morales", *op. cit.*, pág. 4.

⁷⁰⁴ STS (Sala 4ª) de 9 de junio de 1993 [RJ 1993/4553].

⁷⁰⁵ GOÑI SEIN, J.L.: *La indemnización por daños derivados de la conducta sindical*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. Y también ALFONSO MELLADO: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch (Colección Laboral), Valencia, 1994, pág. 96 y 97.

doctrina y desde entonces sostiene, de manera más o menos definitiva, que no basta con que quede acreditada la vulneración del derecho fundamental para que el juzgador a que tenga que condenar automáticamente al empresario conculcador al pago de una indemnización por los daños y perjuicios solicitados⁷⁰⁶. Al contrario, para que dicha condena pueda tener lugar, el demandante tiene la carga de la prueba, esto es, tiene que alegar y probar -al menos mediante la aportación de indicios o "puntos de apoyo suficientes" -los daños concretos sufridos a consecuencia de la conducta lesiva de su derecho fundamental. De este modo, se ha venido a reconocer que no toda lesión de un derecho fundamental genera necesariamente daños, ni siquiera morales⁷⁰⁷.

En este aspecto, cabe traer a colación la reciente sentencia del TS de 5 de febrero de 2013⁷⁰⁸, en la que, reiterando doctrina jurisprudencial consolidada⁷⁰⁹, claramente se afirma que: "el daño moral debe ser alegado por el demandante, precisado su alcance y, en su caso, acreditado en el proceso⁷¹⁰". Y en el mismo sentido se pronuncia la STC 247/2006, de 24 de julio⁷¹¹ que, pese a validar la interpretación del TS que niega el carácter automático de la indemnización, sin embargo admitió que, a veces, "no es factible aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su calificación monetaria, dada su índole"; si bien en el supuesto de hecho concreto consideró que la parte actora había proporcionado datos suficientes sobre los daños al referirse a la intensidad de la lesión, duración de la misma, etc.

⁷⁰⁶ Cambio de criterio producido en la STS (Sala 4ª) de 22 de junio de 1996 [RJ 1996/ 6381].

⁷⁰⁷ SSTSJ Madrid de 27 de diciembre de 2002 [AS 2003/1570], de 4 de febrero de 2003 [AS 2003/1570]. Y de 9 de septiembre de 2004 [AS 2004/2638].

⁷⁰⁸ RCDD 89/2012.

⁷⁰⁹ SSTS de 12 de diciembre de 2007 [Rec. 25/2007] Pte: Segoviano Astaburuaga; entre otras.

⁷¹⁰ CARDENAL CARRO, M.: *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical: un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertenencia*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pag. 268.

⁷¹¹ Rec. 6074/2003, Pte: Aragon Reyes.

El artículo 179.3 de la RLJS hace referencia a la dosis de prueba de los daños morales, que de este modo puede ser inferior o más laxa cuando los daños en cuestión son de difícil estimación, pero no elimina las reglas de la carga de la prueba, en virtud de las cuales quien reclama la indemnización de daños y perjuicios (el demandante) debe asumir la carga primaria de su prueba, aunque sea de forma indiciaria, en los términos expuestos más arriba.

Consideramos que todos los daños morales son, de muy difícil cuantificación, debido a su intangibilidad, subjetividad y referencia al ámbito espiritual de la persona, pero no por ello es imposible exigir la aportación, al menos, de indicios, bases o puntos de apoyo en que asentar la condena indemnizatoria⁷¹².

3.- SISTEMAS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

En principio, el alcance o cuantía del daño ha de acreditarse por quien lo alega en la demanda y probarse en la fase probatoria del pleito, mientras que la apreciación de la certeza del daño y de su alcance corresponde únicamente al juez de instancia, considerándose una cuestión de hecho.

Como es sabido, la problemática a la hora de cuantificar daños morales viene dada por varios motivos: por un lado, porque, por su propia naturaleza, responden a algo inmaterial, cuyo valor en dinero no tiene la base de equivalencia que caracteriza al daño patrimonial; por otro, por ser un concepto eminentemente subjetivo, cuya existencia, intensidad y alcance depende y pertenece a la propia intimidad de la persona que lo sufre, y, por último, por no existir reglas ciertas en nuestro ordenamiento jurídico para cuantificar la

⁷¹² BEL ANTAKI, J.: "La lesión de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo: la responsabilidad civil por daños morales", op. cit., pág. 8 y ss.

valoración de los daños morales⁷¹³.

3.1.- El prudente arbitrio del juzgador

En primer lugar debemos hacer referencia a que se considera “el prudente arbitrio judicial” que decida el “quantum” indemnizatorio. La determinación monetaria de las indemnizaciones es competencia exclusiva de los órganos judiciales, que deberán desempeñarlo, “caso por caso” valorando las pruebas practicadas en autos, evitando la arbitrariedad. En otros términos; resulta que la cuantificación del monto en materia de indemnización está configurada como una facultad discrecional del Juzgador, de modo que se determina partiendo de lo que el reclamante haya alegado o deducido sobre el monto del resarcimiento y a resultados de las pruebas efectuadas, quedando, en última instancia, a la prudencia y discrecionalidad del Juez. Bien podemos diferenciar dos tipos de “Prudente Arbitrio del Juzgador”, según el tipo de daños y así vemos que:

a) En lo referente a los daños materiales es muy fácil deducir que la prudente decisión viene limitada por las valoraciones que los peritos judiciales aporten a la causa (artículos 125, siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ejemplo).

b) Centrándonos en el daño moral, no cabe desconocer que los daños funcionales, los estéticos, los dolores, la adversidad emocional y los sufrimientos íntimos o los agravios intelectuales, son una realidad incuestionable que, al mismo tiempo, carece de una valoración asignada previamente por ningún perito judicial o de forma unánime o protocolaria o estereotipada. En estos casos, la actividad probatoria asignada al perjudicado, como veíamos antes, revelará meros

⁷¹³ Esta afirmación merece alguna matización, dado que, por ejemplo, en caso de intromisión ilegítima en el derecho al honor o a la intimidad, el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, marca algunas pautas para valorar el daño moral cuando indica que "se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido".

elementos objetivos que, en valoración analógica, se constituirán como “las prudentes bases del arbitrio judicial” de la cuantificación, ya que, de forma explícita, así lo ha reconocido el Tribunal Supremo al señalar que:

1º. “el daño moral es siempre incuantificable por propia naturaleza⁷¹⁴” y que la indemnización de los daños morales carecen de toda posible determinación precisa⁷¹⁵ o, que

2º. el daño moral no se puede calcular sobre la base de diversos criterios predeterminados, más o menos precisos, y solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en la convención general de la necesidad de reparación del dolor producido por la ofensa padecida⁷¹⁶ o, como recientemente ha manifestado el TS: “en efecto, se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes...”⁷¹⁷. De este último concepto jurisprudencial de “satisfacción como compensación al sufrimiento” trataremos, incidentalmente, más adelante y delatando la orfandad científico-jurídica del mismo.

La valoración por el juzgador de instancia de los distintos elementos concurrentes en cada supuesto conforme a cualesquiera criterios, siempre que estos se encuentren suficientemente fundamentados, constituye el primer modo de cuantificación de los daños morales.

⁷¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2009 [Rec. 715/2009] Pte: Salinas Molina.

⁷¹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1993 y de 28 de abril de 1995.

⁷¹⁶ STS de 26 de septiembre de 1994.

⁷¹⁷ STS, Sala 1ª de 10 de febrero de 2006.

Este tratamiento del caso ajeno a reglas predeterminadas permite la obtención de una respuesta singularizada, más ajustada a la situación resultante, atendiendo a las necesidades y circunstancias de cada caso concreto.

Es innegable lo positivo de esta opción por cuanto las consecuencias morales ante el acaecimiento del siniestro requieren de una respuesta convenientemente individualizada, sin olvidar, no obstante, la posibilidad de revisión siempre que se haya hecho una aplicación incorrecta, con la que corregir los posibles usos arbitrarios y desviados en instancia.

3.2.- Otros criterios utilizados

La falta de un sistema de valoración de daños de obligatoria aplicación, permite que el órgano jurisdiccional pueda optar por cualquier criterio con el que dar una respuesta al caso concreto ponderando las circunstancias concurrentes, difícilmente previsibles en pormenor por el legislador.

Sin embargo, las dificultades y la complejidad para cuantificar adecuadamente determinados aspectos indemnizatorios acrecen cuando de la concreción económica del dolor físico y del sufrimiento psíquico se trata, entrañando ésta una especial complejidad. De ahí que no resulte extraño que por la doctrina judicial se haya generalizado el recurso a otras normas del ordenamiento jurídico que ante determinadas secuelas o daños establezcan unos módulos indemnizatorios⁷¹⁸.

⁷¹⁸ La conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan la indemnización por el daño moral ha aconsejado al legislador el establecimiento de sistemas de valoración conforme a baremos indemnizatorios, cuya interpretación se realiza de acuerdo a las reglas dadas por el propio legislador.

Debemos afirmar que más allá de la analogía no existe razón alguna que obligue a aplicar a los supuestos de riesgos profesionales los baremos fijados para otros campos, actuando con un carácter meramente orientativo y no vinculante para los órganos del orden jurisdiccional social, los cuales, merced a su libertad de apreciación, pueden apartarse de las cuantías allí señaladas y establecer indemnizaciones superiores o inferiores a las establecidas en dichos baremos, estimando que la indemnización debe fijarse sobre otras reglas⁷¹⁹.

La doctrina judicial social acude de manera recurrente a las tablas de valoración de daños causados por la siniestralidad de la circulación⁷²⁰ para la cuantificación del daño moral derivado de la actualización de los riesgos profesionales dado su carácter objetivo y la simplificación de las tareas valorativas que entrañan⁷²¹, con lo que se logra respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías en la reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad.

No obstante lo dicho sobre el carácter no preceptivo en la aplicación del baremo, si el mismo no se aplica habrán de justificarse los criterios utilizados para calcular la cuantía de la indemnización que ha de abonar la empresa y, por el contrario, si el juzgador de instancia decide utilizar tales baremos deberá realizar una recta aplicación de los mismos⁷²², aun cuando en el campo de los riesgos

⁷¹⁹ Cfr. STSJ Cataluña 14 diciembre 2004 [AS 2004, 4013].

⁷²⁰ Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y Resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2013 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

⁷²¹ Cfr. entre otras, SSTS 4 julio 2009 [R] 2009, 6096]; STSJ Murcia 9 febrero de 2004 [AS 2004, 668].

⁷²² Cfr. STSJ de Pamplona, núm. 2, 30 diciembre 2009, en la que se reconoce una indemnización de más de 6.000€ en concepto de secuelas físicas y daño

profesionales no se pueda reproducir miméticamente las concretas operaciones contenidas en el Anexo para los siniestros de circulación.

La regulación de la responsabilidad de una aseguradora de automóviles en el marco de una responsabilidad objetiva en materia de accidentes de tráfico frente a la concurrencia de culpabilidad o negligencia del empresario en la producción del accidente de trabajo, justifica la inaplicabilidad de la propia y total estructura indemnizatoria prevista en el Anexo aludido a la responsabilidad derivada de la actualización de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales⁷²³.

No obstante, las *ventajas* que el recurso a este baremo presenta son importantes, tal y como se encarga de catalogar el propio Tribunal Supremo⁷²⁴:

1ª.- Da satisfacción al principio de seguridad jurídica, pues establece un mecanismo de valoración que conduce a resultados muy parecidos en situaciones similares.

2ª.- Facilita la aplicación de un criterio unitario en la fijación de indemnizaciones con el que se da cumplimiento al principio de igualdad del art. 14 CE.

3ª.- Agiliza los pagos de los siniestros y disminuye los conflictos judiciales, al ser previsible el pronunciamiento judicial y

4ª.- Da una respuesta a la valoración de los daños morales que, normalmente, está sujeta al subjetivismo más absoluto. La

moral y más de 32.000€ por perjuicios estéticos, frente a los más de 50.000€ solicitados como daño moral derivado de las secuelas físicas y los 6.000 como daño moral derivado de las intervenciones quirúrgicas, al entender que no cabe adicionar cantidades por las intervenciones en tanto que el eventual daño moral ya está incluido en las tablas de los Anexos de la legislación de la responsabilidad por accidentes de circulación.

⁷²³ Cfr. STS, 17 julio 2007 [RJ 2007, 8300].

⁷²⁴ Cfr. STS 17 julio 2007 [RJ 2007, 8303].

cuantificación del daño moral siempre es difícil y subjetiva, por ello la aplicación del baremo facilita la prueba del daño y su valoración, a la par que la fundamentación de la sentencia.

Concluye al respecto el Tribunal Supremo que, aún admitiendo las dificultades que entraña la elaboración de un sistema de valoración de daño, goza de mayor legitimidad el sistema fijado por el legislador con carácter general que la valoración efectuada por los órganos jurisdiccionales con evidente riesgo de quiebra de los principios de igualdad y de seguridad jurídica, pues las invocaciones genéricas a la prudencia del juzgador y a la ponderación ecuaníme de las circunstancias del caso que realiza no son garantía de corrección, ni de uniformidad resarcitorias.

Pese a que, con apoyo en la doctrina que ha considerado contrario a la CE la aplicación estricta de un baremo donde se valoraran automáticamente los daños⁷²⁵, incluso en el caso de que se tratara de una norma que contemplara con mucho detalle su regulación, son muchos los pronunciamientos judiciales que han aplicado el baremo de forma orientativa. También cabría la aplicación, de forma igualmente orientativa, del Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, en adelante LISOS⁷²⁶, en relación con la valoración de los daños morales originados por el acoso laboral que sufrió una trabajadora. Con todo, el Tribunal Constitucional, abandonando la tesis de la automaticidad de la indemnización sostenida en materia de libertad sindical por el Tribunal Supremo⁷²⁷, exige la prueba de que realmente se ha producido la lesión y existe el daño, con independencia de que, como ya recoge también la LRJS, se pueda apreciar un incremento en tales

⁷²⁵ NAVARRO NIETO, F.: "Perfiles de actualidad en los procesos judiciales por acoso laboral", *Aranzadi Social*, N° 7, 2011.

⁷²⁶ En este sentido la STS de 5 de febrero de 2013 [Rec. 89/2012],

⁷²⁷ STS 9 de junio de 1993 [Recuso de casación para la unificación de la doctrina nº 3856/1992].

cuantías en atención a los documentos aportados por las partes⁷²⁸.

En algunos países de nuestro entorno, existen elementos a considerar en la determinación del daño moral, además del prudente arbitrio judicial, por ejemplo:

- Algunos países se han preocupado de atender los criterios de fijación del valor del daño moral tanto para los jueces, los abogados, las partes y las compañías aseguradoras y dos compañías australianas han desarrollado un sistema que ha servido para su aplicación en Estados Unidos, el Reino Unido y la misma Australia, revelándose como un efectivo sistema de cuantificación del daño moral en los ámbitos tanto judiciales como extrajudiciales. Este sistema de baremación se conoce bajo el nombre de “*Colossus*”.

- El Parlamento Europeo aprobó en 2003 una propuesta de Resolución destinada a la Comisión sobre la confección de una normativa referente a lo que denominó una “Guía baremo europea para la evaluación de las lesiones físicas y psíquicas”, con la finalidad de que los Estados de la Unión Europea legislen unificadamente.

- En Francia, la Ley de 5 de julio de 1985 obliga a las aseguradoras de responsabilidad civil a realizar una oferta a la víctima o a sus herederos y la publicación de las sumas pagadas en concepto de indemnización, sea por transacción o por sentencia, incidiéndose en el daño moral y generándose así un sistema de comparación o equilibrio verificable y válido para terceros.

También en nuestro país vecino, y con mayor repercusión, se ha prescrito, legalmente, un “Baremo del Precio del Dolor”⁷²⁹ con origen en la creación de bases de datos destinados a formar

⁷²⁸ STC de 24 de junio de 2006 [RTC 247/2006].

⁷²⁹ Estas baremaciones pueden ser consultadas en –www.minitel.fr o también en www.fnvictimesdelaroute.asso.fr. Esta tabla podría servir para guiar al abogado y al juez por analogía para el sistema español.

estadísticas que pudieran servir de antecedentes a los jueces y a las partes en la determinación del daño que se sintetiza en la siguiente tabla de asignaciones:

Afección, dolor y molestias	<i>Prettium Doloris</i>		
Muy leves	500	a	750 €
Leves	750	a	1.800 €
Moderados	1.800	a	4.000 €
Medio	4.000	a	6.000 €
Algo importantes	6.000	a	12.000 €
Importantes	12.000	a	18.000 €
Muy importantes	A partir de 18.000 €		

Estas cantidades no tienen comparación alguna con las que estamos acostumbrados a conocer en España, donde la cuantificación del daño moral, al depender de un “prudente arbitrio”, es cambiante e inclasificable.

El Derecho relativo a las indemnizaciones o al resarcimiento del daño no puede alejarse del desarrollo social sino que tiene que configurarse como un factor concurrente con los comportamientos sociales. Y así la “satisfacción como compensación al sufrimiento” resulta que es un hecho y no una norma legal. Este razonamiento, es perfectamente aplicable respecto a la “Indemnización por daños”, y por ello, cabría proceder a una profunda reflexión de la aplicación de los criterios legales o paralegales vigentes.

4.- LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL ACOSO LABORAL

Las lesiones de acoso laboral, al igual que sucede con otras vulneraciones, han dado lugar a diferentes tipos de indemnizaciones (daño patrimonial y daño extra-patrimonial), incluyendo el daño moral de forma conjunta a las prestaciones de Seguridad Social o de forma

separada, en atención a distintos criterios. Y, en relación con estos conceptos, lo interesante es determinar las diferencias que existen entre la indemnización por el daño patrimonial, que comprende el daño emergente (pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso) y/o el lucro cesante (pérdida de ingreso económico, expectativas profesionales frustradas y acreditadas), del daño corporal (consistente en las indemnizaciones de lesiones físicas y psíquicas), de un lado; y, por otro lado, la indemnización por el daño extrapatrimonial, donde se incluirían las indemnizaciones que corresponden en los casos de daño moral derivados del acoso, con el propósito de determinar el quantum indemnizatorio por el sufrimiento psíquico o espiritual de la víctima durante el proceso de acoso laboral.

En el mismo sentido, la Sentencia del TS Sala 1ª de 6 de diciembre de 1912 reconoce por primera vez el daño moral de forma independiente de las infracciones penales⁷³⁰, donde se define el daño moral como una restitución del patrimonio espiritual conectada con bienes inmateriales como son la salud, el honor, la libertad; lo que permitiría su reconocimiento de forma separada a la indemnización por daño patrimonial. En la misma dirección, la STS de 12 de diciembre de 2007⁷³¹ señaló que el “daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extra-patrimonial de la personalidad⁷³²; daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas⁷³³, habiéndose referido ya a las lesiones al prestigio mercantil de una persona jurídica la sentencia de dicha Sala de 31 de marzo de 1930”, existiendo un criterio judicial bastante consolidado sobre su apreciación en el orden social en lo que hace a la extinción del contrato por lesión de derechos fundamentales, las

⁷³⁰ Recogiéndose la misma idea en otros pronunciamientos judiciales, como la Sentencia del TS, Sala 1ª, de 28 de febrero de 1959 [R] 1086/1959].

⁷³¹ Rec. 25/2007.

⁷³² STS de 25 de junio de 1984 [Ar. 1145].

⁷³³ STS de 20 de febrero de 2002 [R] 2002, 3501].

enfermedades profesionales o los accidentes de trabajo, en lo que aquí interesa.

Centrándonos en la determinación del *quantum* indemnizatorio, el daño moral tiene unos perfiles difusos en el baremo de accidentes de circulación, ya que se reconocen de forma conjunta a los daños patrimoniales (salud física o psíquica) en el caso de las indemnizaciones básicas por muerte (tabla I), en las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (tabla III) y en las indemnizaciones por incapacidad temporal (tabla V). También es un factor de corrección en las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (tabla IV). Con lo que ha sido necesario entrar a valorar la parte correspondiente al daño patrimonial, de un lado, y al daño extrapatrimonial por daño moral, de otro⁷³⁴.

En este sentido, por lo que se refiere a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, de acuerdo con los últimos pronunciamientos judiciales, y partiendo de la distinción entre daño patrimonial y extrapatrimonial, podemos extraer algunas ideas que nos permitan avanzar en los criterios empleados para la valoración del daño moral.

1ª.- En relación con los *daños patrimoniales*, podemos diferenciar entre dos tipos de situaciones, en lo que interesa a las posibles lesiones en la salud ocasionadas por el acoso laboral, que generan indemnizaciones distintas, de acuerdo con el baremo de accidente. De un lado, en relación las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, los Tribunales de lo Social, en lo que hace a la responsabilidad empresarial por incumplimiento del deber de vigilancia de la salud, distinguiendo entre el daño emergente y el lucro cesante, aunque no sea estrictamente en relación con el acoso laboral, han valorado en atención a las *secuelas* de tipo irreversible por la afectación que suponen para el desarrollo de la vida personal diaria del demandante, como pueden ser alteraciones definitivas en el

⁷³⁴ STS de 17 de julio de 2000 [R] 8300/2000].

desarrollo de la vida cotidiana originadas por la necesidad de usar silla de ruedas o bastones, la pérdida de fuerza y coordinación en extremidades superiores, los problemas de concentración, las cefaleas y las ftofobia, el trastorno adaptativo de tipo depresivo que necesita control y tratamiento, la edad de la víctima cuando supone realmente un cambio radical en su forma de vida, concediendo por estas circunstancias hasta 50.000 euros en concepto de indemnización⁷³⁵.

Por lo que se refiere a las indemnizaciones por incapacidad *temporal*, los pronunciamientos han entendido que los daños morales únicamente se refieren a los días de baja médica no impeditivos, ya que los días de baja impeditivos quedan cubiertos con la incapacidad temporal⁷³⁶. Por otro lado, en lo que hace al período posterior a sufrir la conducta de acoso cuando exista o no incapacidad temporal, los Tribunales únicamente han admitido el daño moral cuando se pruebe que los efectos se mantienen en el tiempo, aunque la STS de 20 septiembre 2007⁷³⁷ rechaza la apreciación del daño moral por haber “remitido notablemente, aunque aún quedan pendientes algunos aspectos”. En este sentido, la concurrencia de una depresión transitoria originada por la conducta de acoso laboral, que es una de las patologías más comunes cuando se producen estas conductas contrarias a Derecho, ha justificado indemnizaciones por daños morales de 2.000 euros por dos meses de acoso laboral continuado⁷³⁸, hasta 6.000 euros cuando el cuadro de ansiedad persiste durante un año y medio siendo preciso una terapia matrimonial⁷³⁹.

2ª.- Por lo que se refiere a *los daños morales* en la dimensión extrapatrimonial, como se indicó en el apartado anterior, la duración de la conducta de acoso laboral o el acto de hostigamiento han sido empleados igualmente para calificar el comportamiento como acoso

⁷³⁵ STS] Cataluña (Sala de lo Social) de 12 de marzo de 2012 [AS 945/2012].

⁷³⁶ STS de 17 de julio de 2007 [RJ 8300/2007] y STS de 20 septiembre 2007 [RJ 8304/2007].

⁷³⁷ [RJ 8304/2007]

⁷³⁸ STS] Andalucía de 4 de octubre de 2011 [AS 2544/2011].

⁷³⁹ STS] Galicia de 28 de noviembre de 2008 [AS 974/2009].

laboral, siendo especialmente determinantes para la valoración de las cantidades que corresponderían. Con carácter orientativo, la Nota Técnica Preventiva 476/1998 califica como acoso laboral aquellos comportamientos contrarios al Derecho, en los términos estudiados en el apartado anterior, que se reiteran una vez por semana y durante un tiempo de al menos seis meses, lo que puede permitir, en nuestra opinión, la apreciación de la indemnización por daños morales derivados del acoso cuando se manifieste de una forma más recurrente y se prolongue durante más tiempo, así como también permite la modulación del daño moral atendiendo al plazo de los seis meses. Asimismo, en la jurisdicción civil, como elemento simplemente de comparación en cuanto a los pronunciamientos dictados en el orden social, se ha tenido igualmente en cuenta la intensidad de la conducta no sólo manifestada en el tipo de agresiones, su reiteración o prolongación en el tiempo, sino también en el ejercicio por un grupo que actúa de forma colectiva⁷⁴⁰. Igualmente, se ha sostenido que, en la valoración del daño moral relacionado con el acoso laboral, ha de tenerse en cuenta (al margen de la duración, la actitud de la empresa y su reincidencia) el impacto sobre vida de la víctima y su ambiente familiar⁷⁴¹. A los anteriores elementos puede añadirse otros que han sido igualmente empleados por los Tribunales, como son el beneficio que haya obtenido el agresor por la conducta del acoso⁷⁴², la naturaleza del derecho fundamental lesionado, en el caso de que el acoso discriminatorio, lo que ha dado lugar a pronunciamientos donde reconoce 3.000 euros de indemnización cuando de trata de un acoso laboral donde no hay lesión del derecho a la igualdad (que se efectúa con poca intensidad, aunque sea prolongado en el tiempo)⁷⁴³, hasta 9.000 euros cuando el acoso laboral se inicia tras participar en una huelga⁷⁴⁴, 12.000 euros por un acoso laboral discriminatorio

⁷⁴⁰ SAP Madrid (Sala Civil) de 11 de mayo de 2012 [AC 384/2012]y SAP de Álava de 27 de mayo de 2005 [AC 1062/2005].

⁷⁴¹ NAVARRO NIETO, F.: "Perfiles de actualidad en los procesos judiciales por acoso", *Aranzadi Social*, Nº 7, 2011.

⁷⁴² STSJ Canarias de 30 de noviembre de 1999, [AS 4185/1999].

⁷⁴³ STSJ Galicia de 26 de octubre de 2009 [AS 2995/2009].

⁷⁴⁴ STSJ Galicia de 23 de diciembre de 2012 [AS 85/2012].

(prácticamente unido a una diferencia de trato en el salario con conductas de la empresa calificadas de acoso que se sucedían en un contexto de bajas laborales, las últimas por con depresión ligada a la conflictividad)⁷⁴⁵ ó 30.000 euros cuando se trata de un acoso sexual⁷⁴⁶.

En coherencia con lo antes apuntado los pronunciamientos judiciales en materia civil, aunque no sean estrictamente en el terreno del acoso laboral sino en otros ámbitos donde igualmente puede darse el acoso, estiman como criterios para reconocer la indemnización por daños morales: la ruptura de la tranquilidad o el sosiego⁷⁴⁷. Por lo que se refiere al acoso escolar, los Tribunales de lo Civil han apreciado indemnizaciones, en lo que hace exclusivamente al daño moral, por valor de 30.000 Euros, cuando no concurre una causa discriminatoria, aunque la conducta se ejerce en grupo y prolonga hasta tres años⁷⁴⁸.

En el mismo sentido, la Sentencia de la AP de Coruña ⁷⁴⁹, utilizando el criterio de la ruptura de la tranquilidad o el sosiego antes mencionado, reconoció una indemnización por valor de 20.000 euros a cada uno de los vecinos que habían soportado durante tres años los ruidos procedentes de un establecimiento hostelero que no disponía de la insonorización acústica preceptiva, y que se encontraba abierto al público por las noches⁷⁵⁰. En contraste, cuando la ruptura de la tranquilidad o el sosiego no se acredita en la intensidad antes expuesta, bien porque el ruido se realiza durante el día, o bien porque no se acredita siempre su continuidad en el tiempo sino en determinados días o períodos, ya sea porque la intensidad del ruido no llega a ser elevada, los Tribunales de lo Civil han rebajado la indemnización por daño moral a 3.000 euros por cada uno de los

⁷⁴⁵ STS] de Asturias de 26 de febrero de 2010 [AS 1456/2010].

⁷⁴⁶ STS] de Asturias de 30 de abril de 2004 [AS 2112/2004].

⁷⁴⁷ SAP Zaragoza (Civil) de 3 de abril de 2012 [AC 920/2012].

⁷⁴⁸ AP Madrid (Civil) de 11 de mayo de 2012 [384/2012].

⁷⁴⁹ Sala de lo Civil, sentencia de 19 de junio de 2012 [JUR 237716/2012]

⁷⁵⁰ SAP de Coruña de 19 de junio de 2012 [JUR 237716/2012].

afectados⁷⁵¹.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta, por lo que se refiere a la apreciación del daño moral, es la compatibilidad con las prestaciones de la Seguridad Social y otras indemnizaciones. En el orden social, los Tribunales han aplicado tradicionalmente la *compatibilidad acumulada*, con el descuento entre prestaciones e indemnizaciones civiles, a diferencia de lo que sucede en el orden civil donde se vienen reconociendo la *compatibilidad absoluta*, sin descuentos entre prestaciones e indemnización ⁷⁵². Los pronunciamientos citados separan, como se ha podido comprobar, el daño moral que puede originarse como resultado del acoso laboral, inserto en el daño extrapatrimonial, de los daños patrimoniales, que quedarían cubiertos por el sistema de responsabilidad objetiva en el que se inspira la Seguridad Social, sin perjuicio de los posibles descuentos entre la indemnización global y las prestaciones en lo que hace al lucro cesante ⁷⁵³ y de algunos pronunciamientos donde únicamente se valora el daño moral ocasionado por el perjuicio patrimonial excluyendo la valoración adicional del daño moral en el daño extra-patrimonial ⁷⁵⁴. Al atraer la competencia sobre el conocimiento de las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo al orden social, la reforma de la LRJS también resuelve los problemas de compatibilidad suscitados entre las distintas responsabilidades concurrentes (laboral, civil, penal, administrativa), lo que también tiene incidencia en la apreciación del daño moral de manera global, al margen de los problemas que suscita en relación

⁷⁵¹ SAP de Sevilla (Civil) de 21 de noviembre de 2012 [JUR 67538/2012], SAP de Alicante (Civil) de 27 de octubre de 2011 [AC 2268/2011], SAP de Cádiz (Civil) de 18 de julio de 2011 [JUR 344313/2011]).

⁷⁵² LAHERA FORTEZA, J.: "Compatibilidad limitada entre indemnizaciones civiles y prestaciones sociales en los accidente de trabajo: ¿socialización del riesgo o seguro de responsabilidad empresarial? (Comentario a la STS, Sala 4ª, 22 de septiembre de 2008)", *Diario La Ley*, Nº 7301, 2009, pag. 1 y ss.

⁷⁵³ LAHERA FORTEZA, J.: "Compatibilidad limitada entre indemnizaciones civiles y prestaciones sociales en los accidente de trabajo: ¿socialización del riesgo o seguro de responsabilidad empresarial? (Comentario a la STS, Sala 4ª, 22 de septiembre de 2008)", op. cit., pag. 1 y ss.

⁷⁵⁴ STS de 20 de septiembre de 2007 [R] 8304/2007].

entre el descuento del recargo de prestaciones con las prestaciones causadas y con el daño moral. Del mismo modo, en relación con la posibilidad de acumular la indemnización estrictamente laboral originada por resolución causal con la indemnización por daño moral, que igualmente habían encontrado algunos obstáculos a su acumulación en relación con el acoso laboral, ha quedado resuelta⁷⁵⁵.

Con esta interpretación cada vez más extendida de la posible acumulación de las indemnizaciones en el orden social, las indemnizaciones por daño moral reconocidas en relación con el acoso laboral, sin embargo, continúan siendo poco elevadas, pese a que podrían ser no sólo en el mecanismo más idóneo⁷⁵⁶ o en el único mecanismo de restituir a la víctima, cuando ha soportado el acoso laboral sin romper la relación o sin suspender el contrato de trabajo⁷⁵⁷, sino también en la manera más adecuada de repercutir la responsabilidad civil del daño ocasionado por el acoso laboral cuando la relación laboral se desarrolla en el marco de una prestación donde intervienen varias empresas o cuando no se han adoptado las medidas preventivas necesarias para evitar el acoso⁷⁵⁸.

5.- LA INDEMNIZACIÓN UNITARIA DEL DAÑO

En el tema de daños y como criterio general rige el principio de que la carga de la prueba, en lo referente a su realidad y cuantificación, recae siempre sobre la persona que pretende su resarcimiento. La existencia del daño y su cuantía habrán de

⁷⁵⁵ STS 17 de mayo de 2006 [RJ 7176/2006], STSJ de Extremadura de 19 de junio de 2008 [AS 2942/2008], STS de 9 de mayo de 2011 [4747/2011].

⁷⁵⁶ ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *El acoso del trabajador en la empresa*, Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 120.

⁷⁵⁷ JURADO SEGOVIA, A.: "Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral", *La Ley*, 2008, pág. 502.

⁷⁵⁸ En este sentido, GOMEZ-MILLAN HERENCIA, M.J. : "La responsabilidad civil por daños morales ocasionados como consecuencia del acoso moral", Ponencia, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Girona, 2013, pág. 15 y ss.

demostrarse por la persona que reclama la correspondiente responsabilidad y resarcimiento. Recordemos que ese íntimo dolor, ese particular sufrimiento, esa dolorosa ruptura de lazos afectivos... no tiene ubicación en la legalidad ya que no siempre vendrán visualizados con una exteriorización indiscutible que les dote de la suficiente cobertura jurídica que refleje el daño moral para poder cimentar su integración y cuantificación dentro de un aséptico y formalizado documento como es la sentencia judicial y el proceso que le antecede.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1996⁷⁵⁹ se decía que: “si bien es cierto que el precepto civil 1106 Código Civil establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible -los llamados daños morales-, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de en los que cabe comprender los siguientes: toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o 1º) psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito.(...) 2º) moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales.(...) ahora bien, se puntualiza que en la integración de este daño moral, lo que se trata de incorporar a este concepto no son las privaciones materiales o alimenticias que, a consecuencia de dichas lesiones o muerte, pueden padecer las personas o supervivientes que estuviesen bajo la tutela, custodia o el estipendio económico del lesionado o fallecido, porque obvio es, que tales contingencias se ubicarán dentro del campo de los daños corporales en general, o materiales en su modalidad de perjuicios; y es que lo que se pretende sustantivizar como daño moral es el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que ante ese hecho ilícito (...)”.

⁷⁵⁹ RJ 1996, 7235.

Según se desprende de lo expuesto, nos está diciendo que el daño moral:

- a) Viene a ser subsidiario del daño material.
- b) No existe ninguna configuración específica del concepto.
- c) Carece de toda consistencia si no es alegado y probado por la víctima.

En base a ello, consideramos que debería consolidarse una convención legal, jurisprudencial o doctrinal que exigiera que el causante de un daño haga frente a una indemnización uniforme y única, tanto si ese daño es de tipo patrimonial como de tipo moral, toda vez que ambos suponen una disminución efectiva de cierta utilidad individual y, por tanto, una pérdida neta del bienestar personal. Es por ello que, la indemnización deberá coincidir, principalmente, con el daño generado objetivamente, sin olvidar que el mismo siempre se va a reflejar en los sentimientos íntimos de cada persona.

La cuantificación monetaria del daño moral constituye un instrumento útil para adecuar a las circunstancias del caso la reparación de perjudicado, superando los límites y las dificultades que derivan de una estricta valoración de los daños y perjuicios sufridos por el mismo⁷⁶⁰. Presenta el daño moral perfiles singulares: carácter subjetivo frente a la objetividad de los daños materiales, su presunción en supuestos de derechos fundamentales, la consiguiente relajación en materia de prueba y el arbitrio judicial en la instancia. En buena medida, la mayor flexibilidad de los daños morales es comprensiva para insertar esta lógica en el modelo.

La LPL no contenía norma alguna sobre la fijación de la cuantía de la reparación económica ligada a daños materiales o

⁷⁶⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: "La dignidad de las víctimas de delitos", *Aranzadi Civil*, N° 6, 2010, págs. 12 y 13.

morales a compensar en supuestos de vulneración de derechos fundamentales. Ambas eran cuestiones a valorar por los tribunales de instancia discrecionalmente y la cuantificación realizada por el juez o Tribunal que tramitó la causa, no era revisable en vía de recurso, siempre que se hubiera efectuado sobre unas “coordenadas normales, según su prudente arbitrio y las circunstancias del caso”⁷⁶¹. La traducción en términos económicos de los daños materiales es sencilla pues su fijación es meramente objetiva e inmediata mientras que la indemnización por daños morales será subjetiva y mediata, pues carecen de traducción económica automática⁷⁶². Tras la entrada en vigor de la LRJS serán aplicables las reglas indemnizatorias recogidas en los arts. 179.3 y 183 LRJS, ambos en sede del proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. El primero requiere que en la demanda se recojan las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización que se reclama, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador y se exceptiona de ello a los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada. Junto a ello, el art. 183 LRJS recuerda que cuando la sentencia declare la vulneración del derecho fundamental, el juez habrá de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización incluyendo daño moral y daños y perjuicios adicionales derivados. El juez se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resultare demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión. No obstante, cuando se trata de daños morales, los parámetros valorativos

⁷⁶¹ STS 22 de febrero de 2011, Sala 1ª (admite el recurso en supuestos de error notorio, arbitrariedad, notoria desproporción), SSTS 23 de julio de 1990, 16 de marzo de 1998, 21 de febrero de 2000 [R] 6457, [R] 2993, [R] 751, respectivamente), STSJ Aragón 17 de marzo de 2003 [JUR 2003, 136842], STSJ País Vasco 2 de noviembre de 2004 [JUR 2005, 4115] y STSJ Cataluña 30 de marzo de 2005 [AS 1335] que rebajaría una indemnización por daños morales en un supuesto de discriminación por razón de sexo de 300.000 a 20.000 €.

⁷⁶² BAZ TEJEDOR, J.A.: “La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo”, *Les Nova*, Valladolid, 2006, pág. 237.

difusos a emplear no serán, por ello, irrazonables.

6.- RECONSIDERACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DAÑOS MORALES

La problemática en torno a los daños morales se explica en último término por un cierto desorden conceptual en el que se entremezclan bajo dicha denominación realidades muy distintas a las que convendría seguramente un tratamiento diferenciado⁷⁶³. Muy en particular, se estima que nuestros jueces y tribunales incurren en ocasiones en una confusa identificación entre el daño moral, que entendido en sentido estricto no es susceptible de demostración y cuantificación precisa, y los daños psíquicos, que efectivamente sí son evaluables a través de pruebas psicométricas o exámenes médicos⁷⁶⁴. Frente a ello, se estima adecuada una más rigurosa clasificación sistemática de los distintos tipos de daños, que permitiría deslindar los diferentes requerimientos de acreditación y valoración aplicables a cada uno de ellos. En este sentido, se coincide con quienes sostienen que es preciso distinguir entre los daños patrimoniales, los menos controvertidos integrados por el daño emergente y el lucro cesante, y, de otro lado, los daños extrapatrimoniales, categoría que englobaría a todos aquellos que recaen sobre bienes o derechos que ni tienen una naturaleza estrictamente económica ni forman parte del tráfico jurídico, como la integridad corporal y psicológica, la felicidad, el bienestar, la autoestima y la reputación, etc.⁷⁶⁵. E incluso, convendría distinguir tres categorías distintas de daños, cada una con sus peculiaridades propias, para una mejor comprensión y articulación de todas ellas.

⁷⁶³ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *op. cit.*, págs. 49 y ss.

⁷⁶⁴ ALVAREZ ALONSO, D.: "La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral", *XIII Congreso d Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013, pag. 11.

⁷⁶⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V. / SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: "La indemnización de daños y perjuicios en el contrato de trabajo" , *op. cit.*, págs. 54 y ss.

La primera de entre estas distintas clases de daños sería la referida a los de carácter patrimonial, con sus dos subespecies en los términos ya expuestos, el daño emergente y el lucro cesante, respecto de los que no sólo es dable exigir "bases y puntos de apoyo indiciarios", sino una acreditación y cuantificación precisa, ya que su propia naturaleza no sólo lo permite, sino que lo reclama.

Como segunda categoría cabría identificar -como lo hace la doctrina italiana y algún autor en nuestro país- el "daño biológico" o "a la salud", formado por tres componentes: los daños corporales directos, los daños psíquicos inmediatos y, por último, las secuelas físicas o psicológicas perdurables en el futuro. Como se ve, todos estos daños son susceptibles de evaluación y tratamiento profesional, aunque cada uno con sus propias particularidades (señaladamente la proyección futura de las secuelas), por lo que perfectamente podría pedirse acreditación objetiva de su existencia e importancia. Nótese, por lo demás, que entre estos daños y los patrimoniales puede existir una intensa comunicación, más fácil de evaluar desde esta clara sistematización: así, los daños a la salud pueden generar daños patrimoniales derivados, por ejemplo, los gastos que ocasiona el tratamiento médico requerido por las lesiones corporales directas (daño emergente) o la pérdida de ganancias que pudieran provocar ciertas secuelas incapacitantes para el desarrollo de toda o de alguna actividad laboral o profesional (lucro cesante)⁷⁶⁶.

Ulteriormente, como tercera categoría netamente separada de las anteriores -especialmente del daño psíquico-, se situaría el daño moral en sentido estricto, que se referiría a los quebrantos producidos en el ámbito existencial subjetivo de la propia persona, en su espíritu, en sus sentimientos, en su identidad o en sus relaciones sociales⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V. / SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: "La indemnización de daños y perjuicios en el contrato de trabajo" op. cit., pág. 58 y ss.

⁷⁶⁷ MOLINA NAVARRETE, C., "La tutela frente a la "violencia moral" en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización", *Aranzadi Social* N° 18, 2002, págs. 79 y ss.; y BEJARANO HERNÁNDEZ, A., op. cit., pág. 50.

Dentro de éste, cabría aún distinguir entre dos modalidades. Por un lado, el "daño moral *autorreferencial*", es decir, el dolor, el sufrimiento, la infelicidad o la angustia que se producen en el fuero interno, incluyendo la pérdida de autoestima o la frustración de expectativas vitales, esto es, el que la jurisprudencia ha entendido siempre como resarcible con arreglo a la idea de un *pretium doloris*⁷⁶⁸. Y por otro lado, más allá de este, podría hablarse también de un "daño moral *relacional*", referido al menoscabo sufrido en las relaciones familiares, afectivas, sociales o de ciudadanía con otras personas o con la sociedad en su conjunto, que se produce cuando la conducta lesiva ocasiona a la víctima una pérdida, una quiebra o una obstrucción en su esfera de libre y personal desarrollo, cuando se ha provocado una merma en la estima ajena o también en caso de postergación o exclusión en cuanto a la participación en la vida pública o comunitaria.

A diferencia de lo que ocurre con los daños biológicos, incluidos los de carácter psíquico, estos daños morales en sentido estricto no son susceptibles de prueba y cuantificación precisa, siendo posible únicamente, a lo sumo, aproximaciones indiciarias⁷⁶⁹. Es precisamente aquí donde cobra todo su sentido tanto la exoneración al demandante de la carga de acreditar y cuantificar el daño como la determinación prudencial de la indemnización por el órgano judicial, en los términos actualmente acogidos por los arts. 179.3 y 183 LRJS. Podríamos decir que incluso estaría plenamente justificada la presunción de existencia del daño a partir de la simple constatación de la vulneración del derecho fundamental, al menos en lo relativo al daño moral autorreferencial, pues es claro que todo atentado o

⁷⁶⁸ STS (Civil) de 22 febrero 2001.

⁷⁶⁹ OLARTE ENCABO, S.: "Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo laboral calificable de accidente de trabajo. Progreso y ...", op. cit., págs. 65 y ss. (Se considera necesaria una intervención legal que clarifique, en general respecto a las enfermedades psíquicas relacionadas con el trabajo, y particularmente aquellas cuya etiología está vinculada al acoso moral, el procedimiento, la distribución de la carga de la prueba y el grado de exigencia del nexo causal).

privación de derechos y libertades constitucionales implica en sí mismo una lesión de la dignidad con el consiguiente quebranto en la esfera subjetiva de la víctima, de difícil o imposible estimación por cuanto se trata de un perjuicio inmaterial e incorpóreo anidado en la subjetividad interior de la persona⁷⁷⁰.

Por otra parte, también existe comunicación entre el daño a *la salud* y el daño *moral* en sentido estricto, que no son lo mismo pero están íntimamente relacionados: las lesiones corporales, las patologías psíquicas y las secuelas, perfectamente evaluables, comportarán siempre también el añadido de un más difícil de precisar padecimiento subjetivo situado en el terreno del daño moral.

Por último, cabría incluso considerar con cierta autonomía los *perjuicios profesionales*. Estos podrían integrar en su seno daños patrimoniales (daño emergente por las percepciones económicas de las que efectivamente ha quedado privado el trabajador y lucro cesante por la frustración de la promoción económica), pero eventualmente también una cantidad adicional por el daño moral que comporta la afectación al derecho del empleado a la formación o a la promoción, a sus expectativas de realización personal a través del trabajo, o a su reputación profesional⁷⁷¹.

Concluyendo este apartado, debemos poner de manifiesto que de modo mayoritario la doctrina judicial⁷⁷² opta por la aplicación de mecanismos de compensación individualizados conforme a los elementos concurrentes en cada supuesto, lo que permite un mayor ajuste a las situaciones concretas presentadas.

⁷⁷⁰ En este sentido ALVAREZ ALONSO, D.: “La indemnización por lesión de Derechos Fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los daños morales”, *op. cit.*, págs. 13 y ss.

⁷⁷¹ SSTSJ de Cataluña de 31 enero 2003 y 18 marzo 2005.

⁷⁷² En este sentido HIERRO HIERRO, F.J.: “Acoso Moral: ¿reglas para su cuantificación?”, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Girona, 2013, págs. 12 y 13.

Sin embargo, se entiende, como ya sostuvo el Tribunal Supremo que, aún admitiendo las dificultades que entraña la elaboración de un sistema de valoración de daño, goza de mayor legitimidad el sistema fijado por el legislador con carácter general que la valoración efectuada por los órganos jurisdiccionales con evidente riesgo de quiebra de los principios de igualdad y de seguridad jurídica, pues las invocaciones genéricas a la prudencia del juzgador y a la ponderación ecuánime de las circunstancias del caso que realiza no son garantía de corrección, ni de uniformidad resarcitorias.

Habrá que esperar, por tanto, al anunciado sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales mediante un sistema específico de baremo de indemnizaciones actualizables anualmente, solución que se considera más justa y equilibrada.

III.- DAÑOS CORPORALES

1.- CONCEPTO

El daño corporal recae sobre el bien maspreciado del hombre que, después de la vida, es la salud y la integridad física; se trata de un daño extrapatrimonial pero personal, contemplado como tal en el propio texto constitucional en el artículo 32⁷⁷³ como daño a la salud, el cual puede tener consecuencias pecuniarias, no sólo presentes sino también futuras, así como otras al margen de lo económico.

⁷⁷³ Junto al 10, 15 y 43.1 también de la Carta Magna, en donde se contempla la protección a la salud como Derecho Fundamental, así como a la integridad física, como uno de los principios rectores de la política económica y social.

El daño corporal es un daño reparable, porque de lo que aquí no hay duda es de que el daño existe, es evidente y por tanto puede producir en algunos casos una incapacidad, temporal o permanente⁷⁷⁴.

También reconoce y consagra el derecho a la salud la Ley General de Defensa de los Consumidores, en cuyo artículo 2 se reconocen como derechos básicos de los consumidores y usuarios, la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud y seguridad. Así como la normativa de la Unión Europea, tanto la Directiva 85/374, de 25 de julio de 1985 de responsabilidad por productos defectuosos⁷⁷⁵ como la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios.

Podemos afirmar que daño corporal es la consecuencia de toda agresión, exógena o endógena, sobre cualquier parte de la anatomía humana⁷⁷⁶ e implica por definición una lesión a un derecho de la personalidad, como es la vida o la salud, que puede ser tanto física como psíquica. Y precisamente el hecho de afectar a un bien de la personalidad hace que sea, un daño no patrimonial, que su medida y reducción a términos económicos sea prácticamente imposible. Su valoración en la práctica constituye un problema de considerable gravedad, pues se trata de atribuir al dolor físico o psíquico sufrido por la víctima un precio económico. Es decir, nos encontramos ante el denominado, *pecunia doloris* o precio del dolor⁷⁷⁷.

La dificultad a la hora de establecer un concepto de daño corporal se agudiza por el hecho de hallarnos ante un daño que se

⁷⁷⁴ REGLERO CAMPOS, L.F./ BUSTO LAGO, J.M. (coordinadores) en AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil* , Tomo I , Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 364 y ss.

⁷⁷⁵ El artículo 9 a) 1º, establece que, entre otros, se entiende por daños a los efe artículo 1: "los causados por muerte o lesiones corporales".

⁷⁷⁶ Cf. GARCIA BLAZQUEZ PERÉZ, M. / GARCIA BLAZQUEZ PERÉZ, C.: *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*, Comares, Granada, 2006. págs. 1 y ss.

⁷⁷⁷ Cf. GAZQUEZ SERRANO, L.: *La indemnización por causa de muerte*, Dikynson, Madrid, 2000, págs. 172 y ss.

manifiesta de diversas maneras, pues a pesar de causar una lesión a la integridad física o psíquica, en la mayoría de los casos trasciende de estas fronteras y originara una serie de gastos, encaminados a eliminar o aliviar las dolencias de dichas lesiones⁷⁷⁸. Actualmente, y con independencia de esos gastos, aparece la incapacidad, ya sea permanente o transitoria⁷⁷⁹. Junto a estas manifestaciones podemos hablar de una tercera, que es la que se podría encuadrar en el ámbito de los daños morales, que son todos los sufrimientos psíquicos experimentados por la víctima como consecuencia del daño corporal sufrido, como serian el daño estético, o el perjuicio meramente moral, es decir, la pena o la tristeza.

El daño corporal, por otra parte, puede ser radical o parcial, ya que puede consistir en la muerte, o en una lesión que se prolonga en el tiempo, que termina por curarse o que puede incluso no curarse. Es por ello que son tres las manifestaciones del daño corporal: la lesión temporal, la lesión permanente y la muerte.

2- CLASES DE DAÑOS CORPORALES

El perjuicio más directo de la víctima de un daño corporal es el deterioro a su integridad psico-física. La mayor o menor gravedad del daño corporal se conoce como grado de incapacidad funcional. Esta, puede ser, según su duración y en relación con la consolidación de las lesiones, de dos clases, temporal (parcial o total), e incapacidad permanente (parcial o total).

⁷⁷⁸ El daño corporal puede tener muy diversas manifestaciones tales como: anatómicas, funcionales, estéticas, morales, extracorpóreas. Cf. GARCIA BLAZQUEZ PERÉZ, M. / GARCIA BLAZQUEZ PERÉZ, C : *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*, op. cit. pág. 2 y ss.

⁷⁷⁹ El RDLeg 1/1994, de 20 de junio que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social regula la incapacidad permanente y temporal

La *incapacidad temporal* es el periodo de tiempo en el que el perjudicado sufre ese daño a su integridad física, el cual empieza en los momentos inmediatos y posteriores a la lesión, cuando el perjudicado no puede continuar con sus actividades habituales que venía realizando hasta la producción del daño y termina con el alta definitiva con o sin secuelas. Según el grado de incapacidad y autonomía que tenga la víctima⁷⁸⁰, ésta puede ser total o parcial.

En muchas ocasiones suele confundirse la incapacidad temporal con los conocidos días de baja laboral, sin que quede claro en virtud de qué se indemniza al lesionado, los días de estancia hospitalaria o ambulatoria, y por qué se indemniza por igual a todas las víctimas, con independencia de si acreditan o no pérdida de rentas. Confusión que viene propiciada por el desconocimiento que hay en general de las distintas partidas indemnizatorias, pues lo que se llama día de baja no es tal. Todo perjudicado tiene derecho a ser resarcido de los perjuicios que sufre durante su curación independientemente de que trabaje o no.

El daño que se indemniza tiene como contenido el dolor físico, la tristeza, la dependencia que el lesionado tiene respecto de los demás, la angustia de no saber como se quedará, si se curará o no, etc.⁷⁸¹.

Después de esta fase, cuya duración es variable en relación con la importancia y grado de las lesiones y con las condiciones físicas del perjudicado, la incapacidad temporal llegará a su fin. Cuando el

⁷⁸⁰ Véase PÉREZ PINEDA / GARCÍA BLAZQUEZ: *Manual de valoración y baremación del daño corporal*, Granada, 2002, Comares, pág. 59.

⁷⁸¹ VICENTE DOMINGO, E.: op. cit. pág. 252.

En este sentido se pronuncia la SAP Madrid de 27 de mayo de 2000 cuando distingue: "...Indemnización: accidente de circulación: conforme al sistema de valoración de daño corporal incorporado por la ley 30/ 1995: por 780 días de curación: distinción entre los que la víctima se encontró impedida para el desenvolvimiento de sus ocupaciones habituales y los que carecieron (la esa virtualidad: 5.000 y 3.000 pesetas diarias respectivamente, más los incrementos correspondientes del IPC y factor d corrección de perjuicios económicos....."

perjudicado se cura totalmente y le queda alguna secuela, comienza la *incapacidad permanente o secuela definitiva*.

No debemos olvidar la importancia que en este punto adquiere la figura del *experto médico* en la valoración del daño corporal, el cual, evidentemente presta una eficaz e imprescindible ayuda, tanto a las partes como al juzgador.

3.- CONSECUENCIAS DEL DAÑO CORPORAL: PECUNIARIAS Y NO PECUNIARIAS

Tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen admitiendo que siempre el daño corporal es reparable independientemente de sus consecuencias económicas, por lo que habrá que conocer que otros perjuicios son daño corporal y cuál es su naturaleza, para lo cual habrá que contar con métodos de valoración adecuados.

Las consecuencias económicas o pecuniarias, pueden proceder de una serie de gastos, como de ambulancia, taxi, hospital, farmacia, etc. Y que ha hecho frente a ellos con su patrimonio la víctima. Estos gastos tiene naturaleza extrapatrimonial, pero con consecuencias indemnizatorias en dinero. Lo único exigible a este tipo de daños es la relación causa efecto, entre el daño ocasionado y el hecho dañoso⁷⁸².

Por tanto, estamos ante un *daño emergente*, que en la mayoría de los casos suelen estar cubiertos por la Seguridad Sociedad o por cualquier sistema de previsión. Son gastos estrictamente necesarios, ahora bien si tales gastos derivan del hecho culposo de un tercero, la Seguridad Social será también perjudicada y podrá repetir contra el culpable, exclusivamente, por los gastos de asistencia sanitaria, ya que

⁷⁸² REGLERO CAMPOS, L.F./ BUSTO LAGO, J.M. (coordinadores) en (AA.VV) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 371 y ss.

ostenta un derecho de regreso para reclamar lo que en su momento desembolso⁷⁸³.

También pueden derivar consecuencias no pecuniarias del daño corporal que causan evidentemente también perjuicios y que no son susceptibles de incorporar en las partidas indemnizables de carácter económico.

Este es por ejemplo el precio del *pretium doloris* y del daño estético, que por equidad deben ser reparados.

El primero de ellos, el dolor puede ser físico o moral, que no solo lo sufre el sino los parientes que le rodean *pretium affectionis*, y que también puede sufrir la víctima directamente en su propio cuerpo, aunque mas adelante veremos que esta enmarcado en el llamado daño por *rebote*.

Este tipo de daños consistiría en el dolor físico experimentado por la víctima en su cuerpo, así como en el sufrimiento puramente moral que la víctima pueda experimentar viéndose mutilada, desfigurada o con cualquier otro daño. Por ello es preciso distinguir el dolor físico del moral, aunque ambos se muevan en este caso en la esfera extrapatrimonial, pero con gran importancia y relevancia.

En cambio el *daño o perjuicio estético* ofrece mas ventajas a la hora de su reconocimiento y reparación, ya que consiste, en general, en cualquier tipo de defecto físico que altere peyorativamente la apariencia externa del ofendido, menoscabando su aspecto y su natural conformación anteriores al hecho delictivo, debiéndose agregar que es, a las Audiencias, a quienes, de ordinario corresponde e incumbe determinar si, la irregularidad, tiene la entidad suficiente

⁷⁸³ Ejemplo de ello se puede contemplar claramente en la STS de 21 de octubre de 1982 [RJ 1981, 3948], En la misma línea la SAP de Madrid de 7 de febrero de 2000, y también la SAP de Almería de 31 de enero de 2003, la SAP de Valladolid de 10 de mayo de 2000 resuelve conforme a este criterio.

para afear al sujeto pasivo y constituir deformidad en sentido legal, y que no descalifica, sus conclusiones, el hecho de que, el estigma o la imperfección⁷⁸⁴.

Ante tales pronunciamientos, el daño estético goza de unas peculiares *características*: es extrapatrimonial, al ser un aspecto concreto del daño corporal, su prueba es fácil y sencilla, es real y cierto y duradero, y no sólo citando recae en zona visibles, sino también cuando recae en cualquier parte del cuerpo que pueda ser vista por los demás en las circunstancias que sea. Es decir la visibilidad, es interpretada de conformidad a la realidad social actual y que cada vez da más importancia a la imagen, que ha pasado a ser un valor esencial tanto en las relaciones profesionales como afectivas.

A la hora de su *valoración* será determinante el lugar donde esté ubicada la secuela, dándosele mayor importancia a las señales que se localicen en lugares visibles en todo momento, como puede ser la cara, manos, piernas, por ejemplo.

El daño estético no está incluido en las lesiones o secuelas permanentes y da lugar una partida independiente⁷⁸⁵. Se considera un daño que está graduado y puede ir de ligero, a moderado, medio, importante, muy impórtate y considerable con una puntuación de 1 a 20, y los puntos que se den se suman aritméticamente a los de la secuela, lo cual, es más correcto y ventajoso para el perjudicado que si se considerara concurrente⁷⁸⁶.

El perjuicio estético es el existente en el momento de la producción de la sanidad del lesionado (estabilización lesional), y es

⁷⁸⁴ REGLERO CAMPOS, L.F./ BUSTO LAGO, J.M. (coordinadores) en (AA.VV) *Tratado de Responsabilidad Civil* , Tomo I , Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 382 y ss.

⁷⁸⁵ Se establecen importantes normas de calculo, especialmente en el apartado 3 de las reglas de utilización que se contienen en la referida Ley 34/2003, incorporadas al Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre.

⁷⁸⁶ SAP Madrid de 27 de mayo de 2000 [RJ 2000, 237].

compatible su resarcimiento con el coste de las intervenciones de cirugía plástica para su corrección. La imposibilidad de corrección constituye un factor que intensifica la importancia del perjuicio.

La puntuación adjudicada al perjuicio estético no incluye la ponderación de la incidencia que el mismo tenga sobre las actividades del lesionado (profesionales y extraprofesionales), cuyo específico perjuicio se ha de valorar a través del factor de corrección de la incapacidad permanente.) Y, a los perjuicios estéticos no le afecta el límite de los 100 puntos que rige para los fisiológicos⁷⁸⁷.

4.- DAÑOS POR “REBOTE”

Los daños por *rebote* o también denominados daños indirectos, son los que nacen como consecuencia del daño sufrido por otra persona, en donde la relación de causalidad sigue intacta, lo que ocurre es que hay dos tipos de víctimas. Por un lado la persona directa e inicialmente dañada, es decir la que sufre el daño en la esfera de sus bienes o derechos, y de otro lado, la persona indirectamente perjudicada, no en su patrimonio, cuerpo o salud, sino en la esfera pecuniaria, en la moral o en ambas⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷ como recoge la STS de 23 de abril de 2009 [R] 2009, 4731], al manifestar que: “La referencia al límite de 100 puntos esta en relación con la fórmula aritmética de concurrencia de secuelas, respecto de la cual tiene un carácter descriptivo y explicativo de la finalidad que se persigue mediante ella (evitar que por la acumulación de secuelas puede rebasarse el importe máximo fijado y que la puntuación final sea producto de una suma aritmética, y no de un cálculo proporcional a la suma fijada como máxima). Sin embargo, la referencia al límite de 100 puntos figura antes que la regla especial establecida para los perjuicios estéticos, a los que se ordena no aplicar la fórmula reductora, y por lo tanto no afecta a la puntuación fijada para ellos”.

⁷⁸⁸ REGLERO CAMPOS, L.F./ BUSTO LAGO, J.M. (coordinadores) en AA.VV. *Tratado de responsabilidad civil* , Tomo I , Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 397 y ss.

Los supuestos más frecuentes en la práctica, son los producidos a causa del fallecimiento o por las lesiones producidas por otra persona.

En el caso de *lesiones*, el problema se centra en determinar el vínculo que existe entre las lesiones y el daño que sufren otras personas, como pueden ser los parientes.

Cuando el resultado del daño es la *muerte*, se plantea un importante problema teórico pero con consecuencias prácticas, pudiéndose optar por dos posibilidades:

1ª. Con la muerte de la víctima, ingresa en su patrimonio un derecho a indemnización, que pasa directamente a sus herederos, por lo tanto serán éstos los que la reclamen, ejercitando una acción de la que ellos mismos son titulares, ya que se les ha transmitido mortis causa. Esta es la postura o teoría que se ha mantenido tradicionalmente. Y además, esos herederos podrán solicitar otra indemnización, en concepto de daño moral.

2ª. Con la muerte de la víctima el derecho a la indemnización no forma parte de su herencia, sino que es un derecho que nace a favor de los familiares más próximos, y que resultarían perjudicados material y moralmente por aquella muerte, y que no tiene que ser lo herederos de la víctima, sino los directamente perjudicados que aunque normalmente coinciden, no siempre tiene que ser así. Esta teoría se mantiene en la actualidad.

5.- SISTEMAS DE VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL

La valoración del daño corporal constituye una cuestión bastante compleja, puesto que nos situamos dentro de unas medidas donde el valor humano no puede más que recibir una apreciación convencional. Cuando el daño afecta a la vida o a la integridad física,

no es posible la reposición y su reparación, sino que ha de referirse necesariamente a una compensación económica.

La víctima de una lesión corporal, demanda un resarcimiento que consisten en atribuir al dolor físico o psíquico un precio económico, pero, el problema es que nos hallamos ante un daño que por definición no puede ser resarcido de modo específico, de tal manera que la reparación de esta clase de daños implica necesariamente la realización de una estimación económica de estos bienes, que por definición y su propia naturaleza, son de difícil cuantificación.

Por tanto, si bien la vida humana no tiene precio, sin embargo es preciso establecer un valor al mismo. La compensación pecuniaria es el único modo para poder indemnizar el daño corporal, debiendo determinar como y cuanto valorar la salud, la vida, la integridad física de las personas, y la salud mental de las mismas. En definitiva, nos enfrentaremos a la difícil tarea de establecer un precio al hombre, de poner tasa a unos valores esenciales⁷⁸⁹.

Debemos de encontrar un criterio que nos permita llevar a cabo esta indemnización, y, atendiendo al principio de reparación Integra, en el sentido de que el perjudicado deberá de ser indemnizado de forma total, tanto en el orden material como en el orden moral, y tanto en lo que respecta al daño emergente como al lucro cesante, que debe de estar presente en cualquier sistema de responsabilidad civil.

Cualquiera que sea el sistema que se escoja en orden a la valoración de los daños corporales, se podrán invocar ventajas e inconvenientes. Los criterios adoptados han oscilado entre un sistema de libre apreciación judicial y un sistema de baremos con cantidades preestablecidas.

⁷⁸⁹ GAZQUEZ SERRANO, L.: "Introducción al sistema para la valoración de los daños", en AA.VV., *Manual de Valoración del Daño corporal*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 259 y ss.

Se basa en que el juez es soberano para declarar la procedencia de la indemnización y para fijar el quantum indemnizatorio⁷⁹⁰. El juez no se halla sometido a previsión normativa alguna, sino que actúa con total discrecionalidad, examinando las circunstancias especiales de cada caso, discrecionalidad que en cualquier caso, impone un juicio de equidad⁷⁹¹. Esta amplia discrecionalidad judicial supone que el juzgador cuando valora el daño mediante la sentencia, no está sometido a ningún tipo de parámetro o baremo⁷⁹². Es por tanto doctrina reiterada por el Tribunal Supremo, que el *quantum* de la indemnización por daños y perjuicios, es materia confiada exclusivamente a la discrecionalidad y prudente arbitrio de los Tribunales de instancia⁷⁹³.

El juez dispone de un amplio arbitrio para fijar el *quantum* indemnizatorio⁷⁹⁴, arbitrio que se ve beneficiado por el hecho de que en nuestro Derecho no existen principios generales rectores de la indemnización de los daños y perjuicios, vacío que autoriza a

⁷⁹⁰ La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997 declaró expresamente que La cuantificación de los daños y perjuicios cuando consistan en graves daños corporales o incluso la muerte, no se halla sujeta a previsión alguna normativa, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente... la función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán a cabo caso por caso, valorando las probanzas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por su carácter general no permite la individualización del caso concreto”.

⁷⁹¹ Tal y como dispone el artículo 3.2 del Código Civil, equidad que además presupone que el juzgador ha de someterse a criterios de valoración razonables y que respeten el principio de proporcionalidad que evite la arbitrariedad, tal y como reza el artículo 9.3 de la Constitución española.

⁷⁹² Aunque se mantenga la discrecionalidad, el juez deberá de motivar sus sentencias, exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 de la Constitución, lo que obliga al órgano jurisdiccional a descomponer las correspondientes partidas hasta llegar al rotante final. Además es un derecho de los que intervienen en el proceso

⁷⁹³ Cf. Entre otras SSTs de 20 de marzo de 1990 y 25 de marzo de 1991 [RAJ 2358].

⁷⁹⁴ REGLERO CAMPOS, L.F. / BUSTO LAGO, J.M. (coordinadores) en (AA.VV) *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 403 y ss.

interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad civil comprende, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso para lograr la indemnidad que es el único designio de la norma⁷⁹⁵. Deberá asegurarse que los perjuicios aparezcan determinados como ciertos y no atendiendo a hipotéticos y futuros perjuicios⁷⁹⁶. Así, en el caso que los daños sean materiales o patrimoniales atenderá al resultado de la prueba. En el supuesto de daños inmateriales o morales, o incluso en aquellos supuestos de daños materiales de difícil cuantificación, como podría suceder con los daños futuros, el juez atenderá a la equidad y en cualquier caso establecerá razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamente la cuantía de los daños e indemnizaciones⁷⁹⁷.

La existencia de esta libertad judicial y la falta de posibilidad de unificación por parte del Tribunal Supremo⁷⁹⁸, ha hecho que en la práctica, no existan criterios uniformes para su regulación. Esta falta de criterios uniformes dentro de las resoluciones judiciales ha provocado que ante circunstancias bastante análogas, sin embargo, las indemnizaciones concedidas hayan sido muy distintas.

⁷⁹⁵ Cf. STS de 13 de abril de 1987.

⁷⁹⁶ Cf. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo y 26 de junio de 1985.

⁷⁹⁷ El propio artículo 1902 del Código Civil al establecer de modo genérico y como única obligación la necesidad de reparar el daño causado, dada la amplitud de este concepto, otorga al juez la más amplia discrecionalidad a la hora de determinar la forma y la cuantía de la indemnización. De modo que este principio de absoluta libertad del juez para valorar los daños conforme a su prudente arbitrio, han hecho que los criterios utilizados por la jurisprudencia en materia de valoración de daños personales hayan sido muy variados, utilizándose como más frecuentes, el estado civil, la edad y demás circunstancias de la víctima.

⁷⁹⁸ Uno de los principios fundamentales en los que se basa nuestra jurisprudencia, es que la apreciación del daño, tanto en lo que se refiere a su existencia como en lo concerniente a la determinación del *quantum* indemnizatorio, es una cuestión de hecho reservada exclusivamente al discrecional criterio del Tribunal de Instancia y además no revisable en casación. Cf. Entre otras las siguientes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo: 22 de abril de 1983, 27 de mayo de 1987, 30 de septiembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 19 de octubre de 1990 o 22 de mayo de 1995.

Por tanto, las dificultades propiciadas por esta libre apreciación judicial del daño corporal, y ante la ausencia de principios generales rectores de la indemnización, puso de manifiesto la necesidad de dotar a los jueces de instrumentos objetivos y uniformes para la valoración pecuniaria de estos daños corporales, que ha conducido a la formulación de principios y baremos en diferentes ámbitos normativos. Baremos que en principio eran considerados como meramente orientativos para los jueces, hasta llegar a nuestros días a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor de 195, que, como es sabido, establece un sistema para la valoración de los daños personales causados a la personas en los accidentes de circulación y con carácter vinculante.

La Dirección General de Seguros de 1 de junio de 1989 aprobó un baremo orientativo para el calculo de las indemnizaciones de los daños corporales y por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991⁷⁹⁹, ante la necesidad de introducir un mecanismo de certeza considerable en un sector en el que existe una gran indeterminación, entro en vigor una mas adecuada regulación que fue objeto de sucesivas modificaciones y actualizaciones⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ A pesar del carácter orientativo y no vinculante de la Orden la realidad es que desde su publicación fue utilizada por muchos jueces y tribunales y hacen referencia a la misma en un gran numero de sentencias, destacando además las ventajas propias del sistema. Fueron por tanto muy numerosas las sentencias que rápidamente se hicieron eco de la utilidad practica de dicho sistema y lo utilizaron en sus resoluciones: sentencias de AP de Santander de 17 de mayo de 1991 y 20 de mayo de ese mismo ahí, la de la AP de Vizcaya de 22 de septiembre de 1993 la de la AP de Gerona de 12 de en abril de 1991, la de la AP de Oviedo de 15 de mayo de 1991. La mayor parte de las sentencias ponen de manifiesto el valor orientativo que no vincula para nada a los Tribunales y así lo expresaron entre otras la sentencia de 27 de junio de 1991 del Juzgado de Instrucción numero 2 de Lérida o la sentencia de 9 de julio de 1991 del Juzgado de Instrucción numero 1 de Santiago de Compostela.

⁸⁰⁰ A través de esta orden se puso de manifiesto las ventajas que presenta el establecer un sistema para la valoración de los daños personales, pues mediante unos criterios preestablecidos, se consigue un grado de certeza y de previsibilidad bastante considerable, dando a la vez cumplimiento al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española. De la misma forma se evitan desigualdades, pues con este proceder se estimula un trato análogo ante situaciones similares, de modo que se da debido cumplimiento del artículo 14 de la Constitución. Igualmente facilita los

El sistema establecido por la citada Orden estaba pensado expresamente para los accidentes derivados de la circulación de vehículos a motor. Sin embargo, los Tribunales también han hecho aplicación del mismo a situaciones ajenas al uso y circulación de los vehículos a motor. Obviamente, esta normativa orientadora de la actividad judicial suscito la atención de la doctrina y, sobre todo, de los distintos sectores implicados, por lo que bien cabe presumir que el legislador, al establecer con carácter vinculante un sistema legal de cuantificación del daño corporal, tuvo especialmente presente la experiencia jurídica anterior y los diversos intereses en juego⁸⁰¹.

La tendencia de establecer sistemas preestablecidos para la cuantificación y valoración del daño corporal, es una necesidad sentida no solo España sino en otros muchos países y así, dentro del marco del Comité de Ministros del Consejo de Europa se publico en 1975 una Resolución en la que se establecían unos principios relativos a la reparación de los daños causados como consecuencia de lesiones corporales y muerte y establece, unos principios orientativos relativos a la reparación de estos daños, principios que son simples recomendaciones para los Estados miembros pero que en ningún momento son vinculantes para los mismos.

En relación con los posibles sistemas a adoptar, consideramos como lo mas idóneo encontrar *una vía intermedia* entre ambos, es decir, el establecer el daño a la integridad física con unos criterios básicos, objetivos iguales y uniformes para todos, criterios que en un

acuerdos extrajudiciales entre las partes, reduciéndose la litigiosidad a la vez que se agiliza el pago de las indemnizaciones.

⁸⁰¹ Podemos afirmar que la decisión del legislador de establecer con carácter vinculante un sistema legal de predeterminación y cuantificación tasada de las indemnizaciones por los daños corporales producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor, ha de situarse en un momento de renovación del instituto de la responsabilidad civil, especialmente significativo en su proyección al sector del automóvil que, por su alta siniestralidad y por la garantía en la reparación del daño que supone el aseguramiento obligatorio, entre otros factores, ofrece una serie de particularidades necesitadas de soluciones jurídicas diferenciadas.

momento posterior deberán de ser revisados y corregidos para adaptarlos al caso en concreto, en función de las circunstancias especiales del mismo. Es decir, nos encontraríamos ante un sistema que se mueve entre el criterio de la absoluta discrecionalidad judicial y el establecimiento de un sistema de baremos, que fueran vinculantes pero flexibles de manera que el juez tuviera que respetar los mismos en lo referente a determinados límites, pero con la posibilidad de moverse dentro de ellos, según las circunstancias concurrentes de la víctima y según las especiales circunstancias del caso concreto. De esta manera se partiría de criterios uniformes que podrían ser aplicados a todos y se obtendría una cierta homogeneidad en la valoración de la vida y de la integridad física, pero a la vez permitiría atender a las circunstancias especiales que son dignas de tenerse en cuenta.

La aplicación del baremo comportara un trato igualitario de los daños biológicos y psicológicos, así como de los daños morales, pues, salvo prueba en contrario, este tipo de daños son similares en todas las personas en cuanto a la discapacidad y al dolor que comportan en la vida íntima: en las relaciones personales, familiares y sociales (incluidas las actividades deportivas y otras lúdicas). Las diferencias dañosas de un supuesto a otro se darán, principalmente, al valorar las influencias de las secuelas en la capacidad laboral, pero, al valorar esa circunstancia y demás que afecten al lucro cesante, será cuando razonadamente el juzgador pueda apartarse del sistema y reconocer una indemnización mayor a la derivada de los factores correctores por perjuicios económicos que establecen las Tablas IV y V del Baremo, ya que, como no es preceptiva la aplicación del mismo, puede valorarse y reconocerse una indemnización por lucro cesante mayor de la que pudiera derivarse de la estricta aplicación de aquel, siempre que se haya probado su realidad, sin necesidad de hacer uso de la doctrina constitucional sobre la necesidad de que concurra culpa relevante, lo que no quiere decir que no sea preciso un obrar culpable del patrono para que la indemnización se pueda reconocer.

Finalmente, consideramos conveniente la existencia de unas tarifas vinculantes y de aplicación obligatorio por los órganos jurisdiccionales, en relación a la apreciación de unos daños que por su propia naturaleza carecen de un valor pecuniario propio y no son susceptibles de una estimación objetiva, y que tengan que ser valorados de igual forma para todos, como es el caso del daño corporal en si mismo considerado, o el dolor que nos produce la pérdida de un ser querido. Frente a estos perjuicios encontramos aquellos otros que por el contrario tienen una entidad pecuniaria y son fácilmente determinables mediante el resultado de una prueba objetiva, nos referimos al los daños económicos que se pueden derivar del daño corporal (tanto daño emergente como lucro cesante) y que es lógico que no se deban valorar de igual modo para todos, por lo que en estos supuesto optamos por la libre apreciación judicial que permita la consideración del caso concreto con la especial atención a las circunstancias particulares del mismo.

5.1.- Especial referencia al sistema de baremos⁸⁰².

Hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1995, mediante la cual se instauro el sistema vinculante de valoración (comúnmente conocido como Baremo), las lesiones temporales y su resarcimiento se indemnizaban mediante unos baremos judiciales, no oficiales, cuyo ámbito de aplicación era eminentemente provincial, y que consistía en una cantidad diaria que oscilaba en función del territorio donde se debía producir la indemnización (entre 5.000 y 10.000 de las antiguas pesetas), lo cual, evidentemente, producía situaciones tan sumamente injustas como que el día improductivo tenía menos valor en un accidente ocurrido en Granada que en Valencia, por ejemplo. El origen de este sistema ha de situarse en el ámbito del Ministerio Fiscal pues era este

⁸⁰² Sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las persona en accidentes de circula de vehículos de motor , RDLG 8/04.

quien determinaba el importe y los correspondientes incrementos del modulo previamente establecido⁸⁰³.

El sistema de valoración establecido en el baremo cuantifica los daños personales, que comprenden la muerte, los daños corporales y el daño moral, y los daños económicos que se derivan de los anteriores, dentro de los que se incluyen el lucro cesante.

El sistema esta estructurado en seis tablas con el siguiente contenido:

Tabla I. Indemnizaciones básicas por muerte.

Tabla II. Factores de corrección para indemnizaciones básicas por muerte.

Tabla III. Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.

Tabla IV. Factores de corrección para indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.

Tabla V. Indemnizaciones por incapacidad temporal.

Tabla VI. Clasificaciones y valoración de secuelas.

Gráficamente⁸⁰⁴ podría quedar explicado de la siguiente forma, lo que iremos explicando detalladamente en los siguientes epígrafes:

<p>-Circunstancias básicas (<i>indemnizaciones básicas por...</i>)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Tabla I: «Indemnizaciones básicas por muerte, (incluidos daños morales)». - Tabla III: "Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales) referidas a la Tabla VI "clasificación y valoración de secuelas". - Tabla V-A: «"Indemnizaciones por incapacidad temporal" (incluidos daños morales)"».
--	---

⁸⁰³ MIR RUIZ, A.: "Indemnizaciones por lesiones temporales y factores de corrección", *Manual de Valoración del daño corporal*, óp. cit, pág. 489.

⁸⁰⁴ HERNANDEZ-CARRILLO FUENTES, J.M.: "Valoración del daño por fallecimiento", *Manual del daño corporal*, en AA.VV., op. cit, pág. 356.

<p>Circunstancias especiales (Factores de corrección para las indemnizaciones básica por.....)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Tabla II: "Factor de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte». - Tabla IV: "Factor de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes». - Tabla V-B: "Factores de corrección para las indemnizaciones por incapacidad temporal".
<p>Circunstancias excepcionales</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Inciso segundo del Criterio 7º del Art. Primero del Sistema. Circunstancias: -Económicas (incluidas las que afectan la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima.). . - Familiares v personales. - Excepcionales.

El sistema se articula a través de unas tablas que regulan unas indemnizaciones básicas, sobre las que se proyectan después, con otras tablas, unos factores de corrección aumentativa o disminuidora. Las Tablas son una herramienta jurídica y conforma al art. 3 del CC, son interpretables. Además son susceptibles de analogía, y deben atender al principio de reparación íntegra. Como instrumento en base a la vertebración, en el sistema se hallan el daño corporal y sus consecuencias estrictamente personales, de un lado y de otro las personales patrimoniales y dentro de uno y otro las circunstancias generales (o comunes)y las especiales (o extraordinarias) y las excepcionales (o singulares), en un Sistema con baremo⁸⁰⁵.

Este Real Decreto Legislativo 8/2004, tiene por objeto la aprobación de un texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que da cumplimiento al mandato conferido al Gobierno para que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre,

⁸⁰⁵ HERNANDEZ-CARRILLO FUENTES, J.M.: "Valoración del daño por fallecimiento", *Manual del daño corporal*, op. cit, pág. 357.

elabore v apruebe un texto refundido e la Ley sobre ⁸⁰⁶ responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Es conveniente recordar una vez mas las recientes modificaciones introducidas por la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre. El texto refundido debe de recoger las consecuencias que, sobre la aplicación de los factores de corrección sobre las indemnizaciones básicas por incapacidad temporal recogidas en la Tabla V del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, supuso la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, que declaro su inconstitucionalidad en los supuestos en que la causa determinante del daño que se debe reparar sea la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho decisivo.

Por lo general, la indemnización del *daño moral* queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al sistema, pues su indemnización por separado solo es posible en aquellos supuestos en que la ley lo concibe expresamente como un concepto independiente. Este es el caso de los *daños morales complementarios* mencionados en la Tabla IV, cuando una sola

⁸⁰⁶ La Ley 34/2003, de 4 de noviembre. de modificación y adaptación de la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, ha reformado la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Las modificaciones introducidas afectan a su *artículo 3*, para agilizar determinados aspectos del procedimiento para sancionar el incumplimiento de la obligación de asegurarse; a su *artículo 8*, para otorgar garantía indemnizatoria al perjudicado residente en España con independencia del Estado de estacionamiento habitual del vehículo que, circulando sin seguro, causa el accidente; y la tercera y ultima modificación tiene por objeto la modificación de la *Tabla VI* del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que figura como anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos⁸⁰⁷, respecto de los cuales ha dicho la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que resultan compatibles con otros factores de corrección, siendo posible conceder indemnización por perjuicios económicos y por incapacidad permanente total o incluso por daños morales complementación por tratarse de tres factores de corrección, independientes y concurrentes entre si, dependiendo en todo caso su concesión de la concurrencia del supuesto factico que contempla la norma reguladora de cada factor, pues. solo en ese caso será aplicable⁸⁰⁸.

De lo anterior se deriva que la falta de acreditación del supuesto de hecho normativo conlleva a la no aplicación del factor de corrección a que venga referido. Así lo ha declarado por ejemplo la Sala Primera del Tribunal Supremo con relación al previsto en la Tabla IV de gastos de adecuación de la vivienda a favor de grandes inválidos⁸⁰⁹.

Esta línea jurisprudencial fijada a partir de la sentencia de 25 de marzo de 2010, que afirma que la aplicación del factor de corrección por incapacidad permanente parcial o total absoluta demuestra que tiene como objeto principal reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones actividades, siempre que merezcan el calificativo de *habituales*.

Y según ese misma jurisprudencia, también el factor de corrección por perjuicios económicos cubre daños morales, si bien la

⁸⁰⁷ En el mismo sentido la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2001 [Rec. 737/2008] manifiesta que los daños morales complementarios mencionados en la Tabla IV, se concederán cuando una sola secuela exceda de los 75 puntos o las concurrentes superen los 90, los cuales resultan compatibles con otros factores de corrección.

⁸⁰⁸ Cf. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2011 [Rec. 1232/2008].

⁸⁰⁹ Cf. Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2009 [Rec. 173/2005] Pte: Seijas Quintana, 9 de marzo de 2010 [.....] y 29 de diciembre de 2010 [Rec. 1613/2007]

falta de vertebración de los tipos de daño de que adolece el sistema de valoración descarta que los cubra únicamente y permite aceptar que una proporción razonable pueda estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima año cuando no sea su finalidad única, ni siquiera principal.

6.- ESPECIAL REFERENCIA A LAS INDEMNIZACIONES POR FALLECIMIENTO (Tablas I y II)⁸¹⁰

6.1.- Indemnizaciones básicas por fallecimiento

A.- Tabla I. Comprende la cuantificación de los daños morales, de los daños patrimoniales básicos y la determinación legal de los perjudicados, y fijara los criterios de exclusión y concurrencia entre ellos⁸¹¹. Para la determinación de los daños se tienen en cuenta el numero de los perjudicados y su relación con la víctima, de una parte, y la edad de la víctima de otra. Las indemnizaciones están expresadas en euros.

Incide el legislador en que son el daño moral y el patrimonial básico los elementos de indemnización en el caso de muerte. La Tabla sirve para concretar de forma tasada quienes son los perjudicados y

⁸¹⁰ Las indemnizaciones por muerte son cantidades a tanto alzado que difieren en función de la edad del fallecido y del grado de parentesco, edad y condición del beneficiario de la indemnización. Son tres los factores que se tienen en cuenta para la valoración del daño corporal en caso de fallecimiento, a saber, el parentesco, la edad de la víctima y del perjudicado y la convivencia.

⁸¹¹ Para el caso de fallecimiento de ambos progenitores en accidente constituye doctrina de la Sala de los Civil del Tribunal Supremo fijada por la sentencia de 17 de mayo de 2010 [Rec. 790/2006] que en cuanto a la indemnización básica debe fijarse incluyendo al grupo familiar en el grupo II de la Tabla I (víctima sin cónyuge) aun cuando uno de ellos sea el causante del accidente; en cuanto al factor corrector de fallecimiento de ambos padres en el accidente, se tendrá en cuenta aun cuando uno de los padres sea el causante del accidente pues se toma en consideración la situación de mayor desamparo que, desde el punto de vista objetivo, supone para el hijo que ambos padres hayan fallecido como consecuencia del siniestro.

quienes no. Y en el caso de concurrir entre ellos, quienes quedan fuera de opción a la indemnización con causa en esa propia concurrencia y quienes prevalecen como perjudicados con derecho a indemnización. Ya hemos visto antes que la edad de la víctima, el numero de perjudicados y el parentesco o relación con el fallecido son los parámetros de indemnización.

Debemos tener en cuenta situaciones concretas, que, desgraciadamente, pueden concurrir en un accidente de tráfico, en el cual sean víctimas varios integrantes de una misma familia⁸¹².

Los parámetros de indemnización son la edad de la víctima, el numero de perjudicados y la convivencia.

1) La *edad*: A los efectos de la aplicación de la tablas, la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente". La edad, como eje del sistema, permite conocer la expectativa de prolongación de la vida que poseía quien fallece, y su proyección en las personas de su entorno mas próximo⁸¹³.

2) La *convivencia*: Es el tercero de los parámetros sobre los que se estructura el sistema, el parentesco (sanguíneo y funcional), la edad, la convivencia (y el dato de la dependencia personal). La convivencia determina la existencia del perjuicio resarcible, y mide intensidad⁸¹⁴.

⁸¹² Las SSTs de 17 de mayo de 2010 [R] 2010, 3701] y 28 de septiembre de 2011 [R] 2011, 7412], señalan que "Para el caso de fallecimiento de ambos progenitores en accidente, constituye doctrina de la Sala Primera: a) en cuanto a la indemnización básica, en aplicación del Anexo de la LRCSCAVM esta indemnización debe fijarse incluyendo al grupo familiar en el grupo II de la Tabla I (víctima sin cónyuge). aun cuando uno de ellos sea el causante del accidente (...)».

⁸¹³ La Sentencia de 8 de febrero de 2006, de la Audiencia Provincial de Álava.

⁸¹⁴ Sentencia de 23 de noviembre de 2001, de la Audiencia Provincial de Salamanca y la sentencia de 21 de mayo de 2004 de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla

Los perjudicados o beneficiarios de la indemnización por fallecimiento según establece el Baremo, serán :

1º.- El *cónyuge* (grupo I): la concreción del cónyuge como primer perjudicado principal, es expresión del perjuicio afectivo en cuanto traducción de una convivencia estable. La libre separación de hecho, la separación legal (o el ex -cónyuge) no generan derecho a indemnización; la nulidad del matrimonio se asimila al divorcio⁸¹⁵

La tabla I se atiene al perjuicio afectivo, (con excepción del ex-cónyuge con pensión compensatoria reconocida) siendo el principal perjudicado el conyugue viudo, y los secundarios los hijos, padres, y el hermano menor dependiente, y a la permanencia convival, entendida esta como el tiempo que ha permanecido conviviendo la pareja. Lo cierto es que especialmente en los casos concretos de menor convivencia el perjuicio de los hijos de edad menor y de los de edad intermedia, cuando hay cónyuge supérstite aquellos habrían de ser perjudicados principales en primer lugar, y los de edad intermedia a continuación.

El criterio *prorrata temporis* para determinar la cuantía de la indemnización en función de la duración de cada una de las relaciones concurrentes en un mismo supuesto indemnizatorio (en este caso la de la madre biológica v la del padrastro de hecho) ha sido aceptado como no arbitrario y razonable⁸¹⁶

2º.- Los *hijos* (grupos I, II y III), distinguimos diferentes supuestos, asignándoles cuantías distintas.

⁸¹⁵ En este sentido es muy descriptiva la Sentencia del TC, Sala 2ª, de 25 de septiembre de 2006 [Rec. 2616, 2004].

⁸¹⁶ La Sentencia del Tribunal Constitucional 241/2000, de 16 de octubre, aunque en un contexto ciertamente distinto (referido a la distribución de la indemnización única atribuida al cónyuge entre la esposa separada de hecho y la pareja estable del fallecido).

Grupo I:

- Hijo de edad menor: hasta 18 años cumplidos.
- Hijo de edad intermedia: desde 19 años cumplidos hasta 25 años.
- Hijo de edad superior desde 26 años cumplidos.

Grupo II:

- Víctima que deja al menos un hijo en edad menor.

Grupo III.1:

- Víctima sin ningún hijo en edad menor que deja al menos uno de edad intermedia.

Grupo III.2:

- Víctima que deje solo al menos uno de edad superior.

Son tres grupos consecutivos excluyentes en los cuales el hijo es perjudicado principal (debido a que la víctima no deja cónyuge con perjuicio resarcible)⁸¹⁷.

3º.- Los *ascendientes*, referente al perjuicio principal de los padres de víctimas sin cónyuge ni hijos⁸¹⁸.

4º.- Los *hermanos* (grupos I, II, III, IV y V)⁸¹⁹.

5º.- En ultimo lugar hace referencia a los *parientes atípicos* y los *perjudicados sin parentesco*. Los perjudicados antes descritos, recogidos en la Ley no son una relación cerrada, "numerus clausus", pidiendo ampliarse en un doble modo, dentro de las tablas, o como daño excepcional a través del inciso segundo del criterio séptimo del sistema. Desde el interior de las tablas se puede obtener la inclusión como perjudicados por interpretación extensiva, por analogía puede

⁸¹⁷ Sentencia de la AP de Vitoria de 12 de mayo de 2003.

⁸¹⁸ STS, Sala 2º de 5 de julio de 2001.

⁸¹⁹ ST nº 13/2001 de la AP de Segovia

considerarse la inclusión en las tablas como presunción positiva v la exclusión como presunción negativa, tomando el parentesco -sobre todo funcional- como criterio de inclusión⁸²⁰.

6.2.- Factores de corrección

La Tabla II describe los criterios que deben ponderarse para fijar los restantes daños y perjuicios ocasionados, así como los elementos correctores de estos. A dichos efectos, debe tenerse en cuenta que tales daños y perjuicios son fijados mediante porcentajes de aumento o disminución sobre las cuantías fijadas en la tabla I y que son satisfechos separadamente y además de los gastos correspondientes al daño emergente, esto es, los de asistencia médica y hospitalaria y los de entierro y funeral. Los factores de corrección fijados en esta tabla no son excluyentes entre sí, sino que pueden concurrir conjuntamente en un mismo siniestro.

En relación al factor de fallecimiento de ambos padres la jurisprudencia justifica la procedencia de aplicar el referido factor corrector, aun en el caso de que uno de los padres sea causante del accidente, en atención a que se trata de un factor que toma en consideración la situación de mayor desamparo que, desde el punto de vista objetivo, supone para el hijo que ambos padres hayan fallecido como consecuencia del siniestro⁸²¹.

⁸²⁰ Véase el ejemplo del hijastro que a todos los efectos es hijo del padrastro que hace las funciones de padre o los conocidos como abuelos adoptivos. Importantes es citar al respecto la Sentencia nº 200/2012 de 26 de marzo, de la Sala la del Tribunal Supremo , Pte: Xiol Ríos.

⁸²¹ las SSTs de 17 de mayo de 2010 [RJ 2010, 3701] y 28 de septiembre de 2011 [RJ 2011, 7412], que señalan que "(...) b) en cuanto al factor corrector de fallecimiento de ambos padres, en aplicación del Anexo de la LRCSCVM, es aplicable el factor de corrección de fallecimiento de ambos padres en el accidente contemplado en la Tabla II, aun cuando uno de ellos sea el causante del accidente".

Cuando la Ley hace referencia a “*los restantes daños*”, consideramos que en realidad se trata de complementos de los daños en el caso de los factores de corrección por perjuicio económico, y casuísticas especiales muy concretas, en los demás apartados, de modo que tales factores no son automáticamente de aplicación como parecería deducirse de aquella nomenclatura.

El Tribunal Supremo ha hecho aplicación analógica de la legitimación legalmente reconocida al hermano menor de edad (Tabla I, Grupo IV) a un primo hermano de la víctima que conviva con ella en unidad familiar en virtud de acogimiento familiar⁸²².

7.- ESPECIAL REFERENCIA A LAS INDEMNIZACIONES POR LESIONES PERMANENTES (Tablas III, IV y VI)⁸²³.

El concepto de *lesión permanente* o *secuela* puede identificarse, como el estado permanente de salud quebrantada⁸²⁴. Entendiéndose

⁸²² A ello se refiere la STS de 26 de marzo de 2012[RJ 2012, 5580] cuando señala que “Las circunstancias expuestas determinan que, en el caso analizado, proceda incluir en el Grupo TV de la Tabla I por vía analógica a los menores acogidos siempre que no resulte discutida o este probada su convivencia con el hermano fallecido, en la medida que se presume al mismo tiempo su condición de sujeto pasivo de un daño moral ligado a la pérdida de ese ser querido y que faltan razones objetivas que impidan en perjuicio del interés del menor reclamante, no apreciar identidad de razón con respecto a la situación legalmente prevista y el derecho reconocido para los hermanos menores de edad. Entre las circunstancias que deben valorarse para apreciar la existencia de una situación de convivencia afectiva equiparable a la relación fraternal de la Tabla I debe tenerse en cuenta la relación de parentesco entre los afectados y cualquier otra circunstancia de naturaleza análoga que hago referencia a su respectiva situación-.

⁸²³ Las indemnizaciones por lesiones permanentes resultan de multiplicar los puntos que la Tabla VI asigna a la lesión de la víctima por el precio por punto previsto en la Tabla III, que varía en función de la edad de la víctima y de la gravedad de la lesión.

⁸²⁴ MEDINA CRESPO, M.: *Manual de valoración del daño corporal, bases para un tratado*, citado por RUIZ-MATAS ROLDAN, C., en “Indemnizaciones por lesiones permanentes”, *Manual de Valoración del Daño Corporal*, op. cit, pág. 453.

de este modo que será el menoscabo de salud que permanezca en la víctima con carácter de permanencia, una vez transcurrido el periodo de curación de sus lesiones.

Tras el periodo de curación de la víctima, ésta puede quedar sin secuelas, es decir, con una curación definitiva y total de sus lesiones, o con secuelas, que será cuanto tras el periodo de curación de las lesiones quedan danos residuales de carácter permanente, hablándose entonces de lesiones permanentes o secuelas.

7.1.- Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes

Dentro del baremo, es la Tabla III la que se dedica a las Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, y es el Criterio 2º explicativo del Anexo, en su apartado b), donde se regula la explicación del funcionamiento de la citada Tabla III.

El sistema establece aquí una puntuación para cada secuela atendiendo solo al menoscabo fisiológico o biológico que la misma produce en el perjudicado, sin tener en cuenta ninguna otra circunstancia alguna de carácter personal, social o económica de aquel⁸²⁵. No se tiene en cuenta por tanto en la Tabla III el daño patrimonial causado por dichas secuelas.

Para la valoración del daño *patrimonial*, como efecto impeditivo que produce toda secuela, debemos acudir:

A) a los Factores de corrección fijados en la Tabla IV del baremo donde se tienen en cuenta algunos de los distintos perjuicios de carácter patrimonial que el efecto invalidante de la secuela puede provocar en la víctima y

⁸²⁵ La argumentación para defender esta postura que compartimos parte del Anteproyecto de agosto de 1994 en el cual expresamente se recogía que la Tabla III hacía referencia de forma exclusiva al daño moral, por lo que dejaba fuera de la misma la valoración del daño patrimonial sufrido por la víctima.

B) a la regla T del Anexo R.D.Leg 8/2004 en la cual se establecen aquellas circunstancias excepcionales concurrentes en el estado de la víctima y que pueden servir para la exacta valoración del daño, siendo una de esas circunstancias el posible lucro cesante sufrido por la víctima a raíz del accidente y por causa de las lesiones sufridas; lucro cesante que en modo alguno puede entenderse indemnizado a través de la indemnización correspondiente por secuelas por aplicación de la Tabla III, sino que se trata de un daño adicional que deberá ser objeto de indemnización de forma independiente.

En estos supuestos, el “*dolor*” como concepto indemnizable distinto al indemnizado en la secuela, se considera componente del daño corporal, pudiendo manifestarse de forma muy diferente en cada víctima aunque todas sufrieran el mismo menoscabo de salud. No obstante hay autores que lo consideran un concepto cuya indemnización no esta incluida en la Tabla III, por lo que deberá operar junto a la valoración de la secuela permanente en cada caso concreto como un factor de corrección al alza de la misma⁸²⁶.

La Tabla III tan solo indemniza un daño moral básico u ordinario causado por el menoscabo de salud que supone padecer cualquier secuela. Pero cuando el dolor moral supere ese grado normalmente aceptado en toda secuela, ya no podremos mantener que ha sido objeto de indemnización por las cantidades que otorga la Tabla III, puesto que en tal supuesto ya nos encontramos ante un *daño moral extraordinario*. De este modo, debemos entender que tal daño moral extraordinario supera el sufrimiento valorado en la Tabla III por el padecimiento de cualquier secuela, convirtiéndose así en un concepto agravado que se convierte en objeto de una indemnización adicional⁸²⁷.

⁸²⁶ En este sentido se pronuncia MEDINA CRESPO, M. , “La valoración civil del daño corporal...”, op. cit.

⁸²⁷ RUIZ-MATAS ROLDAN, M.C. :“Indemnizaciones por lesiones permanentes”, op. cit, pág. 455.

Para la fijación de la cuantía de estas indemnizaciones hay que tener en cuenta:

1.- Sistema de puntuación. Tiene una doble perspectiva. Por una parte, la puntuación de 0 a 100 que contiene el sistema, donde 100 es el valor máximo asignable a la mayor lesión resultante; por otra, las lesiones contienen una puntuación mínima y otra máxima.

La puntuación adecuada al caso concreto se establecerá teniendo en cuenta las características específicas de la lesión en relación con el grado de limitación o pérdida de la función que haya sufrido el miembro u órgano afectado.

2.- Incapacidades concurrentes. Cuando el perjudicado resulte con diferentes lesiones derivadas del mismo accidente, se otorgara una puntuación conjunta, que se obtendrá aplicando la formula siguiente:

$$[(100-M) \times m] / 100 + M$$

- donde:

0 M = puntuación de mayor valor.

0 m = puntuación de menor valor.

Si en las operaciones aritméticas se obtuvieran fracciones decimales, se redondeara a la unidad mas ahí.

Si son mas de dos las lesiones concurrentes, se continúan aplicando esta formula, y el termino M se corresponden con el valor del resultado de la primera operación realizada. En cualquier caso, la ultima puntuación no podrá ser superior a 100 puntos.

Si, además de las secuelas permanentes, se valora el perjuicio estético, los puntos por este concepto se sumaran aritméticamente a

los resultantes de las incapacidades permanentes, sin aplicar respecto a aquellos la indicada formula⁸²⁸.

La aplicación de la formula es de obligado cumplimiento, y que estamos ante una norma jurídica sustantiva, revisable en casación⁸²⁹. Sin embargo, la concreta puntuación concedida a cada secuela concurrente es cuestión de hecho, no revisable en casación⁸³⁰. Salvo que concurren una motivación insuficiente: “si el razonamiento de la sentencia sobre la puntuación de cada secuela sobre la puntuación global de las concurrentes. no permite conocer los aspectos fácticos y jurídicos que sustentan su conclusión al respecto⁸³¹”.

⁸²⁸ LÓPEZ MARTINEZ,, op. cit.(A efectos procesales, nos precisa que la aplicación de la formula es de obligado cumplimiento, y que estamos ante una norma jurídica sustantiva, revisable en casación).

⁸²⁹ LÓPEZ MARTINEZ,(opus citada...).

Así lo señalan las SSTs de 10 de octubre de 2011 [R] 2011, 7415], 26 de octubre de 2011 [R] 2012, 1124] y 30 de abril de 2012 [R] 2012, 5274] al poner de manifiesto que (...) el apartado Segundo del Anexo LRCSCVM, sobre la explicación del sistema, dentro de la letra b), referida a las indemnizaciones por lesiones permanentes, contiene una referencia al modo en que debe procederse para calcular la puntuación conjunta que ha de corresponder al perjudicado que sufra diferentes lesiones permanentes, todas ellas concurrentes por derivar del mismo accidente de tráfico. Con ese fin se fija una formula y unas reglas de obligatorio seguimiento para la correcta aplicación del sistema, cuya vulneración es revisable en casación por tratarse de una norma jurídica sustantiva, siempre, claro esta, que en realidad no se este formulando dicha infracción con carácter instrumental, para ocultar otros propósitos. De ahí que su examen solo proceda cuando se respeten los hechos probados, cuya revisión no cabe en casación.

⁸³⁰ Así lo señala la SSTs de 10 de octubre de 2011 [R] 2011, 741] y 30 de abril de 2012 [R] 2012, 5274].

⁸³¹ La STS de 26 de octubre de 2011 (R) 2012. 1124) y 30 de abril de 2012 (R) 2012, 5274), se refiere a una Sentencia que no esta correctamente motivada en tanto que --no indica cual es la puntuación individual que debe merecer cada secuela. ni las operaciones realizadas para valorar cada una de ellas en aras a obtener la puntuación global -cuando lo primero es un aspecto esencial por tener reflejo en los valores de *la formula de Balthazar*, cuya aplicación exige que no este en cuestión cual es la puntuación mayor y menor que va a representar los valores M y m en la primera operación, y lo segundo. Es también fundamental, pues ha de quedar claro que el resultado obtenido en la primera operación pasa a integral el valor M en las sucesivas, de manera que vaya incrementándose hasta un valor final que no puede exceder de 100. En atención a lo expuesto, el motivo se estima porque, partiendo de la valoración individual que mereció cada secuela -cuestión fáctica, no susceptible de revisión en casación- la parte recurrente centra exclusivamente su discrepancia en la

La puntuación otorgada a cada secuela, según criterio clínico y dentro del margen permitido, tendrá en cuenta su intensidad y gravedad desde el punto de vista físico o biológico-funcional, sin tomar en consideración la edad, sexo o profesión⁸³².

Una secuela debe ser valorada una sola vez, aunque su sintomatología se encuentre descrita en varios apartados de la tabla, sin perjuicio de lo establecido respecto del perjuicio estético. No se valoraran las secuelas que estén incluidas y/o se deriven de otra, aunque estén descritas de forma independiente⁸³³, porque en caso de valorarse una secuela que ya esta incluida, provocaría un enriquecimiento injusto⁸³⁴, vulnerando así los principios que inspiran nuestro sistema de valoración⁸³⁵.

explicación dada por la AP sobre la inexistencia de error en la aplicación de la norma jurídica contenido en el anexo por entender que la sentencia recurrida no explicita suficientemente las razones fácticas y jurídicas que permitieron concluir que no hubo error, lo que tiene adecuado encaje en el defecto procesal de la falta de motivación, aun cuando quede reservado al recurso de casación verificar, como cuestión sustantiva que es, si en la aplicación de la formula legal para las secuelas concurrentes se respeto o no la referida norma y los criterios de interpretación sentados al respecto por los tribunales."

⁸³² Hace referencia al *principio de absorción*, se prohíbe computar dos veces la misma secuela. _Se refiere al mismo la STS 30 de marzo de 2012 [R] 2012, 4529], «(...) llegando a la conclusión de que a fecha del alta las secuelas subsistentes de tipo fisiológico solo son dos: hemiparesia derecha y deterioro de las funciones cerebrales superiores, ya que esta comprendería -evitando valorar dos veces la misma secuela- la afasia motora mixta, alteradora del lenguaje y la comunicación, y también el resto de déficits neuropsicológicos de la paciente (de atención, orientación, memoria, funciones ejecutivas, afectos y comportamiento)».

⁸³³ Se establece *el límite de 100 puntos* aplicable a los perjuicios fisiológicos (que no a los estéticos). Se ha referido la STS de 23 de abril de 2009 [R] 2009, 4731] señalando que "En la redacción original del Anexo de la LRCSCVM 1995 introducido por la Ley 30/1995, la cláusula de limitación a 100 puntos del máximo que puede concederse por lesiones permanentes se contempla a) en relación con cada una de las escalas de puntuación contenidas en la Tablas y b) en relación con la aplicación de la formula matemática mediante la que se resuelve el supuesto de concurrencia de varias secuelas en una misma víctima (...)"

⁸³⁴ Regla de la absorción.

⁸³⁵ STS, Sala 1ª, de 30 de abril de 2012 [Rec. 652/2008].

Las denominadas secuelas temporales, es decir, aquellas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo, no tienen la consideración de lesión permanente, pero se han de valorar de acuerdo con las reglas del apartado a) de la tabla V, computando, en su caso, su efecto impeditivo o no y con base en el cálculo razonable de su duración, después de haberse alcanzado la estabilización lesional⁸³⁶.

7.2.- Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes

Si el contenido de la Tabla III del Sistema de Valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, viene a determinar el valor de la puntuación que podrá otorgarse a las secuelas que finalmente constituyan la base de la indemnización al perjudicado, la Tabla IV describe y desarrolla los distintos tipos de factores de corrección que podrán ser aplicados sobre aquella base, dependiendo de cada supuesto concreto.

En este sentido, la aplicación de los citados factores de corrección puede suponer en muchos de los casos un importante aumento sobre la cuantía que ha resultado al valorar las secuelas sufridas por el perjudicado. A estos efectos, la inclusión de los mismos en los informes de sanidad emitidos por los médicos forenses o en los distintos informes periciales de carácter público o privado, se hace totalmente necesaria a la hora de poder justificar su aplicación al

⁸³⁶ la STS, Sala 1ª, de 26 de octubre de 2011 [RJ 2009, 4731]: “Partiendo de la fórmula legal prevista para las secuelas concurrentes, donde M equivale a la secuela con puntuación de mayor valor y m a la secuela con puntuación de menor valor; donde el valor resultante de la primera operación debe integrar el valor M en la segunda y así sucesivamente, donde la puntuación total no podrá exceder de 100 puntos y donde la correspondiente a los perjuicios estéticos debe sumarse aritméticamente a la puntuación resultante de las incapacidades permanentes (...).”

supuesto concreto. Y ello por cuanto la previsión de los factores correctores en nuestro actual sistema de valoración, hace totalmente necesario que concurra el supuesto de hecho previsto para cada uno de ellos, por cuanto su aplicación para supuestos de distinta naturaleza no está permitido.

La Tabla IV utiliza tan solo con sentido corrector el concepto que se expresa con porcentaje, es decir, el factor corrector por perjuicios económicos, pero no en el resto, dado que al atribuirse directamente una cantidad fija no se está corrigiendo la base constituida por la indemnización otorgada en concepto de secuelas o indemnización básica. De este modo, el resto de factores de corrección descritos en la tabla IV, a excepción del aplicable por perjuicios económicos, constituyen partidas indemnizatorias con carácter autónomo, aunque pueden guardar una cierta interrelación entre ellos⁸³⁷.

A.- El factor de corrección por perjuicios económicos

El funcionamiento de este factor corrector por perjuicios económicos se describe en el Sistema de valoración utilizando para ello un desglose de cantidades a las que se le asocia un porcentaje de aumento a aplicar sobre el importe previamente calculado en concepto de secuelas permanentes⁸³⁸. Así, las cantidades equivalen a los ingresos netos de la víctima por trabajo personal y los porcentajes de aumentos asociados a dichos ingresos oscilan entre el 10% y el 75%⁸³⁹.

⁸³⁷ STS, Sala 1ª de 23 de noviembre de 2011 y de 30 de noviembre de 2011, prevén la compatibilidad entre el factor corrector por perjuicios económicos y el de incapacidad permanente e incluso el de daños morales complementarios, por tratarse de tres factores independientes y compatibles entre sí.

⁸³⁸ Cfr. HURTADO YELO, J.J.: "El factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla IV. Problemas en su aplicación", *Revista del Derecho de la Circulación El Derecho*, Nº 2, El Derecho Editores, 1 de noviembre de 2012, págs. 2 y ss.

⁸³⁹ Cfr. STS, Sala 1ª de 20 de julio de 2001, de 25 de marzo de 2010 y 30 de abril de 2012,

B.- El factor de corrección por daños morales complementarios

El enunciado de este factor de corrección, a la hora de determinar cuales con los supuestos en los que podrá aplicarse, lo identifica del siguiente modo: “Se entenderán ocasionados cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen lo 90 puntos. Solo en estos casos será aplicable”. Asignando en dicho caso una cantidad que como limite máximo para el año 2014 ha sido fijado en hasta 95.862,67 euros⁸⁴⁰.

Partimos por tanto en este caso de los llamados supuestos de grandes lesionados, dado que a la vista de la entidad de las secuelas requeridas para la aplicación del citado factor, tan solo aquellos podrán solicitar la aplicación de dicho aumento en su indemnización.

Se trata aquí del resarcimiento por unos daños morales especiales que deberán valorarse con independencia del daño moral común u ordinario que se resarce bajo el concepto de las lesiones permanentes, motivo por el cual permite su indemnización de forma conjunta. Esta indemnización será para el propio perjudicado, siendo el sujeto activo y a diferencia de lo que ocurre con el llamado factor corrector por perjuicios morales a familiares, donde a quienes se indemniza es a aquellos parientes mas próximos del lesionado, siendo ellos quienes se van a beneficiar directamente de la indemnización solicitada y no la propia víctima⁸⁴¹.

⁸⁴⁰ BOE de 15 de marzo de 2014

⁸⁴¹ STS, Sala 1ª de 19 de septiembre de 2011, de 30 de noviembre de 2011 y de 30 de abril de 2012, entre otras

C. El factor de corrección por incapacidad permanente

Este factor de corrección esta en continua polémica, puede decirse que se debe al gran desconocimiento que, en general, parece existir acerca de su naturaleza⁸⁴².

En primer lugar, debemos empezar por determinar qué debe entenderse por *incapacidad permanente* a los efectos previstos en el sistema de valoración del daño personal, por cuanto el concepto previsto en el mismo difiere totalmente al concepto laboral que usualmente se maneja sobre la incapacidad permanente en la legislación de Seguridad Social . Así pues, si en el ámbito laboral o de la seguridad social se entiende por incapacidad permanente aquella situación en la que el trabajador se halla limitado, en distinto grado, según se trate de una incapacidad permanente parcial, total o absoluta o gran invalidez art. 136 y 137 de la LGSS ⁸⁴³, para seguir

⁸⁴² RUIZ-MATAS ROLDAN, M.C.: “Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes”, *Manual de Valoración del Daño Corporal*, op. cit, pág. 472.

⁸⁴³ Art. 136 de la LGSS establece: “Conceptos y clases: 1. En la modalidad contributiva, es *incapacidad permanente* la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación. 2. En la modalidad no contributiva, podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen. 3. La incapacidad permanente habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal, salvo que afecte a quienes carezcan de protección en cuanto a dicha incapacidad temporal, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta, de conformidad con lo previsto en el artículo 125, que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena, en los que

desarrollando su actividad laboral, a los efectos del sistema de valoración del daño personal la incapacidad permanente aparece cuando la víctima, como consecuencia de los daños sufridos tras el accidente, se encuentra limitada para desarrollar su “ocupación o actividad habitual”. Por tanto, la diferencia entre ambos conceptos debe quedar clara, por cuanto en la primera se habla tan solo de limitación a efectos de poder seguir desarrollando la actividad laboral, mientras que en la que aquí nos ocupa se trata de un concepto mucho más amplio que incluye no solo las limitaciones que sufra la víctima para desarrollar su trabajo, sino todas aquellas limitaciones que pueda sufrir para seguir realizando las tareas habituales, como puedan ser sus actividades de ocio, sus aficiones o tareas tan simples y cotidianas como pueden ser las tareas del hogar, la compra u otras de carácter no laboral. Aunque en un principio pudiera parecer clara la diferencia antes anunciada, en la práctica judicial parece no llegarse a

se dé la misma circunstancia, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 114 de esta Ley, bien en los casos de acceso a la incapacidad permanente desde la situación de no alta, a tenor de lo previsto en el número 3 del artículo 138”.

- Y en el artículo 137 del mismo cuerpo legal se establece: “ *Grados de Incapacidad*. 1. La invalidez permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente *parcial* para la profesión habitual.
- b) Incapacidad permanente *total* para la profesión habitual.
- c) Incapacidad permanente *absoluta* para todo trabajo.
- d) *Gran invalidez*.

2. Se entenderá por *profesión habitual*, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquélla a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.

3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

comprenderse el alcance de la misma, siendo muy escasas las resoluciones que terminan por reconocer la procedencia de la indemnización en concepto del factor corrector por incapacidad permanente, en alguno de sus grados, cuando con anterioridad no ha existido a favor de la víctima una declaración de incapacidad permanente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a efectos laborales⁸⁴⁴.

La incapacidad permanente como factor corrector estudiado, puede presentarse en tres grados diferentes, a saber:

a) *Incapacidad permanente parcial*: cuando las secuelas padecidas por la víctima limitan parcialmente la ocupación o actividad habitual que venía desempeñando con anterioridad al accidente, sin impedir las tareas fundamentales de la misma.

b) *Incapacidad permanente total*: cuando las secuelas padecidas por la víctima limitan totalmente las tareas de ocupación o actividad habitual que venía desempeñando con anterioridad al accidente, sin impedir las tareas fundamentales de la misma.

c) *Incapacidad permanente absoluta*: cuando las secuelas padecidas por la víctima inhabilitan a la misma para la realización de cualquier ocupación o actividad.

El art. 137 de la LGSS establece que la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades, que se apruebe reglamentariamente, en los siguientes grados:

⁸⁴⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4ª de 28 de abril de 2006, [Rec. 182/2006] en la cual se hace un completo análisis del factor al que nos referido.

- a) Incapacidad permanente parcial.
- b) Incapacidad permanente total.
- c) Incapacidad permanente absoluta.
- d) Gran invalidez.

La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca. A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente. Por tanto se considera en el ámbito laboral:

a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual: Aquella que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual: La que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo: La que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

d) Gran invalidez: La situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

En cada caso concreto se hará necesaria la constatación de cada una de esas limitaciones por alguno de los medios de prueba legalmente reconocidos, dado que solo de este modo podrá acreditarse que concurren los requisitos necesarios para que la víctima pueda ser indemnizada por dicho concepto. Pero nuevamente aquí se hará necesario que el concepto de incapacidad permanente civil quede claramente conceptualizado como un concepto distinto e independiente al concepto laboral de incapacidad, dado que de lo contrario, se hará imposible este tipo de prueba sino es a través de la aportación de la correspondiente resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social reconociendo dicha incapacidad a la víctima, cuando, insistimos, esta resolución puede que exista o no en nuestro supuesto concreto, sin que su inexistencia sea óbice para el reconocimiento de un incremento en la cuantía indemnizatoria de la víctima por aplicación del ya mencionado factor corrector por incapacidad permanente.

D.- El factor de corrección de grandes inválidos

Se consideran grandes inválidos a aquellas personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejias, paraplejias, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.).

Nos encontramos ante el supuesto de víctimas que previamente tienen reconocida la aplicación del factor corrector por incapacidad permanente absoluta sufrida a raíz del accidente, y a las que también se les podrá reconocer alguno de los factores previstos para el caso de los grandes inválidos.

La víctima de un accidente de circulación que se vea afectada por una incapacidad de las características antes descritas, podrá ver mejorada su indemnización con alguno de los siguientes factores de corrección:

- Ayuda de una Tercera Persona
- Adecuación de la Vivienda⁸⁴⁵
- Perjuicios Morales a Familiares

Estos factores de corrección se articulan a través de la atribución de una cantidad fija que podrá ascender hasta el máximo fijado en la Tabla para cada uno de los mismos, de modo que para la determinación de la cuantía exacta objeto de indemnización en cada caso, será necesario acreditar el grado de necesidad de la víctima en relación a cada uno de los conceptos por los que se indemniza bajo el enunciado de estos factores de corrección, haciendo depender por tanto la atribución de un importe mayor o menor del grado de necesidad que realmente resulte probado.

⁸⁴⁵ STS de 29 de diciembre de 2011 [Rec. 1430, 200], en la cual se aprecia un agravamiento de la invalidez, hasta el grado de gran invalidez, con necesaria asistencia de una tercera persona para realizar los actos más elementales de la vida diaria, admitiendo que esa invalidez tenía una indudable incidencia en la vida de sus padres y hermano menor.

8.- ESPECIAL REFERENCIA A LAS INDEMNIZACIONES POR INCAPACIDADES TEMPORALES (Tabla V)⁸⁴⁶

8.1.- Indemnizaciones básicas

Estas indemnizaciones serán compatibles con cualesquiera otras y se determinan por un importe diario (variable según se precise, o no, una estancia hospitalaria) multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla, salvo que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada.

En base a ello se configura un cuadro donde figura tanto el día de baja (como concepto genérico), como la indemnización diaria que corresponde atendiendo a la naturaleza de dicha baja, estableciéndose dos categorías:

A.- Durante la estancia hospitalaria (días de hospitalización).

Dentro de esta categoría, la valoración que se atribuye al día de hospitalización del lesionado adquiere mayor cuantificación pues entiende el legislador que la mera estancia en un centro hospitalario supone para éste, de por sí, una especial penosidad ya que se presupone un índice de gravedad contrastado que requiere de especial y cuidada atención médica. Por ello se atribuye un mayor daño biológico y moral que debe ser restituido en mayor medida. Ciertamente es que dicho concepto puede resultar en la práctica una tanto engañoso,

⁸⁴⁶ Las indemnizaciones por incapacidad temporal resultan de multiplicar el número de días que tarda en sanar la lesión por el valor asignado en la Tabla V a cada día. El valor por día varía en función de si la víctima había requerido o no de ingreso hospitalario y, en este último caso, en función de si la víctima había estado o no incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual.

pues una vez se supere el estado realmente crítico la estancia hospitalaria puede obedecer mas a razones de índole económica, por la posibilidad de estancia en hospitales privada que razones puramente medicas, o simplemente por mera conveniencia. De igual forma, y en lado contrario situaríamos la tendencia en la sanidad publica actual de limitar lo máximo posible la estancia hospitalaria de los pacientes con tratamiento ambulatorios que realmente no son considerado a efectos valorativos como días de hospitalización en su sentido literal, pero que si estaría encuadrados dentro de esa fase de menoscabo agravado de la salud de especial gravedad⁸⁴⁷.

El concepto de *estancia hospitalaria* ha de entenderse como el efectivo ingreso en dicho centro que requiere posteriormente de informe de alta a los efectos de poder valorarse como tal. En este sentido hemos de remarcar que el hecho de que un lesionado sea remitido a observación durante la asistencia a un servicio de urgencias no tendrá la consideración de estancia hospitalaria si no se produce un efectivo ingreso prescrito por el facultativo correspondiente.

B.- Sin estancia hospitalaria

a.- Impeditivo

Se entiende como día de baja impeditivo aquel en que la víctima esta incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual. Esta es la definición exacta que establece el propio sistema de Valoración y en base a ella podemos considerar que el día impeditivo es el elemento diferenciador más importante dentro de la incapacidad temporal, teniendo en cuenta que la estancia hospitalaria en cualquier caso constituye de por sí un día impeditivo cualificado en cuanto a su valoración⁸⁴⁸.

⁸⁴⁷ MIR RUIZ, A.: Indemnizaciones por lesiones temporales y factores de corrección, en AA.VV., *Manual de valoración del daño corporal*, óp. cít, pág. 491.

⁸⁴⁸ HURTADO YELO, J.J.: "La determinación de las lesiones del perjudicado. Día de baja impeditivo o no impeditivo", *Boletín de Derecho de la Circulación*

El concepto de “*días impeditivos*” acogido por el Sistema de valoración del daño corporal alude al tiempo en el que la víctima haya estado incapacitado para desarrollar su ocupación o actividad habitual, que constituye el necesario presupuesto de la calificación de los días de incapacidad como impeditivos. El apartado A) de la Tabla V distingue, a efectos de cuantificación de las indemnizaciones básicas por incapacidad temporal (incluyendo los daños morales), dentro de los días de incapacidad sin estancia hospitalaria, entre días impeditivos y días no impeditivos⁸⁴⁹.

El significado del concepto de impedimento, si bien no está necesariamente vinculado al concepto laboral de “baja”, existirá siempre que el lesionado no pueda desplegar con normalidad cualquiera de sus actividades ordinarias, sin necesidad de que se encuentre siquiera en edad laboral⁸⁵⁰.

El día impeditivo es un concepto autónomo definido en el Sistema que no va aparejado ni determinado por la situación laboral del perjudicado, debiéndose valorar en cada caso concreto la incidencia impeditiva de las lesiones que se padecen en orden no solo al desarrollo de la actividad laboral, que lógicamente será importante y habrá de tenerse en cuenta, sino también para la realización de cualquier actividad habitual del lesionado. Ello obliga a que la parte perjudicada, en el correspondiente procedimiento judicial y a través

El Derecho, Nº 64, *El Derecho*, 1 de junio de 2012, pág. 2 y ss.; MIR RUIZ, A.: “Indemnizaciones por lesiones temporales y factores de corrección”, *Manual de valoración del daño corporal*, en AA.VV. op. cit., págs. 492 y ss.

⁸⁴⁹ REGLERO CAMPOS, L.F./ BUSTO LAGO, J.M. (coordinadores) en AA.VV. *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 368 y ss.

⁸⁵⁰ Sentencia Audiencia Provincial de A Coruña núm. 367/2006 -Sección 5- de 26 de septiembre). Igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 214/2008 -Sección 4ª- de 13 de junio de 2008 señala claramente que el concepto de día impeditivo no se identifica necesariamente con día de baja laboral, y por el hecho de que el propio perjudicado no acredite que hubiera estado en baja laboral, no quiere ello decir de manera irrefutable, que las lesiones que padecía le permitía realizar su ocupación habitual o actividad diaria normal.

de su dirección letrada, despliegue toda la actividad probatoria necesaria a fin de acreditar su situación impeditiva sin que sea suficiente una resolución judicial, o de naturaleza administrativa (partes de baja) de reconocimiento, que pudiera haberse obtenido en otra jurisdicción distinta a la que esta resolviendo la reclamación planteada.

b.- No Impeditivo

Podemos definir dicho concepto, acogiendo la propia definición del día impeditivo pero a “sensu contrario”, como aquel periodo en el que la víctima se encuentra en periodo de curación de su lesiones pero que no esta imposibilitada para realizar su actividad habitual. Es por ello que comúnmente los días que comprenden este proceso son calificados como “de curación”⁸⁵¹.

El termino *curación* es “el momento en el cual se consigue la máxima evolución del proceso, el tratamiento ha sido aplicado al máximo y mas aplicaciones no se prevén como necesarias si no es que se presenta alguien tipo de complicaciones”⁸⁵²

Es importante hacer referencia al concepto jurisprudencial de *asistencia medica y tratamiento posterior*, no solo ya como requisito de procedibilidad en el ámbito de lo que establece el articulo 621.3 del Código Penal en relación con el articulo 147.1 del mismo cuerpo

⁸⁵¹ MIR RUIZ,, A.: “Indemnizaciones por lesiones temporales y factores de corrección” , op. cit, pág. 495.

⁸⁵² De esta forma define la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona núm. 122/2007 (Sección 3ª) de 6 de febrero, el criterio para establecer la consolidación de una lesión y por tanto para poder determinar la finalización del periodo de curación, definición que compartimos absolutamente y que creo recoge el criterio mayoritario seguido por los Médicos Forenses y Peritos para establecer el computo total de la incapacidad temporal. En este sentido se suele hablar de que a partir del establecimiento de esa consolidación de la lesión, que puede dar lugar al reconocimiento de una secuela o no como incapacidad permanente, cualquier tratamiento posterior a ese momento se considerara como paliativo y no curativo y por tanto no ha de ser valorado.

legal a fin de que una lesión sea tipificada como falta perseguible a instancia de denuncia del perjudicado en un accidente de circulación, sino también sobre la influencia que dichos conceptos pueden tener a la hora de la valoración de los días improductivos y/o de curación⁸⁵³.

La Fiscalía General del Estado ha entendido que el tratamiento médico ha de ser distinto y ulterior a la primera asistencia, necesario, con finalidad curativa y prescrito por un titulado en medicina⁸⁵⁴ y la jurisprudencia ha reconocido que se trata de un concepto normativo cuyo contenido, como tantas veces sucede, ha de rellenar el Juzgador en su función de integración de las normas, habiendo llegado a precisarse que debe entenderse por *tratamiento* toda actividad posterior a la primera asistencia, la prescripción de fármacos o en la fijación de determinados comportamientos, tales como dietas alimenticias, ejercicios y rehabilitación, observancia de reposo etc., debiendo quedar al margen de este concepto, en cualquier caso el simple diagnóstico o la pura presunción médica.

8.2.- Factores de corrección

El contenido del apartado *Segundo c) del Anexo* del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, dice que “la indemnización básica que resulte de aplicar los importes correspondientes a los días de baja que previamente se determinen según su naturaleza, será corregida conforme a los factores que expresa la propia tabla, salvo que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada”.

⁸⁵³ Como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras la Sentencia de 7 de noviembre de 2001, no es cuestión pacífica la relativa al concepto de tratamiento médico, ni es siempre fácil distinguir los conceptos de tratamiento y de vigilancia o seguimientos médicos

⁸⁵⁴ Vid. Circular 2/1990.

Dicho factor de corrección, en cuanto a su porcentaje de aumento, tiene una finalidad muy clara como es corregir *al alza*⁸⁵⁵ las desigualdades que pueda suponer la aplicación de importes fijos a víctimas que ostenten mayores ingresos económicos y por tanto se le produzca mayor quebranto patrimonial ocasional. Por el contrario el porcentaje de disminución corrige *a la baja*⁸⁵⁶ el importe de la indemnización por su intervención en la causación del accidente o agravación de sus consecuencias que produce su incapacidad temporal.

8.3.- Especial consideración a la STC 180/2000, de 29 de junio

La Sentencia estableció que cuando se trate de resarcir daños ocasionados sin culpa, es decir con base en la responsabilidad civil objetiva por riesgo, la indemnización por perjuicios económicos a que se refiere el apartado B de la misma operara como autentico y propio factor de corrección sobre la base que en ese supuesto dicha regulación “no incurre en arbitrariedad ni ocasiona indefensión”. Si dicha *culpa relevante*, o judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar dichos perjuicios económicos se hallan afectados por la inconstitucionalidad y por tanto, la cuantificación de dichos perjuicios y ganancias dejadas de obtener podrá ser determinadas de forma independiente y fijada con arreglo a lo que se acredite y pruebe en el correspondiente proceso.

⁸⁵⁵ Porcentaje de *aumento*: Se establece distintos tramos, concretamente cuatro, en función de los ingresos netos anuales de la propia víctima por trabajo personal y dependiendo del tramo en el que este comprendido se aplican las horquillas de porcentajes correspondientes.

⁸⁵⁶ Porcentaje de *reducción*: serán de aplicación los elementos correctores de disminución en la indemnización básica que resulte, los cuales viene determinados por la concurrencia de la víctima en la producción del accidente, lo cual determinaría una concurrencia de culpas en la que se establecería en que porcentaje ha intervenido el perjudicado en la causación del siniestro, así como la concurrencia en la agravación de sus consecuencias como por ejemplo la no utilización de los medios de seguridad impuestos

El sistema de valoración se aplica y es vinculante como es propio de una Ley, a todos los jueces y tribunales tanto en sede civil como penal para la determinación de indemnizaciones y para reparar daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor y no solo en los casos de responsabilidad civil por simple riesgo (responsabilidad casi objetiva) sino también por actuación culposa o negligente del conductor del vehículo. La decisión del legislador de establecer un baremo vinculante, solo respecto a la circulación de vehículos a motor, tiene su razón de ser en el momento de renovación de la responsabilidad civil en el sector del automóvil, la alta siniestralidad, la garantía en la reparación del daño (lo cual lleva al seguro obligatorio), y otros factores que la hacen especial.

El Tribunal Constitucional considera que el Sistema *no* es inconstitucional por que trata por igual a determinados grupos y al crear esos grupos es por que es necesario crear diversidad de regímenes jurídicos especiales en materia de responsabilidad civil extracontractual, pero que se aplica a todos por igual.

Se atacaba al Sistema en el sentido de que conculcaba el principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de algunos apartados del mismo, concretamente entre ellos, la Tabla V, pues situaciones iguales eran tratadas desigualmente, pero sobre todo situaciones desiguales eran tratadas iguales (comparar, por ejemplo, el día de baja impositivo de un medico, electricista, fontanero, maestro... con una figura del futbol, del tenis, de la música, etc...).

Como hemos dicho antes el Baremo se aplica a aquellos casos de responsabilidad por creación de riesgo u objetiva así como a aquellos casos en que el daño tiene su razón de ser en la acción u omisión culposa del conductor del vehículo. La conclusión es que no hay arbitrariedad cuando estamos tratando responsabilidad objetiva, cuando hay un riesgo "*per se*", un riesgo creado por la mera circulación. El legislador por tanto crea un sistema objetivo frente a un riesgo objetivo determinado lo que vale sin entrar a verificar la culpa.

Pero si concurre culpa del conductor, y es judicialmente declarada, en este caso los bienes a proteger son del máximo rango y no puede limitarse por ley la restitución íntegra, debiéndose dejar a criterio del juez y a la capacidad de la parte de desplegar la actividad probatoria que corresponda para su determinación⁸⁵⁷.

⁸⁵⁷ Así lo recogen las SSTs de 25 de marzo de 2010 [Rec. 1741/2004 y Rec. 1703/2009]; 30 de abril de 2012 [Rec. 1703/2009].

CAPÍTULO OCTAVO: LOS DAÑOS PUNITIVOS

Sumario:

- I.- INTRODUCCIÓN.
 - 1.- Definición
 - 2.- Antecedentes.
 - 3.- Naturaleza
- II.- EL DAÑO PUNITIVO EN EL *COMMON LAW*
 - 1.- Finalidad
 - 2.- Procedencia.
 - A.- Grave reproche subjetivo
 - B.- Existencia de lesión y daño
 - C.- Inaplicabilidad en materia contractual
 - D.- Valoración
- III.- LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO COMPARADO
 - 1.- Inglaterra
 - 2.- Europa continental y América Latina.
- IV.- CRÍTICAS A LA DOCTRINA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS
 - 1.- Enriquecimiento sin causa
 - 2.- Arbitrariedad en la decisión del jurado
 - 3.- Seguridad jurídica
 - 4.- Inconstitucionalidad.
- V.- LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO ESPAÑOL DE DAÑOS.
 - 1.- La tradicional separación entre indemnización y sanción
 - 2.- La aplicación de los daños punitivos en la indemnización por daño moral.
- VI.- CONCLUSIONES

I.- INTRODUCCIÓN

En el campo de la responsabilidad, los ordenamientos de corte romano-germánico evolucionaron hacia el reconocimiento de la necesidad de indemnizar de manera pecuniaria a la víctima de un

hecho ilícito, hasta llegar a exigir no sólo los perjuicios materiales efectivamente provocados, sino también los perjuicios morales causados y probados, pero todo ello con un límite claro y preciso: dejar a la víctima (en la medida de lo posible, de acuerdo con la naturaleza del daño) exactamente en el mismo estado en el que se encontraba antes del perjuicio sufrido y evitar un posible enriquecimiento como consecuencia de la indemnización reconocida. En el sistema anglosajón, por el contrario, el reconocimiento de la responsabilidad tiene algunos objetivos adicionales que permiten al juez ir más allá de los daños causados y reconocer una indemnización prácticamente sin límites⁸⁵⁸.

En una sociedad como la española, en la que los ciudadanos más débiles están en situación de desventaja frente a los más fuertes, incluso cuando el más fuerte es el Estado, el Derecho comienza a preguntarse si vale la pena ir más allá de los postulados tradicionales sobre responsabilidad, para comenzar a utilizar el mecanismo de la indemnización no sólo de manera resarcitoria, sino incluso punitiva, con miras a evitar y subsanar arbitrariedades y abusos.

A pesar de la clara diferencia que hay entre *indemnizar* y *sancionar* existen figuras híbridas en donde dentro de un proceso que busca la indemnización, se introduce un mecanismo sancionador⁸⁵⁹. Se trata de una figura que tiene un carácter más sancionador que resarcitorio: los *Punitive Damages del Common Law* (utilizados en Reino Unido y con mayor extensión en EE UU). En el supuesto en que la conducta del agresor haya sido deliberada, haya tenido caracteres de auténtico ultraje a través de lesiones violentas, calumnias... la indemnización consistirá : en una parte de *compensation de damages*

⁸⁵⁸ REGLERO CAMPOS (director en AA.VV.): *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 80 y ss.

⁸⁵⁹ SALVADOR CODERCH, P.: ("Tres dualidades básicas", *AFDUAM*, 2000, pág. 139 a152) considera que aunque el objetivo del Derecho de daños consiste en reparar íntegramente el daño, no debe olvidarse que en la práctica no alcanza a cumplirlo con efectividad, pues se concede indemnizaciones situadas muy por debajo de los costes sociales de los daños causados.

que tienen el objetivo de dejar indemne a la víctima y otra de *punitive damages* con una función más sancionadora o ejemplificadora, como si tuvieran un cierto objetivo de prevención general. Se conceden en casos en los que el daño no deriva de una negligencia leve, sino de una acción dolosa o negligencia grave, aunque esto no puede variar, pues no hay una tipificación⁸⁶⁰.

Los problemas que plantean los daños punitivos son de muchos tipos. Cuando hay un delito, la sanción está previamente establecida a través de los principios establecidos legalmente. Sin embargo en el supuesto de los daños punitivos no se sabe *a priori* en cuanto va a consistir la indemnización, que ocurrirá cuando haya otros responsables, que pasará con el seguro de responsabilidad civil. Tampoco están siempre tipificados los casos en los que habrá daños punitivos, más allá de la genérica referencia a una culpa grave. En cuanto a su cantidad, algunos Estados de los Estados Unidos la han limitado legislativamente al triple de la cantidad del daño indemnizable, pero en muchísimas ocasiones se fijan sin atender a ninguna proporción preestablecida.

1.- DEFINICIÓN

La evolución de los estudios de criminología, que rechazaban la posibilidad de que el hombre juzgara y castigara al hombre, hizo que las funciones de castigo y de venganza cedieran ante las de indemnización de la víctima y la prevención por disuasión.

En lo que se refiere a la indemnización, tradicionalmente los ordenamientos jurídicos de origen romano-germánico han considerado que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, se debe buscar que la reparación del daño llegue a dejar a la víctima

⁸⁶⁰ NAVARRO MENDIZABAL, I.A. / VEIGA COPO, A.B.: *Derecho de Daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pag. 26.

en la situación en que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho, pero en ningún caso puede implicar un incremento patrimonial que no corresponda estrictamente a los perjuicios ocasionados⁸⁶¹. El resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con el daño causado, mas no puede superar ese límite. La explicación que se da de esta regla se apoya en un principio general del derecho: “si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa para la víctima. Es así el daño la medida del resarcimiento”.

Si bien este ha sido el postulado general, el sistema jurídico anglosajón ha aplicado con gran amplitud el concepto de daño punitivo o pena privada (*punitive damages, punitive damage* o *vindictive damages*), el cual constituye una institución de gran uso en el sistema del *Common Law*, principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica.⁸⁶²

Por *daños punitivos* se entiende el mecanismo por el cual se condena a pagar una indemnización, que busca reparar la violación a los derechos constitucionales de los ciudadanos. Son las sumas de dinero que los tribunales exigen pagar con el fin no de indemnización compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes. Se ha entendido como una forma de pena privada, donde el beneficiario de esas sumas de dinero es la víctima del daño causado, lo cual hace de este un sistema tan particular y criticado.

2.- ANTECEDENTES

Podríamos centrar los orígenes de esta doctrina en el Código de Hammurabi⁸⁶³, que estipulaba punitivos pecuniarios para ciertos

⁸⁶¹ REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M., en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 93 y ss.

⁸⁶² NAVARRO MENDIZABAL, I.A. / VEIGA COPO, A.B: *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pag. 26.

⁸⁶³ DRIVER & MILES: *The Babylonian Laws 500-01*, 1952.

ilícitos. También se encuentran antecedentes en el Derecho Romano⁸⁶⁴, pues allí también se fijaron puniciones pecuniarias (Ley XII Tablas); en la Roma clásica, donde se consideraron sanciones económicas a favor de la víctima, del doble, triple o cuádruple del daño causado, y en la Edad Media, donde podemos citar las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, una de cuyas disposiciones (Sexta Partida) exigía a quien negara que causó el daño que lo pagara doblado.

Su origen moderno se sitúa en el Derecho inglés y, en concreto, en una provisión del Parlamento de 1275 que condenaba al pago de *múltiple damages*, indemnización que alcanzaba el doble o el triple de las indemnizaciones compensatorias⁸⁶⁵.

3.- NATURALEZA JURIDICA

Incluso su naturaleza jurídica es complicada de entender con las categorías propias de nuestro sistema, pues son un híbrido de responsabilidad civil y derecho sancionador: se dan supuestos de responsabilidad civil en los que se concede una cantidad muy por encima de la indemnización que cobra la víctima, como si esta se pudiera quedar con una multa sancionadora que se impone al agresor⁸⁶⁶. Así en ocasiones se han traducido por compensación

⁸⁶⁴ DORSEY, D. E.: "Fairness and efficiency in the Law of punitive damages", N° 56, *S. Calif. L. Rev.* 1, 12, N°. 44, 1982; REDISH, M. Y MATHEWS, A.: "Why punitive damages are unconstitutional?", 53 *Emory L. J.* 1, pag 2. ; OWEN, D.: "A punitive damages overview: functions, problems and reform», 39 *Vill. L. Rev.* N° 363 y 368, 1994, citadas por FERNANDEZ GREGORACI, B.: "Recargo de prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de *punitive damages*", *Anuario de Derecho Civil*, N° LXI-1, enero 2008, pag.

⁸⁶⁵ POLLOCK, F. / MAITLAND, F.: *The History of the English Law*, 1822, pág. 522.

⁸⁶⁶ Sobre la naturaleza penal y civil de los daños punitivos: VINEY Y MARKESINIS: *La réparation*, pág. 57 y ss. Y muy destacable REQUEJO ISIDRO, M.: "Reconocimiento en España de sentencias extranjeras condenando al pago de *punitive damages*", *Iniuria*, 6, 1995, pág. 86 y ss.

sancionadora, pena de indemnización o sanción indemnizatoria⁸⁶⁷.

En nuestro sistema la indemnización tiene como objeto dejar indemne a la víctima, no que se lucre del daño obteniendo más de lo que ha sufrido⁸⁶⁸.

Por otro lado, también es cierto que es una forma muy interesante de romper un análisis coste-beneficio que podría suponer una perversión de la responsabilidad civil: si el agresor obtiene un beneficio mayor que lo que le cuesta la indemnización del daño, optara por causar el daño y después si se lo reclama, pagara la indemnización. En cambio, con los daños punitivos se puede romper este análisis, pues causar daños dejara de compensar al resultar más caro que la pura indemnización de los mismos. Se busca por ello una cierta prevención general⁸⁶⁹ que esta detrás de su carácter ejemplarizante⁸⁷⁰.

En nuestro sistema han sido expresamente rechazados por ejemplo en las STS de 19 de diciembre de 2005⁸⁷¹, la SAP de

⁸⁶⁷ Vid. Sentencia del T.S. de 12 de enero de 2009 [R] 2009, 544].

⁸⁶⁸ Tal y como reconoce la STS de las Islas Canarias de 11 de marzo de 2009 [AS 2009,1536]: “no puede olvidarse que el sistema indemnizatorio patrio, (proveniente del concepto latino clásico de la *restitutio in integrum* y alejado del sistema norteamericano de las *punitive damages*) tiene como límite el resarcimiento del daño, y nunca el lucro por el daño, en el que se suman las consecuencias punitivas (penales o administrativas y, en parte, de las del recargo del art. 123 LGSS a las resarcitorias”.

⁸⁶⁹ Los daños punitivos como reforzamiento del papel preventivo, REGLERO CAMPOS, F. : “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en AA.VV, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2003, pag. 87 y ss.

⁸⁷⁰ Recordando ese efecto de los *punitive damages*, la SAP de Madrid de 29 de enero de 2005 [JUR 2005, 84208]: “La multa ha de servir no solo como castigo..., sino para producir un doble efecto preventivo...”

⁸⁷¹ Como reconoce la STS de 19 de diciembre de 2005 [R] 2006, 295]: “Estamos, pues, en el régimen general, dentro del cual, hay que aplicar, ciertamente, el art. 1106 CC, pues la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (Sentencias de 13 de 30 de abril de 1987 [R] 1987, 2706], de 28 de abril de 1992 [R] 1992, 4466], por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6

Barcelona de 21 de mayo de 2001⁸⁷², SAP Cádiz de 14 de junio 2003⁸⁷³. La indemnización solo pretende dejar indemne a la víctima y no tiene carácter ejemplarizante⁸⁷⁴.

En el caso de responsabilidad civil derivada de delito podría dar lugar a bis in ídem, como ha señalado la SAP de Madrid de 27 de octubre⁸⁷⁵.

Sin embargo, también es pensable que en la cuantificación del daño se tenga en cuenta la actuación del agresor⁸⁷⁶. Es decir, ante un daño causado con intención de dañar es fácil imaginarse que se conceda mas indemnización o que se valore con mas laxitud el daño causado que cuando el agresor simplemente incurrió en una culpa

de octubre de 1982 [R] 1982, 5540], de 2 de abril de 1997 [R] 1997,2727], pero no procura una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados “daños punitivos” ni tiene ahora funcion la idea de pena privada.

⁸⁷² JUR 2001, 24 153.

⁸⁷³ JUR 2004, 269728.

⁸⁷⁴ La Sentencia de la AP de Barcelona de 22 de octubre de 2007 [JUR 2008, 33127] establece: “hay que tener en cuenta que en nuestro sistema, a diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia norteamericana, no existe la figura de los daños punitivos, punitive damages, que son aquellos a través de los cuales se penalizaría al infractor por su ilícita actuación, más allá del real perjuicio ocasionado, y que tendrían como objetivo evitar ulteriores vulneraciones por su parte, o por parte de terceros”.

⁸⁷⁵ JUR 2003, 105470.

⁸⁷⁶ Por su parte la Sentencia de la AP de Madrid de 17 de febrero de 2000 [ARP 2000, 1471]: “hay que partir del ideal del resarcimiento íntegro del daño causado injustificadamente. Se compensan o reparan los daños y perjuicios efectivamente producidos. El Derecho Español de Daños no incluye, por regla general, la idea de agravación para convertir el sistema resarcitorio en sistema punitivo (*punitive damages*). No es conforme con la ley sobrevalorar las consecuencias perjudiciales del hecho dañoso para que la indemnización que se fije –que entrañará no solo el restablecimiento de equilibrio anterior roto y la reparación del daño causado, sino un enriquecimiento adicional, y, en esa medida, objetivamente injustificado de la víctima- funcione como una suerte de pena privada. Un exceso en la cuantificación del resarcimiento solo podrá fundamentarse racionalmente cuando las circunstancias de la producción del daño impliquen una humillación especial de la persona lesionada, a compensar como un epígrafe independiente de daño moral, pero, en este caso, no se encuentran motivos para llegar a esa conclusión justificante de un complemento indemnizatorio”.

levísima. Lo mismo puede decirse si el agresor se enriqueció con el daño: no será cuestión de escatimar con la víctima si el agresor obtiene beneficios de la actuación dañosa⁸⁷⁷.

Como puede imaginarse, la existencia de estos daños punitivos esta detrás de numerosas clausulas de sumisión expresa a una determinada jurisdicción, pues no es lo mismo reclamar daños y perjuicios en EE. UU. que en España.

Por su parte el art. 123 de la LGSS señala que : “ 1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30% a un 50%, cuando la lesión se produzca por maquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones...”

Como puede apreciarse, se trata de un recargo de prestaciones que recibe la víctima cuando se transgreden además precauciones reglamentarias y no en función del efectiva daño causado. Por eso es algo muy parecido a los daños punitivos, aunque sí está “tipificado” cuando se concederá el recargo y éste está “tarificado”, pues se aumentara únicamente de un 30% al 50%.⁸⁷⁸. En cualquier caso parece que se produce una quiebra en el paralelismo que existe entre

⁸⁷⁷ NAVARRO MENDIZABAL, I.A. / VEIGA COPO, A.B: *Derecho de Daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pag. 32 y ss.

⁸⁷⁸ En este sentido podemos citar entre otras, las Sentencias del TSJ de Murcia (Sala de lo Social) de 22 de diciembre de 2004 [AS 2004, 40] y de 9 de septiembre de 2002 [JUR 2002, 254700] establecen en casos en que se declaraba la pertinencia de la indemnización : “En efecto , la Sala entiende que la evaluación razonable de los daños y perjuicios es la que se realizó con anterioridad , y, por tanto, satisfechos por esta cantidad, no se puede conceder otra mayor, pues , en otro caso, nos introduciríamos en el ámbito de una indemnización punitiva o ejemplarizante, en versión inglesa punitive damages, no reconocible en el ordenamiento jurídico español, con la única posible excepción del recargo por medidas de seguridad..”

la reparación y la sanción⁸⁷⁹ .

Otra consecuencia de esta diferente naturaleza es que estos recargos son totalmente independientes a las cantidades indemnizatorias que tienen relación entre si: si algo ya ha sido reparado por la Seguridad Social, la víctima no puede pedirlo en vía civil. Sin embargo, lo que estamos viendo, como no indemniza nada no puede “compensar” una indemnización civil menor.

El art. 10:101 de PETL señala: “ Naturaleza y objeto de la indemnización. La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para restablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño”. Observando el inciso final y la finalidad preventiva, parece estar muy próximo al fundamento de los *punitive damages*.

Y después en el art. 10:103 se establece: “Beneficios obtenidos mediante el evento dañoso. Al determinar la cuantía de la

⁸⁷⁹ Expone al Sentencia del TSJ de Canarias de 28 de diciembre de 2010 [JUR 2011, 19638]: “nuestro sistema juridico indemnizatorio, propio del régimen continental europeo, siguiendo tanto la tradicion latina como la germanica, descansa en el resarcimiento del daño causado. Frente a un acto ilicito dañoso el sistema juridico reacciona separando, de forma rígida, las consecuencias sancionadoras de las resarcitorias y el eso se diferencia del sistema , tipicamente norteamericano , de las *punitive damages*, en el que ambos efectos se acumulan; solo se admite una excepcion en nuestro sistema, que es el del recargo de prestaciones del art. 123 LGSS (que, ademas , es aplicable al caso, por o que es muy probable que al empresario se le imponga esta consecuencia...)”.

Tambien expone la Sentencia del TSJ de Aragon de 30 de junio de 2004 [JUR 2004, 257731]: “ En definitiva , cuando el TS ha explicado que el recargo prestacional tiene carácter sancionador, esta utilizando el termino “sanción” desde la perspectiva de la contraposicion entre lo que en Derecho anglosajón se llaman *compensatory damages* y *punitive damages*. Es decir, cuando se produce una conducta empresarial antijuridica y lesiva para el trabajador, el recargo no titene como finalidad principal indmnizar los daños causados (*compesatory damages*) sino sancionar una conducta antijuridica (*punitive damages*) con la finalidad disuasoria. Ello supone que el recargo prestacional no se descuenta de la cantidad fijada para indemnizar los daños y perjuicios causados “.

indemnización, deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio”: En este caso se tiene en cuenta para el cálculo los beneficios y no solo el daño causado.

II.- EL DAÑO PUNITIVO EN EL *COMMON LAW*

Por ser esta teoría de mayor desarrollo en el *Common Law* y en especial en los Estados Unidos, cabe analizar la finalidad, la procedencia, la valoración y la jurisprudencia del daño punitivo en ese país.

1.- FINALIDAD: El propósito general de las acciones indemnizatorias está encaminado a reparar el perjuicio causado al demandante, pero a diferencia de ello, el daño punitivo tiene como propósito castigar a quien produce un mal y disuadir⁸⁸⁰ tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción; es decir, el daño punitivo se toma más como una sanción que como una indemnización, tanto es así que varios autores estadounidenses consideran que no le es necesario a la víctima demostrar un daño causado para poder obtener una indemnización por daño punitivo.

Como finalidades del daño punitivo se pueden enumerar las siguientes:

- Punir graves inconductas: se trata de sancionar al trasgresor. Con la pena se quiere mostrar un reproche social a lo ilícito.

- Prevención: se busca disuadir a otros posibles transgresores con la generación de un temor a la sanción, pues de esa forma se

⁸⁸⁰ FERNANDEZ GREGORACI, B.: “Recargo de las prestaciones de la seguridad social: un supuesto específico de *punitive damages*”, *op. cit.*, pag 134.

mantiene el orden en la sociedad.

- Restablecer el equilibrio emocional de la víctima: se quiere calmar los sentimientos heridos de la víctima.

2.- **PROCEDENCIA:** Los daños punitivos no son un derecho de obligatorio reconocimiento por parte del juez, sin importar que tan reprochable sea la conducta del agente, por lo tanto, la víctima debe incluirlo de forma expresa como una de sus pretensiones, para que la entidad encargada de determinar los hechos y el jurado analicen la posibilidad de aceptar esa pretensión.

Son tres los aspectos que se deben tomar en cuenta a la hora de decidir la posibilidad en la aplicación de daño punitivo:

A.- Grave reproche subjetivo: La concepción dominante de los Estados Unidos sostiene que no cualquier acto ilícito puede ser objeto de daños punitivos, pues se debe exigir la existencia de una particular subjetividad en la conducta del autor del hecho dañoso. Es necesario que se produzca algo más que una mera negligencia en la comisión de un hecho, según la doctrina y la jurisprudencia, es decir, deben presentarse circunstancias agravantes relativas a la persona que realiza la acción dañosa, como temeridad o mala fe⁸⁸¹.

B.- Existencia de lesión y daño: En un primer momento podríamos considerar la necesidad de la existencia de otros daños susceptibles de reparación para la víctima, como requisito para que los daños punitivos le puedan ser reconocidos, pero al considerarse el daño punitivo principalmente como una multa de naturaleza privada con fines sancionatorios, éste se puede reconocer en ausencia de una pérdida o de un perjuicio que haya sido materialmente demostrado,

⁸⁸¹ Cf. SALVADOR CODERH, P.: "Daños punitivos", *Revista In Dret* (Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra", N° 1, 2000, pag. 6.

así la cuantía del daño compensatorio sea mínima o inexistente⁸⁸².

C.- Inaplicabilidad en materia contractual: En principio, los daños punitivos no se pueden aplicar a incumplimientos en materia contractual, sin embargo, se ha permitido excepcionalmente cuando la conducta de la parte que provoca la ruptura contractual va más allá y es acompañada por otro agravio. Cabe anotar que el espíritu de esta doctrina busca evitar que la indemnización se convierta en una ganancia ocasional para el demandante, por ello se prevé la necesidad de sopesar los siguientes factores:

- La naturaleza y la gravedad de la conducta del agente causante del daño. Se trata de aplicar castigos pecuniarios, de acuerdo con la solvencia económica de la parte culpable.

- La naturaleza del daño infringido.

D.- Valoración: La valoración y la determinación de la suma que se va a pagar como daño punitivo está en el sistema del *Common Law*, determinada discrecionalmente por el jurado; sin embargo, se le ha puesto un límite: que no sea excesiva⁸⁸³. Para realizar la tasación el jurado requiere una prueba de la condición financiera del causante; pero si el demandado no quiere pagar la indemnización, el corre con la carga de la prueba, pues debe demostrar sus ingresos netos para que la Corte de Revisión considere examinar la indemnización de cualquier daño.

Han existido movimientos estadounidenses encaminados a limitar mas la discrecionalidad de jurado a la hora de imponer la indemnización. Entre los mas conocidos está el movimiento en Texas

⁸⁸² FERNANDEZ GREGORACI, B.: "Recargo de las prestaciones de la seguridad social: un supuesto específico de *punitive damages*", *op. cit.*, pag 117.

⁸⁸³ Cf. SALVADOR CODERH, P.: "Daños punitivos", *op. cit.*, pag. 9.

que pugnó por que el daño punitivo no fuera superior a dos veces la suma reconocida como daño compensatorio.

Estudios realizados, como el de la Universidad de Harvard, han sido críticos con la figura de daños punitivos, por no existir en el sistema legal un desarrollo de principios coherentes en la aplicación de daños punitivos y en el logro de un castigo y una disuasión, y han propuesto fórmulas objetivas para que tengan un soporte a la hora de aplicarlos. Así, para que éstos se apliquen es necesario que exista la posibilidad de que el causante pueda escapar a la responsabilidad.

III.- LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

Aunque la doctrina de los *punitive damages* tuvo gran popularidad en el derecho inglés hasta la segunda mitad del siglo pasado, con posterioridad se ha ido reduciendo su aplicación hasta quedar limitada a tres supuestos:

- Cuando mediaren comportamientos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de funcionarios del gobierno.
- Cuando el demandado hubiera intentado de manera premeditada obtener provecho con su accionar antijurídico, aun teniendo que pagar indemnizaciones.
- Cuando la punición estuviera expresamente prevista por disposiciones estatutarias.

Las anteriores limitaciones fueron impuestas ya que en el fallo se dijo que la finalidad perseguida con la indemnización pecuniaria era la compensación de la víctima, en tanto que el objetivo buscado a través de la punición era castigar y desterrar conductas semejantes para el futuro.

La doctrina de los daños punitivos no se ha extendido al sistema de Europa continental, a pesar de que varios autores promuevan la existencia de una función punitiva de la responsabilidad; sin embargo, ello se ha querido lograr por medio de figuras como el daño moral, que no coincide con los elementos necesarios para configurarse el daño punitivo.

En Francia no se ha aceptado el daño punitivo, por considerarse que se entraría a generar un enriquecimiento injustificado y, además, la Corte de Casación se ha negado a darle a la responsabilidad civil un carácter de función penal. Ello se refleja en el tratado de *Viney Genevieve*: "...la gravedad de la culpa no puede justificar una condenación superior al valor del daño".

No obstante lo anterior, la doctrina francesa ha identificado que los jueces franceses reconocían daños punitivos a través de los perjuicios morales, así como por medio de la acción civil ejercida por sindicatos o asociaciones para proteger el interés colectivo que representan.

En este caso, en razón de la dificultad para valuar el daño colectivo, por medio de la acción civil se busca reforzar la acción penal. Asimismo, en materia laboral se establecen ciertas eventualidades en que se impone un límite mínimo en la indemnización que debe reconocer el empleador (en casos como el despido sin justa causa o el accidente de trabajo), independientemente del daño causado, o se tiene en cuenta un aumento en la suma reconocida por perjuicios por causa de la gravedad de la culpa⁸⁸⁴.

En Italia también encontramos una notable cercanía, cuando en la Ley del 8 de julio de 1986 (de protección al ambiente) se abre la puerta a la posibilidad de fijar una indemnización superior al daño

⁸⁸⁴ Cf. SALVADOR CODERH, P.: "Daños punitivos", *op. cit.*, pag. 4.

sufrido por la víctima y que refleje el beneficio económico obtenido por el infractor.

En Noruega la legislación penal prevé la posibilidad de reconocer una suma de dinero que tiene en cuenta dos factores: gravedad de la culpa y capacidad contributiva del responsable.

En Suiza, el Código de las obligaciones abre al juez la posibilidad de tener en cuenta la gravedad de la culpa al momento de evaluar la indemnización; sin embargo, los jueces no utilizan con frecuencia esta posibilidad.

Finalmente, en Alemania, los jueces, en sus decisiones, han optado por reconocer sumas superiores a las que estrictamente compensarían el daño en los casos en que el responsable, además, haya obtenido un beneficio como consecuencia del acto que ocasionó el perjuicio. Tal hipótesis puede funcionar en ámbitos como publicaciones que atentan contra la imagen de la víctima, la violación de los derechos de los consumidores o de la propiedad intelectual, entre otros⁸⁸⁵.

En Brasil, el Código Civil prevé para ciertas violaciones de los derechos de la personalidad, el reconocimiento de sumas a título de sanción, las cuales normalmente se definen en relación con la multa exigida en el ámbito penal.

⁸⁸⁵ En Alemania, la Sociedad de Autores -*Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte und mechanische Vervielfältigungsrechte*, (GEMA)- tiene reconocida por una jurisprudencia muy antigua la posibilidad de reclamar a quien ha violado los derechos de propiedad intelectual derivados de una obra musical el importe de una indemnización por la explotación indebida de derechos de autor [(la remuneración percibida de haberse autorizado la explotación (Lizenzgebühr)] y otro tanto, es decir, tiene una pretensión por *double damages* (Müller (2000), pags.126 y ss.).

IV.- CRÍTICAS A LA DOCTRINA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

La doctrina de los daños punitivos ha sido objeto de grandes críticas, no sólo de los sistemas escritos de derecho, sino también de los mismos sectores del pensamiento jurídico del *Common Law*. Las siguientes son sólo algunas de las principales:

1.- Enriquecimiento sin causa: El daño punitivo es un beneficio injustificado para la víctima, pues al obtener una indemnización que va más allá de los daños sufridos, se estaría enriqueciendo a expensas del penalizado. Por lo rígido del sistema del *Common Law*, el daño moral es aceptado sólo de forma muy limitada, por lo cual esto ha llevado a que muchas veces se repare ese tipo de daños con los daños punitivos⁸⁸⁶.

2.- Arbitrariedad: En materia de tasación del monto de indemnización, se ha criticado fuertemente esa gran discrecionalidad de la que goza el Juez al momento de fijar el valor, pues se dice que no existen medidas objetivas para la determinación del daño punitivo.

3.- Inseguridad jurídica: La existencia de leyes y códigos que pretenden regular la vida en sociedad de manera integral busca, entre otros efectos, generar seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones para los individuos y para el Estado, lo cual se pone en duda si el juez tiene la posibilidad de actuar sin límites en ciertos campos.

4.- Inconstitucionalidad: Se afirma que los daños punitivos contrarían los principios constitucionales, pues al ser sanciones de tipo penal, su aplicación dentro de un proceso civil resulta ser un desconocimiento de las garantías que la Constitución otorga en los procesos penales.

⁸⁸⁶ Cf. DE ANGEL YAGÜEZ, R.: *Daños punitivos*, Civitas/ Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pags. 243 y ss.

V.- LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO ESPAÑOL DE DAÑOS}

La responsabilidad por daños -que tiende a relativizar la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual y se avanza a nivel judicial en la unidad de la culpa civil y en la objetivación de la responsabilidad- está presidida por dos criterios fundamentales, el de reparación integral y el de prohibición de enriquecimiento y se dirige a la satisfacción de los daños y perjuicios realmente sufridos (y probados) por la víctima.

La tradicional separación entre las funciones asignadas al Derecho civil (reparación, compensación) y al penal (prevención), empieza a difuminarse en los últimos tiempos al discutirse, desde la óptica civilista, si el Derecho privado y, especialmente, el Derecho de daños, no posee también una función preventiva⁸⁸⁷.

El derecho de daños puede cumplir sus funciones compensatoria y preventiva, de tal forma que el principio de prevención se integraría en el de compensación. Así, habría de distinguirse entre la función preventiva del derecho de daños y la adopción, en un procedimiento civil, de medidas sancionadoras, pues la primera "no es incompatible con la compensación de daños sino que, muy al contrario, coadyuva con ella"⁸⁸⁸. Se plantean dudas puesto que una cosa es que, en la práctica, la indemnización o compensación económica tenga un efecto preventivo y, otra bien

⁸⁸⁷ SALVADOR CODERCH, P. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T.: *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de Daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 9 y ss. CASAS PLANES, M.O.: "La función de la responsabilidad civil: especial referencia a la controvertida función penal: los *punitive damages* del Derecho anglosajón", *Práctica Derecho de Daños*, N° 29, 2005, pág. 5 y ss.

⁸⁸⁸ SALVADOR CODERCH, P. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T.; *Prevenir y castigar...*, op. cit., pág. 117 a 125, 173 a 174.

distinta es que ésta sea una función normativa del Derecho Civil⁸⁸⁹. No se ha producido un radical viraje de las funciones de la responsabilidad civil hacia otras que son propias de Derecho Penal y del Derecho administrativo. No obstante, al margen de opiniones doctrinales, en el *Proyecto de Codificación Europea en materia de responsabilidad civil* se indica que la indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño.

En el ámbito específico del contrato de trabajo, nos situamos ante un contrato de tracto sucesivo que, con carácter general, las partes están interesadas en mantener, especialmente el trabajador. Con lo que aquí, las eventuales indemnizaciones por vulneraciones de derechos fundamentales cumplen una función clave en la reintegración de un derecho en un contexto de dependencia y sometimiento al poder de dirección en el que aquéllos son objeto de modulación⁸⁹⁰. La continuidad en la prestación de servicios hace que sea importante tener en cuenta la función preventiva o disuasoria de la indemnización para evitar nuevas vulneraciones de derechos de ese trabajador o de otros de la plantilla. En los supuestos de acoso ya se planteó la exigibilidad de una función adicional de la indemnización por daños derivados de acoso, al objeto no sólo de realizar más efectivamente el principio constitucional del resarcimiento *integrum* de la víctima, sino de conseguir un efecto preventivo, tanto en atención a la ejemplaridad de la retribución económica por el comportamiento ilícito, cuanto a su mayor eficacia desincentivadora de comportamientos de esta naturaleza⁸⁹¹.

El debate en torno a la función preventiva del Derecho de

⁸⁸⁹ En esta línea, PANTALEÓN PRIETO, F.: "Artículo 1902", en AA.VV., *Comentario al Código Civil*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 1971 y ss.

⁸⁹⁰ ALAMEDA CASTILLO, M.T.: "Indemnización de la vulneración de derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo: nuevas (o renovadas) dimensiones", *XXIII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013, págs. 7 y ss.

⁷⁸⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: "La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización", *Aranzadi Social*, Nº 18, 2002.

daños se propicia, en gran parte, por la discusión relativa a la posibilidad de exportar a los sistemas europeos de *Civil Law*, a modelos de Derecho de daños, figuras propias del *Common Law*, en concreto, los daños punitivos (*punitive damages*). Curiosamente, el resarcimiento de estos daños es, sin embargo, objeto de críticas en los ordenamientos en los que tradicionalmente operan (Reino Unido, Estados Unidos de América⁸⁹²) por su indefinición, inseguridad, su carácter excesivo, por quedar sometidos al arbitrio de un jurado que podría moverse por razones ideológicas y, al tiempo, en la órbita del *Civil Law* se siente una cierta atracción hacia aquello⁸⁹³.

1.- LA TRADICIONAL SEPARACIÓN INDEMNIZACIÓN-SANCIÓN

Se trata ahora de reflexionar sobre la posibilidad de aplicación de los daños punitivos en nuestro derecho de daños. Los *punitive damages* cumplen una finalidad ejemplarizante y disuasoria-preventiva a través de una medida de carácter sancionatorio o punitivo consistente en elevar cuantiosamente las indemnizaciones que ha de pagar el causante del daño, como consecuencia del carácter especialmente reprobable de la conducta realizada y de haberse lucrado de ella. Se valora, de ordinario, la gravedad de la conducta y las circunstancias del caso. También se califican como indemnizaciones punitivas o indemnizaciones ejemplares⁸⁹⁴ (*exemplary damages*) y son de naturaleza penal o podríamos decir que desempeñan una función penal. Estamos ante un fenómeno de naturaleza inequívocamente sancionadora, cuyos fines son

⁸⁹² Salvo en cinco, son reconocidos en los distintos Estados, con diverso alcance, (vid., PACE, A.K., "Recalibrating the scales of justice through national punitive damages reform", *American Law Review*, N° 46, 1997, pág. 1573 y 1574.

⁸⁹³ Para conocer el Estado de situación en los distintos ordenamientos jurídicos del *Common Law* y del *Civil Law*, AA.VV (edtrs. Koziol/Wilcox), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Ed. Springer, Viena, 2009 pág. 154. En la doctrina civil española, DE ÁNGEL YAGUEZ. R.: *Daños punitivos*, op. cit., págs. 246 y ss.

⁸⁹⁴ FERNÁNDEZ GREGORACI, B.: "Recargo de prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de *punitive damages*", op. cit., págs. 141 y ss.

ampliamente coincidentes con los característicos tanto del Derecho penal como del Derecho administrativo sancionador⁸⁹⁵.

No obstante, la falta de claridad en cuanto a su naturaleza puede haber influido en la exigencia de un nivel de garantías en múltiples aspectos inferior al característico del Derecho Penal. Sin embargo, si aceptamos esa naturaleza punitiva, ningún sentido tiene que mediante su atribución competencial a los tribunales de otro orden, como el civil, se sorteasen las garantías que deben acompañar todo acto sancionador del Estado. No cabe mantener que constituyen una excepción al monopolio punitivo del Estado, en la medida en que son impuestos por éste, a favor de un tercero. El nivel de garantías habría de ser, en definitiva, próximo al del Derecho Penal⁸⁹⁶.

Nos debemos plantear la cuestión de si el hecho de que los daños punitivos los imponga un tribunal civil, deja sin efecto la necesidad de garantías típicas del Derecho sancionador. La respuesta es que no necesariamente, de la misma forma que nadie cuestiona que la indemnización civil fijada por un juez penal (derivada de delito) pierda su naturaleza civil, o que las indemnizaciones civiles derivadas de la violación de derechos fundamentales determinadas por jueces laborales pierdan aquel carácter.

Desde el punto de vista histórico surgieron para compensar a la víctima de daños como el moral, el sufrimiento emocional y físico que no se podía compensar por otros medios. En Estados Unidos, determinados Estados recogen la denominada *split-recovery legislation* que supone que el Estado recibe una parte de la cantidad impuesta en concepto de daños punitivos (en California puede llegar hasta el 75%

⁸⁹⁵ GARCÍA TOMILLO, M.: "Los daños punitivos: Análisis desde una perspectiva jurídico-penal. Al mismo tiempo reflexión sobre las garantías en fenómenos materialmente sancionatorios", en AA.VV., *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado, Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 27.

⁸⁹⁶ DEL OLMO, P. "Punitive Damages in Spain", en: H. Koziol y V. Wilcox (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives.*, España, 2009, pag.139.

de la cantidad obtenida). Al Estado le correspondería el beneficio económico que la sanción conlleva pues no sería admisible que un particular se apropiara del beneficio económico asociado a la imposición de una sanción pecuniaria y le sería atribuido al tratarse de una conducta altamente reprochable generadora de un daño especialmente cruel siendo oportuno que esa multa no fuera a parar sólo a quien ha sufrido el daño sino también a las arcas públicas, en definitiva, a todos los ciudadanos (vgr. Entidades de carácter público de las que éstos pudieran beneficiarse, Asociaciones de defensa de derechos)⁸⁹⁷. Además, hay otros argumentos a favor de la atribución al Estado del beneficio económico que lleva aparejado la imposición de aquélla: se trataría de un medio para incrementar el bienestar general y no sólo el particular y, además, es el Estado el que afronta los costes de la Administración de Justicia.

Sin embargo, el mayor problema para aceptar los daños punitivos en nuestro sistema es el ataque al principio de legalidad que ello supondría. Esto es, la vulneración de la garantía criminal "*nulla poena sine legem*" del art. 25.1 CE "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, infracción, según la legislación vigente en aquel momento"⁸⁹⁸ y del principio de taxatividad: descripción clara en la ley de la acción u omisión que determina

⁸⁹⁷ En este contexto, se muestra crítico con los daños punitivos, especialmente en relación al destino de la indemnización punitiva pagada por el dañador, LLAMAS POMBO: " ...Si se la entregamos a la víctima, admitimos abiertamente legitimar un acto de enriquecimiento injusto. Pues, por definición, le estamos indemnizando por encima de lo que supuso el daño. Si se la queda el Estado, alguien debería explicarnos entonces en qué difiere esa multa de la sanción penal. Y si estamos pensando en financiar por esta vía a determinadas ONG, asociaciones de víctimas o ideas luminosas parecidas, no resulta la mejor manera de desincentivar los daños" ("*Formas de reparación del daño I y II, Práctica Derecho de daños*", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2010, pág. 26.

⁸⁹⁸ En esta línea, YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, pág. 52 y 53 y MARTÍN CASALS, M. "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones de difamación de la LO 111982", en AA.VV.: *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pags.1258 y ss.

daños punitivos⁸⁹⁹—no obstante, en algunos casos, los tipos penales se formulan de manera algo abierta-. A *sensu* contrario, el respeto al principio de legalidad se obtendría si la posibilidad de imponer daños punitivos estuviera prevista de forma expresa en la norma, de tal forma que recogiera no sólo el grado o tipo de reproche o la intolerabilidad de la conducta del agente, sino la naturaleza y la extensión de la sanción y ello sí queda determinado en alguna ocasión pero no con carácter general, ni para todos los casos.

Podemos afirmar, que la figura de los daños punitivos es ajena a los ordenamientos de corte europeo continental⁹⁰⁰(incluido el español) y, en España, la propia jurisprudencia los ha rechazado de forma expresa⁹⁰¹. La mayor parte de la doctrina rechaza una eventual adopción de los daños punitivos en derecho español con carácter general⁹⁰², aunque no faltan autores que la consideran admisible⁹⁰³.

⁸⁹⁹ El principio de legalidad se estructura en cuatro garantías básicas, como la garantía criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional y la garantía en la ejecución y en cuatro corolarios lógicos: exigencia de reserva de ley, principio de irretroactividad, prohibición de analogía y principio de taxatividad (GARCÍA TOMILLO, "Los daños punitivos: análisis desde una perspectiva jurídico-penal", op. cit., pág. 37).

⁹⁰⁰ Cita importante es la de DÍAZ PICAZO que se mantiene también en esta línea contraria a la admisibilidad de los daños punitivos en el Derecho español de daños. Afirma el autor que " ... no pueden encontrarse en las normas que cumplen una función indemnizatoria la realización de la idea de sanción, salvo que por sanción se entienda, de forma genérica, el anudar a un comportamiento consecuencias que puedan ser desfavorables para alguien. Las normas sobre responsabilidad civil no pueden llegar más allá del alcance económico del daño efectivamente producido (...) por muy reprochable que haya sido la conducta del acusado o demandado". (*Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 44 a 47).

⁹⁰¹ STS (1ª) de 22 de noviembre de 2010 y Sentencia de 9 de mayo de 2011, entre otras.

⁹⁰² DIEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pagin 44 y ss, MARTIN CASALS: *Indemnización de de daños*, pág. 399; DE ANGEL YAGUEZ, R.: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 65; PANTALEON PRIETO: "Como repensar la responsabilidad civil extracontractual", *AFDUAM*, N° 4, 2000, pág. 167.

⁹⁰³ ROJO AJURIA, L.: "La tutela civil del honor y la intimidad" , *Actualidad Civil*, N° 18, mayo 1998, pág. 1085; SALVADOR CODERCH, P.: "Punitive damages", *AFDUAM*, N° 4, 2000, Numero monografico sobre la responsabilidad en el Derecho pág. 151 y ss.

De hecho se trata una figura profundamente controvertida en los ordenamientos en los que existe⁹⁰⁴. Pero con las necesarias cautelas y sometida a rigurosos mecanismos de control podría dotar a la responsabilidad civil de una mayor función disuasoria. Insistimos en que el propósito fundamental de los *punitive damages* es el de reforzar el papel preventivo de la responsabilidad civil⁹⁰⁵.

Centrándonos ahora en el contrato de trabajo, a la vista de lo dispuesto en los arts. 183.2 LRJS (contribución de la indemnización “a la finalidad de prevenir el daño”) y 10 LOIMH (“reparaciones o indemnizaciones, reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”), podríamos plantearnos si se estaría dando entrada a los daños punitivos en nuestro sistema. Entendemos que no pues tales referencias legales no, son de la entidad suficiente como para salvar las exigencias de legalidad de cualquier manifestación sancionadora⁹⁰⁶. Ahora bien, lo que sí deriva del tenor legal del nuevo art. 183.2 LRJS es que la propia ley procesal laboral evidencia que la indemnización civil tiene también ese matiz preventivo que disuade el incumplimiento⁹⁰⁷, de tal forma que resulte menos rentable vulnerar

⁹⁰⁴ MARTIN CASALS, M.: “Notas sobre la indemnización sobre el daño moral en las acciones por...” op. cit., pág. 1248 y ss

⁹⁰⁵ En este sentido REGLERO CAMPOS, F.: en AA.VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, 2003, pág. 86 y 87.

⁹⁰⁶ En este sentido ALAMEDA CASTILLO, M.T.: “Indemnización derivada de la vulneración de derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo: nuevas (o renovadas) dimensiones.”, *XXIII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, Mayo 2013, pág. 9 y ss.

En esta línea también, FERNÁNDEZ LÓPEZ que insiste en la realidad y adecuada proporcionalidad de las indemnizaciones reconocidas desde la perspectiva del daño sufrido por la víctima a consecuencias del acto u omisión discriminatorios (“La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género”, La Ley, Madrid, 2008, pág. 230).

⁹⁰⁷ Así lo afirma la STS 2 de octubre de 2000 (RJ 9673) que “todo sistema de reparación cumple una función preventiva”. En la doctrina laboral, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (“Comentario al 177 LPL” en AA.VV. [Monereo Pérez, Moreno Vida, Ángel Gallego Morales], *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada, 2001, pág. 1111); CARDENAL CARRO: *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical*,

un derecho fundamental que cumplir la ley por las consecuencias económicas que ello puede generar. Algunos autores, sostienen, sin embargo, que el nuevo marco normativo procesal absorbe la triple dimensión material, moral y punitiva de la reparación del daño por vulneración de derechos fundamentales⁹⁰⁸ pero, en nuestra opinión, es preciso mantener una posición más coherente con los principios y estructura del derecho de daños y con las garantías que requiere cualquier manifestación de derecho sancionador: la indemnización por vulneración de derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo ha de ser efectiva y proporcionada e integrar compensación por daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y por daños extrapatrimoniales (daños morales), ámbito en el que el juez se movería con límites menos rígidos. La indemnización, en todo caso, cumpliría una finalidad resarcitoria-compensadora y atendería a tres objetivos: procurar la satisfacción del perjudicado,

Aranzadi, 2006, págs. 203 y ss.) y FERNÁNDEZ LÓPEZ (*Los procesos especiales en la jurisdicción social*, Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 229). Expresamente en contra, STSJ Canarias 29 de junio de 2006.

⁹⁰⁸ LAHERA FORTEZA, J.: "Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la Ley 36/2011 de Jurisdicción Social", *Relaciones Laborales*, N° 8, 2012, pág. 11. En esta misma línea aludirá MOLINA NAVARRETE a la "la ruptura con la tradición del Derecho continental de daños" y a la incorporación de la teoría de los daños punitivos (*Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social*, La Ley Actualidad, Madrid, 2012, pág. 316 y ss.). Previamente ya lo había mantenido pero de forma más matizada. Aludiría a la dimensión sancionadora de la indemnización en referencia, más que a la reparación, al disvalor social de la conducta y al carácter disuasorio para el futuro "*función de las indemnizaciones de corte punitivo -punitive damages- pero más proporcionadas*" (La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses, Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 25). En línea similar, previamente, -y también en el contexto de la libertad sindical-, CAVAS MARTÍNEZ, que defiende el perfil punitivo represor de la indemnización junto al disuasor-preventivo ("*El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*", Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 383) Y GOÑI SEIN (*La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Técno, Madrid, 1996, pág. 12). En la doctrina judicial laboral, caracterizan el fallo resarcitorio como indemnización punitiva y se muestran favorables al componente punitivo/sancionador de la indemnización de daños derivada de la vulneración de derechos fundamentales, SAN 25 de marzo de 2004, STSJ Canarias 23 de abril de 2002 (AS 3998), STSJ Andalucía 24 de octubre de 2002 [AS 647], STSJ Madrid 15 de noviembre de 2004, STSJ Cataluña 28 de enero de 2005 [AS 436], STSJ Cataluña 9 de febrero de 2007 [Rec. 6857/2006].

actuar como medida disuasoria y preventiva de ulteriores comportamientos dañosos por parte del infractor y ejemplarizar para la sociedad que es testigo de las consecuencias de un actuar ilícito⁹⁰⁹.

Ello se acompañaría, en el ámbito laboral (a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil) y en supuestos especialmente graves y reprobables⁹¹⁰, de sanciones que cumplirían el fin punitivo con todas las garantías del derecho sancionador⁹¹¹.

Así, en esta materia, la sanción ya está prevista en la LISOS, otra cosa será la oportunidad de intensificar la actuación inspectora en este campo y de incrementar la cuantía de las sanciones impuestas, dentro de la legalidad. En definitiva, una cosa es que lo punitivo sea preventivo- disuasorio (que siempre lo será) y, otra, que todo lo disuasorio-preventivo sea punitivo, que puede serlo o no.

En la indemnización por daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales hay un claro componente de reproche social ante este tipo de conductas especialmente reprobables pero ante él reacciona el ordenamiento por la vía del Derecho administrativo sancionador que es punitivo, preventivo y disuasorio.

La reacción social ante aquellos comportamientos beneficia, también, a toda la sociedad como destinataria del importe pecuniario de sanción impuesta. Pero, en la estricta dimensión contractual, nos movemos en los márgenes del Derecho de daños por mucho que defendamos criterios específicos o nuevos parámetros de aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito laboral. No obstante, pese a lo

⁹⁰⁹ En mismo sentido SEMPERE NAVARRO, A.V. / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Indemnizaciones por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 30 a 31.

⁹¹⁰ Vgr. vulneración de derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo ex art. 8 y 13 bis LISOS

⁹¹¹ Vid. CASTRO ARGÜELLES, M.A. / RODRIGUEZ CARDO, I.: "Indemnizaciones y sanciones en materia de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 78, 2008, pág. 255 a 293.

expuesto, sí es posible localizar, en determinados supuestos, en los que el ordenamiento jurídico tiene presente la relevancia del incumplimiento y del daño causado, un matiz de plus reparador con perfiles punitivos pero que no encaja estrictamente en la sanción entendida como cantidad impuesta por el poder público y a ingresar en el Tesoro dado que revierte en el perjudicado (de ahí su singularidad). En todo caso, habrá de ser la ley la que incorpore instituciones con aquellos perfiles determinando módulos, sistemas o criterios de cálculo de los mismos. Responde a tal naturaleza el recargo de prestaciones, al que la doctrina⁹¹² y la jurisprudencia social atribuyen expresamente naturaleza sancionadora o punitiva⁹¹³ aun cuando presenta rasgos de indemnización y de sanción al darse en él elementos de ambas figuras⁹¹⁴.

También, el actual art. 9.2.d) de la LO 1/1982 (y, previamente el derogado art. 9.3 del mismo cuerpo legal) que, en el contexto de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar ya la propia imagen, dispone: "La tutela judicial comprenderá (...) la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos"⁹¹⁵.

⁹¹² En este sentido DESDENTADO BONETE, A. / DE LA PUEBLA PINILLA, A: "En busca de la reparación integral: las medidas complementarias de protección del accidente a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social. A propósito de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 enero de 1900*, UNED Fraternidad, Madrid, 2000, pág. 655 a 656.

⁹¹³ STS 2 de de octubre de 2000 [RJ 9673].

⁹¹⁴ OJEDA AVILÉS, "Responsabilidad aquiliana versus recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica", *Relaciones Laborales*, 11, 2000, pág. 359; SEMPERE NAVARRO, AV., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "El recargo de prestaciones", Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 33 y ss. En la doctrina civil, se ha mantenido el carácter de daño punitivo del recargo de prestaciones por SALVADOR CODERCH ("*Punitive damages*", en AAVV [edt. F. Pantaleón], *La responsabilidad en Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 4, 2000, AFDUAM, pág. 140) y, en términos dubitativos, por FERNÁNDEZ GREGORACI "Recargo de prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de punitive damages", *Anuario de Derecho Civil*, N° 1, 2008, págs. 113 a 1469 y DEL OLMO "*Punitive damages in Spain*", en AA.VV., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, óp. cit., págs. 150 y 151).

⁹¹⁵ En este contexto, REGLERO CAMPOS afirma que "la cuantía de la

2.- LAS POSIBILIDADES QUE OFRECE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

Inadmitimos por tanto, la presencia de daños punitivos de diseño *Common Law* en nuestro sistema, pero aceptamos el perfil sancionador singular de determinadas instituciones que operan en el contexto de la reparación de daños y mantenemos la dimensión preventiva o disuasoria de las indemnizaciones pero sin alterar las bases de sistema (justicia disuasoria) y ello va de la mano de la compensación por el daño moral sufrido que abarca la lesión de derechos fundamentales de la persona.

La cuantificación monetaria del daño moral constituye un instrumento útil para adecuar a las circunstancias del caso la reparación de perjudicado, superando los límites y las dificultades que derivan de una estricta valoración de los daños y perjuicios sufridos por el mismo⁹¹⁶. Presenta el daño moral perfiles singulares: carácter subjetivo frente a la objetividad de los daños materiales, su presunción en supuestos de derechos fundamentales, la consiguiente relajación en

indemnización moral se determina teniendo en mente los beneficios obtenidos por el causante de los daños". Dicha indemnización podría rebasar la cantidad estrictamente necesaria para compensar por los daños materiales y morales sufridos, a fin de castigar especialmente al autor del daño por haberse lucrado por conductas intolerables, reprobables e indignas, logrando un enriquecimiento carente de toda causa del que debía ser privado mediante el traspaso patrimonial de esos beneficios a la víctima a través de la indemnización moral ("Conceptos generales y elementos de delimitación", en AA.VV [coord. L.F. Reglero Campos], *Tratado de Responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 73 a 92). También, PEÑA LÓPEZ, F.: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1968, págs. 228 a 232; ROJO AJURIA, L.: "La tutela civil del honor y la intimidad", *Actualidad Civil*, N° 18, 1988, pág. 1085 y SALAS CLAVER : "Daños punitivos. La pregunta es para cuándo", *Práctica Derecho de Daños, Revista de Responsabilidad civil y Seguros*, N° 55, 1997.

⁹¹⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO : "La dignidad de las víctimas de delitos", *Aranzadi Civil*, N° 6, 2010, págs. 12 y 13.

materia de prueba y el arbitrio judicial en la instancia⁹¹⁷.

Aun cuando en este ámbito de la responsabilidad civil indemnizatoria ante una vulneración de derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo nos movamos con criterios del Derecho civil de daños, éstos, como dijimos, precisan una reinterpretación laboral en un contexto contractual radicalmente distinto (que se aleja del equilibrio contractual típicamente civil) en el que los intereses tutelados son diversos. Por lo tanto, la mayor flexibilidad de los daños morales podría insertar esta lógica en el modelo.

La LPL no contenía norma alguna sobre la fijación de la cuantía de la reparación económica ligada a daños materiales o morales a compensar en supuestos de vulneración de derechos fundamentales. Ambas eran cuestiones a valorar por los tribunales de instancia discrecionalmente y la cuantificación realizada por el juez o Tribunal que tramitó la causa, no era revisable en vía de recurso, siempre que se hubiera efectuado sobre unas “coordenadas normales, según su prudente arbitrio y las circunstancias del caso”⁹¹⁸. Tras la entrada en vigor de la LRJS serán aplicables las reglas indemnizatorias recogidas en los arts. 179.3 y 183 LRJS, ambos en sede del proceso de tutela de derechos fundamentales y las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización que se reclama, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador y se exceptiona de ello a los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada. Junto a ello, el art. 183

⁹¹⁷ CARDENAL CARRO, M.: *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical*, Aranzadi, 2006, págs. 210 y 211.

⁹¹⁸ STS, Sala 1ª, de 22 de febrero de 2011 (admite el recurso en supuestos de error notorio, arbitrariedad, notoria desproporción), SSTS 23 de julio de 1990, 16 de marzo de 1998, 21 de febrero de 2000 (RJ 6457, RJ 2993, RJ 751, respectivamente), STSJ Aragón 17 de marzo de 2003 [JUR 2003, 136842], STSJ País Vasco 2 de noviembre de 2004 [JUR 2005, 41152]) y STSJ Cataluña 30 de marzo de 2005 [AS 1335] que rebajaría una indemnización por daños morales en un supuesto de discriminación por razón de sexo de 300.000 a 20.000 €.

LRJS recuerda que cuando la sentencia declare la vulneración del derecho fundamental, el juez habrá de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización incluyendo daño moral y daños y perjuicios adicionales derivados. El juez se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resultare demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

No obstante, cuando se trata de daños morales, los parámetros valorativos difusos a emplear no serán, por ello, irrazonables. En tales criterios de razonabilidad habrá que incluir: a) El repudio social que merece la transgresión del derecho fundamental violentado, atendiendo a las peculiaridades personales del agresor y la víctima⁹¹⁹, b) la eficacia precisa de la medida indemnizatoria adoptada para satisfacer adecuadamente a la víctima del daño causado y c) El carácter ejemplarizante de la medida para comportamientos futuros del agresor y, en general, de toda la espera del poder judicial la adopción de decisiones adecuadas de protección y salvaguarda para el libre ejercicio de los derechos fundamentales⁹²⁰.

Junto a ello, el innegable componente subjetivo en la valoración del daño moral, no puede asimilarse a arbitrariedad lo que exige la valoración de todas las circunstancias concurrentes en el caso⁹²¹. Así, serán aspectos a tener en cuenta en el monto de la

⁹¹⁹ En todo caso, como expresa GOÑI SEIN -en sede de libertad sindical-, no cabría vincular la naturaleza de la pretensión indemnizatoria con el concepto de daño patrimonial civil porque el epicentro reside en la vulneración de un derecho fundamental (...) “no se está ante una mera valoración de daño económico” (*La indemnización por daños derivadas de la conducta antisindical*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 18).

⁹²⁰ CARDENAL CARRO, en base a los pronunciamientos contenidos en la STJS Madrid 29 de abril de 2002 [AS 250] y STSJ Madrid 11 de diciembre de 2003 [JUR 2004,94715] (*La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical*, op. cit., pág. 193 y 208).

⁹²¹ STS 21 de octubre de 2011 [Rec. 1285/2008].

indemnización, la gravedad de la lesión y su duración⁹²², el número de afectados, la incidencia del comportamiento lesivo del derecho fundamental en el prestigio, desarrollo profesional y dignidad personal del trabajador en incidencia en el entorno familiar, personal y laboral del trabajador⁹²³, la reiteración de la lesión o persistencia de sus efectos, carácter público de la empleadora -lo que le obliga a un mayor respeto al orden constitucional-, el haber obligado a la víctima a acudir reiteradamente a los tribunales o los gastos del proceso porque la obligación de acudir a la justicia es fruto del impedimento del pacífico disfrute de los derechos⁹²⁴. En este contexto de los daños morales -y, afirmado en sede de libertad sindical pero extensible a derechos fundamentales inespecíficos- es irrelevante la intención del agente que la comete, pues lo trascendente es el resultado, la afección negativa que sus efectos producen en el pacífico disfrute de los derechos fundamentales. Ahora bien, es frecuente que la gravedad de la lesión y la culpabilidad del agente module la cuantía indemnizatoria (ánimo de dañar, mera conciencia de ilicitud del acto, actuación imprevista e inconsciente)⁹²⁵ y en algunos casos, el importe de la condena toma como referencia los criterios de graduación y cuantías de las sanciones previstas en la LISOS⁹²⁶

La prueba de daños morales en un principio, se mantuvo su automaticidad, sin necesidad de prueba⁹²⁷, criterio judicial que cambia con la STS 22 de julio de 1996 y se mantiene en la actualidad⁹²⁸ -en línea con la STC 247/2006⁹²⁹. Así, el sujeto que

⁹²² STSJ Madrid 24 de abril de 2006 [AS 2280].

⁹²³ SSTJ Cataluña 30 de marzo de 2005 y 15 de mayo de 2006.

⁹²⁴ CARDENAL CARRO, M., *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical*. op. cit., pág. 241.

⁹²⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *La tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Librería Jurídica, 2012, pág. 81.

⁹²⁶ Criterio expresamente admitido por el TC en STC 247/2006. También, STSJ de Canarias de 15 de diciembre de 2009 [AS 1197], STSJ Galicia de 22 octubre de 2010 [AS 2670].

⁹²⁷ Línea jurisprudencial que inicia con la STS 9 de julio de 1993 [R] 3586/1992].

⁹²⁸ SSTJ de 28 de febrero de 2000 [R] 2346/1999], 21 de julio de 2003 [R]

reclama una indemnización por daño moral habría de proceder a la descripción de la lesión padecida, a identificar los daños y la relación de causalidad con la agresión y a cuantificar de forma apropiada el perjuicio sufrido⁹³⁰.

Ello supone alegar las bases y elementos claves que justifican el daño y la cuantía de la indemnización que se solicita y aportar los indicios o puntos de apoyo en que se justifica la condena⁹³¹. Ahora bien, la propia LRJS, es consciente, como acabamos de indicar, de la dificultad que ello puede entrañar en ocasiones manteniéndose, a nivel doctrinal, que más bien nos situamos ante la necesidad de argumentar adecuadamente la existencia del daño y la razonable necesidad de indemnización.

Es más, se mantiene que para esos daños de difícil estimación detallada, la ley rituarial laboral ya exime de prueba⁹³², en línea con

4409/2002], 29 de septiembre de 2007 [R] 8304], 24 de octubre de 2008 [R] 7399], 12 de mayo de 2010 [R] 2191/2009], STS 7 de marzo de 2011, ATS 14 de abril de 2009 [JUR 2009/268258]. En ellas no se admite cantidad adicional por daño moral que únicamente pretenda justificarse en “vejación, humillación y sufrimiento” sin referencia a elemento objetivo alguno. No obstante, la doctrina de suplicación se aparta en ocasiones de tal planteamiento y mantiene cierto automatismo (vgr. STS] Galicia 4 de noviembre de 2009 [AS 3022], STS] Andalucía 7 de mayo de 2009 [R. 486/2009], vid., supra. 2, en materia de no discriminación por razón de sexo). Un análisis exhaustivo de esta realidad judicial en, CARDENAL CARRO, op. cit.

⁹²⁹ No obstante, el propio TC se pronuncia en términos algo ambiguos pues también entiende que determinadas consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, “se darán en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole”. Así, las dificultades probatorias de la prueba de la lesión de derechos fundamentales no podría constituirse en obstáculo del resarcimiento del daño, bastando con deducirlo de la acreditación de la lesión del derecho y de las circunstancias concurrentes, como la intensidad y agresividad del comportamiento lesivo (NAVARRO NIETO, F.: *La tutela jurídica del acoso moral laboral*, Aranzadi, Navarra, pág. 249).

⁹³⁰ En este sentido, CARDENAL CARRO, M.: *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical*, op. cit., pág. 57.

⁹³¹ En opinión de algunos autores, tal tenor legal parece dar la razón a quienes descartan, en el ámbito social, la tesis de la automaticidad de la indemnización (MOLINA NAVARRETE, C.: *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social. Nuevas reglas*, op cit., pág. 313).

⁹³² LOUSADA AROCHENA, J.F.: *La tutela de los derechos fundamentales y las*

los pronunciamientos judiciales precedentes -citados supra que sostenían que, cuando se lesionaba un derecho fundamental, se producía un daño indemnizable con independencia de las repercusiones de la lesión. Ello no obstante, ha de ser matizado en la medida en que, lo que la ley incorpora es una flexibilidad o relajación en la prueba de unos daños que, en esencia, son de difícil o costosa estimación en detalle, pero se sigue exigiendo cierta diligencia procesal por parte del actor, esto es, la aportación de unos parámetros mínimos o una mínima concreción de su alcance que sirva de algún modo para exteriorizar el daño inaprensible, esto es, la realidad que le sirve de soporte⁹³³.

La indemnización, en cualquier caso, habrá de ser suficiente (no escasa o meramente simbólica)⁹³⁴, idónea (atendiendo a la relevancia del comportamiento antijurídico del empresario), íntegra (lo que incluye la eliminación de cualquier beneficio obtenido por el transgresor) y preventiva (el transgresor ha de quedar en una situación peor que la anterior al momento de lesionar el derecho, pues de lo contrario nada induce a no volver a cometer actos similares)⁹³⁵. Por tanto, la indemnización por daño moral habrá de permitir la reposición al sujeto en su derecho (en los supuestos en que ello sea posible), la compensación y, además, habría de responder a esa

libertades, op. cit., pág. 41.

⁹³³ En esta línea, MOLINA NAVARRETE (*Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social*, op. cit., pág. 316), LÓPEZ BALAGUER (*El procedimiento de oficio, el proceso de conflictos colectivos, el proceso de impugnación de convenios colectivos y el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas*, en AA.VV., *La reforma del proceso social. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 410) Y con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS- NAVARRO NIETO (*La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*, op. cit., pág. 256). En la doctrina de suplicación, STSJ Andalucía 12 de febrero de 2008 [AS 1954].

⁹³⁴ La indemnización por daños morales extrapatrimoniales ha de ser suficiente en el sentido de respetuosa con la dignidad de la persona y que atienda a la integridad del daño por lo que sería inconstitucional una norma que limitara la indemnización a cuantías meramente simbólicas o manifiestamente insuficientes [STC 186/2001].

⁹³⁵ En este sentido, ALFONSO MELLADO, C., "*La responsabilidad civil por daños en las relaciones colectivas de trabajo*", XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Girona, 2013, pág. 62.

finalidad preventiva *ad futurum* querida y anunciada en la propia ley procesal y otras normas sustantivas. En ocasiones, esta función disuasoria podría integrarse o coadyuvar a la función compensadora (eventuales lesiones dirigidas al mismo trabajador) pero, en otras ocasiones, la desbordará, pues también podría desplegar sus efectos frente a eventuales vulneraciones futuras dirigidas a otros trabajadores o de otros empresarios. Ciertamente, tal dimensión preventiva-disuasoria, aún cuando empieza a aparecer como argumento en la doctrina judicial laboral, no es objeto -todavía- de alegación frecuente⁹³⁶ y sí aparece desde hace algún tiempo en la jurisprudencia civil -quizás como reflejo de la discusión doctrinal en la materia- situación que, con probabilidad, cambiará en un futuro y más aun ante las exigencias comunitarias en la materia. Esta idea de protección efectiva y eficaz frente a vulneraciones de derechos fundamentales se recoge de forma expresa en las Directivas comunitarias antidiscriminatorias en el ámbito del empleo y la ocupación que establecen en el apartado sanciones, la obligación de los Estados miembros de establecer un régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de las mismas que podrán incluir indemnizaciones a la víctima y que, en todo caso, habrán de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 15 de la Directiva 2000/43/CE y art. 17 de la Directiva 2000/78). En esta misma línea, el art. 18 de la Directiva 2006/54/CE declara expresamente que los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación real y efectiva al perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido⁹³⁷.

⁹³⁶ En materia de no discriminación por razón de sexo, STSJ Canarias 22 de diciembre de 2008 [AS 310, acceso al empleo] y STSJ Castilla-La Mancha 5 de febrero de 2008 [AS 2255 despido nulo por embarazo] que fijan una indemnización de 6000 €, la primera y de 20000 €, la segunda. STSJ Canarias 16 de septiembre de 2009 [AS 34]) y STSJ Asturias de 16 de noviembre de 2012 [AS 2013/49, refiriendo STC 247/2006], alegando ambos vulneración de la garantía de indemnidad.

⁹³⁷ La doctrina apunta que, en los casos en los que la indemnización no concorra con la sanción (que sólo se aplicará en su caso), la indemnización

Las Directivas se alinean con los argumentos recogidos en la STJCE de 2 de agosto de 2003 Asunto *Marshall*⁹³⁸ en el sentido de no imponer una medida determinada en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación, sino dejar a los Estados miembros la libertad de elegir las diferentes soluciones apropiadas para alcanzar el objetivo perseguido por ellas siempre que impliquen una protección efectiva y eficaz y surtan un efecto disuasorio real frente al empresario. Además, dicha indemnización o reparación -conforme a doctrina judicial anterior del TJCE- no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante de empleo como resultado de la discriminación en el sentido de la Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo⁹³⁹. En todo caso, insiste el Tribunal comunitario en que, para asegurar la eficacia y el efecto disuasivo, la indemnización habrá de ser adecuada a los perjuicios sufridos e ir más allá de una indemnización puramente simbólica, como, por ejemplo, el reembolso exclusivo de los gastos ocasionados por la solicitud de empleo.

habría de ser disuasoria, o, en caso contrario, se estará incumpliendo con las exigencias de la Directiva (AA.VV.), *Ley de Igualdad y contrato de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2007, pág. 204.

⁹³⁸ TJCE 1993/129.

⁹³⁹ Tal declaración normativa trae su causa de la STJCE 22 de abril de 1997 Asunto *Draehmphael* C-180/95 (también, SSTJCE 14 y 79/1983, de 10 de abril de 1984, Asuntos *Colson-Kaman* y *Harz* y 82/1997, 22 de abril de 1997, Asunto *Nils v Ucrania*) en la que distinguió el Tribunal entre aquellos supuestos en los que el candidato preterido en función del sexo hubiera sido contratado, a la vista del currículum presentado, caso en el que se declara que la Directiva se opone a la fijación de un límite previo al montante de la indemnización debida, del supuesto contrario en el que el empleador pueda probar que el candidato discriminado no habría sido contratado independientemente de su sexo a la vista de sus cualificaciones y, en este caso -que sería el referido en la Directiva-, la limitación del montante indemnizatorio sería compatible con la norma comunitaria.

VI.- CONCLUSIONES

El reconocimiento de daños punitivos o *punitive damages* ha sido creado y desarrollado ampliamente en los Estados Unidos y con algunas limitaciones en Inglaterra, mientras que algunos países de Europa continental y de Latinoamérica han acogido la figura en casos muy limitados.

Las condenas por daños punitivos han tenido incidencias en la protección de ciertos derechos que interesan a la colectividad, como es el de la salud, el medio ambiente o la protección de los consumidores, por lo cual resulta atractiva para impedir grandes daños que, por negligencia o dolo de grandes empresas o del mismo Estado, se causan a la comunidad.

En España el sistema jurídico, tanto en materia constitucional como en civil y penal, resulta incompatible con la institución de los daños punitivos, en la medida en que la legislación en materia de responsabilidad parte de un principio indemnizatorio, que rechaza la posibilidad de que el juez civil llegue a penalizar al autor del daño y sobrepase los límites de los perjuicios materiales y morales efectivamente ocasionados.

CAPÍTULO NOVENO: JURISDICCIÓN COMPETENTE Y ACCIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Sumario:

I.- INTRODUCCIÓN

II.- JURISDICCION COMPETENTE

1.- Jurisdicción penal

2.- Jurisdicción civil

3.- Jurisdicción social

III.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTERIOR A LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

IV.- LA DOCTRINA DE LA SALA DE CONFLICTOS

V.- EL ART. 2 B) DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

VI.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

VII.- ALGUNAS ESPECIALIDADES PROCESALES.

1.- En relación a la acumulación

2.- Medidas Cautelares

3.-Informe de la Inspección de Trabajo

4.- La carga de la prueba

5.- Sistema específico de valoración de los daños en accidentes laborales.

VIII.- LA ACCION DE REPETICIÓN:

1.- La acción de repetición de la empresa principal, contratista y subcontratista.

2.- La acción de repetición de las compañías aseguradores contra el tercero culpable.

3.- La acción de repetición por parte de las mutuas de AT y EP.

4.- La acción de repetición con respecto a los servicios de prevención

IX.- LA PRESCRIPCIÓN.

I.- INTRODUCCIÓN

La determinación del orden jurisdiccional competente para resolver las reclamaciones de daños y perjuicios por accidente de

trabajo ha estado sometida durante mucho tiempo a grandes discrepancias en el seno del Tribunal Supremo. Desde las últimas décadas han existido divergencias fundamentales sobre este asunto, que han enfrentado a la Sala de lo Social con la de lo Civil del Tribunal Supremo, pero también a la Sala de lo Civil con la de Conflictos de Competencia, la cual tiene la finalidad de solucionar las discrepancias sobre el reparto de materias. Ni siquiera dentro de la misma Sala de lo Civil se han mantenido criterios unánimes, y lo mismo ha ocurrido en la de lo Social, lo que explica las oscilaciones argumentativas que complicaban hasta el extremo el estudio jurisprudencial⁹⁴⁰.

A principios de 2008 se produce un avance trascendental mediante la conocida Sentencia de 15 de enero de ese año⁹⁴¹, porque en ella la Sala de lo Civil admite al fin sin rodeos lo que ha estado proclamando la Sala Cuarta: corresponden a la Jurisdicción social las reclamaciones indemnizatorias interpuestas frente al empresario por accidente laboral; y ello tanto si el actor apoya su demanda en la responsabilidad contractual laboral como si se basa en la de carácter extracontractual. A través de esta resolución se descarta definitivamente la línea argumental que hasta entonces había sostenido la Sala Primera, que declaraba la competencia civil cuando la pretensión venía apoyada en normas meramente civiles, alegando que en tales casos el daño se ha producido “fuera de la órbita de lo rigurosamente pactado en el contrato de trabajo”.

A partir de esta Sentencia la Sala de lo Civil mantiene que las obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores forman parte siempre del contenido del contrato de trabajo. Las demandas de resarcimiento por accidente laboral en las se invoca culpa o negligencia del empresario constituyen litigios producidos “como

⁹⁴⁰ LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Competencia jurisdiccional en las reclamaciones de daños y perjuicios frente a terceros por accidente de trabajo, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo Seguridad Social*, Girona, 2013, pág. 1.

⁹⁴¹ RJ 2008, 1394.

consecuencia del contrato de trabajo”, en los términos del art. 2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral –precepto vigente al tiempo de la Sentencia y hoy reproducido en el art. 2 a) LRJS–; tal y como ya venía afirmando la Sala Cuarta del Tribunal Supremo⁹⁴².

Es muy frecuente que además de al empleador se soliciten indemnizaciones a otros sujetos. En ocasiones se trata de personas físicas que prestaban servicios técnicos para el mismo empleador en el centro de trabajo en que tuvo lugar el accidente (como arquitectos, aparejadores o ingenieros técnicos), ya lo hicieran mediante arrendamiento de servicios o en régimen laboral (siendo en este caso compañeros de la víctima). También es habitual demandar a la empresa principal que tenía contratada o subcontratada a la empleadora del accidentado; o al propietario de la casa en construcción o del terreno donde se ejecutaba la obra⁹⁴³, o a la comunidad de propietarios del inmueble⁹⁴⁴. O a otra empresa que realizaba actividades en el mismo lugar de trabajo, o a sus operarios (como por ejemplo a quienes conducían un camión de carga y descarga que golpeó a la víctima⁹⁴⁵; o a la empresa que había instalado mal una puerta metálica que cayó sobre ella⁹⁴⁶). Tampoco es raro que se exija la reparación al responsable de prevención de riesgos laborales de la empleadora⁹⁴⁷, o en algún caso incluso a sus administradores⁹⁴⁸.

⁹⁴² En este sentido cabe citar las SSTs (4ª) 24 mayo 1994 [RJ 1994, 4296]; 23 junio 1998 [RJ 1998, 5787] y 1 diciembre 2003 [RJ 2004, 1168].

⁹⁴³ El propietario del terreno no siempre coincide con la empresa principal que subcontrata a la empleadora, ya que el art. 9 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, considera promotor a “cualquier persona, física o jurídica, pública o privada que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros, bajo cualquier título”, condición que por lo tanto tienen no solo los propietarios del terreno donde se edifica, sino quien también realiza alguna de dichas actividades.

⁹⁴⁴ STS (1ª) 10 mayo 2012 [RJ 2012, 6342].

⁹⁴⁵ STS (4ª) 21 septiembre 2011 [RJ 2011, 7613].

⁹⁴⁶ STS (1ª) 17 octubre 2012 [RJ 2012, 9719].

⁹⁴⁷ STS (1ª) 20 diciembre 2011 [RJ 2011, 7329].

⁹⁴⁸ Por ejemplo, en la STS (1ª) 16 octubre 2009 [RJ 2009, 5580] la demanda se

También se reclama a menudo a la compañía con la que tenía concertado un seguro de responsabilidad civil el empresario laboral, o a la aseguradora de otro sujeto responsable.

Resulta evidente que las pretensiones frente a terceros no pueden considerarse litigios surgidos “a consecuencia del contrato de trabajo”, ya que no preexiste vínculo contractual laboral entre demandante y demandado. No cabe aplicar a estos supuestos el art. 2 a) LRJS para designar competente al orden social, a diferencia de las reclamaciones frente al empresario, por no existir contrato de trabajo entre ellos y la víctima del evento dañoso⁹⁴⁹.

Por otro lado, lo frecuente es que los terceros sean demandados conjuntamente con el empresario en un mismo procedimiento, requiriéndose la responsabilidad solidariamente a todos ellos. La citada Sentencia de 15 de enero de 2008 estableció que en tales casos, dada la imposibilidad de dividir la causa entre varias Jurisdicciones habría de conocer el orden civil, con base en su “*vis atractiva*” expresada en el art. 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Con posterioridad, la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social ha venido a alterar el estado de la cuestión⁹⁵⁰. Su novedoso art. 2 b) unifica en el orden social las acciones ejercitadas por trabajadores o sus causahabientes por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o

dirige “contra la empresa empleadora, su administrador único, el arquitecto autor del proyecto y director de obra, el aparejador o arquitecto técnico, las respectivas compañías aseguradoras de la responsabilidad civil de estos dos últimos y el dueño de la casa en construcción”.

⁹⁴⁹ LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Competencia jurisdiccional en las reclamaciones de daños y perjuicios frente a terceros por accidente de trabajo..”, op. cit, pág. 3.

⁹⁵⁰ Vid. ALFONSO MELLADO, C.L.: “La intervención de los diferentes ordenes jurisdiccionales ante el accidente de trabajo”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 13, 2007; ALFONSO MELLADO, C.L.: “Reforma Laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista de Derecho Social*, Nº 57, 2012, págs. 263 y ss.

que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, tanto si se interponen frente al empresario como, en lo que interesa a este estudio, si se dirigen “contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad por los daños”.

II.- ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

1.- JURISDICCIÓN PENAL

La jurisdicción penal no presenta ningún tipo de confusión, al entender que ésta es competente para conocer la acción de responsabilidad civil cuando venga originada por accidentes de trabajo a consecuencia de delito o falta penal⁹⁵¹. Sin embargo, es conveniente despejar las siguientes cuestiones⁹⁵². Por un lado, en un daño doloso o intencionado causado a un trabajador durante el desempeño de su puesto de trabajo, resulta indiscutible que la jurisdicción penal conocerá del delito o falta, salvo reserva de acciones o renuncia de las mismas, la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo. Por otro, si el hecho no es constitutivo de infracción penal, habrá que estar al régimen jurídico del causante del daño y al hecho de que la actividad dentro de la cual se haya producido aquel esté sometida, o no, a normas de Derecho Público. Por consiguiente, si el causante del daño es un particular será competente la jurisdicción civil o, en su caso, la social. En cambio si el causante del daño es un funcionario público y el daño es consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la

⁹⁵¹ ARTS. 316 y 317 del CP, o en su caso, arts. 142 y 152 para el homicidio o lesiones cometidos con imprudencia grave.

⁹⁵² KAHALE CARRILLO, D.T.: “La Jurisdicción competente para conocer la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: El fin de las controversias”, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013, pág. 11 y ss.

Administración Pública será competente la jurisdicción contencioso-administrativa.

Una de las dudas que se plantean, en la práctica, es determinar si la jurisdicción penal es la competente para conocer la responsabilidad del empresario cuando la lesión producida al trabajador provenga a consecuencia de un delito o falta. En este sentido, existe una discriminación, desigualdad o trato diferenciado con respecto al empresario dependiendo de la jurisdicción que dirima. En la jurisdicción penal el artículo 120.4 del CP señala una responsabilidad subsidiaria, al establecer que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, las personas naturales o jurídicas por los delitos o faltas cometidos por sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios. A tal efecto, será una responsabilidad basada no en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, sino en una responsabilidad de carácter objetivo, *por riesgo*, en el que el empresario no puede usualmente defenderse para probar su diligencia o cuidado; dado que el empresario obtiene el beneficio del trabajo efectuado por el trabajador. Por tanto, es evidente que soporta todas las cargas ocasionadas directa o indirectamente por el mismo, durante el desempeño de su trabajo.

2.- JURISDICCIÓN CIVIL

La jurisdicción civil se ampara en una responsabilidad extracontractual⁹⁵³, de ahí la desigualdad que se hace referencia, en el apartado anterior, preceptuada en el artículo 1.903 del CC, al establecer que los dueños o directores de un establecimiento o empresa son responsables respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran

⁹⁵³ RIVAS VALLEJO, P.: "Responsabilidad penal, civil y en materia de seguridad social", en (AA.VV) *Manual de prevención de riesgos laborales (seguridad. Higiene y salud en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 358.

empleados⁹⁵⁴, o con ocasión de sus funciones. Como puede observarse se trata de una responsabilidad extracontractual, en la cual impera la solidaridad y no la subsidiariedad; en este caso no se está ante un criterio de responsabilidad objetiva pura⁹⁵⁵, en vista que siempre sería de aplicación la culpa exclusiva de la víctima o concurrencia de culpas que en todo caso aminorarían el quantum indemnizatorio en función de la culpa y en proporción a la misma. Hay que recordar que la jurisprudencia tiende a objetivar la culpa, pero existen sentencias que entienden que es posible que se produzca una yuxtaposición de culpas, y que se den ambas responsabilidades contractual y extracontractual, e incluso que la víctima opte por una u otra o por las dos a la vez.

La Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo es del criterio que tiene la competencia en los accidentes de trabajo por el carácter residual y extensivo de la responsabilidad extracontractual, dado que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁹⁵⁶, dispone que “los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional”. Por tanto, esta jurisdicción es la competente para conocer las acciones en se ejerciten la responsabilidad aquiliana, independientemente de que el daño se haya producido durante el tiempo de la prestación laboral, siempre que los hechos no se originen dentro de lo pactado en el contrato de trabajo⁹⁵⁷.

En este sentido, el sistema de resarcimiento de daños se aplica

⁹⁵⁴ BELUCHE, I.: “Consideraciones sobre la responsabilidad empresarial del art.1903 del CC, en AA.VV., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, (XV Jornadas de la Asociación de profesores de derecho civil, Coruña, abril, 2011) Editum, Murcia, 2011, pág. 357

⁹⁵⁵ Cf. BELUCHE, I.: “Consideraciones sobre la responsabilidad empresarial del art.1903 del CC, en AA.VV., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, (XV Jornadas de la Asociación de profesores de derecho civil, Coruña, abril, 2011) Editum, Murcia, 2011, pág. 357

⁹⁵⁶ BOE núm. 157 de 2 de julio de 1985.

⁹⁵⁷ SSTs de 21 de marzo de 1997, 13 de julio de 1999, 4 de marzo de 2002 y 18 de abril de 2006.

una responsabilidad cuasi objetiva que se exterioriza, generalmente en una inversión de la carga de la prueba⁹⁵⁸. En el sentido que le corresponde al empresario acreditar que ha puesto toda la diligencia exigible para evitar el siniestro, que, a su vez, va más allá de las obligaciones determinadas en la legislación laboral; por tanto, “todo aquel que emplee una actividad o explotación que genere riesgo debe responder de los daños que ella ocasione”⁹⁵⁹.

3.- JURISDICCIÓN SOCIAL

La Sala Cuarta (Social) del Tribunal Supremo ha manifestado, como criterio general, que la competencia le corresponde a la jurisdicción social por la obligación de seguridad del empresario que se exterioriza en el contrato de trabajo, que incluye, a su vez, las cláusulas pactadas entre trabajador y empresario, así como lo señalado en los convenios colectivos, en el resto de normativas del ordenamiento laboral español y comunitario. Por consiguiente, la reclamación de indemnización por incumplimiento de las obligaciones de seguridad del empresario, se basan en la responsabilidad proveniente de las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo⁹⁶⁰.

A tal efecto, para que prospere la indemnización por los daños causados provenientes de la responsabilidad contractual se requiere la concurrencia de los siguientes *requisitos*⁹⁶¹:

- a) Un accidente de trabajo.
- b) El siniestro debe ocurrir mientras se presta el servicio pactado en el contrato de trabajo.

⁹⁵⁸ Cfr. RIVAS VALLEJO, P.: “Responsabilidad penal, civil..”, op. cit, pág. 360.

⁹⁵⁹ STS de 11 de julio de 2002.

⁹⁶⁰ SSTs de 2 de febrero, 23 de junio y 10 de diciembre de 1998

⁹⁶¹ STS de 30 de septiembre de 1997

c) El empresario debe haber incurrido en la producción del accidente por no cumplir con las obligaciones que el ordenamiento laboral le impone.

d) Que el accidente se produzca por una infracción culposa o dolosa.

Comprobado las anteriores exigencias, el órgano judicial ordenará al sujeto activo resarcir el daño total producido a través del pago de una indemnización única y la determinación de una sola responsabilidad empresarial, sin perjuicio de las diferentes reclamaciones que se puedan plantear⁹⁶². Por tanto, la indemnización debe ser adecuadamente proporcional y suficiente para compensar o reparar de manera plena los daños y perjuicios causados, sin excederse; dado que traería como consecuencia un enriquecimiento injusto del sujeto pasivo⁹⁶³.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTERIOR A LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Por lo que se refiere a la Sala Primera del Tribunal Supremo, desde 1998 hasta *la Sentencia de 15 de enero de 2008* la mayoría⁹⁶⁴ de sus resoluciones establecían la competencia de la Jurisdicción civil cuando la reclamación resarcitoria por accidente de trabajo se fundamentaba en la responsabilidad extracontractual, criterio que se aplicaba tanto a las demandas frente al empresario como a aquéllas en que había otros codemandados⁹⁶⁵.

⁹⁶² STS de 2 de octubre de 2000

⁹⁶³ STS de 1 de junio de 2005.

⁹⁶⁴ Aunque no todas; vid. en contra SSTs (1ª) 24 diciembre 1997 [R] 1997, 8905], 20 marzo 1998 [R] 1998, 1708] y 4 mayo 2006 [R] 2006, 4060].

⁹⁶⁵ Entre otras muchas: SSTs (1ª) 18 noviembre 2005 [R] 2005, 7640], 31 marzo, 3 y 18 abril 2006 [R] 2006, 5306, 1916 y 2200].

Pese al nexo contractual laboral presente entre empresario y trabajador, entendían estas resoluciones que la responsabilidad civil derivada de siniestros laborales podía encuadrarse en la de carácter extracontractual, por tratarse de hechos acaecidos fuera de la órbita del contrato de trabajo, siempre que no se denunciase el incumplimiento de normas laborales.

A contrario, se declaraba incompetente el orden civil cuando se accionaba frente al empresario con base en la responsabilidad de tipo contractual⁹⁶⁶. La Ley predetermina el contenido obligacional del contrato de trabajo, y la obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, cuando lo establece el art. 14 de la LPRL: se trata de una obligación general de diligencia incorporada por Ley al contrato de trabajo”, en consecuencia “las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo debe ser competencia de la jurisdicción social”. La sentencia parece optar por el criterio de la preferencia de la responsabilidad contractual y el carácter residual de la jurisdicción civil para entender de estos asuntos⁹⁶⁷. Pero la oposición de la Sala de lo Civil del TS era manifiesta, con posterioridad a tales pronunciamientos, se sigue amparando en la culpa extracontractual para entender de supuestos propiamente laborales. Así la STS de 3 de julio de 2008, por accidente de trabajo derivado de falta de adopción de medidas adecuadas en supuesto de trabajador cedido por una ETT. Pero la sentencia de 15 de enero de 2008, consideraba que cuando se demande, junto con el empresario a otros sujetos como posibles agentes del daño, con los que el

⁹⁶⁶ Así, SSTS (1ª) 24 diciembre 1997 [R] 1997, 8905] y 7 abril 2006 [R] 2006, 2137]. Este criterio era resultado a su vez de una evolución jurisprudencial, porque con anterioridad la Sala de lo Civil se consideraba competente incluso en las demandas que se apoyaban en la responsabilidad contractual: así, SSTS (1ª) 5 enero 1982 [R] 1982, 182], 9 marzo de 1983 [R] 1983, 1463] y 5 julio [R] 1983, 4072], 21 octubre 1988 [R] 1988, 8265] y 8 noviembre 1990 [R] 1990, 8534].

⁹⁶⁷ MONEREO PERÉZ, J.L. en AA.VV. : *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-sistemático de la Ley 36/11, de 10 de octubre*, op. cit, pág. 26. En esta dirección cabe citar las Sentencias del ST, Sala 1ª de 19 de febrero 2008 y 16 de abril de 2008.

trabajador no se encontraba vinculado contractualmente, el orden competente para conocer de todas las responsabilidades, incluida la del empresario, será la civil (vis atractiva o competencia residual de la jurisdicción civil). Teniendo en cuenta el importante grado de externalización de las actividades productivas (incluso las preventivas) la sentencia lo que permite es un amplio margen de jurisdicciones, para ir a la vía civil simplemente debe codemandarse – junto con el empresario- a un tercero ajeno a la relación contractual laboral⁹⁶⁸

Como ya hemos dicho anteriormente, a principios de 2008 tiene lugar un giro jurisprudencial que supone un gran avance hacia la superación de las discrepancias entre las Salas de lo Civil y de lo Social, en cuanto la primera admite la adscripción al orden social de las demandas de indemnización civil por siniestro laboral, interpuestas frente al empleador. Razona este pronunciamiento que si existe culpa del empresario en la producción del accidente, ésta siempre será de naturaleza contractual laboral, ya que la obligación de seguridad se inserta en los deberes propios del contrato de trabajo porque así se desprende del Estatuto de los Trabajadores –arts. 5 d) y 19– y de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales –arts. 14 y 42–. Consecuentemente, aunque el demandante apoye su pretensión – erróneamente– en la responsabilidad extracontractual regulada en el art. 1902 del Código Civil, la pretensión debe reconducirse hacia la responsabilidad contractual e incluirse en la esfera de actuación del orden social⁹⁶⁹.

Sin embargo conviene poner de relieve que después del 15 de enero de 2008, la Sala de lo Civil no ha aplicado esta nueva doctrina a aquellos procesos, iniciado años atrás, en los que no se había alegado

⁹⁶⁸ MONEREO PERÉZ, J.L. en AA.VV., *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-sistemático de la Ley 36/11, de 10 de octubre*, op. cit, pág. 26 .

⁹⁶⁹ Continuando la línea marcada por esta sentencia el orden civil se declara incompetente, entre otras, en las SSTS (1ª) de 19 febrero de 2008 [R] 2008, 5497]; de 4 junio de 2008 [R] 2008, 4237]; de 17 noviembre de 2008 [R] 2008,6930]; de 15 diciembre de 2008 [R] 2009, 673]; 30 junio 2009 [R] 2009, 4767] y de 27 febrero 2012 [R] 2012, 4052].

en ninguna instancia la posible incompetencia del orden civil (ni por las partes ni de oficio). En tales casos ha resuelto la cuestión de fondo⁹⁷⁰, en lugar de declararse incompetente de oficio y reenviar a las partes a un Juzgado de trabajo⁹⁷¹. La razón invocada es que supondría indefensión para las partes que, debido a un giro jurisprudencial en la interpretación de la normativa competencial, surgido con posterioridad a la interposición de la demanda, ésta acabase inadmitiéndose a trámite en la misma Jurisdicción en que fue planteada e inicialmente admitida; indefensión que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE.

Centrando ya el objeto de análisis en las reclamaciones a terceros, y según se puso de manifiesto en la introducción, la Sentencia de 15 de enero de 2008 afirma que pertenecen al ámbito de actuación de los órganos civiles las solicitudes de indemnización por accidente de trabajo frente a personas distintas del empresario. Es evidente que no es posible hablar de responsabilidad contractual laboral entre quienes no estaban ligados por un contrato de trabajo, lo que descarta la aplicación del art. 2 a) LPL; y no existe ningún otro precepto competencial que asigne al orden de trabajo tales pretensiones.

Por otra parte, al plantearse la acción conjuntamente frente a varios codemandados y exigirse la responsabilidad solidaria de todos ellos, es claro que la causa es indivisible⁹⁷². Aunque la Sentencia reseñada se limita a dar por sentada dicha inseparabilidad, cabe detenerse brevemente en las razones que la sustentan:

⁹⁷⁰ En este sentido, SSTS (1ª) 11 y 22 septiembre 2009 [R] 2009, 4586 y 4594], 28 febrero, 25 marzo y 31 mayo 2011 [R] 2011, 454, 3017 y 4006] de 20 y 25 octubre y de 7 diciembre 2011 [R] 2012, 424, 432 y 3522] y de 7 febrero 2012 [R] 2012, 2034].

⁹⁷¹ Como prescribe el art. 9.6 LOPJ: “La Jurisdicción es improrrogable. Los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia del Ministerio Fiscal”.

⁹⁷² LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Competencia jurisdiccional en las reclamaciones de daños y perjuicios frente a terceros por...”, op. cit, Girona, 2013, pág. 4.

En primer lugar se deduce del art. 12.2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, cuando alude a los procesos en que la tutela jurisdiccional solicitada “solo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados”, para fijar la obligación de demandar a todos ellos como litisconsortes⁹⁷³

- También se infiere del art. 25.3 LRJS –o al tiempo de la sentencia el art. 27.3 LPL–, que prevé la acumulación de las acciones contra varios demandados que tengan un nexo “por razón del título o causa de pedir”, añadiendo: “Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”, lo que evidentemente ocurre en las pretensiones indemnizatorias derivadas de un mismo accidente laboral.

- Pero sobre todo es la propia naturaleza de la responsabilidad solidaria la que hace impensable disgregar la petición en distintos procedimientos, teniendo en cuenta que “el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente”, o que “el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación” (arts. 1144 y 1145 del Código Civil).

Al margen de estas normas, cabe señalar que la opción consistente en adscribir al orden social la reclamación contra la empresa y al civil la interpuesta frente a terceros, no solo obligaría a una duplicidad procedimental contraria a un elemental principio de economía procesal, sino que podría ocasionar dificultades insalvables: señaladamente duplicidades indemnizatorias o lo contrario, es decir falta de reparación del daño, o en general contradicciones entre las sentencias de los dos órdenes⁹⁷⁴.

Partiendo de esta indivisibilidad de la causa, la resolución de 15 de enero de 2008 declara la competencia de la Jurisdicción civil sobre

⁹⁷³ Así lo pone de relieve, por otra parte, la STS (4ª) 21 septiembre 2011 [RJ 2011, 7613].

⁹⁷⁴ Como indica el Voto Particular contenido en la STSJ (Social) de Aragón de 4 octubre 2010 [JUR 2010, 367629].

el pleito aludiendo a su “*vis atractiva*”. Dado que al tiempo de esta Sentencia ningún precepto competencial se refiere expresamente a estos pleitos que pueden denominarse “*mixtos*” (porque son calificables como laborales respecto de alguno de los codemandados y como civiles respecto de otros), el art. 9.2 LOPJ se ofrece como último recurso para solucionar el problema, cuando establece que “los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional”.

Esto significa que el giro jurisprudencial a favor del orden social protagonizado en 2008 no afectó en absoluto a los pleitos en que se demanda, además de al empleador, a otras personas físicas o jurídicas con quienes la víctima no tenía un vínculo contractual laboral⁹⁷⁵.

Con posterioridad la Sala de lo Civil ha seguido resolviendo demandas de resarcimiento interpuestas conjuntamente frente al empresario y frente a otros sujetos implicados⁹⁷⁶.

Por su parte la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, con criterio opuesto a la Civil, viene declarando la pertenencia al orden social de las pretensiones de reparación en que se reclama conjuntamente al empresario y a terceros.

La Sala Cuarta afirma que en tales casos “la responsabilidad se

⁹⁷⁵ LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Competencia jurisdiccional en las reclamaciones de daños y perjuicios frente a terceros por...”, op. cit, Girona, 2013, pág. 5.

⁹⁷⁶ Así, SSTs (1ª) de 19 y 20 de mayo y 24 de julio de 2008 [R] 2008, 5772, 4607 y 6905], de 23 de abril, 30 septiembre, 16 de octubre de 2009 [R] 2009, 3164, 4599 y 5580], 15 diciembre 2010 [R] 2011, 143], 16 febrero 2011 [R] 2011, 2356], 28 febrero 2011 [R] 2011, 454], 20 septiembre 2011 [R] 2011, 6426], 21 septiembre 2011 [R] 2011, 7613], 25 octubre 2011 [R] 2012, 432].

En otro orden de cosas, la primera de las resoluciones citadas aclara, específicamente en cuanto a las reclamaciones frente a la empresa principal por parte de un empleado de la contratista, que «la ausencia de un vínculo de dependencia entre el contratista y el que se denomina “contratista independiente” no elimina cualquier forma de responsabilidad, porque la fuente de esta obligación no se encuentra en el art. 1903 sino en la propia negligencia, es decir, en el art. 1902 CC: incumplimiento de las medidas de seguridad”.

inserta en el campo propio del derecho laboral, aunque no exista vinculación contractual alguna entre el responsable y el trabajador, de forma que esta especial responsabilidad extracontractual queda englobada en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales en el trabajo y de la seguridad en el mismo⁹⁷⁷. O, en el mismo sentido, que el alcance de la obligación empresarial de seguridad “se extiende a toda la esfera de influencia del contrato de trabajo... con independencia de que en la producción del accidente haya habido, como es frecuente que ocurra, intervención negligente de tercero⁹⁷⁸”.

Además, en aquellas ocasiones en que los terceros codemandados son compañeros de trabajo de la víctima, aclara que el art. 2 a) LPL “no excluye en absoluto del campo de acción del orden jurisdiccional social a las acciones que unos trabajadores puedan dirigir contra otros con base y a causa de sus respectivos contratos de trabajo”, en la misma línea en que se ha pronunciado el Tribunal Supremo, por ejemplo, en materia de acoso sexual entre compañeros de trabajo⁹⁷⁹.

También conoce la Sala de lo Social desde tiempo atrás, sin cuestionar su propia competencia, en demandas conjuntas frente a la empresa y la compañía con la que aquella tenía contratado el seguro de responsabilidad civil⁹⁸⁰.

En la jurisprudencia son muy escasas, sin embargo, las peticiones indemnizatorias interpuestas solamente contra terceros por su responsabilidad en el accidente, es decir aquéllas en las que no se demanda también al empresario. En estos casos la competencia civil

⁹⁷⁷ STS (4ª) 22 junio de 2005 [RJ 2005, 6765].

⁹⁷⁸ STS (4ª) 21 septiembre 2011 [RJ 2011, 7613].

⁹⁷⁹ STS (4ª) 30 enero 2008 [RJ 2008, 2777].

⁹⁸⁰ Así por ejemplo SSTS (4ª) 17 julio y 3 octubre 2007 [RJ 2007, 8300 y RJ 2008, 607], 21 enero 2008 [RJ 2008, 2071] y 24 noviembre 2009 [RJ 2010, 249].

no se discute⁹⁸¹

III.- DOCTRINA DE LA SALA DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA

La Sala de conflictos esta configurada en el art. 42 LOPJ, para resolver los que puedan surgir en materia de competencia entre juzgados o tribunales de distinto orden jurisdiccional, y formada por el Presidente del TS y por dos magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, designados anualmente por la Sala de Gobierno.

A pesar de que son conocidos los enormes problemas que provoca la ausencia de una regla que otorgue obligatoriedad a sus pronunciamientos, mas allá del caso concreto a que se refieran, la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre este asunto.

Durante los años noventa su criterio ha sido favorable a la competencia de la jurisdicción social y las razones pueden entresacarse, por ejemplo, de los Autos de 23 de diciembre de 1993, de 4 de abril de 1994 y de 10 de junio de 1996.

En ellos se argumenta que la mera existencias de un accidente laboral podría implicara la existencia de un conflicto individual derivado de las relaciones propias del contrato de trabajo y que las normas sobre seguridad e higiene configuran auténticos *derechos laborales* para el trabajador. Por ello, no obstante la *vis atractiva* que caracteriza al orden jurisdiccional civil y las concomitancias que ofrece con los supuestos de culpa extracontractual prevenidos en los

⁹⁸¹ La STS (1ª) 26 febrero 2010 [R] 2010, 1411] constituye un ejemplo de acción directa frente a la aseguradora del empresario. Por su parte, el supuesto de hecho de la STS (1ª) 21 mayo 2008 [R] 2008, 3160] es muy particular: el trabajador víctima de un accidente laboral demanda a la aseguradora con la que él mismo había concertado un seguro de accidentes.

art. 1902 y 1903 del CC. el órgano jurisdiccional competente para conocer en estos casos es el del orden social⁹⁸².

Además, se subraya en ellos que el daño causado en un accidente de trabajo, cuando concurre omisión por parte del empresario de las medidas de seguridad legalmente establecidas, se deriva de un incumplimiento de las obligaciones que constituyen contenido esencial del contrato de trabajo, pues los deberes y derechos que lo constituyen no sólo nacen del concierto de voluntades producido entre las partes sino también de las normas. En concreto, las prescripciones de las normas sobre seguridad e higiene forman parte esencial del contenido del contrato de trabajo y su observancia viene impuesta por los preceptos antes mencionados, en relación con lo dispuesto en el art. 1090 del CC, sobre las obligaciones derivadas de la ley, al mismo tiempo que por su incorporación al contrato de trabajo, de tal manera que su incumplimiento se encuadra en el art. 1101 ss. del CC., lo que impone entender que esta reclamación esta comprendida dentro de la rama social del Derecho.

IV.- EL ART. 2 B) DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

La doctrina de la Sala de lo Social del TS ha sido asumida por la LRJS en su art. 2 b), que va aún más lejos cuando asigna a los Juzgados y Tribunales laborales las acciones contra el empresario o contra aquéllos a quienes se atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en

⁹⁸² CAVAS MARTINEZ, F. / FERNANDEZ ORRICO, F.J.: *La cobertura de las contingencias profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social*, Cuadernos de Aranzadi Social, Navarra, 2006, pag.156 y ss.

accidentes de trabajo o enfermedades profesionales⁹⁸³, incluida la acción directa contra la aseguradora⁹⁸⁴.

Este *novedoso* apartado b) unifica en la Jurisdicción social las distintas cuestiones litigiosas que pueden surgir a raíz de un accidente laboral, de una enfermedad profesional o, más genéricamente, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios, incluyendo explícitamente las pretensiones frente a sujetos distintos del empleador.

A) En primer lugar, el texto reproducido se refiere a las demandas interpuestas por “*los trabajadores y sus causahabientes*”. Se amplía la competencia del orden social al permitir que puedan ser demandado por el trabajador otros sujetos que no ostenten la cualidad de empleadores. Los requisitos que se exigen es que se haya producido un daño al trabajador, que el daño haya sido causado por el empresario o por un sujeto al que se le atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad y que el daño se haya producido en el ámbito de la prestación de servicios⁹⁸⁵.

Son trabajadores quienes cumplen las notas del art. 1.1. ET, lo que excluiría en principio a quienes prestan servicios en régimen autónomo⁹⁸⁶, o como funcionarios⁹⁸⁷.

⁹⁸³ En el precepto aparecen diferenciadas dos acciones, una mas genérica referente a los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios y la otra, ya mas concreta, que se refiere a los daños que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, (AA.VV), Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 49 y ss.

⁹⁸⁴ MONEREO PERÉZ, J.L. en AA.VV.: *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-sistemático de la Ley 36/11, de 10 de octubre*, Comares, 2013, pág. 13 y ss.

⁹⁸⁵ SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, en AA.VV., Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 50.

⁹⁸⁶ Así por ejemplo, en la STS (1ª) 5 de abril de 2010 [R] 2010, 4034], la atribución del litigio al orden civil no se discute, dado que se descarta la relación laboral entre la demandada y la víctima, calificándose el vínculo contractual como ejecución de obra.

No obstante, en lo referente a los trabajadores autónomos ha de matizarse la anterior afirmación tomando en consideración el apartado d) del mismo art. 2 LRJS, que encomienda al orden social los asuntos relativos al régimen profesional de los TRADE, “incluidos los litigios que deriven del ejercicio por ellos de las reclamaciones de responsabilidad contempladas en el apartado b) de este artículo”.

Es claro en consecuencia que la Jurisdicción laboral resolverá la reclamación de daños y perjuicios por accidente de trabajo interpuesta por un TRADE contra su cliente principal; pero surgen dudas, sin embargo, en cuanto al alcance de la remisión contenida en este apartado d) cuando se trate de indemnizaciones exigidas a terceros, es decir a personas distintas de aquél.

Una primera interpretación posible es considerar que el reenvío al apartado b) se produce en bloque, de modo que todas las solicitudes de resarcimiento derivadas de accidente de trabajo que presenten los TRADEs se adscriben al orden social, aunque se interpongan frente a sujetos ajenos al contrato entre el TRADE y su cliente.

Pero la lectura completa del apartado d) parece conducir a una conclusión distinta⁹⁸⁷. Porque en él se encomiendan al orden social los litigios “en relación con el régimen profesional” de los TRADEs, “incluidos” los que reclamen la responsabilidad por accidente de trabajo contemplados en el apartado b). Este vocablo “incluidos” da a entender que el reenvío no se produce en abstracto, sino para indicar que entre los distintos conflictos que pueden existir entre un TRADE y su cliente principal se hallan comprendidos los derivados de siniestros

⁹⁸⁷ Cf. MONEREO PERÉZ, J.L. en AA.VV., *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-sistemático de la Ley 36/11, de 10 de octubre*, Comares, 2013, pág. 20 y ss.

⁹⁸⁸ LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Competencia jurisdiccional en las reclamaciones de daños y perjuicios frente a terceros por ...”, op. cit, pág. 6

laborales⁹⁸⁹. A favor de esta segunda opinión cabría añadir que el art. 17 del Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio), que está en el origen del art. 2 d) LRJS, prescribe la pertenencia a lo social de las cuestiones “derivadas del contrato celebrado entre un TRADE y su cliente”⁹⁹⁰.

En segundo lugar, por lo que respecta a los funcionarios debe tenerse presente también el apartado e) del mismo arts. 2 LRJS, que encomienda al orden laboral “la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos profesionales que forma parte de la relación funcionarial, estatutaria o laboral”⁹⁹¹. Se refiere a sus reclamaciones frente a la Administración para la que trabajan, pero no a las que puedan presentar frente a otros sujetos con responsabilidades en el accidente, porque éstas no están basadas normalmente en el incumplimiento de la normativa de prevención (sino en otras normas como la responsabilidad extracontractual, las obligaciones contractuales de una aseguradora, etc.)⁹⁹².

Sin embargo, la invocación del principio de igualdad respecto de los trabajadores por cuenta ajena que contiene el mismo apartado e) supone que los funcionarios públicos podrán reclamar ante el orden

⁹⁸⁹ LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Competencia jurisdiccional en las reclamaciones de daños y perjuicios frente a terceros por ...”, op. cit., pág. 7.

⁹⁹⁰ Al margen de otras como las relativas al reconocimiento de la condición de TRADE o los acuerdos de interés profesional.

⁹⁹¹ Lo que supone una excepción a la atribución al orden contencioso-administrativo de los pleitos sobre responsabilidad patrimonial de la Administración –art. 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa–, que alcanza incluso a los casos en que “en la producción del daño concurren [las Administraciones Públicas] con particulares o cuentan con un seguro de responsabilidad”.

⁹⁹² En todo caso, no es imposible que una reclamación frente a sujetos distintos del empleador esté basada en el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos. Fuera de la relación contractual laboral o funcionarial también resultan exigibles algunas normas de prevención, dado que la LPRL alude al cumplimiento de “las obligaciones específicas que se establecen para fabricantes, importadores y suministradores, y de los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos”.

social la responsabilidad derivada de los daños sufridos en la prestación de servicios contra la Administración pública empleadora o contra un tercero causante del daño⁹⁹³, como ha señalado la doctrina⁹⁹⁴.

No constituyen tampoco relación laboral – y en consecuencia están fuera del Orden jurisdiccional social- los conflictos derivados de prestaciones personales obligatorias; relaciones entre miembros de órganos administradores de sociedades y estas; trabajos amistoso o familiares no retribuidos (trabajos realizados por *affectionis vel benevolentiae causa*)⁹⁹⁵; actividades de mediación por cuenta propia. Fuera del ámbito de la Jurisdicción social están también las relaciones del pequeño transporte, en términos del art. 1.3, g) párr. 2º LET⁹⁹⁶.

B) El art. 2 b) explicita a continuación la asignación a los juzgados y tribunales laborales de las acciones “*contra el empresario o contra aquéllos a quienes se atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad*”.

Así pues no solo se hallan comprendidas las acciones ejercitadas frente al empresario sino también las que tengan como demandados a otros sujetos. Cabe llamar la atención sobre el uso de la conjunción “o”, que viene a expresar que no solo asumirá el orden social los pleitos en que “además” de al empresario se demande a otros sujetos, sino incluso aquéllos en que el empleador no haya sido demandado⁹⁹⁷.

⁹⁹³ En supuestos como por ejemplo el que dio origen a la STS (Contencioso-administrativo) de 29 de marzo de 2011 [RJ 2011, 2689], anterior a la entrada en vigor de la LRJS.

⁹⁹⁴ MOLINS GARCIA-ATANCE, J.: “Las novedades competenciales en la Ley reguladora de la jurisdicción social”, *Aranzadi Social*, Nº 10, 2012, pags. 2 y ss.

⁹⁹⁵ MONEREO PERÉZ, J.L. en AA.VV., *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-sistemático de la Ley 36/11, de 10 de octubre*, Comares, 2013, pág. 22.

⁹⁹⁶ STS de 5 de junio de 1996 [Ar. 4994]

⁹⁹⁷ Así ocurre en el supuesto de hecho de la STS (1ª) 17 octubre 2012 [RJ 2012, 9719], de la que luego se tratará: “En el presente litigio no se juzga la responsabilidad de la empresa empleadora del perjudicado, sino la de la empresa que instaló la puerta” (defectuosamente, por lo cual cayó sobre el

En otro orden de cosas, a efectos de la determinación de la competencia no es relevante cuál sea el fundamento jurídico de la pretensión, que puede ser de cualquier tipo: legal (como por ejemplo el art. 1902 del Código Civil); convencional (así, cuando un convenio colectivo establece una mejora para el supuesto de incapacidad por accidente de trabajo); o contractual (como la acción directa frente a la compañía con quien el empresario tenía contratado un seguro de responsabilidad civil).

El fundamento jurídico de la pretensión puede ser también el art. 109 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), lo que significa que se incluyen las acciones para hacer efectiva la responsabilidad civil derivada del delito, cuando no sea exigida en el mismo procedimiento penal en que se enjuicia el delito que provocó el accidente de trabajo⁹⁹⁸. Y ello, a pesar del tenor literal del art. 109.2: “El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción civil”.

C) En cuanto al origen de la reclamación, ha de provenir de *“los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales”*.

La regla competencial no exige que haya habido necesariamente un siniestro calificado como accidente de trabajo, pues utiliza unos términos más genéricos al aludir a los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios, lo que permite incluir a los TRADEs y a los funcionarios⁹⁹⁹, en virtud de las ya

trabajador).

⁹⁹⁸ Conviene recordar, por otra parte, que la responsabilidad civil derivada del delito también puede ser objeto de aseguramiento, como se desprende del art. 117 del Código Penal, lo que implica que también corresponden al orden social las demandas contra la correspondiente compañía de seguros.

⁹⁹⁹ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Las novedades competenciales en la Ley reguladora de la jurisdicción social”, op. cit, págs. 4 y ss.

comentadas remisiones efectuadas por el art. 2 en sus apartados d) y e).

De otro lado, habida cuenta de la consideración legal como accidentes de trabajo de los que se producen *in itinere* –art. 115.2 a) LGSS–, cabría suponer que corresponden al orden laboral las reclamaciones de resarcimiento derivadas de los accidentes de tráfico que se produzcan en el trayecto de ida o vuelta del trabajo. Y conviene recordar en este punto el carácter improrrogable de la Jurisdicción contenido en el art. 9.6 LOPJ, lo que significa que no sería opcional presentar la demanda ante el orden de trabajo o el civil.

En todo caso, esta interpretación parece compaginarse mal con el art. 9.5 LOPJ, y con el propio art. 1 LRJS, en cuya virtud “Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de *la rama social del Derecho*”¹⁰⁰⁰, porque son conflictos que no guardan ninguna relación con la rama social del Derecho. Una interpretación sistemática del art. 2 b) que tenga en cuenta la prevalencia del reparto básico de materias contenido en la LOPJ conduce, en consecuencia, a desechar la atribución al orden social de las cuestiones litigiosas que no tengan conexión con el Derecho laboral, más allá de la circunstancia de derivar de un accidente ocasionado en el trayecto al trabajo.

D) Asimismo, se afirma expresamente la inclusión de “*la acción directa contra la aseguradora*”, lo que supone asimismo un viraje en la adscripción jurisdiccional de estas reclamaciones, que antes eran resueltas por la Jurisdicción civil¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰⁰ Este concepto *dentro de la rama social del Derecho*, sirve para dilucidar las confusiones que surjan entre los preceptos 2 y 3 de la LRJS. MONEREO PERÉZ, J.L. en AA.VV., *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-sistemático de la Ley 36/11, de 10 de octubre*, op. cit, pág. 17.

¹⁰⁰¹ Así, STS (1ª) 26 febrero 2010 [RJ 2010, 1411].

E) Y finalmente se deja a salvo “la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente”.

Según prescriben los arts. 1144 y siguientes del Código Civil, quien exija la responsabilidad solidaria puede dirigirse indistintamente contra uno o varios de los responsables, o contra todos ellos simultáneamente. El demandado tiene obligación de hacer frente al acreedor de la totalidad de la deuda, en cuyo caso queda extinguida la obligación. Pero al margen de estos efectos de la solidaridad que son de carácter externo, es decir hacia los acreedores, existen también unas consecuencias internas que afectan a la relación de los codeudores solidarios entre sí. Aquél que hizo frente a la deuda conserva la posibilidad de repetición de la cantidad desembolsada, o de parte de ella, pudiendo exigírsela a los demás. Pues bien, es a estos efectos internos de la solidaridad a los que alude la previsión transcrita, para aclarar que la atribución competencial del art. 2 b) no alcanza a las ulteriores demandas que puedan interponerse los codeudores entre ellos para individualizar la cantidad que corresponde aportar a cada uno. Estas acciones de repetición se insertan en la esfera del orden civil, en cuanto su fundamento normativo directo no lo constituye ningún precepto de la rama social del Derecho sino el art. 1145 del Código Civil¹⁰⁰².

V. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Resulta paradigmática de la nueva situación normativa la *Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 30 de octubre de 2012*¹⁰⁰³, que aplica el art. 2 b) LPRJ para proclamar la inclusión en la esfera competencial social de un supuesto en que se demandaba

¹⁰⁰² El orden civil resuelve por ejemplo en las SSTs (1ª) 26 junio 2008 [RJ 2008, 3309] y 7 abril 2009 [RJ 2009, 2808].

¹⁰⁰³ RJ 2013, 1571.

por accidente de trabajo conjuntamente a la empleadora y a otros sujetos implicados (entre ellos la promotora, la aseguradora, el arquitecto y el aparejador de la obra).

Pero por su parte, la Sala de lo Civil continúa emitiendo resoluciones en las que se declara competente para resolver este tipo de pretensiones¹⁰⁰⁴. En realidad estas Sentencias resuelven recursos correspondientes a procesos iniciados antes de la entrada en vigor de la LRJS, y en los que la competencia del orden civil no se ha puesto en discusión. Tal circunstancia haría posible traer a colación los mismos argumentos expuestos por la Sala Primera en aquellos pronunciamientos, anteriormente reseñados¹⁰⁰⁵, en que ha venido negándose a incorporar el nuevo criterio introducido por la Sentencia de 15 de enero de 2008 (es decir la competencia social en las acciones resarcitorias frente al empresario por accidente de trabajo). Como ya se comentó, la Sala alude en ellos a la indefensión que supondría para las partes que, debido a un giro jurisprudencial posterior a la interposición de la demanda, ésta acabase inadmitiéndose a trámite en la misma Jurisdicción en que fue planteada e inicialmente admitida; indefensión que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE. En suma, estos razonamientos son susceptibles de reproducirse también tras las LRJS, entendiéndose que supondría un menoscabo de la tutela judicial efectiva obligar a peregrinar a las partes a una nueva Jurisdicción, una vez que el asunto ha llegado hasta el Tribunal Supremo, debido a un cambio normativo posterior a la interposición de la demanda.

Por otro lado, aparece algún pronunciamiento en que la Sala de

¹⁰⁰⁴ Interpuestas tanto frente al empresario y otros codemandados –SSTS (1ª) 20 diciembre 2011 [RJ 2011, 7329], 10 mayo de 2012 [RJ 2012, 6342] y de 18 octubre de 2012 [RJ 2013, 1251]–, como solo frente a terceros –STS (1ª) 17 octubre 2012 [RJ 2012, 9719]–.

¹⁰⁰⁵ SSTS (1ª) 11 y 22 septiembre 2009 [RJ 2009, 4586 y 4594], 28 febrero, 25 marzo y 31 mayo 2011 [RJ 2011, 454, 3017 y 4006] y de 20 y 25 octubre y 7 diciembre 2011 [RJ 2012, 424, 432 y 3522] y 7 febrero 2012 [RJ 2012, 2034].

lo Contencioso- administrativo del Tribunal Supremo resuelve la reclamación indemnizatoria interpuesta por unos reclusos que sufrieron un accidente prestando servicios laborales en su centro penitenciario¹⁰⁰⁶. En virtud del vigente art. 2 e) LRJS, debería haberse declarado incompetente el orden contencioso-administrativo a favor del social. Podría justificarse el conocimiento de la cuestión, también en este caso, por razones de tutela judicial efectiva, para no obligar a las partes a acudir a otro orden jurisdiccional como consecuencia de una modificación legislativa posterior a la admisión de la demanda. En cualquier caso, en las sentencias del orden civil y contencioso-administrativo que acaban de citarse las respectivas Salas ni siquiera ponen en cuestión la propia competencia, y consiguientemente no explicitan las razones por las que no se han declarado incompetentes de oficio, pese a que ello suponga inaplicar el vigente art. 2 LRJS. Aun así, cabe esperar que el mero transcurso del tiempo solucione el problema. En un futuro próximo, los asuntos admitidos a trámite en el Tribunal Supremo tendrán ya su origen en demandas presentadas después del 11 de noviembre de 2011 (fecha de entrada en vigor de la LRJS), de modo que habrá que descartar definitivamente el argumento de la posible vulneración de la tutela judicial efectiva que supone una tardía declaración de incompetencia¹⁰⁰⁷. Una vez superados tales reparos, solo cabrá aplicar el art. 2 LRJS para que despliegue sus efectos según lo quiso el legislador, unificando en un mismo orden las cuestiones litigiosas derivadas de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y despejando dudas en torno al reparto jurisdiccional. Al fin y al cabo, como afirma su Preámbulo mediante la LRJS la Jurisdicción social “se amplía, racionaliza y clarifica respecto de la normativa anterior”.

¹⁰⁰⁶ STS (3ª) 21 diciembre 2012 [RJ 2013, 1519].

¹⁰⁰⁷ La STS de 30 de octubre de 2012 ,para unificación de doctrina [RJ 2013/1571] Pte: Segoviano Astaburuaga, en esta Sentencia se hace un resumen muy clarificador de las doctrinas dispares de la Sala Civil y de la Social respecto a la competencia jurisdiccional en materia de accidente de trabajo.

VI.- ALGUNAS PECULIARIDADES PROCESALES EN LOS PROCESOS POR ACCIDENTE LABORAL

Se procede a hacer una breve referencia a algunas de las que consideramos mas relevantes para el tema objeto de investigación.

1.- EN MATERIA DE ACUMULACIÓN

La unificación de competencias que se ha producido en el orden social tiene la finalidad de evitar la dispersión de estas reclamaciones para conseguir una tutela uniforme y disminuir o incluso anular el riesgo de sentencias contradictorias. Sin embargo, es evidente que ese riesgo no se combate totalmente con la unificación en un único orden jurisdiccional como el social.

En la jurisdicción social existe una gran pluralidad de órganos de instancia y un sistema de recursos limitado, lo que puede conducir en una materia como ésta, en la que pueden coexistir numerosas sean resueltas en forma relativamente contradictoria y con escasas posibilidades de recurso y, por tanto, de uniformar el criterio de solución.

Para evitar esta situación la LRJS intenta establecer reglas de acumulación y de reparto que conduzcan a que las diversas acciones que puedan derivar de un mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional se acumulen en un único proceso o, al menos, se vean en un mismo órgano judicial.

La primera regla importante se contiene en el artículo 25.4 LRJS en materia de acumulación de acciones, por la que se permite la acumulación de todas las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de un mismo accidente de trabajo incluso sobre

mejoras voluntarias con independencia de contra quienes se dirijan: empresario, terceros, incluso entidades aseguradoras. Lo que ocurre es que esa previsión, que permitiría acumular en una sola demanda todas las cuestiones, tiene una relevante excepción puesto que indica que la posibilidad de acumular decaerá cuando esas acciones hayan debido tramitarse en procedimientos administrativos separados, debiendo entonces tramitarse conforme lo establecido en el art. 30 LRJS.

Por tanto se podrá acumular en un único pleito, todos los procesos que deriven del mismo accidente laboral, incluso aunque no coincidan todas las partes o la posición procesal que asuman, per no procederá la acumulación de procesos cuando deriven de distintos procedimientos administrativos previos, en cuyo caso solo podrán acumularse las que afecten a un único procedimiento , concretamente las impugnaciones de las resoluciones administrativas recaídas en el mismo procedimiento.

En definitiva, las pluralidad de procesos derivados de un mismo accidente no se ha evitado y esta puede ser muy amplia, pues es muy posible que de un accidente de trabajo deriven diferentes acciones, así a) una acción de seguridad social sobre determinación de contingencia, sobre el grado de capacidad y la cuantía de la prestación; b) otra distinta de Seguridad Social sobre existencia y cuantía de recargo de prestaciones establecido en el art. 123 LGSS; c) otra acción de impugnación de actuaciones administrativas, en el supuesto de que la Inspección de Trabajo haya constatado una infracción de normas de prevención de riesgos laborales y se haya adoptado contra el empresario responsable una resolución sancionadora al amparo de la LISOS; y también es posible que se ejercite d) la acción de reclamación por daños derivados de accidente de trabajo¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁸ ALFONSO MELLADO, C.L.: *Prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo en la Ley Reguldora de la Jurisdicción Social*, Bomarzo, 2011, pag. 35 a 39.

Por lo tanto, por la vía de la acumulación de acciones y de procesos no se resuelve el problema de la dispersión, ahora no en diferentes jurisdicciones pero si en la misma jurisdicción social entre diferentes órganos.

2.- MEDIDAS CAUTELARES

El legislador ha sido consciente de que los litigios derivados del accidente de trabajo y enfermedad profesional suelen tener una dimensión económica importante (recargo de prestaciones, indemnización de daños).

No es algo que sea característico a todos los litigios derivados de la prevención de riesgos laborales, pues algunos no tienen esa dimensión económica directa en relación con el solicitante o dañado (adopción de medidas preventivas aunque pueden implicar costes para el empleador), pero sí a aquellos en los que se reclaman cantidades al empleador o sujeto infractor.

En esos casos, especialmente cuando el empleador sea un sujeto privado puede existir un riesgo de insolvencia elevada o, cuando menos, de dificultad para hacer frente a sus responsabilidades. En la mayor parte de los casos existe un riesgo cierto de que el empleador privado acabe no haciéndose cargo de las responsabilidades económicas que sobre él recaigan, riesgo mayor cuanto más se alargue el proceso y en consecuencia la exigencia de hacer frente a dichas responsabilidades.

Para resolver este problema la LRJS se ha preocupado por establecer una amplia posibilidad de medidas cautelares, ampliando las reglas que al respecto establecía la LPL. En primer lugar, se ha de señalar que el art. 79.1 de la LRJS, distingue entre:

- a) las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar la

efectividad de *la tutela judicial* que pudiera acordarse en sentencia. Estas se rigen por lo dispuesto en los arts. 721 a 747 de la LEC, con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y oídas las partes. Podrá anticiparse en forma motivada la efectividad de las medidas cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar.

b) Las medidas cautelares en los procesos sobre *la impugnación de actos de Administraciones Públicas* en materia laboral y de Seguridad Social¹⁰⁰⁹. Estas se rigen, con carácter supletorio, por lo dispuesto en los arts. 129 a 136 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No podemos obviar que los trabajadores y beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social y los sindicatos, en cuanto ostentan la representación colectiva de sus intereses, así como las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, estarán exentos de la prestación de cauciones, garantías e indemnizaciones relacionadas con las medidas cautelares que pudieran acordarse (art. 79.1 de la LRJS). Conforme a lo dispuesto en el art. 79.5 de la LRJS, en las reclamaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y sin perjuicio de las medidas que el propio precepto señala y que ya han sido expuestas, podrán acordarse las medidas que se contienen en el art. 142.1 de la Ley en relación con el aseguramiento empresarial al respecto, así como el embargo preventivo y demás medidas cautelares previstas en este artículo respecto de cualquier clase de responsabilidades empresariales y de terceros derivadas de dichas contingencias.

La LRJS contiene una regulación específica sobre la medida cautelar del *embargo preventivo* para los procesos que versen sobre accidente de trabajo o enfermedad profesional. Así, indica el artículo 142.1 LRJS

¹⁰⁰⁹ Vid. BARRIOS BAUDOR, G.: "Proceso de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no pretacionales", *XXIV Jornades Catalanes de Dret Social*, Barcelona, febrero 2013, pg. 3 y ss.

que si en las demandas por accidente de trabajo o enfermedad profesional no se consignara el nombre de la Entidad gestora o, en su caso, de la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, el secretario judicial, antes del señalamiento del juicio, requerirá al empresario demandado para que en plazo de cuatro días presente el documento acreditativo de la cobertura de riesgo. Si transcurrido este plazo no lo presentara, vistas las circunstancias que concurran y oyendo a la Tesorería General de la Seguridad Social, el juez acordará el embargo de bienes del empresario en cantidad suficiente para asegurar el resultado del juicio y cuantas medidas cautelares se consideren necesarias.

La especialidad que presenta el embargo preventivo en este tipo de procesos es que con él no se protege directamente al trabajador demandante de un posible impago por parte del empresario, sino a la entidad gestora o colaboradora que, en cumplimiento del principio de automaticidad de las prestaciones de Seguridad Social (art. 126.3 LGSS y 61.2 RD 1993/1995, de 7 de diciembre) tenga que anticipar su pago al trabajador y, después, reclamar al empresario incumplidor; en última instancia, el embargo preventivo tiene por finalidad proteger al Instituto Nacional de la Seguridad Social en cuanto responsable subsidiario del pago de las prestaciones derivadas de riesgos profesionales en caso de insolvencia de la empresa, por cuanto asume el fondo de garantía de accidentes de trabajo. Por tal motivo, en estos procesos el embargo no lo solicita el actor sino que se decreta *de oficio*, previa audiencia a la Tesorería General de la Seguridad Social, y valorando las circunstancias que concurran en el asunto enjuiciado entre otras, la apariencia de buen derecho en la reclamación formulada¹⁰¹⁰.

También se podrá acordar el embargo preventivo, y cuantas otras

¹⁰¹⁰ ALEGRE NUENO, M.: “Los tribunales laborales garantizan el cumplimiento de las normas”, *Revista Gestion Practica de Riesgos Laborales*, N° 91, 2012, pags. 48 y ss.

medidas cautelares se consideren necesarias en el proceso correspondiente, cuando el empresario o un tercero no presenten, pese a haber sido requeridos para ello, el documento de aseguramiento y los datos de la entidad aseguradora que cubra los riesgos profesionales, el documento de cobertura de las mejoras voluntarias o complementarias de Seguridad Social y de otras posibles responsabilidades.

Por último, en los procesos referidos a las resoluciones de la autoridad laboral sobre paralización de aquellos trabajos que, por desarrollarse incumpliendo las normas sobre prevención de riesgos laborales, impliquen un grave riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 44 LPRL), así como en caso de responsabilidad empresarial sobre enfermedades profesionales por falta de reconocimientos médicos, también podrá acordarse el *embargo preventivo* de los bienes del empresario, con la finalidad de garantizar su responsabilidad (art. 79.6 LRJS). En el primero de los supuestos, el incumplimiento de la resolución de la autoridad laboral se equipara a la falta de formalización de la protección de los accidentes de trabajo, convirtiéndose el empresario en responsable directo del pago de las prestaciones que puedan derivarse de los mismos(art. 195 LGSS). Esta misma consecuencia produce el incumplimiento del empresario de su obligación de practicar reconocimientos médicos (previos y periódicos) a aquellos trabajadores que presten sus servicios laborales en un puesto de trabajo, expuesto al riesgo de contraer una enfermedad profesional (art. 195 LGSS). Esta responsabilidad empresarial directa justifica la necesidad de decretar el embargo preventivo, para garantizar, en su caso, el derecho del trabajador al percibo de las prestaciones de Seguridad Social que puedan derivarse de dichos riesgos.

Por otro lado, cuando el proceso de tutela verse sobre la protección frente *al acoso*, así como en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la *violencia de género* para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación (derechos de

conciliación, art. 139.2 LRJS, podrán solicitarse, además, la suspensión de la relación laboral o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquellas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste (art. 180.4 LRJS).

3.- LA CARGA DE LA PRUEBA

En esta materia siempre ha sido objeto de debate sobre quien recaía la carga de la prueba, lo que se enlazaba con la naturaleza de la responsabilidad empresarial especialmente en materia de responsabilidad por los daños derivados de accidentes de trabajo.

En la actualidad , la LRJS en su art. 96.2 opta por una autentica *inversión de la carga de la prueba*, exigiendo en todos los procesos por responsabilidad derivadas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, que los deudores de seguridad (empresario y otros sujetos obligados) y quienes hayan concurrido en la producción del resultado lesivo, prueben que adoptaron todas las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. Además, se establece que la imprudencia no temeraria del trabajador o la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que el mismo inspira no serán causa de exoneración de las responsabilidades de los anteriores¹⁰¹¹.

En los términos en los que esta redactado el artículo cabe interpretar que el legislador ha establecido una inversión de la carga de la prueba de la causalidad. Pero también que lo ha hecho de la

¹⁰¹¹ ALFONSO MELLADO, C.L.: *Prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo en la Ley Reguladora...*, op. cit. , pág. 45.

diligencia debida, como elemento sobre el que gira la imputación subjetiva en el sistema de responsabilidad civil por culpa e incluso en cierta medida en la responsabilidad civil por riesgo, puesto que también en este sistema ha de discernirse si el resultado lesivo es consecuencia de un riesgo ilícito (sobre el que se construye la responsabilidad por culpa) o de un riesgo lícito que abra la puerta a la responsabilidad por riesgo¹⁰¹².

La inversión de la carga de la prueba es una consecuencia de las *presunciones*, aunque también es concebida de manera autónoma. Creemos por tanto que es aventurado afirmar que el legislador haya introducido en el art. 96.2 LRJS una presunción de la causalidad o la culpabilidad¹⁰¹³.

La técnica de la inversión de la carga de la prueba puede estar justificada simplemente en la finalidad de hacer recaer ésta en aquella parte que tenga mayor facilidad o menos dificultad para aportar medios probatorios. La técnica de la presunción va más allá. Se apoya en la demostración de un dato-indicio del que se va hacer derivar, en virtud de un principio de probabilidad, la existencia del hecho presumido. O bien las establece expresamente la ley, o, como dice el art. 1253 del CC, para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Sin embargo, con frecuencia nuestros tribunales, dentro de esa tendencia objetivadora, han utilizado una y otra como mecanismo de

¹⁰¹² GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: "La responsabilidad civil por riesgo como garantía de la obtención de la compensación de daños por accidentes de trabajo tras la Ley de Jurisdicción Social 36/2001, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013, pág. 7.

¹⁰¹³ IGARTUA MIRÓ, M.T.: "Las nuevas reglas de distribución de la carga de la prueba en responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional: ¿presunción de culpabilidad o lógica consecuencia de la configuración legal de la obligación de seguridad?", *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013, pág. 6 y ss..

buscar mayores garantías de que la víctima encuentre resarcimiento a sus daños. De hecho es frecuente en relación a las presunciones que los tribunales hayan forzado la técnica hasta llegar al resultado de que, a través de una parca explicación del proceso deductivo de la culpa, no permiten conocer cuál ha sido exactamente ese enlace preciso que la ley exige¹⁰¹⁴. En los supuestos más extremos la simple constatación del daño se considera suficiente para suponer la existencia de culpa, así, entre otras, la STS, Sala 1ª de 13 de febrero de 2003¹⁰¹⁵ o la STS de 23 de septiembre de 1991¹⁰¹⁶.

La inversión de la carga de la prueba no limita su campo de aplicación a los sectores de “riesgo” o de “objetivación de la responsabilidad”, sino que opera con carácter más general como presunción (rebatible por prueba contraria) de culpa del causante del daño y como consecuencia, en principio de cualquier tipo de actividad¹⁰¹⁷. No obstante, si hay que reconocerle al menos, en una interpretación teleológica, la finalidad de favorecer a la parte que se ve liberada de la principal actividad probatoria, en este caso, la víctima del accidente. Es por esto que por lo que también ha sido una técnica de objetivación¹⁰¹⁸. Por tanto no podemos afirmar con rotundidad que el legislador haya dado apoyo legal claro a la responsabilidad civil *por riesgo* en materia de accidentes de trabajo, sí que al menos permite reafirmar las construcciones jurídicas a favor de la misma. Esta afirmación se justifica en los términos amplios en los que se ha introducido esta inversión, al referirse tanto a la causalidad como a la imputación subjetiva, lo que parece demostrar que no se limita a ser una traducción del principio de facilidad probatoria, que pone la carga de la prueba en manos de aquél que tiene mayor

¹⁰¹⁴ GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “La responsabilidad civil por riesgo como garantía de la obtención de la compensación de daños por accidentes de trabajo tras la Ley de Jurisdicción Social 36/2001, *op. cit.*, pág. 8.

¹⁰¹⁵ RJ 1013.

¹⁰¹⁶ RJ 6060.

¹⁰¹⁷ GÓMEZ POMAR, F.: “La carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *In Dret*, N° 1, 2001, pág. 1.

¹⁰¹⁸ CAVANILLAS MÚGICA, S.: La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia, Pamplona, págs. 65 y ss.

facilidad depara aportar medios probatorios ¹⁰¹⁹ . También se fundamenta en que una interpretación teleológica de la norma permite defender que se persiguen con este cambio legislativo apoyar los fines típicos de la responsabilidad por riesgo, que no son otros que aumentar la garantía de resarcimiento de los daños de la víctima¹⁰²⁰.

Por tanto, la imprudencia se configura en relación con las circunstancias de hecho que se dan en cada concreto supuesto litigioso, y no podemos olvidar que esas circunstancias concurrentes son de apreciación inicial del Juzgador en cada caso concreto¹⁰²¹, y, por eso, no son posibles las declaraciones con vocación de generalidad¹⁰²² .

4. LAS ACTAS DE LA INSPECCION DE TRABAJO

Se analiza a continuación el peculiar valor que suele tener el informe de la Inspección de Trabajo en pleitos sobre indemnización derivada de accidente laboral.

¹⁰¹⁹ Vid. SOLER, L.A.: “La culpa en el ámbito de la responsabilidad civil médica. Estado jurisprudencial y modalidades de manifestación” (<http://www.elsevier.es/sites/default/files/elsevier/pdf/256/256v20n04a13075832.pdf001.pdf>), sobre la limitación de la inversión de la carga de la prueba en supuestos de daño desproporcionado, esto es, cuando solo procede imponer la carga de la prueba al causante de unos daños desmesurados, cuando se trata de justificar la circunstancia excepcional que ha condicionado el curso normal de los acontecimientos.

¹⁰²⁰ Cf. GARCIA QUIÑONES, J.C.: “La concurrencia de culpas entre trabajador y empresario en los accidentes de trabajo (configuración legal y tratamiento jurisprudencial), *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, mayo 2013, pag. 6.

¹⁰²¹ La Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la Aplicación de Medidas para Promover la Mejora de la Seguridad y de la Salud de los Trabajadores en el trabajo, establece que el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo¹⁰²¹, y que las obligaciones de los trabajadores en el ámbito de la seguridad y de la salud en el trabajo no afectarán al principio de la responsabilidad del empresario¹⁰²¹.

¹⁰²² MORALES VALLEZ, C.: “El resarcimiento del daño en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, *SP/DOCT/16671*, Sepín, abril, 2012, págs. 8 y ss.

Conforme al artículo 95.4 LJS, y concretando la posibilidad general de oír a expertos en la materia, el órgano judicial en todos los procesos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional, si lo estima procedente, puede recabar un *informe* de la Inspección de Trabajo. Además también puede solicitar un informe de los organismos públicos con competencias en materia de prevención de riesgos laborales (el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo o los gabinetes autonómicos en la materia), y en general de las entidades e instituciones legalmente habilitadas al efecto.

En todos los casos es una facultad discrecional del órgano judicial, pues la LRJS se encarga de señalar que lo solicitará “si lo estima procedente”, lo que no impide, por supuesto, que las partes puedan solicitarlo.

En la medida que son informes de asesoramiento al órgano judicial parece que su valoración por el mismo es libre, aunque en base lógicamente, de criterios razonables. Dentro de las nuevas competencias en materia preventiva de la jurisdicción social, las impugnaciones de las resoluciones administrativas derivadas de las actas de la Inspección de Trabajo por infracciones en materia preventiva, y en general de las restantes que pudieran incidir en la materia, salvo las vinculadas a los aspectos de Seguridad Social, esencialmente recaudatorios, a los que se refiere el art. 3.f) LJS, han pasado a ser competencia de los órganos judiciales del orden social¹⁰²³.

Estos informes de la Inspección de Trabajo no tienen presunción de certeza¹⁰²⁴. El Juzgado debe tomar una decisión y, vista la prueba practicada (testigos, peritos, informe de la Inspección), considera que

¹⁰²³ ALFONSO MELLADO, C.L.: *Prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo en la Ley Reguladora...*, op cit. , pag. 39 y ss.

¹⁰²⁴ DÍAZ RODRIGUEZ J.M.: “La actuación de la inspección de trabajo en caso de accidente laboral: incidencia sobre la posible responsabilidad civil empresarial”, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013, pag. 9 y ss.

es acertada la conclusión plasmada por la Inspección en su informe, todo como resultado de la libre valoración judicial de la prueba presidida por las reglas de la sana crítica¹⁰²⁵.

La valoración de la prueba y, dentro de ella, la valoración del contenido del informe de la Inspección de Trabajo, corresponde al Juzgado en la primera instancia

El informe de la Inspección de Trabajo es preceptivo en los procesos judiciales por accidente de trabajo (en el marco de los procesos en materia de prestaciones de Seguridad Social, arts. 140 y ss. LJS) y no, por tanto, en otros procesos que pudieran tener relación con los accidentes laborales, donde es habitual que se alegue como supuesta irregularidad la no incorporación a los autos del citado *informe*, en un proceso en el que se haya solicitado una indemnización para el trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo¹⁰²⁶.

5.- SISTEMA DE VALORACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y DE ENFERMEDADES PROFESIONALES

Dada la dificultad judicial y la inseguridad jurídica existentes en la determinación económica de las indemnizaciones en estas acciones derivadas de accidentes de trabajo, la última jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha decidido introducir claridad y seguridad, a través de la aplicación analógica del baremo de daños de la normativa de los accidentes de tráfico¹⁰²⁷

¹⁰²⁵ Se pone de manifiesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección tercera, civil) 533/2007, de 28 de noviembre [Rec. 730/2005].

¹⁰²⁶ Así se ha recordado en la STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 27 de enero de 1994 (recurso de suplicación 1777/1993) dicho informe podría haber formado parte del expediente si el órgano judicial en la instancia hubiera tenido a bien solicitarlo, pero no es preceptivo y, por lo tanto, no es irregular su no aportación.

¹⁰²⁷ SSTTS, Sala 4ª, de 17 de Abril de 2007, de 14 de Diciembre de 2009, de 15

Aunque las tablas de baremación de daños son ajenas a un sistema de responsabilidad por culpa y propias de un sistema de responsabilidad objetiva, como es el del tráfico, ha calado entre los jueces su utilización analógica en los accidentes de trabajo con la referencia de las que regula el RDL 8/2004 para los accidentes de circulación¹⁰²⁸. Esta orientación por supuesto no es vinculante, ni exigida por la ley, pero en la práctica judicial es utilizada como referencia a la hora de cuantificar estas indemnizaciones. Como declara, entre otras, la STS, Sala 1ª, de 15 de Enero de 2008, en estos casos pueden ser utilizados los baremos “por vía de orientación”, sin vincular en ningún caso al juez. En el mismo sentido se pronuncia la Sala 4ª en las sentencias del TS de 30 de Enero de 2008 o de 30 de Junio de 2010, cuando afirman que los órganos judiciales pueden acudir “analógicamente” a otras normas del ordenamiento que ante determinadas secuelas o daños establezcan unos módulos indemnizatorios.

No cabe duda que la aplicación del baremo de accidentes de tráfico en la responsabilidad civil de accidentes de trabajo otorga seguridad jurídica, disminuye los conflictos judiciales, al ser previsibles los pronunciamientos de los jueces, facilita la valoración del daño, sobre todo del daño moral sujeto al subjetivismo, y coopera al trato idéntico ante daños iguales. Pero la tasación de daños en el tráfico es bien distinta a la de un accidente de trabajo, lo que complica esta labor. Seguramente, por ello, la Disposición Final 5ª de la LRJS mandata al Gobierno a aprobar un “sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, mediante un sistema específico de baremos de indemnizaciones actualizables anualmente para la compensación

de Diciembre de 2009, de 30 de Junio de 2010 o de 27 de Diciembre de 2011.
¹⁰²⁸ GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B. / LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo. Problemática y reformas*, Comares, Granada, 2009, paginas 95 a 100.

objetiva de dichos daños en tanto las víctimas o sus beneficiarios no acrediten daños superiores". La LRJS está, así, asumiendo la técnica del baremo específico de valoración de daños en los accidentes de trabajo, tras esta consolidada jurisprudencia.

El plazo del mandato ha sido ampliamente superado, sin ningún resultado, aunque siempre el Gobierno puede coger este testigo. La baremación tasada de daños en estos accidentes se enfrentaría al problema de su inadecuación con un sistema, como el preventivo en salud laboral, de responsabilidad por culpa empresarial, puesto que esta opción ha estado siempre asociada a responsabilidades objetivas, como en el tráfico¹⁰²⁹. El hecho de que la jurisprudencia vaya por la senda de la objetivización¹⁰³⁰, por cierto también recibida en el art. 96.2 LRJS¹⁰³¹, podría concluir en un sistema legal de responsabilidad objetiva con un baremo tasado, que permitiera, en caso de culpa, reclamar daños superiores¹⁰³². Esta fórmula otorgaría una gran seguridad jurídica al sistema con un coherente cambio de modelo en estas acciones indemnizatorias, que debería ir probablemente acompañado de un seguro obligatorio de responsabilidad civil en accidentes de trabajo¹⁰³³.

¹⁰²⁹ LAHERA FORTALEZA, J. : *Compensaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo*, op. cit., págs. 5 y 6.

¹⁰³⁰ GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B: *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidente de trabajo*, Civitas, Madrid, 2004.

¹⁰³¹ Art. 96.2 LRJS : "En los procesos sobre responsabilidad derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier otro factor excluyente o minorador de su responsabilidad"

¹⁰³² DESDENTADO BONETE, A.: "La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo : estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de reparación", *Congreso de Magistrados en el Orden Social : el futuro de la jurisdicción social*, CGPJ, Madrid, 2007, págs. 497 y ss. y en GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B. / LAHERA FORTALEZA, J.: *Compensaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo*, opus cit., págs.123 y ss.

¹⁰³³ DURAN LOPEZ, F. / BENAVIDES, J.A.: *Informe de salud laboral. Los riesgos laborales y su prevención*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 108 y ss.; CORREA CARRASCO, M.: *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*, Bomarzo, Albacete, 2008, págs.147 y ss.; AGUSTÍ JULIÁ, J: "Algunas propuestas para el debate en materia de accidentes de trabajo y

VII.- LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

Con la modificación introducida en la competencia por el art. 2. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹⁰³⁴, se hace referencia expresa a la acción repetición que pudiera corresponder ante el orden competente¹⁰³⁵. El problema se plantea ante la indeterminación del legislador al referirse al orden competente para conocer de la misma, sin especificar si es competencia del orden civil o del orden laboral.

La acción de repetición es una acción tipificada por la ley sobre la base del principio de que no cabe enriquecerse a costa de otro¹⁰³⁶.

De la responsabilidad de la empresa por los actos de sus empleados surge la acción de repetición del art. 1904 del CC, en cuanto establece que: “el que paga el daño causado por sus dependientes, puede repetir de éstos lo que hubiera satisfecho”, que en definitiva es una aplicación del viejo aforismo latino *solve et repete*¹⁰³⁷, esto es, paga y reclama. Lo que puede suceder por ejemplo

prevención de riesgos laborales” en AA.VV., *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo : aspectos penales, civiles y laborales*, CGPJ, Madrid, 2009, págs. 246 a 247; GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B. / LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo*, opus cit., págs. 123 y ss.

¹⁰³⁴ En adelante LRJS (BOE de 11 de octubre de 2011), entró en vigor el 11 de diciembre de 2011.

¹⁰³⁵ El art. 2. b) de la LRJS indica que se atribuye al orden social el conocimiento de “las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra a aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente”.

¹⁰³⁶ DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tomo I, Civitas S.A Madrid, 1983, pág. 437

¹⁰³⁷ El principio *solve et repete* consiste en el deber primordial de obedecer y cumplir la órdenes recibidas y, si es el caso, la facultad de reclamar contra la

en el supuesto de que un empleado sea condenado por un delito de imprudencia a indemnizar a los perjudicados y a la empresa se la declare responsable civil subsidiaria condenándola en este concepto. Si la empresa se ve obligada a hacer efectiva dicha suma, puede reclamar la misma al empleado en vía de regreso¹⁰³⁸. En este sentido, se confirma que “la responsabilidad del empresario por hechos de sus dependientes prescinde de la culpa en la que aquél hubiera podido incurrir, pues si se exigiera una conducta culposa o negligente del empresario la acción de regreso no tendría sentido”¹⁰³⁹, ya que nada podría repetir. Por lo tanto, se exige que el trabajador haya incurrido en una conducta culposa o negligente y sea el único responsable, para que pueda ser viable la acción de repetición del empresario contra el dependiente culpable. Sin embargo, casi no se encuentra jurisprudencia en este sentido, ya que al tratarse habitualmente de daños causados dentro del ámbito laboral, será la jurisdicción social la que resuelva las controversias, teniendo en cuenta la normativa laboral y los convenios colectivos aplicables dependiendo del sector en el que se desarrolle la actividad¹⁰⁴⁰.

La acción de repetición la remite el art. 2. b) de la LRJS al orden competente o a la jurisdicción competente. Ante dicha indeterminación, la acción es competencia laboral cuando en la acción de repetición contra terceros intervenga el trabajador, y competencia de la jurisdicción civil cuando la acción de repetición fuera entre empresario principal, contratistas y subcontratistas, sin participación en dicha acción del trabajador.

Por último, hay que destacar que para que se pueda hacer efectiva la acción de repetición, previamente el empresario debe

misma. Véase la STSJ de Galicia, de 9 de octubre de 2012 [JUR 2012/366279], FJ 6.

¹⁰³⁸ STS de 26 de octubre de 2002 ([RJ 2002/9183]).

¹⁰³⁹ Cfr. CARRANCHO HERRERO, M.T.: *Responsabilidad civil del empresario en el ámbito de los riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2010, pag. 180

¹⁰⁴⁰ CARRANCHO HERRERO, M.T.: *Responsabilidad civil (...)*, op. cit., pág. 181.

haber realizado de forma correcta¹⁰⁴¹ el pago efectivo de la indemnización, por aplicación de los arts. 1145 y 1904 del CC. El plazo para poder ejercitar la acción de repetición es de 15 años, previsto para las acciones que no tengan señalado término especial de prescripción¹⁰⁴², en virtud de lo establecido en el art. 1964 del CC y el momento en que comienza el cómputo es desde el día en que el empresario hiciese efectiva la indemnización¹⁰⁴³. Sin embargo, si existe una relación laboral el plazo que se debe aplicar es el de un año de prescripción que señala el art. 59.2 del ET para “exigir percepciones económicas”.

1.- ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA EL EMPLEADO

El art. 1904 establece la acción de repetición contra el empleado: “El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho”. Ya hemos visto antes la posible contradicción que puede existir entre esta acción de repetición y la exigencia de culpa al empresario.

Es más fácil de entender esta acción si la responsabilidad civil del empresario se plantea como una responsabilidad por hecho propio de tipo vicarial que si fuera una responsabilidad civil por hecho ajeno. En una responsabilidad civil por hecho ajeno el empresario tiene culpa in vigilando o in eligendo y por ello es razonable que responda y no parece lógico que pueda repetir. Sin embargo en una responsabilidad civil vicarial por hecho propio, en la que el

¹⁰⁴¹ Es necesario que el empresario se oponga alegando las excepciones correspondientes, por ejemplo para no tener que pagar en el caso de que hubiera prescrito la acción del perjudicado, ya que daría lugar a un pago irregular, y, por tanto, “no cabría exigir nada al dependiente, que si no fue demandado no pudo defenderse alegando esta u otras circunstancias impositivas del buen fin de la acción de indemnización entablada”. CARRANCHO HERRERO, M.T., *Responsabilidad civil (...)*, op. cit., pág. 187.

¹⁰⁴² REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M, en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 1247 y ss.

¹⁰⁴³ Art. 1969 del CC.

empresario ha actuado a través del empleado como si fueran una misma persona, puede entenderse que hay dos fases:

1.- En la primera responde el empresario si existe una culpa in operando pues la actuación de la empresa ha sido negligente. Incluso podría prescindirse de esta culpa in operando y plantearse una responsabilidad objetiva y eso no molestaría al resto de esta argumentación. Lo importante es que el empresario responde, incluso cuando él no es directamente culpable. Así, en una culpa in operando puede ocurrir que el empresario no tenga ninguna culpa y que el empleado haya realizado un sabotaje consciente.

2.- En una segunda fase, si el empresario ha respondido frente a la víctima pero la culpa es atribuible al empleado y no al empresario surge la acción de repetición. El empresario ha actuado en cierta forma como garante frente a la víctima y posteriormente habrá que terminar de liquidar esa responsabilidad. No se trata de una responsabilidad solidaria del empresario y el empleado, pues no se trata de que primero pague uno el íntegro y después reclame de los demás sus cuotas." De hecho el art. "1904 dice claramente que el empresario puede repetir «lo que hubiese satisfecho», todo lo que hubiese satisfecho. Es más bien una obligación *in solidum*.

En cualquier caso, lo que llama poderosamente la atención de este art. 1904 es el escaso desarrollo jurisprudencial que ha tenido, lo que es buena muestra de que no es muy habitual el ejercicio de la acción de repetición contra el empleado.

Además esta acción de repetición exige la prueba de la culpa del empleado¹⁰⁴⁴ y en este caso la jurisprudencia se muestra muy

¹⁰⁴⁴ Por ejemplo la SAP de Baleares de 5 de octubre de 2010 [AC 2010, 1738]... "la acción de repetición ejercitada con base en el art. 1904 CC no se beneficia de la doctrina de la inversión de la carga de la prueba ni de ninguna otra que exima al actor de la carga de acreditar la culpa del causante del daño dado que dichas doctrinas rigen en las relaciones externas, en beneficio del perjudicado por un ilícito civil.

exigente a la hora de apreciar si ha habido culpa o no.

2.- LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DE LA EMPRESA PRINCIPAL, CONTRATISTA Y SUBCONTRATISTA

Otro supuesto de acción de repetición surge en los supuestos de responsabilidad solidaria. Concretamente, el art. 42.3 de la Ley 5/2000, de 4 de agosto, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁰⁴⁵, establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el artículo 24.3 de la LPRL y el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales¹⁰⁴⁶.

Llegados a este punto, es necesario distinguir entre diferentes supuestos, dependiendo de que los servicios contratados se correspondan o no con la propia actividad del empresario principal. Por ejemplo, el supuesto de concurrencia de trabajadores de varias empresas contratistas y subcontratistas o no, en un centro de trabajo cuando las obras o servicios contratados no se corresponden con la propia actividad del empresario principal. Del incumplimiento del deber de cooperación¹⁰⁴⁷, responderán independientemente cada una de las empresas concurrentes. Sin embargo, del incumplimiento de los deberes de información¹⁰⁴⁸ y coordinación¹⁰⁴⁹ responderá el

En las relaciones internas, que son en las que opera la acción del art. 1904, el actor debe probar los hechos constitutivos de su pretensión, entre los que se halla la culpa o negligencia del dependiente.”

¹⁰⁴⁵ En adelante LISOS.

¹⁰⁴⁶ En adelante RD 171/2004.

¹⁰⁴⁷ El *deber de cooperación* obliga a informar al empresario principal titular del centro de trabajo de los riesgos que se puedan ver agravados por la concurrencia de actividades (arts. 4, 5 y 8 del RD 171/2004).

¹⁰⁴⁸ El *deber de información* del empresario principal titular del centro de trabajo le obliga a informar a las empresas contratistas y subcontratistas sobre los

empresario titular del centro de trabajo¹⁰⁵⁰ solidariamente “ya que el juicio de culpabilidad omisiva es predicable a todas y cada una de ellas”¹⁰⁵¹, en consonancia con el art. 42.2 de la LPRL.

Con referencia a este tipo de responsabilidades solidarias, el art. 1138 del CC dispone que las obligaciones solidarias se presumirán divididas en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya. También, es necesario destacar el art. 1158 del CC que establece, en relación con la acción de repetición de los deudores solidarios, que “el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado”.

El segundo supuesto se refiere a la concurrencia de trabajadores de varias empresas contratistas y subcontratistas en un centro de trabajo cuando las obras o servicios contratados se corresponden con la propia actividad del empresario principal. En este caso, además de los ya mencionados deberes de cooperación, información y coordinación, hay que tener en cuenta el deber de vigilancia del empresario principal¹⁰⁵². El deber de “vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales”¹⁰⁵³, también les hace responsables solidarios de los

riesgos propios del centro de trabajo, las medidas de prevención adoptadas y las medidas de emergencia a aplicar (art. 7.1 del RD 171/2004).

¹⁰⁴⁹ El *deber de coordinación* del empresario titular del centro de trabajo, que le obliga a coordinar la información en materia preventiva recibida de las demás empresas concurrentes, dando instrucciones a éstas acerca de los riesgos existentes en el centro de trabajo y de las medidas preventivas adoptadas (art. 8 del RD 171/2004).

¹⁰⁵⁰ SALA FRANCO, T.: “Descentralización laboral y responsabilidad empresarial en España”, en AA. VV., *La descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en América Latina y España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 148

¹⁰⁵¹ STSJ de Galicia, de 7 de julio de 2003 [AS 2003/3844].

¹⁰⁵² Como señala el art. 24 de la LPRL. Concretamente el RD 171/2004, por el que se desarrolla el art. 24 de la LPRL, en su art. 10.1, señala que el empresario principal “deberá vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas o subcontratistas de obras y servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en su propio centro de trabajo”.

¹⁰⁵³ Art. 24 de la LPRL.

daños derivados del incumplimiento empresarial de tales obligaciones¹⁰⁵⁴. También se debe tener en cuenta para poder realizar una interpretación adecuada, el art. 42.3 de la LISOS que considera “responsables solidarios no sólo a los subcontratistas sino también a los contratistas, lo que supone una precisión ampliatoria de la responsabilidad a tener en cuenta a estos efectos”¹⁰⁵⁵.

Por último, para poder desglosar correctamente la responsabilidad, se deberá imputar “con estricta observancia del principio de culpabilidad”¹⁰⁵⁶, garantizando de esta manera la eficacia preventiva de las medidas legalmente contempladas.

3.- LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS CONTRA EL TERCERO CULPABLE

Las compañías aseguradoras acuden a las acciones de repetición del art. 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro¹⁰⁵⁷, con el objetivo de recuperar las indemnizaciones más o menos cuantiosas abonadas a sus asegurados, en virtud de sus respectivos contratos de seguros, frente a quienes se consideran los responsables-culpables del siniestro y por tanto los verdaderos obligados al pago¹⁰⁵⁸.

Es importante distinguir la *acción de repetición* de una *subrogación legal*, de origen contractual, por parte de la aseguradora en los derechos del asegurado, para accionar contra el tercero

¹⁰⁵⁴ Art. 42.2 de la LPRL.

¹⁰⁵⁵ STS de 9 de julio de 2002 [RJ 2002/10538].

¹⁰⁵⁶ CORREA CARRASCO, M.: *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*, Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 89.

¹⁰⁵⁷ En adelante LCS.

¹⁰⁵⁸ Como indica el art. 43 de la LCS “el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización (...) en caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés”.

culpable. “La aseguradora paga al amparo del art. 1158 del CC, y con interés legítimo en el cumplimiento de la obligación según el art. 1210 del CC, lo que significa que automáticamente (...) se sitúa en idéntica posición que su asegurado, pudiendo ejercitar la misma acción que corresponde a éste”¹⁰⁵⁹.

Sin embargo, la acción de repetición es una acción de recuperación, independiente y autónoma, carente de apoyo contractual, que puede utilizar la compañía aseguradora en los supuestos en los que paga, aunque no exista un contrato o exista alguna causa de exclusión de la cobertura.

Para que prosperen las acciones judiciales de repetición, deben reunirse los requisitos que establece el art. 43 de la LCS. Así mismo el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización¹⁰⁶⁰.

Este derecho ejercitado por la aseguradora como demandante, tiene que reunir dos requisitos de carácter imperativo para que nazca tal subrogación y con ello la legitimación activa en el proceso judicial¹⁰⁶¹. El primero es acreditar el pago a su asegurado de la indemnización de los daños producidos como consecuencia del siniestro en cuestión. El segundo es acreditar suficientemente el nacimiento a favor del perjudicado¹⁰⁶² de una acción de responsabilidad contra el tercero, es decir, la exigencia de que exista

¹⁰⁵⁹ Cfr. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: “El derecho de repetición del asegurador”. www.asociacionabogadosrcs.org/.../EL%20DERECHO%20DE%20REPETICION.pdf

¹⁰⁶⁰ Sentencia nº 434/20008, de la AP de Córdoba (Sección 3ª) de 17 de noviembre de 2010 y Sentencia nº 150/2006 de la AP de Lleida de 5 de mayo de 2000.

¹⁰⁶¹ Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1a, de 29 de noviembre de 2009, en su FJ 3, para que la aseguradora pueda subrogarse en la posición de su asegurado, es necesario que el asegurado haya sido efectivamente perjudicado por el siniestro.

¹⁰⁶² Asegurado de la demandante.

culpa de dicho tercero y que pueda probarse por quien la alega conforme al 217 de la LEC con su correspondiente translación de la carga de la prueba al actor.

Con independencia de esta acción de repetición contra el tercero culpable, también está la acción de repetición que ejercitan las aseguradoras frente a sus propios asegurados, que se generarían por las aseguradoras una vez han satisfecho las indemnizaciones por siniestro a los terceros perjudicados por hechos causados dolosamente por su asegurado.

Por último, en cuanto a la acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil y la acción de repetición de éste, es necesario remarcar que viene regulada en el art. 76 de la LCS. En él se dispone que “el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero”.

4.- LA ACCION DE REPETICIÓN POR PARTE DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

El TS ha interpretado el art. 2. b) de la LRJS en el sentido de atribuir la competencia a la jurisdicción laboral para resolver los supuestos de falta de aseguramiento, morosidad o infracotización, en los que las mutuas están obligadas al anticipo de las prestaciones, y después repercuten contra las empresas, y en caso de insolvencia de éstas, contra el INSS¹⁰⁶³.

En este sentido, la STS 29 de diciembre de 1998¹⁰⁶⁴, con

¹⁰⁶³ STS de 11 de diciembre de 1995 [R] 1995/9087] y la STS de 14 de junio de 2011 [R] 2011/5338].

¹⁰⁶⁴ R] 1999/450. [F] 3].

respecto a la falta de alta del trabajador, señala que “la mutua de accidentes de trabajo recurrente es responsable del pago anticipado de las prestaciones a que ha sido condenada, sin perjuicio de la subrogación en los derechos del accidentado frente al empresario directo y frente a la entidad gestora responsable subsidiaria a título de garantía”¹⁰⁶⁵.

También hay que tener en cuenta las responsabilidades que surgen cuando existe falta de afiliación, alta o cotización, ya que el empresario incumplidor de estos deberes es el “responsable directo de las prestaciones previstas para remediar las consecuencias del accidente. La mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales tiene obligación de anticipar de manera inmediata el pago de tales prestaciones al accidentado, si el empresario responsable directo no lo hace. Subsiste la responsabilidad indirecta de garantía de las prestaciones a cargo de la entidad gestora, para el supuesto de insolvencia del sujeto responsable de las mismas, sea la empresa sea la mutua patronal. El anticipo de prestaciones por parte de la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales subroga en su caso a ésta en los derechos del accidentado tanto frente al empresario responsable directo, como frente al INSS responsable por vía de garantía”¹⁰⁶⁶.

En cuanto al anticipo de prestaciones por parte de las mutuas de accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales, sin perjuicio de las acciones que a la misma le asisten contra la empresa y la responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia empresarial, hay que destacar la STS de 18 de octubre de 2011¹⁰⁶⁷. En dicha sentencia se afirma que “el artículo 96.3 de la LGSS de 1974, correspondiente al 126.3 de la Ley de 1994, establece el principio de automaticidad de las prestaciones, que ya desarrollaba el artículo 95 de la LSS de 1966, particularmente, en lo que aquí respecta, en su

¹⁰⁶⁵ En ese mismo sentido, también es necesario destacar la STS de 27 de octubre de 2004 [RJ 2004/7348].

¹⁰⁶⁶ Sentencia del TS (Sala 4ª) de 10 de noviembre de 2009 [Rec. 2689/2007].

¹⁰⁶⁷ RJ 2012/524.

número 5, en virtud del cual la entidad gestora o colaboradora otorgará la prestación al beneficiario, aún en el supuesto de responsabilidad empresarial, subrogándose en los derechos del beneficiario contra el empresario responsable. La consagración en nuestro Derecho de la Seguridad Social del principio de automaticidad de las prestaciones con el alcance que le atribuye el artículo 96.3 de la LGSS supone imponer a la entidad aseguradora del accidente de trabajo, sea el Instituto o la mutua, la responsabilidad de todas las prestaciones reconocidas por la ley, obligándose a su pago directo, sin perjuicio del derecho que tiene a repetir contra el empresario incumplidor. Y con mención expresa, se repite, de las mutuas patronales, razón por el que el precepto sólo se refiere a los accidentes de trabajo”¹⁰⁶⁸, de acuerdo con lo que “el establecimiento de responsabilidades, directa para el empresario, y subsidiaria para el INSS y la TGSS, debe entenderse sin perjuicio del deber de anticipo que sobre la entidad mutualista recae, la cual por tanto podrá repetir luego contra el empleador, y si éste resultara insolvente, frente al Instituto y la Tesorería, en cuanto Fondo de Garantía”¹⁰⁶⁹.

Por último, con respecto al reintegro de las prestaciones anticipadas derivadas de accidente de trabajo, hay que destacar que “al no existir normativa legal aplicable a este tipo de acciones, el plazo de prescripción es de cinco años”¹⁰⁷⁰, en consonancia con lo establecido en el art. 43.1 de la LGSS. Por lo tanto, es un plazo de prescripción y no de caducidad. Plazo que empieza a computar desde la fecha del hecho causante de la prestación, ya que “se trata de una acción a ejercitar por la mutua para que se declare el responsable último de las cantidades por aquélla anticipadas y, en consecuencia, se proceda por quien resulte responsable a asumir sus obligaciones de reintegro, en su caso, a la mutua lo por ella anticipado”¹⁰⁷¹. En el sentido de distinguir entre la obligación de la mutua de anticipar el pago y la responsabilidad que en última instancia existe en el

¹⁰⁶⁸ STS de 29 de diciembre de 1998 [RJ 1999/450] [FJ 2].

¹⁰⁶⁹ FJ 3.

¹⁰⁷⁰ STS de 6 de noviembre de 2008 [RJ 2008/6971].

¹⁰⁷¹ STS de 9 de julio de 2001 [RJ 2001/7435] [FJ 2].

cumplimiento del pago de las prestaciones.¹⁰⁷² Las mutuas tienden a repetir contra el empresario infractor y, ante su insolvencia, frente al INSS o la TGSS, en tanto sucesores del Fondo de Garantía, intentando que responda el verdadero responsable.

Sin embargo, es necesario matizar que el plazo de prescripción de cinco años se refiere al derecho de reconocimiento de las prestaciones, mientras que cuando se trata del derecho al percibo de la prestación, el plazo es de un año y de caducidad, como indica el art. 44 de la LGSS, a contar desde el día siguiente al de haber sido notificada en forma al interesado su concesión.

5.- LA ACCIÓN DE REPETICIÓN CON RESPECTO A LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN PROPIOS Y AJENOS

El empresario es el garante de la seguridad y salud de los trabajadores y, en consecuencia, el principal centro de imputación de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales. Si bien es necesario tener en cuenta que no es el único responsable de los incumplimientos en materia de seguridad y salud laboral de los trabajadores a su servicio, ya que junto a él concurren otros agentes especializados que le auxilian en el desarrollo de las funciones preventivas.

En virtud del art. 29 de la LPRL el empresario puede atribuir o delegar funciones en materia preventiva en sus trabajadores, servicios propios de la empresa y en entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención. Sin embargo, dichas atribuciones sólo son complementarias de las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber y de su responsabilidad en la prevención de riesgos¹⁰⁷³.

¹⁰⁷² STS de 11 de noviembre de 1998 [R] 1998/9622].

¹⁰⁷³ STS de 11 de noviembre de 1998 [R] 1998/9622].

Doctrina y jurisprudencia han dejado claro la responsabilidad del empresario con respecto a las sanciones administrativas y a los recargos de prestaciones que en ocasiones pueden causar cuantías muy elevadas. Pero no se precisan con exactitud las responsabilidades que pueden asumir el resto de entes intervinientes en la actividad preventiva. Simplemente se contempla la posibilidad de que el posible reparto de responsabilidades se articule a través de una acción de repetición del empresario, como indica el art. 14.4 de la LPRL¹⁰⁷⁴.

El art. 30.4 de la LPRL, indica que tanto los trabajadores designados como los integrantes de los servicios de prevención propios no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa, gozando en el ejercicio de esta función de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 ET.

Con respecto a los servicios de prevención propios consistentes en el “conjunto de medios humanos y materiales de la empresa necesarios para la realización de las actividades de prevención”¹⁰⁷⁵, hay que destacar que sus integrantes dedicarán de forma exclusiva su actividad a esta finalidad en la empresa¹⁰⁷⁶, sin perjuicio de la responsabilidad directa y objetiva del empresario, que podrá sancionarlos disciplinariamente en caso de que incumplan sus funciones o actúen con negligencia profesional inexcusable¹⁰⁷⁷. En este sentido, “incluso el empresario podrá ejercitar acciones de

¹⁰⁷⁴ El art. 14.4 señala que “la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello lo eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier persona”.

¹⁰⁷⁵ Art. 31.2 de la LPRL.

¹⁰⁷⁶ Art. 15.1 del RSP (RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención).

¹⁰⁷⁷ Art. 29.3 de la LPRL.

indemnización por los daños y perjuicios derivados (acción de regreso)¹⁰⁷⁸. También es necesario tener en cuenta que los servicios de prevención propios deben someterse a la auditoría o evaluación externa ¹⁰⁷⁹, pero dicha exigencia no supone la exención de responsabilidad empresarial por incumplimiento¹⁰⁸⁰.

Por otro lado, las empresas que actúan como servicios de prevención ajenos, es decir, mediante un servicio prestado por una entidad especializada que concierte con la empresa la realización de actividades de prevención¹⁰⁸¹ Se mantiene una vinculación contractual con las empresas clientes que han concertado con ellas servicios relativos a la actividad preventiva, por lo que las empresas de servicios de prevención ajenos también son responsables de los servicios contratados¹⁰⁸². Dicha responsabilidad debe ser cubierta mediante una póliza de seguro que cubra su responsabilidad, sin que esa cuantía constituya el límite de la responsabilidad del servicio¹⁰⁸³

Es muy importante traer a colación la STSJ de Madrid, de 6 de junio de 2002¹⁰⁸⁴ y la de 6 de marzo de 2003¹⁰⁸⁵, ya que contemplan el supuesto de que un trabajador pueda dirigir también su demanda contra el servicio de prevención cuyo mal funcionamiento fue causante de su accidente, como consecuencia de una responsabilidad solidaria. En dichas sentencias, se condenó solidariamente al empresario junto con una entidad especializada que actuaba como servicio de prevención ajeno, y cuya falta de diligencia a la hora de

¹⁰⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. / FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Los servicios de prevención de riesgos laborales”, en AA.VV., *Los servicios de prevención de riesgos laborales. Evolución y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2009, pag.134.

¹⁰⁷⁹ Art. 29.2 del RSP.

¹⁰⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Los servicios de prevención (...)”, op. cit. pág. 137.

¹⁰⁸¹ Art. 10. 2 del RSP.

¹⁰⁸² MONEREO PÉREZ, J. L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Los servicios de prevención...” op. cit. pag. 140.

¹⁰⁸³ Art. 23 d) del RSP.

¹⁰⁸⁴ AS 2002/2394.

¹⁰⁸⁵ AS 2002/2394.

informar sobre unos concretos riesgos fue tan determinante en la producción del accidente sufrido por el trabajador como la falta de diligencia de la propia empleadora en la aplicación del plan de seguridad.

Por todo ello, cuando se constata la existencia de un nexo causal entre un incumplimiento doloso o culposo por parte del servicio de prevención ajeno y un resultado lesivo al empresario, éste pueda interponer la correspondiente demanda por daños y perjuicios contra dicho servicio de prevención. Aunque en dicho caso, consideramos que el orden jurisdiccional competente será el civil, e incluso que éste repercuta a su vez posteriormente los perjuicios sufridos en uno de sus técnicos de prevención, competencia que desde nuestro punto de vista sería de la jurisdicción laboral.

En definitiva y como última reflexión nos gustaría puntualizar que se considera criticable la redacción del último inciso del art. 2. b) de la LRJS en cuanto remite la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente, lo que indudablemente dará lugar a interpretaciones y discusiones en la jurisprudencia y doctrina, respecto al orden competente en cada caso¹⁰⁸⁶. Entendemos que la acción de repetición tan solo corresponderá a la jurisdicción civil cuando se ejercite entre aseguradoras, o cuando se ejercite entre empresario principal, contratista y subcontratistas. Mientras que la acción de repetición, entendiéndola en un sentido amplio, el art. 2.b) de la LRJS, será competencia de la jurisdicción social, cuando se ejercite contra el trabajador, o intervenga en la relación procesal el trabajador, aunque en tal caso éste no sea, como es lógico, demandante sino demandado. Asimismo, también será competente la jurisdicción laboral en los supuestos en que se ejercite la acción de repetición por parte de las mutuas en los casos de anticipo de las prestaciones por falta de aseguramiento, morosidad o infracotización, sin perjuicio de

¹⁰⁸⁶ En este sentido PAZOS PERÉZ, A: "Acciones derivadas de accidente de trabajo y responsabilidades", *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Girona, 2013, pags. 5 y ss.

la subrogación en los derechos del accidentado frente al empresario directo y frente a la entidad gestora responsable subsidiaria a título de garantía.

VI.- LA PRESCRIPCIÓN

Para obtener la compensación civil, conforme al art. 1100 CC, es requisito que el acreedor intime al deudor¹⁰⁸⁷, y que ello lo haga a partir de lo dispuesto en el artículo 1969 CC, conforme al cual el tiempo inicial del cómputo del plazo prescriptivo para la petición de la indemnización por daños o perjuicios es el día en que pudo ejercitarse la acción¹⁰⁸⁸.

La indemnización correspondiente al perjuicio causado por el desconocimiento de un derecho esta vinculada al reconocimiento del mismo, por lo que hasta que este no queda establecido no se inicia el computo de la prescripción de la acción por daños condicionada a su reconocimiento¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁷ En este punto, cabe destacar el caso visto por la STS de 13 de julio de 2012 [2012/9599]: A la plantilla de una empresa se le solapa el descanso semanal y diario, lo que pese a ser reconocido en Sentencia de conflicto colectivo por la Audiencia Nacional, la empresa no elimina dicha condición laboral, por lo cual un trabajador reclama una indemnización de daños y perjuicios: el STS empieza por recordar que la empresa tiene la obligación de cumplir el art. 37.1 de la LET, en relación con la convencional que sea aplicable, la cual al no poder cumplirse de forma específica (arts. 1098 y 1099 CC), determina la obligación de indemnizar según el art. 1101 CC, con arreglo al que están sujetos la indemnización los que contravinieren el tenor de sus obligaciones (no los que contravinieren las sentencias que las declaran, conforme al caso que se discute ante el Tribunal). En todo caso, en lo que aquí importa, la sentencia recuerda que la necesidad prevista en el art. 1100 CC de que para cumplir la pretensión del trabajador, este debía haber intimado al deudor, el TS la ve cumplida desde el momento en que hubo una demanda y posterior sentencia colectiva ante la Audiencia Nacional que reconocía la existencia de la obligación de la empresa.

¹⁰⁸⁸ REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M, en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 193 y ss.

¹⁰⁸⁹ STS de 3 de octubre de 1995 [R] 1995, 7079]; 22 de marzo de 1999 [R] 1999, 3231]

En el marco de la siniestralidad laboral, se ha interpretado que este día a partir del cual empieza a correr el plazo prescriptivo no puede ser otro que aquél en que quedan claras las secuelas del accidente o enfermedad profesional¹⁰⁹⁰. Así, la Sala 4ª del TS en sentencias de 22 de marzo de 2001, 20 de abril de 2004 y 4 de julio de 2006, ha resuelto que la acción para reclamar daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo, debe computarse desde la fecha de conocimiento de la resolución firme que fija las dolencias o secuelas, y no aquella en la que se establezca un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad¹⁰⁹¹.

El *dies a quo* para reclamar responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo se sitúa cuando la acción puede ejercitarse, sin que necesariamente equivalga al momento en que acaece el accidente o al del archivo de las actuaciones penales, aunque si estas existieron ahí procede situarlo¹⁰⁹². La Sentencia del TS de 21 de junio de 2011¹⁰⁹³ parte de la doctrina judicial sentada en resoluciones anteriores consistente en que, según el art. 1969 CC, la fecha inicial para el cómputo de los plazos de prescripción de todas las acciones se inicia desde el momento en que pudieron ser ejercitadas, no pudiendo iniciarse en el supuesto de existencia de actuaciones penales hasta el fin de la causa penal. En todo caso, en el supuesto de accidentes de trabajo, la acción de responsabilidad por daños no puede iniciarse hasta que el beneficiario tenga un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que se le derivan, momento que no es el de la alta médica sino cuando se dicta la resolución firme en proceso de invalidez.

¹⁰⁹⁰ ALFONSO MELLADO. C.L.: "Responsabilidad civil por accidente de trabajo: cuestiones actuales", *Revista Jurídica de Cataluña*, N° 3, 2009, pág. 73 y 74.

¹⁰⁹¹ IGLESIAS CABERO, M.: "Las indemnizaciones adicionales por accidentes de trabajo: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, N° 10, Sección Estudios, mayo de 2008, págs. 1180 y ss.

¹⁰⁹² SSTTS 10 de diciembre de 1998 [R] 1998, 10501].

¹⁰⁹³ RJ 2011/7594

El *dies a quo* del plazo de prescripción para reclamar una indemnización por fallecimiento debido a enfermedad profesional es el día del fallecimiento¹⁰⁹⁴. Se plantea en este caso la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción dirigida a reclamar una indemnización por el fallecimiento de un trabajador debido a enfermedad profesional. El problema no ha sido abordado con anterioridad por la Sala Cuarta del TS, que si ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el *dies a quo* para reclamar indemnización de daños y perjuicios pero derivados de AT. La Sala 4ª del TS, partiendo de que lo que se reclama son los perjuicios por fallecimiento, considera que la acción no puede ejercitarse hasta ese momento, por lo que el plazo de un año del art. 59.2 del ET [RCL 1995, 997] en el caso que se resuelve no había transcurrido¹⁰⁹⁵.

Aplicando esta doctrina, el TS resuelve que al tratarse en el caso que está conociendo de una acción de reclamación de daños y perjuicios por fallecimiento del trabajador debido a la misma enfermedad profesional por la que anteriormente se le había reconocido la invalidez, la acción de reclamación de daños y perjuicios no pudo producirse hasta que se produjo el citado fallecimiento, debiendo fijarse el *dies a quo* del cómputo del plazo de un año, a tenor del art. 59.2 de la LET, en el día que la acción pudo ejercitarse, es decir, en el día de su fallecimiento.

Cuando se sigue un procedimiento judicial para la fijación de las lesiones padecidas, el plazo solo comienza a correr desde que el mismo se agota¹⁰⁹⁶.

El computo del plazo de prescripción no se inicia el día en que se produjo el alta medica, o la fecha en que se impone el recargo de

¹⁰⁹⁴ STS de 21 de junio de 2011 [R] 2011, 7594]

¹⁰⁹⁵ Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V. / CAVAS MARTINEZ, F: "Jurisprudencia Social Unificada", *Aranzadi Social*, Abril- junio 2011, pág. 130.

¹⁰⁹⁶ SSTs 22 de marzo 2002 [R] 2002, 5995]; 26 de diciembre 2005 [R] 2006, 2749].

prestaciones por falta de medidas de seguridad¹⁰⁹⁷, sino cuando el interesado conoce la declaración de invalidez permanente¹⁰⁹⁸.

En todo caso, al margen de los matices derivados de los accidentes de trabajo, la STS 24 de noviembre de 2010¹⁰⁹⁹ se pronuncia sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios por la empleadora al trabajador por indebida utilización del móvil de empresa. En el caso consta que el empleado fue despedido en 06/06/2006 por uso indebido del teléfono proporcionado por la empresa, que fue declarado procedente por sentencia del Juzgado el 16/10/2006; posteriormente, en 11 de abril de 2008 se presentó por la empresa reclamación indemnizatoria.

El Tribunal a quo estimó la demanda empresarial en función del criterio de la *actio nata* -teoría de la insatisfacción-, por virtud del cual no pueden comenzar a contar los plazos de prescripción si las acciones no han nacido todavía, de forma que ante el caso planteado, entendió aquel Juzgador que hasta tanto no hubo sentencia de despido que dio constancia cierta de los hechos determinantes del daño cuya indemnización se pretende, la empresa no podía proceder a reclamar la compensación del mismo; en todo caso, pese a esa afirmación de la sentencia recurrida, el TS expresa que lo que la teoría que aquella ha seguido es más bien se basa en el criterio "de la realización" (la acción nace al tiempo en que pudiere ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto), más propia de *actos continuados con resultados dañosos* (por ejemplo, la negativa sin fundamento de una empresa a readmitir a un trabajador en excedencia). Conforme a esta doctrina, cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible

¹⁰⁹⁷ STS de 4 de julio de 2006 [R] 2006, 8675]

¹⁰⁹⁸ REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M, en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 1258 y ss.

¹⁰⁹⁹ Rec. 3986/09

fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, al entender que sólo con ella el perjudicado está en condiciones de valorar en su conjunto las consecuencias dañosas y de cifrar el importe de las indemnizaciones que puede reclamar por concurrir una situación jurídica de aptitud plena para el ejercicio de las acciones.

El TS, en su resolución de 24 de noviembre de 2010¹¹⁰⁰, no admite la aplicación de este criterio al caso que se le plantea argumentando que el daño -por la indebida utilización del teléfono móvil- ya se había producido en su integridad y era conocido a fecha del despido, no existiendo impedimento alguno para que desde tal momento se hubiese exigido la correspondiente responsabilidad civil; según esta resolución judicial no es necesario esperar a que el despido sea declarado procedente en la sentencia de instancia, ni a que ésta fuese confirmada por el Tribunal Superior, sino que desde aquella fecha en la que se tuvo conocimiento de los hechos, con anterioridad a la carta de despido, la acción pudo ser ejercitada, resultando que "todo retraso ha de ser calificado como efectiva dejación del derecho, de manera que la presentación de la reclamación por daños en 11 de abril de 2008 (casi dos años después de haber concluido la producción del daño y de que la empresa tuviese conocimiento íntegro del mismo) es claramente extemporánea, por estar ya prescrita la acción, conforme al art. 59.2 ET". En conclusión, la prescripción, ex ET art 59.2, inicia su computo cuando se advierte el daño y no cuando el mismo es reconocido judicialmente en la sentencia de despido.

Como regla general, el plazo de prescripción en materia de responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones de trabajo, todo lo referente al ejercicio de las oportunas pretensiones conocidas por la jurisdicción laboral, se regirá por la legislación laboral, que marca en el art. 59 de la LET la regulación de que las acciones derivadas del trabajo que no tengan señalado plazo especial prescriben al año de su

¹¹⁰⁰ Rec. 3986, 09.

terminación¹¹⁰¹.

Esta regla general está cediendo en dos supuestos. En primer lugar en el caso que la responsabilidad sea extracontractual, ya que se aboga por la aplicación del art. 1968-2º CC que establece la prescripción de un año¹¹⁰². Contrariamente, según la STSJ de Galicia de 14 de abril del 2000¹¹⁰³, en casos de incumplimientos de tratos preliminares y precontratos se debe aplicar el plazo de 15 años del art. 1964 CC (previsto para acciones "personales que no tengan señalado plazo especial de prescripción"), a toda reclamación de daños y perjuicios por ruptura injustificada de un precontrato, por no existir vínculo jurídico¹¹⁰⁴.

Concluyendo, el plazo prescriptivo va a ser siempre el de un año, conforme al art. 59 del Estatuto de los Trabajadores, si estimamos que la responsabilidad civil es contractual.

Si es extracontractual por daños a terceros, también se aplicaría el plazo prescriptivo de un año del art. 1968.2 del Código Civil.

El "*dies a quo*" para el cómputo de la prescripción será aquel en el que se reconozcan de modo definitivo los efectos del quebranto producido, pues sólo entonces se hallará el interesado en condiciones

¹¹⁰¹ MONEREO PEREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2013, págs. 758 y 759.

¹¹⁰² IGLESIAS CABERO, M.: "Las indemnizaciones adicionales por accidentes de trabajo: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, N° 10, Sección Estudios, mayo de 2008, págs. 1180 y ss.

¹¹⁰³ Rec. 467/197

¹¹⁰⁴ PALOMO BALDA, E.: "*Derecho de daños y relaciones laborales*". Ponencia presentada al *Encuentro entre Magistrados del Orden Social*, Madrid, C.O.P.J., abril de 2008, pág. 206. En todo caso, SEMPERE y SAN MARTIN, apelando a la STS UD de 18 de enero de 1993 [R]. 1993.898] señalan que es aplicable la doctrina del TS sobre el plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios derivado de la ruptura de los tratos preliminares de 1 año (art. 59.1 ET, que empezaría a correr en el momento en que el perjudicado tiene conocimiento del incumplimiento causante del daño (la ruptura del precontrato), por lo que no sería necesario esperar al reconocimiento judicial de dicho incumplimiento (STS de 23 enero 1991: [R]. 175): Véase *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 2011, págs. 55 y ss.

de valorar el alcance total del daño y el importe adecuado de la indemnización (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencias de 17 de mayo de 1989 y 27 de febrero de 1996) o cuando se notifique la conclusión del proceso penal (Sentencia de la misma Sala de 15 de mayo de 1997) o desde que existe resolución firme reconociendo determinado grado de invalidez permanente al interesado (Sentencias de 27 de febrero de 1996 y 12 de mayo de 1997 de la Sala 1ª). Últimamente, STS (Sala 1ª) de 3 de diciembre de 2007¹¹⁰⁵ parece inclinarse por fecha informe propuesta EVI. Se argumenta que, como "*dies a quo*" de la prescripción de la acción, debe fijarse la fecha de la Resolución de la Dirección Provincial del INSS, pues la existencia de una declaración de accidente laboral o enfermedad profesional es requisito previo e imprescindible para que concurra la responsabilidad civil de empresario, de tal modo que la existencia de una enfermedad profesional debe ser reconocida como tal para poder ejercitar la acción derivada de la culpa extracontractual del empleador, sin que se pueda atribuir a la Resolución simples efectos administrativos, en relación con la situación laboral y las prestaciones en ese orden, recordando, por último, el tratamiento restrictivo del instituto de la prescripción.

Es reiterada la doctrina jurisprudencial, la que establece que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, "*dies a quo*", la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, es decir en el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios. La doctrina relativa a que en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto padecido, constituye una constante en las declaraciones de esta Sala, y se encuentra recogida en numerosas sentencias¹¹⁰⁶

¹¹⁰⁵ Rec. 4215/2000

¹¹⁰⁶ Sentencias de 3 de octubre de 2006, 20 de septiembre de 2006, 22 de julio

de 2003, 13 de febrero de 2003, 22 de enero de 2003, ó 13 de julio de 2.003, que a su vez cita las de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 24 de junio de 1993 y 26 de mayo de 1994.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA

1.- La responsabilidad empresarial como consecuencia de un accidente laboral constituye uno de los temas recurrentes en la doctrina, las normas y los tribunales. Los problemas que nuestro ordenamiento jurídico plantea cumplen demasiados años sin que hasta la fecha se hayan adoptado medidas eficaces para solucionarlos. Esta investigación ha querido hacer evidente la emergencia que el instituto de la responsabilidad civil ha pasado a tener en el Derecho del Trabajo. El estudio sobre la responsabilidad civil por daños en el marco de las relaciones laborales experimenta una continua evolución por la doctrina judicial y científica sobre la perspectiva reparadora frente a los siniestros laborales, y también ante el horizonte que puede abrirse camino en función del modelo de relaciones laborales que puede emerger ante las reformas de la legislación de trabajo que se han emprendido estos últimos años.

Entre esas reformas, el legislador ha adoptado una que resulta de crucial importancia para enmarcar la responsabilidad civil en el ámbito laboral: la LRJS de 2011 ha atribuido el conocimiento de la responsabilidad civil por siniestralidad laboral, de forma global, al orden social de la jurisdicción y, más en general, ha asumido de forma íntegra la tutela de la reparación por daños producidos en el ámbito de las prestaciones de trabajo. A este respecto, la regulación que lleva a cabo la LRJS de la competencia jurisdiccional en el enjuiciamiento de la responsabilidad por daños, conjugada con la doctrina judicial acaecida hasta la fecha, permiten concluir que la responsabilidad civil por daños en el ámbito laboral, además de su tradicional y prístina función compensadora, asume de forma cada vez más relevante una finalidad preventiva, lo que sobresale principalmente en relación el derecho de daños en el marco de la prevención de riesgos laborales y también en materia de vulneración de derechos fundamentales.

2.- En relación a los elementos configuradores de la responsabilidad civil, el común denominador a la doctrina judicial sobre responsabilidad civil en materia laboral exige la existencia de un daño imputable a una determinada persona en razón del incumplimiento de sus obligaciones en el marco de un claro principio de responsabilidad subjetiva, si bien abandona su rigurosa concepción culpabilista en su sentido más clásico y tradicional, para insistir en la simple exigencia de culpa -sin adjetivaciones. Como al efecto se ha desarrollado en esta investigación, la responsabilidad civil contractual en materia de relaciones laborales llevan a configurarla como una responsabilidad subjetiva atenuada de forma general, si bien en el marco de la siniestralidad laboral anudada a la exigencia de una deuda de seguridad cuasi-objetiva.

Inicialmente se asumió la teoría de la responsabilidad por culpa, en línea con las previsiones contenidas en los Códigos Civiles; de este modo, la reparación del daño sufrido por el trabajador accidentado solo sería posible cuando quedare acreditado que el siniestro había acaecido por comportamiento ilícito del empresario, lo que excepcionalmente se estimaba ocurrido, por entenderse que al aceptar el trabajo también se asumían los riesgos a él inherentes.

El paso a un sistema de responsabilidad objetiva supone un gran avance, en el sentido de que quien genera una situación de riesgo, al margen de toda consideración sobre la concurrencia de culpa o negligencia en su proceder, ha de arrostrar las consecuencias en caso de siniestro, siendo este el principio aplicable a las situaciones de riesgo generadas por el funcionamiento de la empresa. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 181/2000, de 29 de junio, afirmando que ha tenido lugar "una profunda transformación tanto cuantitativa como cualitativa" del Derecho común de la responsabilidad civil "hasta el punto de convertirse en un genuino Derecho de daños, abierto al concepto más

amplio de la responsabilidad colectiva y que, en su proyección a ciertos sectores de la realidad, ha tendido a atenuar la idea originaria de culpabilidad para, mediante su progresiva objetivación, adaptarse a un principio del daño ("*pro damnato*"). En último término, ésta es la postura adoptada por nuestra legislación de accidentes de trabajo desde sus orígenes.

El sistema de Seguridad Social pretende suministrar una respuesta algo diversa al hablar de consideración conjunta de las contingencias y aplicar técnicas de clara socialización del riesgo. Lo que sucede es que del accidente de trabajo no derivan solo tales responsabilidades prototípicas del ámbito laboral, sino también otras varias y adicionales, que constituyen el específico régimen de responsabilidades de índole diversa (penales, civiles, administrativas).

3.- Un cuadro esquemático del complejo régimen sancionador de los accidentes de trabajo en general, y de los cometidos por infracción de las medidas de seguridad e higiene en particular, puede ser el siguiente:

a) La primera y principal clase de responsabilidad que el accidente laboral puede generar para el empresario es la de afrontar, a su cargo, la protección de Seguridad Social correspondiente cuando la misma no nazca de forma natural por existir un previo incumplimiento (de la propia empresa) que afecte a la afiliación, alta o cotización del lesionado.

b) Bajo el prisma del Derecho Público, el accidente puede comportar la actuación del *ius puniendi* estatal, bien dando lugar a responsabilidad penal, bien a una sanción administrativa.

c) Como suceso que por su propia definición supone la existencia de una relación contractual y la producción en su seno de un daño, bajo el punto de vista del ordenamiento privado el siniestro

ocurrido por infracción de las obligaciones de prevención de riesgos exigibles a la empresa dará lugar a una responsabilidad, en este caso, de índole indemnizatoria.

4.- La existencia de un contrato de trabajo determina una primera causa indemnizatoria, en la medida en que la parte que no sufre el accidente es "*deudora de seguridad*"; por ello suele afirmarse que esta responsabilidad es de carácter contractual. Lo que sucede es que la evolución de los modernos ordenamientos ha conducido a una socialización del riesgo protegido, determinando su inserción en los sistemas de Seguridad Social. De este modo, se produce el desplazamiento a un tercero (el Estado) de la responsabilidad que inicialmente corresponde al empresario, pero éste también cuando han existido irregularidades en el aseguramiento. A causa del accidente de trabajo, la responsabilidad en materia de prestaciones de Seguridad Social puede recaer sobre el empresario que haya incumplido sus obligaciones (afiliación, alta, cotización) sobre el particular. Sin embargo, en tales casos, no se trata tanto de una responsabilidad patronal derivada del accidente de trabajo cuanto del previo incumplimiento de los deberes de financiación impuestos por las normas de Seguridad Social.

Cuando el empresario haya incumplido las medidas de seguridad a que venía obligado, la legislación prevé que las prestaciones de Seguridad Social correspondientes se vean incrementadas, a través del llamado "*recargo de las prestaciones*", a costa del empleador. Se trata de una figura jurídica de perfiles borrosos y polémicos.

La mejor protección es la que se refiere, precisamente, a la *prevención*, y ésta no pende solo del modo en que el empresario responda en los supuestos en que se produce un accidente; en definitiva, normalmente las reformas a realizar están justificadas por la propia necesidad de regular armónicamente aspectos muy distintos, procedentes de regulaciones también heterogéneas, y que han ido

sedimentándose en nuestro ordenamiento jurídico. Tras la LRJS, ha quedado resuelto el problema jurisdiccional, así pues la competencia corresponde al orden jurisdiccional social, salvo que por los mismos hechos se siga proceso penal.

5.- En cuanto a los *criterios para fijar el monto de las indemnizaciones*, el Juez de instancia debe tener en cuenta los siguientes parámetros elaborados por la jurisprudencia:

a) La responsabilidad civil por accidente de trabajo está sujeta al *principio de la reparación íntegra*, ante la afirmación de un principio institucional que proyecta su fuerza normativa sobre la solución de los casos planteados.

b) La fuerza normativa *del principio de vertebración* para cuantificar los daños corporales en responsabilidad civil supone que es ineludible diferenciar los diversos conceptos dañosos y, consiguientemente, resarcitorios, separando los perjuicios personales y los perjuicios patrimoniales y discriminando, dentro de cada uno de ellos, los diversos subconceptos dañosos, para asignar a cada uno la suma que se estime pertinente.

c) Es perfectamente aceptable la opción del juzgador que decide acoge el sistema legal (baremo de accidentes de circulación) para valorar los daños corporales ajenos al tránsito motorizado; y, sentado ello, se afirma el *principio de autovinculación*, en virtud del cual, escogido el sistema como base jurídico-valorativa, tiene que atenerse a él y aplicar correctamente sus reglas, sin apartarse del mismo, salvo que medien circunstancias especiales que justifiquen de forma cumplida una valoración distinta.

d) La regulación aplicable será la vigente en la fecha del siniestro, y las cuantías resarcitorias deben ser objeto de actualización a la fecha del enjuiciamiento.

e) Las indemnizaciones civiles y las indemnizaciones laborales no son absolutamente compatibles e independientes, sino *relativamente* compatibles e interdependientes, pues unas y otras en conjunto están llamadas a dar satisfacción al principio de reparación íntegra.

f) La indemnización civil se verá reducida con la detracción de las cuantías percibidas por las prestaciones sociales que sirven para evitar o paliar el lucro cesante que implica la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo del trabajador accidentado.

g) La *compensación* de las ventajas sociales con el valor de los daños padecidos no puede realizarse de forma indiscriminada, sino que tiene que operar a través de *conceptos homogéneos*, de tal manera que, sirviendo la prestación social para paliar el lucro cesante, su importe sólo debe ser computado reductoramente en la determinación de la indemnización civil que corresponda por tal concepto, sin que, por tanto, pueda utilizarse para disminuir la indemnización asignada a los perjuicios de carácter personal o a perjuicios distintos de carácter patrimonial. Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se practica la liquidación.

h) Proyectada la anterior doctrina sobre el resarcimiento de los daños causados por las lesiones temporales, queda claro que, aplicado el sistema legal valorativo y, en concreto, la tabla V del Baremo, *el resarcimiento obtenido por la vía de la prestación social sólo puede servir para disminuir la valoración de los perjuicios que por lucro cesante se haya de reconocer como indemnización civil.*

i) En lo que concierne al cómputo de las ventajas constituidas por el resarcimiento que proporcionan las prestaciones sociales por incapacidad permanente, se atiende al mismo criterio y, a tal efecto, se precisa que el descuento de su importe sólo puede proyectarse sobre la cantidad asignada por la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos de la tabla IV y por la parte que se entienda adjudicada por perjuicios económicos de lucro cesante dentro del factor de corrección de la incapacidad permanente, sin que por ello pueda afectar la detracción a su total importe.

6.- Pero, como se ha anticipado, la indemnización satisfecha por la empresa responsable del accidente de trabajo no tiene por qué fijarse conforme a las reglas del baremo de circulación, aunque puede ser útil su utilización, ya que el baremo se apoya en criterios de responsabilidad objetiva y aquí hay culpa empresarial cuya acreditación no siempre será sencilla. Debe compensarse la totalidad de los daños físicos, los daños morales, los perjuicios patrimoniales y el lucro cesante, razonando cada uno (sin “valoración conjunta”).

Si se aplica el Baremo, el descuento de prestaciones de Seguridad Social solo puede afectar al lucro cesante (y no íntegramente), sin que el capital coste de la pensión pueda minorar la indemnización por daños físicos o morales. Si se aplica el Baremo hay que estar a los valores vigentes al producirse la primera valoración judicial. En el descuento, se toma los días no improductivos para los de baja laboral no hospitalaria; respecto de periodos de hospitalización no hay descuento.

En el tratamiento del lucro cesante en el derecho de daños, ha supuesto un gran avance la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010, la cual parte de que la determinación del daño se funda en el principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados

Con arreglo a este principio de reparación integral del daño causado, la Sala 1ª del TS establece que el régimen de responsabilidad civil por daños a la persona en accidentes de trabajo comprende el lucro cesante, incluye en los daños y perjuicios causados a las personas “el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener”. Este sintagma se toma del artículo 1106 CC, el cual se admite pacíficamente que se refiere al lucro cesante. Asimismo, en el ámbito de la cuantificación del daño, el Anexo 1ª, 7 del Baremo de circulación establece como circunstancias que se tienen en cuenta para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados “las circunstancias económicas, incluidas las que afecten a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado”.

El lucro cesante, salvo prueba acreditativa de un daño o un perjuicio mayor, ha de ser fijado en cuantía equivalente al 100% del salario dejado de percibir en dicho periodo por el accidentado (incluidas las posibles *mejoras* de convenio, a justificar por el reclamante); de forma que la indemnización por tal concepto ascenderá a la diferencia entre lo percibido por subsidio de incapacidad temporal y, en su caso, por posible mejoras colectivas o personales (acreditados por la parte a quien beneficie su invocación) y el importe del 100 % de aquel salario dejado de percibir. Esta determinación del lucro cesante determina que no proceda aplicar a los accidentes de trabajo los que en el Anexo (de.....) figuran como “factores de corrección” por perjuicios económicos en atención a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, dado que ya se ha partido –para fijar los daños y perjuicio- del importe del 100% del salario dejado de percibir.

7.- La traducción en términos económicos de los *daños materiales* es sencilla pues su fijación es meramente objetiva e inmediata, mientras

que la indemnización por *daños morales* será subjetiva y mediata. Tras la entrada en vigor de la LRJS, serán aplicables las reglas indemnizatorias recogidas en los arts. 179.3 y 183 LRJS, ambas en sede del proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. El primero requiere que en la demanda se recojan las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización que se reclama, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador y se excepciona de ello a los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada. Junto a ello, el art. 183 LRJS recuerda que cuando la sentencia declare la vulneración del derecho fundamental, el juez habrá de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización incluyendo daño moral y daños y perjuicios adicionales derivados. El juez se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resultare demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión. Independientemente, cuando se trata de daños morales, los parámetros valorativos difusos a emplear deberán ser razonables.

Un aspecto esencial que la LRJS abre en materia de responsabilidad civil es el favorecimiento de la concesión de una indemnización por daños morales causados en la vulneración de derechos fundamentales, a través de la atribución al Juez de un papel activo en su reconocimiento, lo que sin duda va a potenciar la tendencia hacia la automaticidad en compensación derivada de la lesión de aquellos derechos.

8.- La nítida separación tradicional entre las funciones asignadas al Derecho civil (*reparación, compensación*) y al penal (*prevención*), empieza a difuminarse en los últimos tiempos al discutirse, desde la óptica civilista, si el Derecho privado y, especialmente, el Derecho de

daños, no cumple también una función preventiva.

El Derecho de daños puede cumplir sus funciones compensatoria y preventiva, de tal forma que el principio de *prevención* se integraría en el de *compensación*. Así, habría de distinguirse entre la función preventiva del Derecho de daños y la adopción, en un procedimiento civil, de medidas sancionadoras, pues no son incompatibles sino que, muy al contrario, se auxilian.

Una cosa es que, en la práctica, la indemnización o compensación económica tenga un efecto preventivo y otra, bien distinta, que ésta sea una función normativa del Derecho Civil. De hecho, no se ha producido un radical giro de las funciones de la responsabilidad civil hacia otras que son propias de Derecho Penal y del Derecho administrativo. No obstante, en el *Proyecto de Codificación Europea en materia de responsabilidad civil*, se indica que la indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño.

Conforme establecen los arts. 183.2 LRJS (contribución de la indemnización “a la finalidad de prevenir el daño”) y 10 LOIMH (“reparaciones o indemnizaciones, reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”), podríamos plantearnos si se estaría dando entrada a los *daños punitivos* en nuestro sistema. Entendemos que no, pues tales referencias legales no revisten la entidad suficiente como para salvar las exigencias de legalidad de cualquier manifestación sancionadora. Ahora bien, lo que sí deriva del tenor legal del nuevo art. 183.2 LRJS es que la propia ley procesal laboral evidencia que la indemnización civil encarna también ese matiz preventivo que disuade el incumplimiento, de forma tal que resulte menos rentable vulnerar un derecho fundamental que cumplir la ley por las consecuencias económicas que ello puede generar.

En la indemnización por daños y perjuicios derivados de la

vulneración de derechos fundamentales hay un claro componente de reproche social ante este tipo de conductas especialmente reprobables pero ante él reacciona el ordenamiento por la vía del Derecho administrativo sancionador que es punitivo, preventivo y disuasorio.

No obstante, y sin perjuicio de lo expuesto, sí es posible localizar, en determinados supuestos en los que el ordenamiento jurídico tiene presente la relevancia del incumplimiento y del daño causado, un matiz de *plus* reparador con perfiles punitivos pero que no encaja estrictamente en la sanción entendida como cantidad impuesta por el poder público y a ingresar en el Tesoro, dado que revierte en el perjudicado (de ahí su singularidad). En todo caso, habrá de ser la ley la que incorpore instituciones con aquellos perfiles determinando módulos, sistemas o criterios de cálculo de los mismos. Responde a tal naturaleza *el recargo de prestaciones*, al que la doctrina y la jurisprudencia social atribuyen expresamente naturaleza sancionadora o punitiva aun cuando presenta rasgos de indemnización y de sanción, al darse en él elementos de ambas figuras. También, el actual art. 9.2.d) de la LO 1/1982 (y, previamente el derogado art. 9.3 del mismo cuerpo legal) que, en el contexto de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar ya la propia imagen, dispone: “La tutela judicial comprenderá (...) la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos”.

9.- La designación del orden jurisdiccional competente para resolver las reclamaciones de daños y perjuicios por accidente de trabajo ha estado sometida a llamativas discrepancias en el seno del Tribunal Supremo, al mantenido posturas diversas y contradictorias la Sala de lo Civil, la de lo Social y la de Conflictos.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ha puesto fin a esta controversia, acabando con el “peregrinaje de jurisdicciones”, como establece su *Preámbulo*, al manifestar que el objetivo principal de la

norma es establecer, ampliar, racionalizar y definir con mayor claridad el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social, con fundamento en su mayor especialización, conocimiento más completo de la materia social y marco procesal especialmente adecuado a los intereses objeto de tutela de este orden. Así como la necesidad de consolidar el ámbito material del orden social, que, a su vez, se ha hecho evidente en la práctica jurisdiccional, en el cual han sido frecuentes los conflictos procedidos de la heterogeneidad en las resoluciones de órganos judiciales inscritos en órdenes diferentes.

La LRJS, por tanto, ha dispuesto que el orden social sea el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos. Bajo este contexto, se refuerzan, por una parte, los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo. Por otra, dispone los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales. Esta asignación de competencias se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes deberán plantear, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional o estatutaria o laboral. Se incluyen además competencias sobre medidas cautelares. Por último, se asigna al orden social la competencia sobre las cuestiones relativas a los órganos de representación de personal en materia relacionada con la prevención de riesgos en el trabajo, a través, en su caso, de los Delegados de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud, con independencia del tipo de personal que intervenga en su designación o composición.

Finalmente, en cuanto a la carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo, el segundo apartado del artículo 96 de la LRJS dispone que, en los procesos sobre

responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier otro factor excluyente o minorador de su responsabilidad. Como toda regla tiene su excepción, el legislador señala que no podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira.

Por lo tanto, el legislador, a través de la LRJS, ha puesto fin a la disyuntiva existente sobre la jurisdicción competente para conocer la responsabilidad derivada de accidente de trabajo. Con la actualización de la normativa procesal laboral, se facilita el efectivo cumplimiento de las políticas de promoción de la salud y seguridad en el lugar de trabajo, evitando la necesidad de intervención sucesiva de diversos órdenes jurisdiccionales, que ocasiona dilaciones, gastos innecesarios y el comporta el riesgo de emisión de pronunciamientos contradictorios, al tiempo que proporciona un marco normativo que garantiza la seguridad jurídica. Por otro lado, la unificación de la materia laboral en el orden social convierte también a éste en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y trabajadores en el ámbito de la relación de trabajo.

10.- En definitiva, la responsabilidad civil por daños en el ámbito laboral, pese a su anclaje básico de carácter civilista, es una institución cuyo espíritu y contenido se integran de la configuración propia del Derecho del Trabajo. La óptica civilista en la interpretación de la responsabilidad por daños no resulta adecuada en su aplicación en el ámbito laboral, sino que este sistema de reparación indemnizatoria debe cubrirse con las características específicas que la hacen reconocible desde una perspectiva laboral, tanto por la singularidad de la propia prestación de trabajo, como por la influencia

que éste ejerce en la entidad de los bienes que pueden resultar afectados en su desarrollo.

* * *

En lo que se refiere más específicamente a las Propuestas de Reforma o de *lege ferenda* en la regulación de la materia considerada, venimos a formular las siguientes:

1º.- *POR UNA LEY INTEGRAL*: El mejor método para solucionar la mayor parte de los problemas que actualmente presenta esta materia es la elaboración y aprobación de una *Ley Integral de Siniestralidad Laboral* que contemple todas las cuestiones que hoy se ventilan ante los ordenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social. Sin ser una conclusión completamente novedosa, porque ya ha sido apuntada en un sentido similar por una parte de la doctrina, consideramos que es conveniente la aprobación de una ley general e integral que recoja todo lo concerniente a las responsabilidades en que pueda incurrir el empresario, tanto si de tal incumplimiento se derivara un accidente de trabajo o enfermedad profesional sufrido por un trabajador que preste sus servicios en el centro de trabajo (aunque no tenga un vínculo contractual con el sujeto infractor), como si se tratase de daños de cualquier tipo ocasionados por terceros por un incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. De este modo, se resolverían en el orden jurisdiccional social todas las cuestiones derivadas de los daños sufridos en la salud de un trabajador como consecuencia de la prestación de servicios, incluidos los daños morales o cualquier otro que pueda sufrir, como por ejemplo, la compensación por la pérdida de ingresos o los gastos sanitarios. Esto es, la *prevención* sería contemplada desde un punto de vista integral y amplio y en el que

también se incluyan los daños en el patrimonio de un tercero que presta sus servicios en el mismo centro de trabajo. De este modo, se facilitaría el derecho constitucional a la *tutela judicial efectiva*, de modo que para cualquier trabajador o empresario que vea mermados sus derechos pueda ejercitarlos en un único proceso y, de este modo, se simplifique el acceso a la justicia.

En algunos supuestos no queda totalmente restituido el daño que puede sufrir un trabajador con la protección que otorga el orden social, y para ello se recurre a la indemnización de daños y perjuicios reconocida en el orden civil. Pero si, finalmente, de lo que se trata es de que el trabajador o sus causahabientes perciban una compensación que les resarza del daño que han sufrido por un comportamiento negligente o culposo del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, se debería simplificar y que sea el orden social el que pueda compensar mediante una cantidad justa que alcance la compensación total del daño ocasionado, añadida a las prestaciones de seguridad social y se ponga fin y solución a dicha situación.

2º- *EL RECARGO DE PRESTACIONES*: También tendría que sopesarse la oportunidad de mantener o no el recargo de prestaciones y, si se optara por mantenerlo, despejar las dudas sobre su posible aseguramiento, y establecer si su importe es o no computable para fijar la indemnización.

La medida de recargo de prestaciones sociales en su régimen jurídico vigente tiene una típica naturaleza compleja y en su calidad de institución preventiva no debería ser sustituida/suprimida, ni tampoco reconfigurada en indemnización civil estricta.

Consideramos que preciso es mantener la figura del recargo como reforzamiento de las obligaciones de prevención y salud laboral, realizando solo los necesarios ajustes normativos de racionalización pertinentes. Habría que modificar el art. 16 de la OM de 18 de enero

de 1996 e incorporar una nueva regla en el art. 123 de la Ley General de Seguridad Social para admitir la responsabilidad subsidiaria de las entidades gestoras de la Seguridad Social ante situaciones de insolvencia del empresario. También podría ampliarse -como opción preferible- el ámbito de aplicación de la cobertura del FOGASA (art. 33 LET), como aseguramiento público subsidiario en caso de insolvencia empresarial.

3.- *SISTEMA ESPECIFICO DE VALORACIÓN DE LOS DAÑO DERIVADOS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES* (tal como dispone la Disposición Final 5ª de la LRJS), estableciéndose las medidas necesarias para la elaboración de un baremo, amparado en la ley, pero de carácter “abierto”, extensivo e interpretativo. De modo que las cuantías mínimas y máximas se puedan computar en base a otros parámetros que no sean estrictamente numéricos. El juez tendría que tener capacidad para analizar las circunstancias concurrentes en la producción del daño y calificarlas. No parece razonable pensar, que el juzgador deba atender de forma rígida a una valoración tasada en relación a daños sufridos sin atender a conceptos tan básicos, como la edad, sexo, tipo de trabajo que presta, o las posibilidades de reincorporación al mercado de trabajo en la zona geográfica donde tenga su residencia habitual. Por otra parte, ningún órgano judicial debería de permanecer insensible ante la distinta capacidad material que cada de empleador incumplidor tiene para adoptar las medidas de seguridad. No sería, acaso, viable que, ante idénticos hechos, la indemnización concedida tenga en cuenta también la capacidad económica de la empresa o empresas demandadas. Una pequeña empresa que haya tenido el infortunio de que uno de sus trabajadores se haya accidentado, habiendo adoptado las medidas de seguridad legalmente establecidas, puede verse avocada al cierre con consecuencias directas sobre terceros, caso que puede ser frecuente, si además se le exige recargo de prestaciones por deficiencias en las medidas de seguridad adoptadas, teniendo en cuenta, además, que este recargo no es

asegurable. La ley y sus instrumentos jurídicos aplicadas por los órganos judiciales deben dar respuesta a las exigencias de la sociedad a la que sirven, por eso, las decisiones judiciales deben ser atinentes a la legalidad, pero también deben ser justas atendiendo a criterios de racionalidad.

4.- *MODIFICAR EL SISTEMA INDEMNIZATORIO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE.* Puesto que la prestación de incapacidad permanente que otorga la Seguridad Social no es equivalente al daño provocado a un trabajador como consecuencia de un accidente que provoca esa situación de incapacidad, consideramos que debe ser modificada en base a los siguientes argumentos:

a) Las prestaciones de Seguridad Social permiten la cobertura de una situación de necesidad pero no guardan una relación de equivalencia con el daño. Es decir, el daño que deriva de una incapacidad permanente en grado de total para la profesión habitual no equivale al 55% de la base reguladora por la que viniera prestando servicios el trabajador;

b) El importe del capital coste que determina la prestación de incapacidad permanente no pasa a formar parte del patrimonio del accidentado sino que es depositado en la Tesorería General de la Seguridad Social, de modo que solo lo percibirá en su integridad en la hipótesis, relativamente improbable, de que el trabajador accidentado con lesiones graves e incapacitantes alcance el promedio de vida de todos los ciudadanos; y

c) Si desde el punto de vista legal se conciben las prestaciones como una cobertura mínima de los daños asegurados, obvia resulta la consecuencia de que se deben complementar, y eso no es posible si el resultado final de las indemnizaciones por este concepto acaba siendo nulo, inexistente o igual a cero, desde el momento en que se lleva a cabo la compensación con el citado capital coste.

Por tanto, consideramos que, mientras se produce el desarrollo de la D.F. 5ª LRJS, debe mejorarse el sistema de indemnizatorio de la incapacidad permanente. Consideramos que se debe aplicar el régimen previsto en el baremo derivado de la Ley del Seguro, en el que se establece un arco indemnizatorio, con un tope máximo y mínimo por grado de incapacidad, en el que se tiene en cuenta como factor de concreción el alcance incapacitante de las lesiones, y en el que podría introducirse a su vez un nuevo factor corrector. Para ello, sería posible considerar una indemnización adicional a cuantificar dentro del tercio inferior del aludido baremo.

5.- *SEGURO PRIVADO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EMPRESARIAL*. Se debería plantear la conveniencia de articular un seguro privado obligatorio de responsabilidad civil objetiva en los accidentes de trabajo, capaz de lograr tres importantes ventajas para el trabajador: a) agilizar el cobro inmediato de las indemnizaciones por todas las víctimas sin necesidad de acudir a juicio, al pagar siempre la entidad aseguradora sin necesidad de reclamación judicial; b) facilitar el cálculo de costes empresariales, y c) evitar impagos en supuestos de insolvencia y desaparición de empresas. Todo ello dentro de la gestión del riguroso mercado del aseguramiento privado de costes y daños que propiciaría primas en función de la siniestralidad y que actuaría dentro de una lógica de *bonus-malus* favorable a la prevención.

Este seguro permitiría la automaticidad del pago de una compensación en concepto de responsabilidad civil por el accidente, si bien que parcial, puesto que se haría según un baremo legal específico de daños. El seguro pagaría la compensación tanto si el daño hubiese tenido lugar mediando falta de medidas de prevención de riesgos, es decir, en supuestos en los que sería exigible una responsabilidad por culpa, o en supuestos en los que el daño fuese materialización de un riesgo inevitable, es decir, en los supuestos en

los que, de no existir tal, procedería una responsabilidad civil por riesgo.

El seguro representaría un primer estadio en el *iter* compensatorio de la víctima. De manera que en este primer momento, la automaticidad del pago del seguro obligatorio implicaría una renuncia a cualquier indagación sobre si el daño tiene en su origen en un incumplimiento empresarial o no. El resultado práctico en todo caso es que el seguro no actuaría sobre el supuesto de un examen de la responsabilidad del empresario. Se podría admitir por tanto esta realidad sin más, en lo que sería un seguro obligatorio de pago automático por accidentes de trabajo, como fórmula laboral original. Se podría dar otra explicación teórica, que toma ejemplo de otros sistemas de seguros civiles ante otro tipo de accidentes, pero que tendría el mismo resultado práctico: esto es, leer este seguro en clave de aseguramiento de responsabilidad objetiva. La siniestralidad laboral sería tratada de manera similar a, la más compleja, numerosa y arriesgada, siniestralidad en el tráfico, con resultados satisfactorios en las reparaciones de daños.

En este seguro se deberían arbitrar medidas que potenciasen la prevención o al menos neutralizasen los efectos desincentivadores de la prevención que suelen acompañar a los seguros. Las fórmulas a este respecto pueden ser variadas: el sistema de franquicias (que se podría ajustar a la dimensión económica de la pequeña, mediana o gran empresa); topes al porcentaje de responsabilidad asegurada; un sistema de primas de seguro en función de la siniestralidad; un sistema de repetición de costes por parte de la aseguradora, parcial o total en función de la gravedad del incumplimiento empresarial etc En definitiva, se articularía un sistema de seguro privado con referencias legales y dentro de la lógica del mercado del aseguramiento, que pretendiese, por un lado, paliar el problema que las insolvencias empresariales implican para responsables y accidentados, y, por otro, incentivar a las empresas cumplidoras de la normativa de prevención,

que pagarían menos, y penalizar económicamente a las incumplidoras, que pagarían más.

BIBLIOGRAFÍA:

ALAMEDA CASTILLO, MT: “Indemnización derivada de la vulneración de derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo: nuevas (o renovadas) dimensiones”, XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Girona, 2013.

ALARCÓN FIDALGO, J.: “La valoración de los daños a la persona en la practica judicial”, *Revista Española de Seguros*, 1989.

ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN.: “El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo”, *Revista de Derecho Privado*, Mayo 1998.

ALEGRE NUENO, M.: “Los tribunales laborales garantizan el cumplimiento de las normas”, *Revista Gestion Practica de Riesgos Laborales*, Nº 91, 2012 (disponible en <http://riesgoslaborales.wke.es/articulos/los-tribunales-laborales-garantizan-el-cumplimiento-de-las-normas>)

ALFONSO MELLADO, C.L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relacion laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

- *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- “ Daños derivados de accidente de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, Nº 1 , 1998.

- "Responsabilidad civil por accidente de trabajo: procedimiento de reclamación (orden jurisdiccional competente. Plazo de reclamación y prescripción. Cuantía y contenido de la sentencia)", en II Jornadas de Derecho Laboral, organizadas por la Confederación Sindical de Comissions Obreres del País Valenciá, Unió Comarcal de l'Alacantí sobre el *accidente de trabajo (cuestiones de actualidad)*, celebradas en Alicante, 3 y 4 de junio de 1999.

- "Acoso moral , sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral", *Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia*, 2001.

- "La culpabilidad como fundamento de la responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral, *Aranzadi Social*, Nº 5 , 2003.

- "Manifestaciones de la responsabilidad empresarial en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", en PUMAR BELTRAN, N. (Coord.), *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Bomarzo, Albacete 2006.

- "La responsabilidad de terceros por accidente de trabajo", *XVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social*, Barcelona, Marzo 2007.

- "Determinacion de la cuantia de las indemnizaciones por accidente de trabajo", *Revista de Derecho Social*, Nº 39, 2007.

- "Responsabilidad civil por accidente de trabajo: cuestiones actuales", *Revista Jurídica de Cataluña*, Nº 3, 2009

- *Prevención de riesgos laborales y accidente de trabajo en la Ley Reguladora de la Jurisdicción*, Bomarzo, 2011.

- "La responsabilidad civil por daños en las relaciones colectivas de trabajo", *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013.

ALFONSO MELLADO, C., LLEDÓ CASANOVA, B. Y RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: *La nueva regulacion del proceso laboral*, Tiran lo Blanc, 2011.

ALFONSO MELLADO, C.L: CARMEN SALCEDO BELTRÁN, IGNACIO ROSAT ACED: *Responsabilidad en materia preventiva*, Tiran lo Blanc, 2010.

ALONSO OLEA, M.: *La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, Civitas, Madrid, 1990.

ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002.

ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *El acoso del trabajador en la empresa*, Tirant Lo Blanch, 2008.

ALVAREZ ALONSO, D.: " La indemnización por lesión de Derechos Fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los daños morales", Ponencia, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Girona, 2013.

ALVAREZ SACRISTAN, I.: *Una supuesta responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, Civitas, 1990.

ALVAREZ VIGARAY, R.: "La responsabilidad por daño moral", *Anuario de Derecho Civil*, 1966.

APARICIO TOVAR, J.: "Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 49, 1991.

- "Sobre la responsabilidad civil del empresario por infracción de las obligaciones de seguridad y salubridad en el trabajo", *Relaciones Laborales*, 1994.

ARASTEGY SAHUN, L.: " Accidentes de trabajo: últimos criterios de la jurisprudencia social sobre valoración del daño", *Actum Social*, nº 48, Francis Lefebvre, Enero-Febrero 2011.

AUGER LIÑAN, C.: "La responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo", *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, 2006.

BADENES GASSET, R. : "Obligación de resarcir el daño causado: ¿Con referencia a que fecha debe el juez evaluarlo?", *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, enero-junio 1995.

BAILLO y MORALES-ARCE, J.: "La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.

BALLESTER PASTOR, I.: *Fabricantes, importadores y suministradores de equipos y útiles de trabajo: obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada, 2010.

BARRÓN DE BENITO, J. L.: *El Baremo de daños corporales: materiales para la Valoración de su cuestionada constitucionalidad*, Madrid, Dykinson, 1998.

BAZ TEJEDOR, J.A.: *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las modificaciones de trabajo*, Civitas, 2000.

BEL ANTAKE, J.: "La lesión de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo: la responsabilidad civil por daños morales", XXIII Congreso Nacional Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013.

BELUCHE, I.: "Consideraciones sobre la responsabilidad empresarial del 1903 CC", en AA.VV., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, Editum Murcia, 2011.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "La dignidad de las víctimas de delitos", *Aranzadi Civil*, N° 6, 2010.

BERNARDO JIMÉNEZ, I.: “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales”, en AA.VV. (VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I., coord.), *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1999

BRAIS COLUMNNA IGLESIAS, O.: “La valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en cumplimiento a lo dispuesto en la disposición final quinta de la LRJS”, XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013.

- “La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo”, XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013.

BLANCO MARTIN, J.M.: “La responsabilidad civil y penal del empresario derivada del accidente de trabajo: propósito de la ley de prevención de riesgos laborales”, *Información Laboral Jurisprudencial*, Nº 7, 1996.

BLASCO LAHOZ, J.F.: “Interpretación del concepto de accidente de trabajo por el Tribunal Supremo”, *Gestión Practica de Riesgos Laborales*, Nº 70 abril 2010.

BLASCO PELLICER, A. en (AA.VV.): *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BUSTO LAGO, J.M.: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Tecnos, 1998.

CABALLERO GEA, J.A.: *Las responsabilidades penal y civil dimanantes del accidente de circulación*, Dykinson, 8ª Edición, Madrid, 2002.

CAMAS RODA, F.: "Anotaciones críticas sobre la indemnización de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", (AA.VV.): *Hacia una ley integral en materia de accidentes de trabajo*, CGPJ, 2006.

- "La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo", *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013.

CARDENAL CARRO, M. : *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical: un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertenencia*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

CARRASCO PERERA, A.: *Comentario al art. 1106 del Código Civil. Comentarios al Código Civil*, (Dirección, Albaladejo, M.) Aranzadi, Pamplona, 2000.

CASAS PLANES, M.O.: "La función de la responsabilidad civil: especial referencia a la controvertida función penal: los *punitive damages* del Derecho anglosajón", *Revista de Asociación de Abogados de Derecho Civil y Seguro*, N° 29, 2009.

CASTRO ARGÜELLES, M.A., RODRIGUEZ CARDO, I.: "Indemnizaciones y sanciones en materia de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales", *Revista del Ministerio de Trabajo y*

Inmigración, Nº 78, 2008.

CAVAS MARTINEZ, F.: *El accidente de trabajo in itinere*, Tecnos, 1994.

-“El acoso moral en el trabajo ("mobbing"): delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo”, *Actualidad Juridica Aranzadi*, Nº 55, 2002.

- *El proceso laboral de la tutela sindical y demás Derechos Fundamentales*, Aranzadi, 2004.

- “Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador”, *Aranzadi Social*, Nº 5, 2004.

- “Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales”, *Aranzadi Social*, Nº 5, 2005

- “ La cobertura de las contingencias profesionales en el Sistema Español de la Seguridad Social”, *Cuadernos de Aranzadi Social*, 2006.

CAVAS MARTÍNEZ, F. / SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.. La protección de la salud en la Constitución Europea, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 57, 2005.

CAVAS MARTÍNEZ, F / FERNÁNDEZ ORRICO, J.F.: *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de la Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2006.

CERDÁ OLMEDO, M.: “Responsabilidad civil por daños futuro”, *Anuario de Derecho Civil*, 1985.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

- *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*, Bomarzo, Albacete, 2007.

COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 1990.

CONCEPCION RODRIGUEZ, J. L: *Derecho de Daños*, Bosch S.A, 1997.

CORDERO SAAVEDRA, L.: “La responsabilidad empresarial por incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* , Nº 83, 1997.

CORTÉS IZQUIERDO, J.: “Necesidad u obligación de la contratación de un Servicio de Prevención de Riesgos” , *Revista Togas*, Nº 25, 6 de febrero de 2003.

CRIADO DEL RIO, C.: *Valoración médico legal del daño a la persona por responsabilidad civil*, Madrid, MAPFRE, 1995.

DE ANGEL YAGÜEZ, R.: *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Departamento de Publicaciones, Bilbao, 1978.

- *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993.

- *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, Civitas, 1995

- *Daños punitivos*, Civitas, Madrid, 2012.

DE CUPIS, A.: *“El daño”*, (Traducción de Ángel Martínez Carrión), Bosch, 1975.

DEL OLMO, P.: *“Punitive damages in Spain”* en (AA.VV.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Editorial H Koziol/Wilcox, 2009.

DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, La Ley, Madrid, 2008.

DESDENTADO BONETE, A.: *“El recargo de las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedad profesional”*, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 59, 2005.

- *“Responsabilidades por los accidentes de trabajo: prestaciones de la seguridad social, recargo e indemnización civil adicional”*, en AAVV: *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2006.

- *La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo. Estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de reparación”*, en AA VV, *Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la Jurisdicción Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

- "EL daño y su valoración en los accidentes de trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 79, 2009.

DESDENTADO BONETE, A. / NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: "Las transformaciones del accidente de trabajo entre la ley y la jurisprudencia (1900-2000). Revisión crítica y propuestas de reforma", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 24, 2000.

DESDENTADO BONETE, A. / DE LA PUEBLA PINILLA, A: "En busca de la reparación integral: las medidas complementarias de protección del accidente a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones", en AA.VV (coords. B. Gonzalo González, M. Nogueira Guastavino), *Cien años de Seguridad Social. A propósito de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 enero de 1900*, UNED Fraternidad, Madrid, 2000.

DESDENTADO DAROCA, E.: "Otro frente en el conflicto entre el orden civil y el orden social sobre la responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo: La nueva demanda civil tras la desestimación de la demanda laboral. (Comentario a la STS 1ª de 21 de febrero de 2006)", *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro de INESE*, Febrero 2007.

DE VICENTE MARTINEZ, R.: *Los delitos contra los Derechos de los trabajadores*, Tiranch Lo Blanch, Valencia, 2008.

DIEZ-PICAZO GIMENEZ, G.: *Los riesgos laborales. Doctrina y jurisprudencia civil*, Aranzadi, Navarra, 2007.

DIEZ-PICAZO, L.: *"Derecho de Daños"*, Civitas, 1999.

DIAZ RODRIGUEZ J.M.: “La actuación de la inspección de trabajo en caso de accidente laboral: incidencia sobre la posible responsabilidad civil empresarial”, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, 2013.

FERNANDEZ AVILES, J.A.: “La responsabilidad Civil en el ámbito de la Jurisdicción Social: Puntos críticos”, *II Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Granada, noviembre de 2002.

- *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social*, Atelier, Barcelona, 2007.

- “Protección de Seguridad Social y responsabilidad civil por accidente de trabajo: aporías del modelo español de responsabilidad y reparación por accidente de trabajo”, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Girona, 2013.

FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: *VALORACIÓN y resarcimiento del daño corporal*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ GREGORACI, B.: “Recargo de prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de *punitive damages*”, *Anuario de Derecho Civil*, Nº 1, 2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid, 2008.

- *Los procesos especiales en la jurisdicción social*, Bomarzo, Albacete, 2012.

FERNANDEZ ORRICO, F.J.: “Compatibilidad del recargo de prestaciones con otras responsabilidades por daños y perjuicios”, XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013.

FERNANDEZ RAMIREZ, M.: *Los servicios de prevención. Régimen jurídico y estudio crítico del modelo normativo*, Comares, 2011.

GARATE CASTRO, F.J.: “Organización de la prevención mediante la designación de uno o varios trabajadores”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 4, 2003.

- “ Responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo. Sobre su responsabilidad civil y extrapenal por actos propios causantes de daños derivados de incumplimientos de la obligación de protección frente a los riesgos laborales, en AA.VV. (Coordinador BORRAJO DACRUZ), *La Ley- Actualidad* 2004.

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Civitas Thomson Reuters, 2011.

GARCIA BLAZQUEZ PERÉZ, M. GARCIA BLAZQUEZ PERÉZ, C.: *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*, Comares, Granada, 2006.

GARCÍA GIL, F.J.: *El Daño extracontractual y su reparación Tratamiento Jurisprudencial*, Madrid, 2000.

GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “El complejo sistema de responsabilidades en materia de Seguridad y Salud: su aplicación a los técnicos de prevención de riesgos laborales”, *Relaciones Laborales*, Nº 2, 2011.

GARCÍA LÓPEZ, R. *Responsabilidad civil por daño moral, Doctrina y Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990.

GARCIA MIGUELEZ, M.P.: “ La responsabilidad civil derivada de posibles incumplimientos del empresario en materia de prevención de riesgos laborales”, XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013.

GARCÍA MURCIA, J: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GARCIA NINET, J. I.: “Las Empresas de trabajo temporal y la Prevención Riesgos Laborales”, *Tribuna Social*, Nº 101, 1999.

GARCIA NINET Y OTROS: *Manual de Prevención de riesgos Laborales*, Atelier, Barcelona, 2005.

GARCÍA SERRANO, F.: "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *Anuario de Derecho Civil*, 1972.

GARCIA QUIÑONES, J.C.: " La concurrencia de culpas entre el trabajador y empresario en los accidentes de trabajo (configuración legal y tratamiento jurisprudencial)", XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Girona, 2013.

GARCÍA TOMILLO, M.: "Los daños punitivos: Análisis desde una perspectiva jurídico-penal. Al mismo tiempo reflexión sobre las garantías en fenómenos materialmente sancionatorios", en (AA.VV.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado, Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

GARNICA MARTÍN, J.F.: "Perjuicios causado por la paralización del vehículo siniestrado", *Revista de Responsabilidad civil y Seguro*, Nº 40, 2011.

- "La prueba del lucro cesante", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 21, 2007.

GARRIGUES GIMENEZ, A.: "Accidente de trabajo y responsabilidad civil del empresario y del servicio de prevención externo", *Aranzadi Social*, Nº 5 , 2003.

GAZQUEZ SERRANO, L.: *La indemnización por causa de muerte*, Dykinson, Madrid, 2000.

- "Introducción al sistema para la valoración de los daños", *Manual de Valoración del Daño corporal (AA. VV)*, Aranzadi, Navarra, 2013.

GIL SUAREZ, L.: *"Responsabilidad civil o patrimonial derivada de accidente de trabajo: clases, elementos subjetivos y jurisdicción competente"*, 1998.

GINES I GABRELLAS, A.: "La responsabilidad por daños en la Seguridad Social y riesgos laborales", XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013.

GISASOLA, A.: "El lucro cesante y su aplicación jurisprudencial." Estudios y Comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Madrid SEAIDA/MAPFRE, 1997.

GRANDE GÓMEZ, A. : "Incapacidad permanente y gran invalidez en el contexto de la Ley 30/95 : valoración desde la perspectiva del médico de la compañía", *Cuadernos de Valoración*, Nº 12, 2000.

GOERLICH PESET, J.M: "La reparación de la vulneración de derechos fundamentales en el orden social: el papel de la indemnización por daños" en AA.VV., *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universidad de Valencia, 2010.

GOMEZ-MILLAN HERENCIA, M.J.: " La responsabilidad civil por daños morales ocasionados como consecuencia del acoso moral", Ponencia, XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013.

GÓMEZ PERALS, M.: *Responsabilidad civil: los "otros perjudicados*, Dykinson, Madrid, 2002.

-“La carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *In Dret* , N° 1, 2001.

GÓMEZ PÉREZ, F.: “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 5 de diciembre de 1995. Indemnización civil e indemnización laboral un intento de reconstrucción”, *RDP* , 1996.

GOMEZ POMAR, F.: "Daño moral", *Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, 2000.

GONZALEZ DIAZ, F.: “La tutela resarcitoria frente al accidente de trabajo y enfermedad profesional”, XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013.

GÓMEZ PÉREZ, J.M.: *Indemnización civil e indemnización laboral: un intento de reconstrucción*”, *R.D.P.*, 1996.

GONZALEZ DIAZ, F.: “Tutela resarcitoria frente al accidente de trabajo y enfermedad profesional”, XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Girona, días 16 y 17 de mayo de 2013.

GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996.

GOÑI SEIN, J.L.: *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Tecnos, Madrid, 1996.

GUTIERREZ-SOLAR CALVO. B.: “Garantías de obtener la compensación civil de los daños por accidente de trabajo: expectativas tras la Ley de Jurisdicción Social 36/ 2011”, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Girona, 2013.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo. Problemática y reformas*, Comares, Granada, 2009.

HENANDEZ-CARRILLO FUENTES, J.M.: “Argumentos legales en torno al sistema de valoración de los daños corporales Ley 30/95 y los perjudicados por fallecimiento” en www.asociacionabogadosrcs.org

HERRERO GARCÍA, M^a J.: “Responsabilidad civil de los servicios de prevención”, *Actualidad Laboral*, N^o 10, 1998.

HIERRO HIERRO, F.J.: “Acoso Moral: ¿reglas para su cuantificación?”, *XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Girona, 2013.

HURTADO YELO, J.J.: “El factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla IV. Problemas en su aplicación”, *Revista del Derecho de la Circulación El Derecho*, Nº 2, El Derecho Editores, 1 de noviembre de 2012.

- “La determinación de las lesiones del perjudicado. Día de baja impeditivo o no impeditivo”, *Boletín de Derecho de la Circulación El Derecho*, Nº 64, El Derecho, 1 de junio de 2012. -

IGARTUA MIRÓ, M.T.: “ Las nuevas reglas de distribución de la carga de la prueba en responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional: ¿presunción de culpabilidad o lógica consecuencia de la configuración legal de la obligación de seguridad?”, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Girona, 2013.

IGLESIAS CABERO, M.: *A propósito de la competencia en materia de responsabilidad económica derivada de accidentes de trabajo*, La Ley, 1999.

- "Las indemnizaciones adicionales por accidentes de trabajo: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, Nº 10, mayo de 2008.

IGLESIAS OSORIO, B.C.: “La valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en cumplimiento a lo dispuesto en la disposición final quinta de la LRJS”, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Girona, 2013.

ILLESCAS RUS, A.V. : “El daño moral estricto”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Valoración Judicial de Daños y Perjuicios*, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1999.

JIMENEZ GARCIA, J.: “Los baremos vinculantes”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 1995.

JOCHN ALBIEZ DOHRMANN, K.: "El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo", *Revista de Derecho Privado*, ISSN 0034-7922, 1998.

JURADO SEGOVIA, A.: “Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral”, *La Ley*, 2008.

KAHALE CARRILLO, D.T.: “La Jurisdicción competente para conocer la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el daño y su valoración”, XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Girona, días 16 y 17 de mayo de 2013.

LAHERA FORTALEZA, J.: “Compatibilidad limitada entre indemnizaciones civiles y prestaciones sociales en los accidente de trabajo: ¿socialización del riesgo o seguro de responsabilidad empresarial? (Comentario a la STS, Sala 4ª, 22 de septiembre de 2008)”, *Diario La Ley*, Nº 7301, 2009.

- "Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la Ley 36/2011 de Jurisdicción Social", *Relaciones Laborales*, Nº 8, 2012.

- "Cuantificación de la indemnización civil en los accidentes de trabajo tras la Ley de Jurisdicción Social 36/2011", Ponencia, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Girona, 2013.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil I*, Bosch, Madrid, 1999.

LANTARON BARQUIN, D. / LOPEZ-TAMEZ IGLESIAS, R.: "Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y Mutua Montañesa: radiografía de un régimen jurídico", en (AAVV), *Mutua Montañesa en su primer centenario (1905-2005)*, Santander, Servicio de Publicaciones Universidad de Cantabria, 2006

LARENZ, K.: *Derecho de Obligaciones*, Traducción de Santos Briz, Madrid, 1958.

LÓPEZ BALAGUER, M.: *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- "El procedimiento de oficio, el proceso de conflictos colectivos, el proceso de impugnación de convenios colectivos y el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas", en AA.VV. [dirs. A. Blasco Pellicer, J.M. Goerlich Peset], *La reforma del proceso social. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LOPEZ INSUA, B.M.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social* (Tesis doctoral), Universidad de Granada, 2012, publicada con el título: *La incapacidad temporal en el*

Sistema de la Seguridad Social, Comares , 2014.

LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA. J.: “La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 22, Julio 2007.

- *EL lucro cesante en los accidentes de circulación y su incidencia en el seguro*, Tesis doctoral, Granada, 2008.

- “Prestaciones de la Seguridad Social e Indemnizaciones por Responsabilidad Civil. ¿Proyección sobre los accidentes de circulación?”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro de INESE*, Nº 6, Junio 2010.

- Tratamiento del lucro cesante en supuestos de incapacidad permanente”, II Congreso de Responsabilidad civil y seguro de Alicante, 25 y 26 de Octubre de 2012.

- “La responsabilidad Civil en el accidente de trabajo”, Ponencia, Granada, 2012.

LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA J, Y OTROS.: *Manual de Valoración del Daño Corporal: Guía de Aplicación del Sistema de Baremación para Accidentes de Circulación*, Aranzadi, 2013.

LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. Y OTROS :“El lucro cesante en relación al daño corporal”, *Manual de Valoración del daño Corporal* Aranzadi, 2013.

- “El derecho de repetición del asegurador”,
www.asociacionabogadosrcs.org.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.M.: “El resarcimiento de los daños causado por incapacidad permanente en supuesto de responsabilidad civil y laboral”, *X Congreso Nacional de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, Almería, 2009.

- "La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo", *Revista Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 22, 2009.

LOPEZ PARADA, R.A.: *Hacia una ley integral en materia de accidentes de trabajo*, AA VV, Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial* XII, 2005.

LOUSADA AROCHENA, F.: “Las responsabilidades de los técnicos de prevención”, *Revista de Derecho Social*, Nº 22, 2003.

- *La tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Librería Jurídica, 2012

LUNA YERGA, A. (AA.VV.): “Guía de baremos. valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida”, *Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN 1698-739X, Nº. 3, 2006.

LUQUE PARRA, M.: “La responsabilidad civil del empresario en materia de Seguridad y Salud laboral”, CES, Madrid, 2002.

LLAMAS POMBO, E.: *Jurisprudencia civil comentada, II*, Comares, Granada, 2000.

- *Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños en la responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007.

- "Formas de reparación del daño I y II, Práctica Derecho de daños", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº 81, abril 2010.

LLUCH CORELL, F.J.: “El infarto de miocardio y su calificación como accidente de trabajo. Diversos supuestos de hecho. Respuesta de los tribunales”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº 3, 1 de febrero de 2006.

- “La nueva doctrina establecida en las SS de la Sala 4ª de TS de 17 de julio de 2007. La indemnización de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de un accidente de trabajo”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº 3.

MAGRO SERVER, V.: “Las líneas básicas para la determinación del lucro cesante”, *Practica de Tribunales*, 2007.

MARTIN CASALS, M.: *Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982*, Centenario del Código Civil, Tomo II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

- "¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?. Consideraciones generales sobre el Proyecto Bunesli-Lucas", *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 8, 2002.

- "EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil", Texto y Comentario Coordinada por Miquel Thomson Aranzadi SA, Cizur Menor, 2008.

MARIN CASTAN, F.: *Comentario al art. 1105 del Código Civil*, Colex, 2005.

MARTIN LORENZO, M.: "Caso Ardystil. Relaciones concursales entre los llamados delitos contra la seguridad de los trabajadores y los tipos de resultado (homicidio y lesiones)", *Diario Jurisprudencia El Derecho*, Nº 2365, El Derecho, 30 de enero de 2007.

MARTINEZ BARROSO, M. R.: "La reparación del accidente de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 107, 2001.

- "La concurrencia de culpas en la responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo", XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Girona, días 16 y 17 de mayo de 2013.

MAZA MARTÍN, J. M.: "La reparación del perjuicio patrimonial y del menoscabo material (daño emergente y lucro cesante vinculados al daño corporal)", Ponencia correspondiente al IV Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Salamanca, Noviembre 2003.

MEDINA ALCOZ, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Thomson Civitas, 2007.

- "La valoración judicial en la indemnización por daño moral", *Revista Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*.

MEDINA CRESPO, M.: *La valoración civil del daño corporal: bases para un tratado: análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95*, Dykinson, Madrid, 2000.

- "El Tribunal Constitucional no maldice el baremo: lo bendice" *Actualidad Aseguradora*, Nº 27, 2000.

- *La bendición constitucional del baremo. Razones y consecuencias. Estudio de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucionales, de 29 de junio de 2.000, sobre el sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de circulación*, Dykinson, Madrid, 2000.

- "Proyección de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del Sistema Valorativo de la Ley 30/1995. El rango relevante de las circunstancias excepcionales de índole dañosa," XII Congreso de la Asociación Española de abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, Noviembre de 2002.

- "La reforma proyectada del baremo básico de las lesiones permanentes (sistema de valoración de los daños corporales causados en accidentes de circulación)", *Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº 7, 2003.

- "El Resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte (Luces y sombras del sistema valorativo, diez años después; y, sobre todo, el indefectible porvenir)", *V Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. Pamplona, Noviembre 2005.

- "La *compensatio lucri cum damno* en la responsabilidad extracontractual. La denominada teoría del descuento", *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, Nº 3, 2005

- "Mecanismos necesarios para la correcta ponderación del lucro cesante dentro del sistema valorativo", *Revista Española de Seguros*, Nº 128, 2006.

- "El resarcimiento del lucro cesante causado por muerte", VI Curso de Valoración del daño corporal, Madrid (SEAIDA), Marzo 2006.

- "Comentario a la STS (Sala 4ª) de 17 de Julio de 2007", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* Nº 23, Octubre 2007.

- "Sobre la necesaria reforma del sistema legal valorativo", *Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº 27, 2008.

- "La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en sede de responsabilidad civil", *VI Congreso de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, Ibiza, 2010.

- "El lucro cesante causado por la lesiones permanente en la Ley 30/1995", *Manual recopilatorio de ponencias del XI Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Mayo 2011.

- "Acerca de las bases doctrinales del sistema lega valorativo Ley 30/95", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 36, 2013.

MELLA MENDEZ, L. " La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo", XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, Mayo 2013

MERCADER UGUINA, J.R.: "El Reglamento de los Servicios de Prevención: crónica de una norma largamente esperada", *Relaciones Laborales*, Nº 8, 1997.

-: "Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal", *Relaciones Laborales*, Nº 10, 1999.

- *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, La Ley, Madrid, 2001.

MIR RUIZ, A.: "Indemnizaciones por lesiones temporales y factores de corrección", *Manual de valoración del daño corporal*, Aranzadi, 2013.

MOISSET DE ESPANES, "Reflexiones sobre el "daño actual" y el "daño futuro", con relación al "daño emergente" y al "lucro cesante", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1975.

MOLERO MARAÑÓN, M^a L.: *La responsabilidad empresarial frente al persona de las empresas de trabajo temporal*, La Ley, Madrid, 2001.

MOLINA HERMOSILLA/MOLINA NAVARRETE.: "La reforma del marco reglamentario de la gestión preventiva "de" y "en" la empresa: otra desenfocada y confusa intervención normativa (Comentario sistemático del Real Decreto 604/2006)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N° 54, 2006.

MOLINA NAVARRETE, C.: "Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos: la nueva "modernidad" de una institución jurídica clásica", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 79, 1996.

- "La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización", *Aranzadi Social*, N° 18, 2002.

- *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses*, Bomarzo, Albacete, 2007.

- *Análisis de la nueva jurisdicción social: nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, La Ley, 2012.

MOLTÓ GARCÍA, J.: *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 1998.

- "La prevención de riesgos laborales de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal en las empresas usuarias", Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 2003.

- "La imputación de responsabilidades y el marco jurídico de la

prevención de riesgos laborales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 48, Madrid, 2006.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

- *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. La modernidad de una institución tradicional*, Civitas, Madrid, 1992.

- Los derechos de información de los representantes de los trabajadores: la Ley 2/1991, de 7 de enero, *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 1992.

- “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo de contratas. (Las obligaciones referidas a la Seguridad Social), *Revista Relaciones Laborales*, Nº 22, 1992

- *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Edit. Ibidem, Madrid, 1994.

- *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, 1996

- *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996.

- *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trota, 1999.

- *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Ibidem, Madrid, 1999.

- Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la "cuestión social", *Revista Relaciones*

Laborales, Nº 2, 2001

- "La filosofía social y jurídica de Durkheim: trabajo, solidaridad y cuestión social", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 131, Civitas, 2006.

- "Conocimiento y crítica del Derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del Derecho", *Revista del Derecho Social*, 2007.

- "La política europea de "modernización" del Derecho del Trabajo: la reforma social desde el garantismo flexible frente a la oposición liberalizadora, *Revista de Derecho Social*, Nº 48, 2009.

- "Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la "cuestión social", *Revista Relaciones laborales*, Nº 2, 2011.

MONEREO PÉREZ, J.L. (AA.VV.): "La figura del empresario (II)", *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales: nivel básico*, Lex Nova, 2001.

MONEREO PERÉZ, J.L. (AA.VV) : "El recargo de prestaciones por omisión de medidas preventivas", *Tratado de Salud Laboral. Aspectos Jurídicos de la Prevención de riesgos Laborales*, Tomo I, Aranzadi, 2012.

MONEREO, J.L. (AA.VV): *Ley de la Jurisdicción Social Estudio Técnico Jurídico y Sistemático de la Ley /2011, de 10 de Octubre*, Comares, 2013.

MONEREO PÉREZ, J.L. / FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Comentario al 177 LPL". en AA.VV. (J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida, Ángel Gallego Morales), *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada, 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L. / MOLINA NAVARRETE, C.: *(Directores): Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Comares, Granada, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N. *(Directores): Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2005.

MONEREO PÉREZ, VIDA SORIA Y MOLINA NAVARRETE: “La figura del empresario (II): responsabilidades y sanciones” en AA.VV., *Manual básico*, Lex Nova, 2001.

MONEREO PEREZ, J.L.:, VIDA SORIA, MOLINA NAVARRETE: *Manual de derecho del trabajo*, Comares, 2003

MONEREO PEREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2013.

MONEREO PÉREZ, J.L. / RIVAS VALLEJO, M^a. P. *(Directores): Tratado de Salud Laboral*, T. I y II, Aranzadi. Madrid, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L. / SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “El recargo de prestaciones en los supuestos de acoso laboral”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Nº 11, 2013.

MONREAL BRINGSVAERD, E: “¿Un nuevo proceso judicial en materia de recargo de las prestaciones de la Seguridad Social”, Ponencia, XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013.

MONTOYA MELGAR, A.: “Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidentes de trabajo”, A.D.C. , 1967.

- *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013.

MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V., RÍOS SALMERÓN, B., CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J.: *Curso de Procedimiento Laboral*, edit. Tecnos, Madrid, 2012,

MORALES VALLES, C.: “El resarcimiento del daño en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, Artículo Monográfico SP/DOCT/16671, Sepin, 2012.

MORENO MARTINEZ, J.A.: (Coordinador), *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.

MORENO VIDA, M^a.N.: “La Seguridad y Salud en el trabajo: el deber de prevención de riesgos profesionales. Un análisis desde la perspectiva de la Directiva 89/39/CEE”, *XII Jornadas Universitarias Andaluzas del –derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 1996.

- *Las Empresas de trabajo temporal*, Comares, Granada, 2005.

- “El sistema comunitario y español de protección contra los riesgos del trabajo, *Revista de Seguridad Social y laboral*, Nº 168, 2006.

MORENO VIDA, M.N. / MONEREO PEREZ,: Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 48,

2004.

MORON PRIETO, R.: “Comentarios al RDL 10/2010, de 16 de junio de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, *Base de Datos de Bibliografía El Derecho*, 24 de junio de 2010.

MORRO GARCÍA, J.L.: *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2001.

MUÑOZ MOLINA, J.: “El recargo de las prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 59, 2005.

NAVARRO MENDIZABAL, I.A. Y VEIGA COPO, A.B.: *Derecho de Daños*, Aranzadi, Navarra, 2013.

NAVARRO NIETO, F.: “La tutela jurídica del acoso moral laboral”, *Cuadernos de Aranzadi Social*, Nº 8, Aranzadi, Navarra, 2001.

- “Perfiles de actualidad en los procesos judiciales por acoso laboral”, *Aranzadi Social*, Nº 7, 2011.

NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: “Vías de exoneración de la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo por ruptura del nexo causal: caso fortuito y fuerza mayor”, XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Girona, Mayo 2013.

NAVEIRA ZARRA, M.: *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Edersa, Madrid, 2006.

NUEVA GARCIA, A.: *La VALORACIÓN del daño corporal*, La Ley, 1992.

OJEDA AVILÉS, A.: "Responsabilidad aquiliana versus recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica", *Relaciones Laborales*, Nº 11, 2000.

OLARTE ENCABO, S.: "Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo laboral calificable de accidente de trabajo. Progreso y dificultades", *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 80, 2005.

OLARTE ENCABO, S. / MONEREO PEREZ, J.L.: "Los derechos de información en el marco del sistema de derechos constitucionales", *Revista Andaluza de Derecho del Trabajo y Bienestar Social*, Nº 33, 1994.

OSSORIO SERRANO, J.M.: *Lecciones de Derecho de Daños*, La Ley, Madrid, 2011.

PACE, A.K.: "Recalibrating the scales of justice through national punitive damages reform". *American Law Review*, Nº 46, 1997.

PALOMO BALDA, E.: "El Derecho de daños y las relaciones laborales", Ponencia presentada al Encuentro entre Magistrados del Orden Social, Madrid, C.O.P.J. , Madrid, Abril 2008.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "La indemnización por causa de lesiones o muerte", *Anuario de Derecho Civil*, 1989.

- "Comentario al artículo 1902". en AA.VV. (dir. C. Paz-Ares et al), *Comentario al Código Civil*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

- "Como repensar la responsabilidad civil extracontractual", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 4, 2000.

PARAMO MONTERO, P.: "Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *Relaciones Laborales*, números 16 y 17, 1996.

PARGADA SANCHEZ, J.: *El precio del perjuicio corporal*, Madrid, 1967.

PAZOS PERÉZ, A.: "La acción de repetición", XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013.

PEREZ CAPITAN, L.: *La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*, Aranzadi, Navarra, 2009.

PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2008.

PÉREZ PÉREZ, M.: *Empresas de trabajo temporal y relaciones laborales*, Laborum, Murcia, 2002.

PERÉZ PINEDA Y GARCIA BLAZQUEZ: *Manual de valoración y valoración del daño corporal*, Comares, Granada, 2002.

PEÑA LÓPEZ, F.: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Técnos, Madrid, 1968.

PERÉZ NAVARRO, F.J.: "La indemnización derivada del accidente de trabajo en la jurisdicción social", *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 2006.

PURGALA BONILLA, M.A.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, Comares, Granada, 2000.

- *Heterotutela y autotutela de la seguridad e higiene en el trabajo*, Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 2008.

REBOLLEDO VARELA, A.L.: *Responsabilidad contractual versus responsabilidad extracontractual en el accidente de trabajo*, Dykinson, 2006 .

REGLERO CAMPOS, F.: "La reparación del lucro cesante derivado del daño corporal", *Curso sobre valoración de los daños corporales*, Seiada, Madrid, 1998.

- "Conceptos generales y elementos de delimitación", en AA.VV

(coord. L.F. Reglero Campos), *Tratado de Responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.

REGLERO CAMPOS, F. y (AA VV): *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2006.

REGLERO CAMPOS, F. / BUSTO LAGO, J.M. en (AA.VV): *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014.

REQUEJO ISIDRO, M.: "Reconocimiento en España de sentencias extranjeras condenando al pago de *punitive damages*", *Iniuria*, 6, 1995.

ROCA TRÍAS, E.: "Concurrencia de indemnizaciones en los accidentes de trabajo" en AA.VV, *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo : aspectos penales, laborales y civiles*, CGPJ, Madrid, 2009.

RODRIGUEZ PIÑERO, M. y BRAVO FERRER, M.: "El derecho de daños y la responsabilidad por accidente de trabajo", *Relaciones Laborales*, Nº 1, 2003.

RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Responsabilidades de los fabricantes en materia de prevención de riesgos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

- "Desajustes de los sistemas de reparación del daño y propuestas para un nuevo modelo", Minerva, *Revista de Estudios Laborales*, Nº 10, 2007.

- "Hacia un concepto único de seguridad y diligencia debida en la determinación de las responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales", *Revista de Derecho Social*, 2008.

ROJO AJURIA, L.: "La tutela civil del honor y la intimidad", *Actualidad Civil*, Nº 18, 1988.

ROZAS BRAVO, J.M.: "La diatriba y el negocio de culpas disperso en las responsabilidades civiles, administrativas y penales dimanantes del accidente de trabajo en el ordenamiento jurídico español. Hacia el estatuto único del accidente de trabajo", *Revista de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 45, 2013.

RUIZ VADILLO, E.: "La razonable valoración del daño corporal", *Revista del Derecho de la Circulación*, Nº 5, 1991.

SACRISTAN REPESA, G.: "La responsabilidad de los accidentes laborales", *SP/DOCT/3442*, Sepín, 2007.

SARGADOY DE SIMON, I.: "Recorrido jurisprudencial sobre la responsabilidad civil del empresario en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 89, 1998.

SÁNCHEZ CALERO, J. : *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

SÁNCHEZ ICART, F.J.: “La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo, Hacia una legislación integral sobre el accidente de trabajo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 9, 2006, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

SANCHEZ PERÉZ, J.: *La configuración jurídica del accidente de trabajo* (Tesis doctoral), Universidad de Granada, 2012, publicada en Laborum, Murcia, 2013.

- “Un nuevo modelo de indemnización para los daños derivados del accidente de trabajo”, *XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Girona, Mayo 2013.

SANCHEZ –RODAS NAVARRO, C. Y RODRIGUEZ INIESTA, G.: La responsabilidad del empresario, Laborum, Murcia, 2012.

SANFULGENCIO GUTIERREZ, J.A.: "La responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo: una aproximación a los criterios judiciales imperantes y reflexiones en pro de una urgente reforma procedimental", *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 53, 2004.

SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: “La obligación del empresario de informar al *trabajador* acerca de sus condiciones de trabajo: la Directiva 91/533/CEE, la STJCE de 4 de diciembre 1997 y el RD 1659/1998, de 24 de julio”, *Aranzadi Social*, Nº 11, 1998,

- “ La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 84, 2009.

SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Montecorvo, Madrid, 1993.

SALAS CARCELLER, A. : "Los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil", *Revista de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 48, 2013.

SALAS CLAVER, J.: "Daños punitivos. La pregunta es para cuándo", *Revista de Responsabilidad civil y Seguros*, Nº 55, 1997.

SALA FRANCO, T.: "La responsabilidad de los servicios de prevención ajenos a la empresa y del personal a su servicio", *Actualidad Laboral*, Nº 12, 2000.

SALCEDO BELTRAN, M.C.: "El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores", Tiranch lo Blanch, Valencia, 2000.

SALVADOR CODERCH, P.: "Punitive damages", *AFDUAM*, Nº 4, 2000.

SALVADOR CODERCH, P., CASTIÑEIRA PALOU, M.T.: *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de Daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SCHÄFER, H.-B. y OTT, C.: *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 1986.

SECO GARCIA-VALDECASAS, :“Responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro de INESE*, Enero 2004.

SEGOVIANO AUSTURUAGA, M.L. en (AA.VV.): *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdiccion Social*, Lex Nova, 2012.

SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia” en *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje de Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990.

- La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo”, *Ponencia presentada al V Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Pamplona, 1994.

- *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

-

SEMPERE NAVARRO, A. V., GARCIA BLASCO, I. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y la salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.

SEMPERE NAVARRO, A. / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. : *La indemnización de daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

SEMPERE NAVARRO, A.V / MARTIN JIMENEZ, R.: *El recargo de prestaciones* , Aranzadi, Navarra, 2001.

SERRANO ALONSO, E.: “La responsabilidad civil nacida de accidente de trabajo”, *Actualidad Civil*, Nº 1, 1999.

SOLER PASCUAL, L.A.: “La culpa en el ámbito de la responsabilidad civil médica. Estado jurisprudencial y modalidades de manifestación” *Revista de Calidad Asistencial*, Volumen 20, Issue 4, pags. 223 y ss. <http://www.elsevier.es/sites/default/files/elsevier/pdf/256/256v20n04a13075832pdf001.pdf>),

SOTO NIETO, F. : “Fundabilidad del sistema de baremos en la VALORACIÓN de los daños personales. Garantías de acierto y arraigo”, *Revista Española de Seguros*, 1996.

- "La reparación de los daños personales, criterios y métodos de valoración de los perjuicios no económicos y de los perjuicios futuros", *Revista Española de Seguros*, 2000.

- “ Constitucionalidad e inconstitucionalidad del sistema de baremos establecidos en la Ley 30/95. Culpa relevante del conductor”, *Actualidad Penal*, 2001.

SUAREZ ROBLDANO, J.M.: “Indemnización por daño corporal”, *Actualidad Civil*, 1995.

SUPIOT, A: “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, *Revista Internacional de Trabajo*, Nº 6, 1996.

TASCON LOPEZ, R.: “Criterios de determinación de la indemnización de daños y perjuicios en los supuestos de accidente de trabajo”, XXIII

Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, Mayo de 2013.

TASENDE CALVO, J. : "Sistema legal de VALORACIÓN de los daños personales. Aspectos constitucionales. Baremo y seguro obligatorio". *Revista de Responsabilidad Civil Circulacion y Seguro*, 1997.

TIRADO SUAREZ, F.J.: "De nuevo sobre la jurisprudencia constitucional en torno al baremo de indemnización de daños corporales (Comentario de las sentencias 241/2000, 242/2000, 244/2000, 262/2000, 267/2000, 211/2001, 37/2001 y 163/2001, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2001.

VALDÉS DE LA VEGA, B.: *Las empresas de trabajo temporal*, Comares, Granada, 2001.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Las conductas lesivas de la libertad sindical*, CES, Madrid, 1994.

VICENTE DOMINGO, E.: *Los daños corporales: TIPOLOGÍA y VALORACIÓN*, Bosh, Barcelona, 1994

- Comentario Critico al baremo de daños corporales de la Ley de Ordenacion y Supervision de del Seguro Privado", *Revista Española de Seguros*, 1996.

VIDA SORIA, J.: "Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", *Revista de Trabajo*, N° 31, 1970.

- "La situación jurídica y la responsabilidad de los servicios de prevención ajenos en el sistema normativo de la prevención de riesgos laborales: responsabilidades y controles a los que está sometida su actividad", *Actualidad Laborum*, Nº 12, 2004.

XIOL RÍOS, J.A.: ¿Son indemnizables los perjuicios patrimoniales atípicos derivados del daño corporal en el Sistema de valoración en materia de accidentes de circulación?, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 22, 2007.

- "El sistema de valoración de los daños personales en accidentes de circulación. Reflexiones para una posible modificación", XIV Congreso de Responsabilidad Civil, Barcelona, Marzo 2008.

- "EL lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte", *Revista de responsabilidad civil y seguro* Nº 42, 2012.

YAGO GALAN, F.: "Subcontratación de obras y servicios: problemas normativos y soluciones prácticas", *Revista el Derecho*, Nº 332, 7 de junio de 2004.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, 2000.

- "La responsabilidad civil de los empresarios en los accidentes laborales", VI Congreso de Derecho de Seguro y Responsabilidad Civil, Cádiz, Junio de 2002.

- “Responsabilidad civil por accidentes de trabajo” en AA.VV. (REGLERO CAMPOS, L.F., coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Madrid, 2002.