

TRABAJO FIN DE GRADO

LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.

Poveda Pérez, Miguel Ángel
Sancho Bernal, Arturo

Zaragoza, 14 de junio de 2.012

ÍNDICE:

- I. **INTRODUCCIÓN, RESUMEN Y PALABRAS CLAVE.**
- II. **II. RESPONSABILIDADES.**
- III. **SUJETOS RESPONSABLES.**
 - III. A) Identificación del sujeto responsable.
 - III. B) El Empresario
 - B – 1) Consideraciones generales.
 - B – 2) Clases de responsabilidad.
 - Penal
 - Administrativa
 - Laboral
 - Civil
- IV. **ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE: DISCREPANCIAS DE FORMA Y DE FONDO.**
- V. **CONCRECIÓN DEL DAÑO: DETERMINACIÓN, CONTENIDO, ALEGACIÓN Y PRUEBA.**
 - V. A) Principio reparación íntegra del daño.
 - V. B) Principio de proporcionalidad entre el daño y la reparación.
 - V. C) Compatibilidad entre las diferentes indemnizaciones.
- VI. **CRITERIOS PARA LA CUANTIFICACIÓN.**
 - Uso del baremo de tráfico
 - Momento en que ha de fijarse el baremo vigente a aplicar.
 - Coordinación de los distintos sistemas de protección frente al daño.
 - Intereses.
- VII. **EL RECARGO DE PRESTACIONES SOCIALES Y LA INTER-DICCION CONSTITUCIONAL DE DOBLE SANCION.**
 - VII. 1. Introducción.
 - VII. 2. El estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia laboral
 - Origen y tesis mayoritaria.
 - Los argumentos en particular
 - A favor de la naturaleza sancionadora del recargo.
 - A favor de la naturaleza indemnizatoria del recargo.
 - La naturaleza híbrida y singular del recargo.
 - Argumentos de la STS, pleno Sala IV, 02-10-2010
 - El recargo y la prohibición de incurrir en “bis in idem”.

VIII. UNA APROXIMACIÓN AL RECARGO Y A LA PROBLEMÁTICA DE LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN BIS IN IDEM DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

- El concepto constitucional de sanción.
 - Introducción
 - La esencia retributiva de las sanciones.
 - La entidad de la consecuencia jurídica.

IX. CONCLUSIONES.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

El presente trabajo pretende mostrar los últimos criterios jurisprudenciales, y doctrinales respecto de la responsabilidad de la empresa en los accidentes de trabajo y sus consecuentes indemnizaciones por daños y perjuicios que de ella pueden derivarse. Pretende analizar los sujetos responsables y las clases de responsabilidad, penal, administrativa, civil y laboral.

Analiza la concreción del daño, la compatibilidad entre los diferentes tipos de indemnizaciones, los criterios para su cuantificación, el uso del baremo de tráfico, el momento en que ha de aplicarse el mismo y la coordinación de los distintos sistemas de protección, así como la proporcionalidad entre el daño y la reparación.

Analizará también el modelo de razonamiento dominante en el ámbito laboral, el recargo de prestaciones y su naturaleza híbrida y singular con las diferentes corrientes a favor y en contra y la prohibición de incurrir en “bis in idem”

Palabras Clave:

Responsabilidad, indemnización, recargo, daños y perjuicios, reparación, baremo.

I. INTRODUCCIÓN.

La **seguridad y salud en el trabajo** tienen en nuestro ordenamiento un **reconocimiento constitucional**. En efecto la Const art.40.2, dentro del capítulo regulador de los principios rectores de la política social y económica, establece que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo; el art.43.1 reconoce el derecho a la protección de la salud y el art.15 proclama el derecho a la vida y a la integridad física y moral.

La **regulación** y concreción de los citados principios en la actualidad se encuentra básicamente en la L 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, así como en las sucesivas disposiciones de desarrollo reglamentario que establecen la protección frente a determinados riesgos específicos así :

- el RD 413/1997, sobre protección de trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes;
- RD 485/1997, sobre señalización de seguridad y salud en el trabajo;
- RD 486/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, modificado por RD 2177/2004;
- RD 487/1997, sobre manipulación de cargas que entrañen riesgos dorsolumbares para los trabajadores;
- RD 488/1997, sobre trabajos con pantallas de visualización de datos;
- RD 664/1997, sobre protección contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos;
- RD 665/1997, modificado por RD 349/2003, sobre protección contra riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos;
- RD 773/1997 sobre utilización de equipos de protección individual;
- RD 1389/1997, sobre protección de la seguridad y salud de los trabajadores en las actividades mineras;

- RD 1627/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en la construcción, modificado por RD 604/2006 y RD 337/2010;
- RD 1316/1989, sobre protección a los trabajadores frente a los riesgos derivados de la exposición al ruido;
- RD 1488/1998, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado; acuerdo del Consejo de Ministros de 10-7-98 por el que se aprueba el Acuerdo Administración-Sindicatos, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos a la Administración General del Estado;
- RD 216/1999, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal;
- RD 374/2001, sobre protección de la seguridad y salud de los trabajadores contra los riesgos relacionados con agentes químicos durante el trabajo;
- RD 614/2001, sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico.

Hay que tener en cuenta asimismo la regulación de los servicios de prevención, mediante el RD 39/1997 por el que aprueba el Reglamento de los Servicios de prevención, modificado en sucesivas ocasiones, siendo la última la efectuada por RD 337/2010. Por último hay que tomar en consideración, por su incidencia en la materia, el RDLeg 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social.

Respecto al **origen e inspiración directa** de la actual regulación de la seguridad y salud en el trabajo se encuentra en la Directiva 89/391 CEE, denominada Directiva-marco, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, que contiene el marco jurídico general en que opera la política de prevención comunitaria. Hay que referirse asimismo a las Directivas 92/85/CEE; 94/53/CEE y 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad, de los jóvenes, al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empleo de trabajo temporal.

Por otra parte, la regulación actual responde al cumplimiento del compromiso contraído con la **OIT**, al haber ratificado España el Convenio nº 155 de la OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente. Para la consecución de su objetivo básico de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo, la Ley establece una serie de **obligaciones y de sujetos obligados**, cuidando de señalar en su Exposición de Motivos, al referirse a la empresa, que se exige una actuación de la misma que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado, mas o menos amplio de deberes y obligaciones empresariales, exigiendo la planificación inicial de la prevención, la evaluación inicial de los riesgos inherentes al trabajo y su actualización periódica, a medida que se alteren las circunstancias, la ordenación de un conjunto coherente de medidas de acción preventiva adecuadas a la naturaleza de los riesgos detectados y el control de la efectividad de dichas medidas. Junto a esta actuación empresarial, que podríamos definir como relacionada con el trabajo y sus riesgos, existe otra relacionada directamente con los trabajadores, que requiere la formación e información de los mismos dirigidas a un mejor conocimiento, tanto del alcance real de los riesgos derivados del trabajo, como de la forma de prevenirlos y evitarlos, de manera adaptada a las peculiaridades de cada centro de trabajo, a las características de las personas que en el desarrollan su prestación y a la actividad concreta que realizan. Todas estas obligaciones del empresario aparecen nítidamente recogidas en la L 31/1995 art.15, 18 y 19. Correlativamente con la imposición de estas obligaciones y deberes, aparecen unas **medidas para el control y garantía** del cumplimiento de las mismas, que supone la fijación de sanciones por infracción y la exigencia de responsabilidades por el incumplimiento.

Esta regulación de sanciones y responsabilidades hay que buscarla en diferente normas, existiendo incluso una regulación de las sanciones de naturaleza administrativa en la Ley de Prevención de Riesgos laborales y en el Real Decreto Legislativo sobre infracciones y sanciones en el orden social (L 31/1995 art.42, 43, 44, 45, 53 y 54; RDLeg 5/2000 art.5, 11, 12, 13, 39, 40, 41, 42 y 48). La regulación de la **responsabilidad en materia de Seguridad Social**, aparte de algunos preceptos aislados que se encuentran en el Estatuto de los Trabajadores, como pueden ser los art.42 y 43, se ubica en la Ley G. de la Seguridad Social.

La **responsabilidad penal** se encuentra regulada en el Código Penal.

La **responsabilidad civil**, tanto contractual como extracontractual aparece regulada en el Código Civil.

Por último la **responsabilidad disciplinaria**, exigible al **trabajador**, aparece contemplada en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el Estatuto de los Trabajadores, pudiendo aparecer tipificadas en convenio colectivo las faltas de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y las sanciones previstas.

II. RESPONSABILIDADES

Con carácter general podemos establecer que las responsabilidades a que puede dar lugar el incumplimiento de las normas sobre seguridad y salud laborales pueden ser de **cinco tipos**: administrativa, penal, civil, laboral y disciplinaria.

El **origen** de todas ellas es común, pues es el **incumplimiento** por el sujeto obligado de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

La **finalidad** que persigue cada una es diferente, así como sus exigencias. Mientras la responsabilidad administrativa y la penal tienen un carácter esencialmente preventivo y sobretodo sancionador y ejemplificador, de tal manera que no es necesario que acaezca el siniestro para que sean exigibles, siendo suficiente con que se haya producido el incumplimiento, la responsabilidad civil y la laboral tienen un carácter netamente reparador, de tal manera que únicamente son exigibles si se ha producido el siniestro y tratan de reparar los daños que el mismo ha ocasionado.

La finalidad que persigue la **responsabilidad administrativa** es la defensa del interés general de la colectividad, la garantía de la seguridad y salud del medio de trabajo. La **responsabilidad penal** tiene como bien jurídico protegido la vida, salud e integridad de los trabajadores, tratando de persuadir a los infractores de que respeten las normas de seguridad y salud, lo que realiza mediante la imposición de una pena. Al igual que la responsabilidad administrativa mira hacia el futuro, trata de prevenir y evitar el siniestro, de disuadir de futuros incumplimientos.

La **responsabilidad civil** mira hacia el sujeto individual, hacia el pasado, va dirigida a reparar, mediante la correspondiente indemnización, los daños ya producidos.

La **responsabilidad de Seguridad Social** se encuadra en objetivos de política social y va dirigida a mejorar las prestaciones de quienes sufrieron un accidente de trabajo o enfermedad profesional (naturaleza mixta resarcitoria y sancionatoria).

Por último la **responsabilidad disciplinaria**, que únicamente es exigible a los **trabajadores**, tiene naturaleza sancionadora, al igual que la administrativa y penal, y trata de disuadir a los trabajadores, mediante la imposición de la pertinente sanción, de que incumplan las normas de seguridad y salud laborales.

Como posteriormente analizaremos todas estas responsabilidades no pueden exigirse a todos los **sujetos responsables** de la acción preventiva, es decir, al empresario, servicios externos de prevención, auditoras, trabajadores, etc., sino que hay algunas, como la responsabilidad administrativa que no es exigible a los trabajadores, en tanto la responsabilidad disciplinaria solo puede predicarse de ellos.

Hay que señalar, con carácter general, que no cabe exigir simultáneamente, al mismo sujeto y por el mismo hecho y fundamento responsabilidad penal y administrativa. Dicho de otro modo, la exigencia de **responsabilidad penal** es **incompatible** con la exigencia de **responsabilidad administrativa**, (principio non bis in ídem) tal como establece el RDLeg 5/2000 art.3, que en su apartado 1 dispone que «no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento». Por su parte, el apartado 2 de dicho precepto prevé que «en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador, mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones».

Por lo tanto, es posible la exigencia de **responsabilidad civil, administrativa y de Seguridad Social**, o, **civil, penal y de Seguridad Social** a un mismo sujeto, por el mismo hecho y por el mismo fundamento, pero nunca se puede exigir, concurriendo dichas circunstancias, responsabilidad administrativa y penal.

III. SUJETOS RESPONSABLES

A. Identificación del sujeto responsable.

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 laborales.

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 también imponen obligaciones a otros sujetos, e incluso les identifican en el momento de establecer responsabilidades, habrá que tomarlas en consideración. Así tenemos el otro sujeto de la relación laboral, el **trabajador**, que también puede ser sujeto infractor, aunque nunca en concepto de responsabilidad administrativa, tal como establece la L 31/1995 art. 29.3. Como en la gestión de la prevención de riesgos pueden intervenir una serie de **sujetos externos** a la empresa, el RDLeg 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 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 **cooperativas** de trabajo, los **fabricantes, importadores y suministradores** de productos y equipos de trabajo.

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

B. El empresario

1. CONSIDERACIONES GENERALES

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

Consecuencia del **poder de dirección** del empresario, reconocido en el ET art.20, aparece su correlativo **deber de proteger** a los trabajadores a su servicio frente a los riesgos laborales. Se concibe la **deuda de seguridad** de forma omnicomprendida. 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 L 31/1995 art.14.2 dispone que el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo; es una responsabilidad cuasi objetiva, que se extiende a cuantas medidas sean necesarias, de acuerdo con el art.14.2. 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 más rigor y exigencia que otras obligaciones laborales. Se exige con tal rigor esta responsabilidad empresarial que la L 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 L 31/1995 art.42, el sujeto responsable es el empresario, con **independencia de su naturaleza jurídica**. Así la L 31/195 art.42.1 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 dichos incumplimientos.

Por su parte, la L 31/195 art.42.3 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 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. La responsabilidad se extiende a las personas jurídicas según la última modificación del CP que no obstante no incluye los delitos del artículo 316 ni de los art. 142 o 152, pero sí por ejemplo el tráfico de mano de obra.

Sin embargo, la **responsabilidad civil** por el hecho delictivo si puede ser exigida a la **persona jurídica**, en virtud de lo establecido en el CP art.120.4, 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 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.33.7, 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.

2. CLASES DE RESPONSABILIDAD

Ya hemos señalado anteriormente que al empresario se le puede exigir responsabilidad penal, administrativa, civil y laboral, teniendo en cuenta que la **responsabilidad penal y administrativa se excluyen entre sí** cuando se da identidad de sujetos, hechos y

fundamento, porque ambas comparten los mismos principios de legalidad y tipicidad, aunque con matices porque la primera salvaguarda dichos principios de forma más intensa.

El motivo es que al regularse ambas responsabilidades por normas de naturaleza sancionadora no pueden aplicarse en los supuestos en que concluya la triple identidad a la que antes hemos hecho referencia, pues ello violaría la prohibición contenida en el principio «non bis in idem».

Hay que poner de relieve, no obstante, que en ocasiones puede exigirse responsabilidad penal al administrador de hecho o de derecho o al representante legal o voluntario de una persona jurídica y exigirse responsabilidad administrativa a la persona jurídica por unos mismos hechos y con el mismo fundamento. Ello obedece a que no existe identidad de sujetos, ya que es diferente la persona física de la persona jurídica aunque la primera sea representante de la segunda.

a. Responsabilidad penal

Su regulación se encuentra en el Código Penal que tipifica unos **delitos específicos** en materia de seguridad y salud en el trabajo contemplando delitos de riesgo y de resultado.

El primero aparece tipificado en el CP art. 316, que establece que «Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados (Es decir, con autoridad de la empresa, con estatuto de tal rango que le permita válidamente adoptar decisiones relevantes en la empresa, así el administrador estaría legalmente obligado pero no el encargado), no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

Por su parte el CP art. 317 establece que «Cuando el delito al que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado». Aunque los artículos 316 y 317 tipifican el acto de **no facilitar** por quienes estén legalmente obligados a ello, los **medios necesarios**, ello no quiere decir que el tipo penal se refiera únicamente a proporcionar al trabajador equipos de trabajo y medios de protección de que habla la L 31/1995 art.17, sino que comprende todas las medidas

encaminadas a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, como pueden ser **formación, información, vigilancia de la salud**,... Las normas que las regulan pueden ser normas internacionales, comunitarias, normas con rango de ley, reglamentos de desarrollo de la LPRL, convenios colectivos. La **infracción** puede ser cometida por acción u omisión; el art. 316 configura un delito de riesgo, un delito específico cuyo bien jurídico protegido es la seguridad y salud del trabajador, un delito de omisión, porque se tipifica el no adoptar las medidas necesarias. El Código Penal ha tipificado un **delito de riesgo** por lo que para la comisión del mismo no es necesario que se haya producido el siniestro, ni que existan daños efectivos ni lesiones.

Al lado de estos delitos específicos existen otros **delitos genéricos** que pueden cometerse por el empresario en el seno de la relación laboral.

- el homicidio, con prisión de 10 a 15 años (CP art.138);
- el homicidio imprudente, con prisión de 1 a 4 años (CP art.142);
- lesiones (CP art.147);
- lesiones mediando imprudencia grave (CP art.152);
- lesiones contra las personas, tipificadas como falta (CP art.617 y 621).

Existen también **otros tipos penales** que podrían ser de aplicación como los de liberación de energía nuclear (CP art.341); perturbación del funcionamiento de una instalación nuclear (CP art.342); provocar la explosión o destrucción de bienes o instalaciones (CP art.346); fabricación o tenencia de sustancias peligrosas o explosivos (CP art.348); quienes en la construcción reparación o mantenimiento de edificios infrinjan las normas de seguridad y pongan en peligro la vida, la integridad o la salud de las personas (CP art.350).

De la comisión de un **delito** también puede derivarse **responsabilidad civil** y como establece el CP art.116: «Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, si del hecho se derivaran daños o perjuicios». Por su parte el CP art.109.2 señala que: «El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil. El fundamento de esta responsabilidad es el daño ocasionado por el delito, de tal manera que si la infracción penal no origina daños, no podrá ejercitarse acción alguna en el proceso penal ni tampoco en el proceso civil». Si existe algún **seguro que cubre el riesgo**, bien se trate

de seguro voluntario concertado por el empresario, o bien derive de un convenio colectivo, en virtud del CP art.117, rige la responsabilidad directa de la aseguradora. La cuestión se plantea porque dicho precepto dispone que dicha responsabilidad alcanza hasta el límite de indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada. Al haberse suscrito la póliza entre empresario y compañía aseguradora sin intervención del trabajador éste no tiene que ver por ello mermada la indemnización que pudiera corresponderle, respondiendo la aseguradora hasta el límite pactado (TS 1-6-01, Rec 1063/01), respondiendo la empresa de la parte restante.

La jurisdicción penal considera compatible la **indemnización civil** con las **prestaciones de Seguridad Social** que puedan corresponder al perjudicado o a sus beneficiarios, sin que del importe de la indemnización haya de detrarse lo percibido por prestaciones de Seguridad Social.

La jurisdicción penal ha señalado que si bien la aplicación del **baremo**, introducido por la L 30/1995 disp.adic.8ª, de ordenación y supervisión de los **seguros privados**, actualmente Anexo del RDLeg 8/2004, no es obligatoria, cabe la aplicación del mismo para fijar la pertinente indemnización.

A este respecto la TS 15-11-02, señaló que se trataba de una **deuda de valor**, por lo que sus límites cuantitativos se determinan en el momento en el que se declaran judicialmente.

Se ha planteado la **incidencia de la conducta de la víctima**, si ha habido culpa, en la moderación del quantum indemnizatorio, estableciendo el CP art.114 que: «Si la víctima hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido los jueces o tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización», en relación con las responsabilidades civil, no así con la penal.

b. Responsabilidad administrativa

El **concepto de infracción administrativa** en esta materia aparece regulado en el RDLeg 5/2000 art.5.2, que la define como «Las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme esta ley».

Podemos destacar como **notas en la responsabilidad administrativa**:

En **primer lugar** que la misma se exige a la empresa, no a la persona física que materialmente haya podido cometer la infracción, sin perjuicio de que posteriormente la empresa pueda exigirle responsabilidad, en vía distinta de la administrativa.

En **segundo lugar** que no es preciso un resultado dañoso.

En **tercer lugar** que la responsabilidad exigida en esta materia aparece configurada con gran rigor respecto a otras materias de índole laboral y de Seguridad Social, como se manifiesta en la elevada cuantía prevista para las sanciones económicas, ya que mientras las infracciones en materia de Seguridad Social tienen prevista como sanción máxima correspondiente a faltas muy graves en su grado máximo la multa de 187.515 euros, en materia de prevención de riesgos laborales la sanción por falta muy grave, en grado máximo, puede alcanzar hasta 819.780 €.

Asimismo el plazo de prescripción de las faltas en esta materia es superior al previsto para infracciones de otra naturaleza, ya que es de un año para las faltas leves, tres años para las graves y cinco años para las muy graves, contándose desde la fecha de la infracción, a tenor de la L 31/1995 art. 4.

El ET art.60.1 y el RDLeg 5/2000 art.4.1, han establecido un plazo de prescripción de las faltas de los empresarios de tres años, excepto las cometidas en materia de Seguridad Social que prescriben a los cuatro años, tal como dispone el RDLeg 5/2000 art.4.2.

En **cuarto lugar**, además del régimen sancionador de contenido pecuniario, aparece en esta materia un régimen de carácter extraordinario para supuestos de extrema gravedad de incumplimiento empresarial, que se manifiesta en la imposición de sanciones que no tienen carácter pecuniario.

Dichas **sanciones** son las siguientes:

- la paralización de trabajos acordada por la Inspección de Trabajo, en caso de riesgo grave e inminente (L 31/1995 art.44); - la suspensión o cierre del centro de trabajo acordado por el Gobierno, cuando concurran circunstancias de especial gravedad (L 31/1995 art.53);
- la publicación de las sanciones impuestas por faltas muy graves (RDLeg 5/2000 art.40.2);
- las limitaciones a la facultad de contratar con la Administración (L 31/1995 art.54). Hay que señalar que aunque dicho precepto remite a la L 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, la remisión ha de entenderse efectuada a la L 30/2007, modificada por L 35/2010, cuyo art.49.1.c, prohíbe contratar con las Administraciones Públicas a las personas que hayan sido

sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales, de conformidad con lo dispuesto en el RDLeg 5/2000.

En **quinto lugar** hay que examinar la naturaleza de esta responsabilidad. Aunque tradicionalmente se había configurado como una responsabilidad objetiva que surgía por la mera trasgresión del ordenamiento jurídico en la materia, sin atender al elemento subjetivo del dolo o la culpa, la configuración actual permite un atisbo de intento de atenuar este rigor. En efecto, aunque la L31/1995 art.42.1 establece que: «El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas...» al establecer los criterios para graduar las sanciones acude a ciertos elementos subjetivos que se plasman en el RDLeg 5/2000 art.39.3.e, y h, y que se refieren respectivamente a las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por este, en orden a la prevención de los riesgos y a la conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales. Por último hay que poner de relieve como esta responsabilidad se exige al empresario como responsable principal de la seguridad de los trabajadores, estableciendo la L 31/1995 art.14.4 que el incumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones no exime al empresario del cumplimiento de su deber en esta materia.

Es criticable desde cualquier punto que se mire la imposibilidad de sancionar económicamente al trabajador incumplidor o irresponsable por parte de la inspección de trabajo, lo que fomentaría el cumplimiento riguroso de la normativa en materia de prevención.

c. Responsabilidad laboral

La L 31/1995 art.42.3 establece la **compatibilidad** de la **responsabilidad administrativa** con la indemnización por los **daños y perjuicios** causados y con el **recargo de prestaciones** económicas del sistema de Seguridad Social. La LGSS art.123.3 dispone la compatibilidad de la responsabilidad del recargo de prestaciones con las responsabilidades de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción. Por su parte la L 31/1995 disp.adic.1ª, mantiene el régimen jurídico establecido para el

accidente de trabajo en las normas de Seguridad Social. Aparecen así dos figuras, las **prestaciones** de Seguridad Social y el **recargo** de prestaciones. **Prestaciones de Seguridad Social.** La **responsabilidad** respecto a las prestaciones aparece contemplada en la LGSS art.126.1 que dispone que: «Cuando se haya causado derecho a una prestación por haber cumplido las condiciones a que se refiere el artículo 124 de la presente ley, la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las Entidades Gestoras, Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes». La **regla general** es que las prestaciones de Seguridad Social son **abonadas** por la Entidad Gestora o colaboradora correspondiente, siempre que el empresario haya cumplido sus obligaciones, establecidas en la LGSS art.124. La protección de los trabajadores está asegurada, ya que, aún cuando el empresario no hubiera procedido de conformidad con el citado precepto, los trabajadores se consideran siempre en situación de alta y no se exige período de carencia alguno para causar derecho a las prestaciones, de conformidad con lo establecido en la LGSS art.124.4 y 125.3 (Principio de automaticidad de las prestaciones). En estos supuestos el trabajador percibe la prestación con cargo a la Entidad correspondiente, ya que se le considera en situación de alta y no se exige ninguna cotización pues rige el principio de automaticidad de las prestaciones. La Entidad Gestora o colaboradora anticipa el pago de las prestaciones subrogándose en los derechos y acciones del beneficiario frente a la empresa incumplidora. Las prestaciones tienen un **importe tasado** legalmente, configurado como sustitutivo del salario y que, por lo tanto, no satisface todos los daños y perjuicios que se puedan derivar del accidente, sino solo los que pueden considerarse el «lucro cesante», sustitutivo del salario que no percibe el trabajador porque se encuentra incapacitado para el trabajo (de forma temporal o permanente) a consecuencia del accidente de trabajo sufrido.

Recargo de prestaciones. Aparece regulado en la LGSS art.123.1 que dispone: «1.- *Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por cien, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida*

cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajo.

2.-La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior 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». Tal circunstancia deja desamparado al trabajador-víctima si el empresario resulta insolvente, lo que produce un efecto rebote. Al no poder asegurar, por su carácter sancionador, deja de cubrir su función en caso de insolvencia empresarial. Lege ferenda, quizá habría que modificar esta circunstancia para lo que la jurisprudencia ha consagrado la responsabilidad solidaria en caso de contratas y subcontratas, si comparten la misma esfera de responsabilidad.

Si el **empresario** resultara **insolvente** el trabajador no percibe el recargo porque no hay responsabilidad solidaria ni subsidiaria del INSS (TS 12-2-94; 23-2-94; 20-5-94; 22-5-94). Se ha planteado la cuestión de si el recargo tiene **naturaleza sancionadora o indemnizatoria**, ya que si es una sanción no será compensable con las indemnizaciones a que pueda tener derecho el perjudicado, en tanto si es una indemnización, habrá de ser tomada en consideración para fijar el «quantum» con el que se han de compensar los daños y perjuicios sufridos. La **doctrina** reconoce que tiene **naturaleza compleja** ya que, por un lado, es una sanción al empresario y, por otro, genera un derecho indemnizatorio a favor del trabajador. La **jurisprudencia** lo ha calificado como una **pena o sanción** que se añade a la propia prestación previamente establecida y cuya imputación solamente es atribuible de forma exclusiva a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene». La TS 2-10-00, Rec 2393/99, dictada en Sala General, mantuvo el carácter no indemnizatorio del recargo, estableciendo que las cantidades abonadas por dicho concepto eran compatibles con cualesquiera otras responsabilidades derivadas de accidente de trabajo. El recargo no se extiende a las **mejoras voluntarias** de la Seguridad Social, excepto si en el acto generador de las mismas se hubiera hecho constar así (TS 20-3-97, Rec 2730/96; 11-7-97, Rec 719/97) aunque hay convenios, como por ejemplo el V Convenio General del Sector de la Construcción, que lo incluyen expresamente.

En los supuestos de **pensiones**, no se revaloriza el recargo.

d. Responsabilidad civil

La posibilidad de exigir a la empresa responsabilidad civil por los **daños y perjuicios** causados a los trabajadores por **falta de medidas de prevención** aparece contemplada en la LGSS art.123 y en la L 31/1995 art.42.1. Tras múltiples vacilaciones jurisprudenciales en la actualidad la responsabilidad civil aparece configurada como una **responsabilidad de naturaleza contractual** a la que es aplicable lo dispuesto en el CC art.1101 s. (TS sala 4ª 6-10-89; 15-11-90; 24-05-94; 27-6-94; 10-12-98, Rec 4078/97; 13-7-00; 1-12-03, Rec 239/03; 22-6-05, Rec 786/04). El auto de la Sala de Conflictos de 28-2-07, Rec 367/06, razona que la acción de responsabilidad civil por daños y perjuicios tiene un marcado carácter contractual, al derivarse el daño de un contrato de trabajo, cuyo contenido no participa de la naturaleza de ningún otro contrato. La Sala Primera del Tribunal Supremo ha abandonado su tradicional doctrina referente a que esta responsabilidad es de naturaleza extracontractual, si bien teniendo en cuenta un concepto amplio de dicha naturaleza que supone que la misma absorbe lo que tradicionalmente se define como responsabilidad contractual. A partir de la sentencia dictada por el Pleno de dicha Sala, el 15-1-08, Rec 1395/07, se ha establecido que la naturaleza es contractual, razonando que el derecho del trabajador a una protección eficaz, establecida en el ET art.19 y L 31/1995 art.14, la obligación de seguridad pertenece al **ámbito estricto del contrato de trabajo**, porque forma parte del contenido contractual al establecerlo en la LPRL, tratándose de una obligación general de diligencia incorporada por ley al contenido del contrato de trabajo. La doctrina se ha inclinado por la tesis de que dicha responsabilidad requiere la existencia de **culpa o negligencia** en el empresario (TS 30-9-97, Rec 22/97). Ha de concurrir el elemento culpabilístico, es decir, que requiere culpa o negligencia del empresario en el sentido clásico y tradicional del término. En el mismo sentido se han pronunciado TS 20-7-00, Rec 3801/99 y TS 2-2-98, Rec 124/97. La Sala Primera venía manteniendo un criterio de responsabilidad objetiva justificando la misma sobre el daño causado por acto ilícito, por el hecho de crear un riesgo empresarial, (TS 11-07-02, Rec 123/97), por el razonamiento de que si no hubiera habido culpa no habría sucedido el accidente (TS 5-12-95), o por un principio de responsabilidad cuasi-objetiva, fundamentándolo en un deber objetivo de cuidado (TS 11-3-04, Rec 1047/99), la polémica entre la Sala primera civil y la Sala cuarta social está ya superada desde la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Social, que concentra en esta jurisdicción todo lo relativo a las responsabilidades en accidentes de trabajo.

La última jurisprudencia viene admitiendo la denominada **imputación objetiva** (TS 6-9-05; 10-2-06; 12-12-06; 23-4-09) en la que no se busca si uno de los elementos de la relación es la causa del resultado, sino si la conducta que se pretende sea la causa, es suficientemente relevante para la producción del daño por el que se reclama, de acuerdo con el **criterio de la adecuación**; esta última teoría y la cuasi objetiva, reforzada legalmente en el art. 14 de la LPRL, es más acorde con el ordenamiento jurídico español que la teoría de la responsabilidad objetiva.

Prueba de la culpa: Aunque no se ha establecido de forma clara por la jurisprudencia de la Sala Primera ni de la Sala Cuarta a quién incumbe la carga de la prueba de la culpa, la misma ha de fijarse partiendo de la existencia de una obligación previa de carácter contractual que recae sobre el **deudor**. Al ser el **empresario deudor de seguridad** (ET art.19 y L 31/1995 art.14) ha de demostrar que cumplió con su obligación preexistente o que si no cumplió fue por culpa exclusiva del perjudicado, o por fuerza mayor, o caso fortuito, supuestos en los que el deudor se exonera de responsabilidad, a tenor del CC art.1105, incumbiendo al deudor la prueba de la concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito. En consecuencia, el empresario habrá de probar que cumplió con su obligación en materia de prevención de riesgos laborales. Realmente lo que se debe acreditar es la diligencia exigible a su condición de empresario, pero no se puede prescindir totalmente del principio de culpa, porque forma parte de nuestros principios jurídicos, si bien es verdad que se ha atenuado mucho desde la LPRL, y también en base a determinada jurisprudencia emanada desde entonces. La TS Sala Cuarta 30-610, Rec 4123/08, tras afirmar que es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia, tal y como se desprende del CC art.1101, 1103 y 1902, dispone que «no puede sostenerse la exigencia culpabilística en su sentido mas clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas 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 (ET art.20) 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 (L 31/1995 art.15), estableciéndose el **deber**

genérico de garantizar la seguridad y salud laboral de los trabajadores (L 31/1995 art.14.1). Continúa la sentencia razonando que la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo, para enervar su posible responsabilidad, el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, mas allá, incluso, de las exigencias reglamentarias, debiendo procederse a la aplicación -analógica- del CC art.1183 sobre carga de la prueba, 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. Asimismo se llega a dicha conclusión aplicando la LEC art.217, tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos (secuelas derivadas de AT) y de los impeditivos, extintivos y obstativos, cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria, ya que es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de esta.

Exención de responsabilidad:A tenor del CC art.1105 nadie responde de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran **inevitables**, por lo que en estos casos el empresario no responde, (La responsabilidad civil si que admite, a diferencia de la penal, compensación de culpas). Tampoco en el supuesto de que el suceso se produjera por **culpa exclusiva de la víctima o de un tercero** (TS 17-2-99, Rec 2085/98; TS Sala 1ª 1-2-99, Rec 2573/94).

Fijación del quantum indemnizatorio: La TS 2-10-00, Rec 2393/99 ha abordado la cuestión, existiendo siete votos particulares. Considera que las **consecuencias dañosas de los accidentes** de trabajo no afectan sólo al ámbito laboral y a la merma de la capacidad de tal naturaleza que puede sufrir el trabajador accidentado, sino que pueden repercutir en **múltiples aspectos de la vida** personal, familiar o social de aquel y de las personas que de él dependan, por lo que no existiendo baremos que fijen las indemnizaciones, éstas deben ser adecuadas, proporcionadas y suficientes para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales) que como derivados del accidente de trabajo se acrediten seguidos en las esferas personal, laboral familiar y social. La última jurisprudencia, tanto de la Sala Primera como de la Cuarta, viene admitiendo la posibilidad de aplicar el **baremo** establecido para los **accidentes de tráfico** con un valor referencial, pudiendo citar al efecto: TS Sala Primera 17-4-07, Rec 2908/01 y 2598/02; TS la Sala cuarta 11-11-05, Rec 1575/99; 17-7-07. Rec 4367/05 y 513/06; 2-

10-07, Rec 3945/05 y 513/06; 2-10-07, Rec 3945/06; 3-10-07, Rec 2451/06; 21-1-08, Rec 4017/06; 30-1-08, Rec 414/07; 22-9-08, Rec 1141/07; 20-1-08, Rec 672/07; 3-2-09, Rec 560/07; 14-7-09, Rec 3576/08; 23-7-09, Rec 4501/07; 14-12-09, Rec 715/09; 15-12-09, Rec 3365/08; 18-10-10, Rec 101/10; 24-11-10, Rec 651/10; 10-6-09, Rec 3133/08.

En las citadas sentencias se considera que el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación que aparece introducido por la L 30/1995 disp.adic.8ª, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, actualmente en la Ley sobre Responsabilidad Civil y seguro en la Circulación de vehículos a motor, RDLeg 8/2004, sólo es aplicable para fijar la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo con **carácter analógico o referencial** ya que, tal y como se desprende de su propio epígrafe, no está destinado a fijar dichas indemnizaciones, sino las derivadas de los daños causados a las personas en accidente de circulación. La TS Sala Cuarta 17-7-07, Rec 4367/05, pone de relieve que la indemnización de los daños debe ir encaminada a lograr la **íntegra compensación** de los mismos, para proporcionar al perjudicado la plena indemnidad por el acto dañoso, es decir, la restitutio in integrum o compensatio in integrum, siendo función propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, tanto la facultad de valorar el daño con arreglo a la prueba practicada, como el deber de hacerlo de forma fundada y para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, por imperativo de lo dispuesto en la Const art.24 y 120.3; LEC art.218 y LPL art.97.2, así como en la Resolución 75.7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 14-3-75. Señala la sentencia que las **ventajas** que presenta la **aplicación del baremo** son las siguientes:

1º.- Dar satisfacción al principio de seguridad jurídica que establece la Const art.9.3, ya que fija un mecanismo de valoración que conduce a resultados muy parecidos en situaciones similares.

2º.- Facilita la aplicación de un criterio unitario en la fijación de indemnizaciones con el que se da cumplimiento al principio de igualdad de la Const art.14.

3º.- Agiliza los pagos de los siniestros y disminuye los conflictos judiciales, pues al ser previsible el pronunciamiento judicial se evitarán muchos procesos.

4º.- Da una respuesta a la valoración de los daños morales que, normalmente está sujeto al subjetivismo mas absoluto. La cuantificación del daño corporal, y mas 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 par que la fundamentación de la sentencia, pues como decía la TS 13-2-04, 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 ende, no requiere inexcusablemente de una mayor fundamentación. 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 daño, 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, a la ponderación ecuaníme de las circunstancias del caso que realiza, no son garantía de corrección ni de uniformidad, resarcitorias. La **jurisprudencia** de la Sala señala lo siguiente:

- 1) A los **órganos judiciales de instancia** les compete **fijar la indemnización** de los daños y perjuicios derivados de accidente laboral y enfermedad profesional, siempre que en el ejercicio de tal función les guíe la íntegra satisfacción del daño a reparar, siempre que lo hagan de forma vertebrada que permita conocer los concretos 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, pudiendo valerse el Juez del Anexo a la Ley aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2004 donde se contiene un baremo que le ayudará a vertebrar el «quantum» indemnizatorio por cada concepto, dejando a su prudente arbitrio el número de puntos a reconocer por cada secuela y la determinación concreta del factor corrector aplicable, dentro del margen señalado en cada caso (TS 17-7-07, Rec 4367/05, sentencia esta que marcará una nueva línea a seguir en la jurisprudencia posterior)
- 2) La valoración de los daños efectuada por el juzgador de instancia **no es revisable** en vía de recurso, salvo en los **supuestos excepcionales** en que se aprecie notorio error, arbitrariedad, incoherencia con las bases de cuantificación o falta de concreción de las mismas (TS 17-7-07, Rec 513/06). Asimismo es

revisable en el supuesto de que se hayan utilizado las reglas de un baremo, siendo en este caso susceptible de revisión por ir referidas a la aplicación de una norma (TS Sala Primera 25-3-91; 19-7-06).

- 3) El Juez ha de **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 del daño causado, sino que debe realizar una **valoración vertebrada** del total de los daños y perjuicios, atribuyendo a cada uno un valor determinado. Dicha valoración requiere 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 hecho dañoso) y por otro los derivados del lucro cesante (la pérdida de ingresos y de expectativas) (TS 17-7-07, Rec 4367/05).
- 4) **No es preceptiva la aplicación del baremo** para fijar el quantum indemnizatorio, pero cuando el juez procede a aplicar el mismo debe efectuarlo de conformidad con las previsiones que en él se contienen, por un principio de congruencia derivado de la **autovinculación** (TS 17-7-07, Rec 4367/05). Si el juzgador decide **apartarse del baremo** en algún punto debe razonarlo, pues cuando una tasación se sujeta a determinadas normas no cabe apartarse de ellas sin razonarlo.

Aplicación del baremo.

Para la adecuada aplicación del baremo se ha de distinguir entre las **reglas o criterios** establecidos para la determinación de la responsabilidad y la cuantía de las indemnizaciones previstas en el mismo. Las reglas se contienen en la norma básica que es el Anexo al RDLeg 8/2004 y las cuantías aparecen en las tablas que siguen al Anexo. Hay que tener en cuenta que dichas **tablas se actualizan cada año**, incrementando el importe de las distintas cantidades que aparecen en las mismas, por medio de resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. En el punto 10 del apartado primero del Anexo, se establece que anualmente deben actualizarse las cuantías indemnizatorias fijadas por el mismo y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje de aumento del IPC del año anterior.

Se plantea si estamos ante una **deuda nominal o de valor**, esto es si el daño se debe cuantificar al tiempo del accidente (teoría nominalista) o al momento en que se dicte la sentencia (deuda de valor). La doctrina ha entendido que estamos ante una deuda de valor porque de seguirse la teoría nominalista, no se lograría la restitutio in integrum, ya que la satisfacción del **daño** requiere indemnizar con el **valor actual** del mismo y no se logra abonando una cantidad que se ha ido depreciando con el paso del tiempo, pues no se trata de obligarse a pagar más, sino de evitar que se pague menos por los efectos de la inflación. Este principio valorista se recoge en la LRJAP art.141.3, donde se establece que la cuantía de la indemnización se calcula con referencia al día en que se produjo la lesión, sin perjuicio de su actualización con arreglo al índice de precios al consumo en la fecha en que se ponga fin al procedimiento. También se recomienda por el Principio General I del Anexo a la Resolución 75-7 del Comité de Ministros de C.E. de 14-3-75, así como por la jurisprudencia (TS Sala Primera 21-1-78; 22-4-80; 19-7-82; 19-10-96; 25-5-98; 21-11-98).

La regla 3 del punto primero del Anexo 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», por lo que son las normas vigentes al tiempo del accidente 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.... La Sala Primera del Tribunal Supremo en TS 17-4-07 ha recogido este principio estableciendo que la deuda de valor se materializa al tiempo del alta médica con secuelas, es decir, que el valor del punto se fija en atención a los valores actualizados vigentes en el momento en que se consolidan las secuelas del siniestro. Esta resolución, sin embargo, no es aplicable a los accidentes laborales ya que el daño por circulación de vehículos de motor responde a un riesgo objetivo, por lo que deberá actualizarse la indemnización con arreglo al valor del punto que exista al tiempo de cuantificar la misma. 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, por ello 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, suplicación o casación, que lo reconoce, cuantifica y determina el deber de indemnizar. 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** de la LEC

art.576 (TS 17-7-07, Rec 4367/05; 17-7-07, Rec 513/06). Dicha teoría, que suponía la no aplicación de los intereses moratorios del CC art.1105, fue modificada por la TS 30-1-08, Rec 414/07. Se razona en dicha sentencia que el objetivo de la directriz 1.2 fijada en la resolución 75/07 del Comité de Ministros del Consejo de Europa puede conseguirse con una interpretación menos restrictiva de los obligados intereses moratorios, de manera que con ellos puede alcanzarse una solución satisfactoria para los intereses del acreedor en todos los supuestos, pudiendo acudir en supuestos excepcionales al **mecanismo de la actualización**. Lo que no es posible es la utilización simultánea de ambos mecanismos (intereses/actualización)

Procede pues aplicar los **intereses moratorios** del CC art.1108, si bien el valor de la indemnización estará fijado en el momento de la consolidación de las secuelas, ya que con este criterio se está consiguiendo en igual o mejor medida satisfacer la restitutio in integrum y se cumplen mejor las exigencias del CC art.1101.

Criterios de valoración de los daños.

La doctrina es unánime al mantener el **derecho a la reparación íntegra** porque como manifestación del principio general de nuestro ordenamiento jurídico deducible entre otros del CC art.1101 y 1902, que obliga a todo aquel que causa un daño a repararlo, a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, en principio, la indemnización procedente debe ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos 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 (TS 17-2-09, Rec 2085/98; 2-10-00, Rec 2393/99; 18-2-02, Rec 1866/01; 21-2-02, Rec 2239/01; 8-4-02, Rec 3825/03; 7-2-03, Rec 1636/02; 9-2-05, Rec 5398/03; 1-6-05, Rec 1613/04; 24-7-06, Rec 776/05; 17-7-07, Rec 513/06).

Asimismo la Sala sostiene que del principio de reparación íntegra se deduce la **exigencia de proporcionalidad entre el daño y la reparación** y a sensu contrario que la reparación no debe exceder del daño o perjuicio sufrido, no debiendo los perjudicados enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena. La **cuantía** debe fijarse teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la dependencia económica, las sumas ya percibidas

y los criterios legales que pueden servir de referencia (TS 2-2-98, Rec 124/97; 17-2-99, Rec 2085/98). Si se procede a la aplicación del baremo recogido como Anexo en el RDLeg 8/2004, observamos que en el mismo no se comprende el **daño emergente** (gastos originados por el hecho dañosos, tales como gastos de hospitalización, comidas, traslados...) constando en el apartado primero, punto 6 del Anexo que además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalización y además en las indemnizaciones por muerte, los gastos de entierro y funeral. Por lo tanto, el juzgado habrá de fijar el daño emergente que no aparece contemplado en las tablas, fijándose su importe a la vista de lo alegado y probado por la parte. Para valorar el **lucro cesante** y los **daños personales** -sicológicos y morales- procede la aplicación de las tablas correspondientes.

Las **tablas** contemplan las pertinentes **indemnizaciones** por muerte, lesiones permanentes, invalidantes o no, e incapacidades temporales.

- En el supuesto de **muerte**, las indemnizaciones se calculan aplicando la tabla I, teniendo en cuenta la edad de la víctima en el momento del accidente: Hasta 65 años, de 66 a 80, mas de 80 y las circunstancias personales de los perjudicados/beneficiarios.

A continuación se le aplica la tabla II, **factores de corrección**, que permite el aumento o reducción de la indemnización en un determinado porcentaje que fija para cada una de las circunstancias que describe: perjuicios económicos (ingresos, rentas anuales de la víctima por trabajo personal) circunstancias familiares especiales (discapacidad física o psíquica acusada anterior al accidente) del perjudicado/beneficiario, fallecimiento de ambos padres en el accidente, víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente.

- En el supuesto de **lesiones permanentes** se parte del tipo de lesión permanente ocasionada al perjudicado desde el punto de vista físico o funcional, mediante puntos asignados a cada lesión (Tabla VI), a dicha puntuación se le aplica el valor del punto en función inversamente proporcional a la edad del perjudicado e incrementado el valor del punto a medida que aumenta la puntuación (Tabla III).

Sobre tal cuantía se aplican los **factores de corrección** en forma de porcentajes de aumento o reducción (Tabla IV).

- En el supuesto de **secuelas permanentes no invalidantes** se aplica la tabla VI, teniendo en cuenta los puntos que conforme a la edad del accidentado puedan corresponder tal y como señala la tabla III.
- En el supuesto de **incapacidad temporal** se aplica la tabla V en la que se diferencia entre la incapacidad temporal con estancia hospitalaria y sin estancia hospitalaria, determinándose su importe diario multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla.

Compatibilidad con las prestaciones de Seguridad Social.

Se plantea la cuestión del **alcance de la compatibilidad** entre las prestaciones de Seguridad Social que puedan corresponder al accidentado o a los beneficiarios y la indemnización por los daños y perjuicios, en los supuestos de accidente de trabajo y, en su caso, la forma de computar el importe de aquellas en el montante indemnizatorio, cuestión no resuelta legalmente ya que la LGSS art.123.3, 127.3 y L 31/1995 art.42.3 se limitan a establecer la compatibilidad.

Hay dos **posturas** al respecto: entender que ambas cantidades -prestaciones de Seguridad Social e indemnización de daños y perjuicios- protegen al trabajador accidentado de forma autónoma -técnica de la suplementariedad o de acumulación absoluta- o considerar que las mismas responden a idéntica finalidad y no pueden aplicarse con total independencia -técnica de la complementariedad o de acumulación relativa-.

La primera de las soluciones es la seguida fundamentalmente por la jurisprudencia civil, que proclama que la **responsabilidad civil** es compatible con la derivada de la relación de trabajo, entendiendo que la indemnización derivada del CC art.1902, es **independiente** de cualquier otra cantidad ya percibida por el trabajador, ya que se trata de fundamentos diversos de indemnización y dos causas diferentes de pedir. La doctrina fundamenta dicha construcción sosteniendo que las prestaciones de Seguridad Social por accidente de trabajo son un aseguramiento público que protege al trabajador como un seguro de personas. Se trata de una responsabilidad objetiva con una indemnización tasada, representada por las prestaciones de Seguridad Social que actúa como seguro de responsabilidad del empresario en el marco de un sistema de carácter público, en tanto

la responsabilidad civil exige culpa en el generador del daño y encuentra su causa en la producción ilícita de dicho daño.

La segunda solución, seguida por la Sala Cuarta, señala que como la finalidad de las indemnizaciones es **reparar y no enriquecer**, si bien el perjudicado puede ejercer todas las acciones a su alcance para obtener la adecuada compensación por los daños sufridos, dichas compensaciones no pueden aumentar su patrimonio más allá del daño sufrido. Respecto a la compatibilidad de las prestaciones de Seguridad Social con la indemnización de daños y perjuicios se ha venido señalando que para el cálculo de esta última se han de detraer las prestaciones reconocidas en virtud de la normativa protectora de la Seguridad Social (TS 9-2-05, Rec 5398/03).

Sentada dicha premisa procede determinar la forma concreta en que ha de **cuantificarse el montante atribuible a las prestaciones** de Seguridad Social.

Las TS 17-7-07, Rec 513/06 y 4367/05; 2-10-07, Rec 3945/06; 3-10-07, Rec 2451/06; 21-1-08, Rec 4017/06; 30-1-08, Rec 414/07; 22-9-08, Rec 1141/07; 20-1-08, Rec 672/07; 3-2-09, Rec 560/07; 14-7-09, Rec 3576/08; 23-7-09, Rec 4501/07; 18-10-10, Rec 101/10; 24-11-10, Rec 651/10, han abordado esta cuestión y han aplicado los siguientes **criterios**:

- 1- El Juzgador ha de establecer, en primer lugar, el importe de la indemnización correspondiente, fijando los diversos **conceptos indemnizables** y su **cuantía** y, en el supuesto de que se haya aplicado el baremo contenido en el Anexo al RDLeg 8/2004, que establece distintos conceptos en las seis tablas que contiene, se procede a efectuar la compensación por conceptos homogéneos.
- 2- Las **prestaciones** de Seguridad Social por incapacidad **permanente** resarcen la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia temporal o permanente, por lo que las referidas prestaciones solo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado **lucro cesante**, así como las prestaciones de incapacidad temporal no pueden compensarse con las de incapacidad permanente y viceversa (Teoría de los cajetines).
- 3- El baremo, al fijar en la Tabla IV los factores de corrección para las **indemnizaciones básicas por lesiones permanentes** -las indemnizaciones básicas se fijan por el juego de las Tablas III y IV-, en concreto el **factor corrector por perjuicios económicos**, dado que el aumento que supone se reconoce el función de los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, compensa el lucro cesante. En consecuencia, lo reconocido por este

concepto es compensable con lo abonado por prestaciones de Seguridad Social que reparan la pérdida de la capacidad laboral en algún grado. Hay que señalar que el factor corrector por incapacidad permanente de la tabla IV persigue reparar los daños y perjuicios que se deriven de la incapacidad permanente del perjudicado para la ocupación o actividad habitual de la víctima, concepto que se divide en tres grados (parcial, total y absoluta) que, aún siendo similar a la clasificación de la LGSS art.137 no pueden identificarse con el mismo. En efecto, el factor corrector compensa, no solo la incapacidad para la **ocupación o actividad habitual**, sino también las limitaciones que ocasiona para **otras actividades de la vida**, lo que la doctrina francesa denomina *prejudice d'agreement* concepto que comprende la limitación para los disfrutes y satisfacciones que la víctima podría esperar de la vida y de los que se ha visto privada por causa del daño, perjuicios entre los que se encuentra, entre otros, el quebranto producido para desenvolverse con normalidad en la vida doméstica, familiar, sentimental y social, así como el impedimento para practicar deportes o para disfrutar de otras actividades culturales o recreativas. Por ello 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, porque como se acaba de decir, este repara diferentes perjuicios entre los que se encuentra la incapacidad laboral. Por ello quedará al prudente arbitrio del Juzgador de instancia la ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar que parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y que parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (deambular, comer, vestirse, asearse, etc.) y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabía esperar en los mas variados aspectos (sentimental, social, práctica de deporte, asistencia a actos culturales, realización de actividades manuales, etc.).

- 4- En el supuesto de que exista **mejora voluntaria** de la prestación de incapacidad permanente (otorgada por el empresario de forma voluntaria o en virtud de convenio colectivo), esta se descuenta en idéntica forma que las prestaciones de Seguridad Social.

- 5- El **recargo** de prestaciones no se descuenta de la cantidad que se fije como indemnización de daños y perjuicios.

Desde la publicación de la Ley de la Jurisdicción Social, es evidente la centralización de todo lo concerniente al accidente de trabajo en la jurisdicción social por lo que habrá que estar al criterio de la Sala IV; ya lo era sin embargo, con la última jurisprudencia que abocaba a la jurisdicción social la indemnización civil por AT siempre que estuviera bajo la esfera del contrato de trabajo.

La fijación del **quantum indemnizatorio** correspondiente a la **incapacidad temporal** ha sido contemplada en las TS 17-7-07, Rec 513/06; 14-7-09, Rec 3576/08; 23-7-09, Rec 4501/07; 14-12-09, Rec 715/09; 15-12-09, Rec 3365/08. En dichas sentencias se establece lo siguiente:

1º) El perjudicado, en concepto de lucro cesante, debe percibir, al menos, el cien por ciento del salario cobrado al tiempo del accidente y las prestaciones sociales percibidas no pueden compensarse con la indemnización señalada en la Tabla V del baremo mientras las mismas, junto con su posible mejora convencional, no superen ese cien por cien, sin que, por otro lado, quepa su compensación con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral. En definitiva, lo abonado por la Seguridad Social en concepto de incapacidad temporal no se puede compensar mas que con aquellos conceptos indemnizatorios reconocidos para compensar por el lucro cesante y, en cualquier caso, la compensación sólo procederá en la parte en que la suma de las diferentes indemnizaciones supere el 100 por 100 del salario cobrado al tiempo del accidente.

2º) La indemnización resarcitoria de los daños morales, salvo que se acredite un daño o perjuicio mayor, se fija partiendo para los días de baja, durante la estancia hospitalaria de la cuantía íntegra prevista para ellos en el baremo y para los restantes días de baja impeditiva sin estancia hospitalaria (a los exclusivos efectos de cuantificar los daños morales) de la cuantía íntegra prevista para los días de baja no impeditivos.

3º) No procede aplicar los 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 perjuicios del importe del 100 por 100 del salario dejado de percibir.

XI. IV. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE: DISCREPANCIAS DE FORMA Y DE FONDO.

Todo ello hace que el accidente de trabajo determine, lamentablemente para la víctima, la intervención de todos los órdenes de la jurisdicción, la **participación del orden social y del civil** resulta conflictiva en lo que afecta a la responsabilidad civil complementaria, que aquí vamos a tratar.

Son muchas las voces que se han levantado para abogar por una solución a esta situación que venga dada por una Ley Integral de Siniestralidad Laboral, siguiendo otros ejemplos en nuestra realidad normativa más reciente (así, la Ley Integral de Violencia de Género). Se trataría de que un solo texto normativo, de contenido transversal, acabe por establecer una **regulación unitaria del accidente de trabajo**, y, al mismo tiempo, solventar problemas reiterados, como el de la dispersión de ordenes jurisdiccionales que están a día de hoy asumiendo el conocimiento de las diferentes consecuencias del accidente de trabajo, sin perjuicio de que se dejara a salvo la competencia del orden jurisdiccional penal en la depuración de las responsabilidades de tal naturaleza. La doctrina jurisprudencial ha sostenido que, si bien en nuestro Derecho se admite de forma teórica la posibilidad de ejercitar acumuladamente pretensiones indemnizatorias derivadas de culpa contractual (CC art.1101 en relación con el art.1107) y de la culpa extracontractual o aquiliana (CC art.1902), en la normativa laboral, al estar en presencia de una deuda de seguridad del empresario, plasmada en el ET art.4.2.d y 19 y LPRL art.14 s., es difícil imaginar supuestos en los que el empresario, en una misma actuación, viole el deber de garantía que entraña la culpa contractual y al mismo tiempo incurra en supuestos de la extracontractual, incardinados en ese marco laboral. La Sala IV ha tenido siempre muy claro que el **daño origen** de la responsabilidad que se reclama es consecuencia de un **ilícito laboral**. Para la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la responsabilidad derivada del mismo no es civil sino laboral y la controversia, en la medida en la que constituye una cuestión litigiosa entre un empresario y un trabajador derivada del contrato de trabajo (LPL art.2.a).

No obstante, la jurisprudencia civil ha defendido la competencia civil desde un elemento formalista, la invocación del CC art.1902 y 1903 de la que derivaría que el incumplimiento del empresario sería una **culpa extracontractual** del Código Civil fuera de la órbita del contrato de trabajo, y su conocimiento correspondería al **orden**

jurisdiccional civil dado su vis atractiva. Pero la TS sala civil 15-1-08, en efecto, marca un punto de inflexión, al afirmar que las responsabilidades derivadas de accidente de trabajo, en la medida en la que son consecuencia de un ilícito laboral, constituyen **responsabilidades contractuales** de las que debe conocer el **orden jurisdiccional social**. Hasta ese momento, aunque con vaivenes, se había sostenido mayoritariamente por esa Sala que el orden civil era el competente sobre la base del carácter extracontractual de la responsabilidad civil derivada del accidente. En la propia TS sala civil 15-1-08 se resume el devenir de la jurisprudencia civil recordando que, inicialmente se consideró que la responsabilidad civil por accidente de trabajo tenía naturaleza extracontractual y, por ello, se afirmaba la competencia del orden jurisdiccional civil (TS 5-1-82; 9-3-83; 21-10-88; 8-11-90). Posteriormente, entre los años 1997-1998, se aceptó la exclusión la competencia de la jurisdicción civil cuando la pretensión de indemnizaciones se fundaba en el incumplimiento de las normas laborales (TS 24-12-97; 26-12-97; 10-2-98; 20-3-98). No obstante, esta tesis volvió a ser alterada de nuevo con un regreso de la Sala Civil del Tribunal Supremo al criterio tradicional, según la competencia era asumida habida cuenta de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad reclamada (TS 13-10-98; 24-11-98; 18-12-88; 1-2-99; 10-4-99; 13-7-99; 30-11-99; 2-3-00; 26-5-00). Finalmente, la TS sala civil citada, 15-1-08, se decanta por atribuir al orden jurisdiccional social la competencia en esta materia. Sin embargo, esta construcción doctrinal quiebra en el supuesto de que haya **conurrencia de responsables** y junto a las responsabilidades laborales se ventilen otras. Según la Sala Civil del Tribunal Supremo, en esos supuestos de concurrencia de responsabilidades la vis atractiva de la **jurisdicción civil** hace de ésta la jurisdicción competente.

Se abre así la vía para el mantenimiento de la discrepancia, puesto que la doctrina de la Sala de lo Social ha abordado también este tipo de supuestos para sostener que ha de afirmarse la competencia del **orden social** para conocer de cuantas responsabilidades deriven de un accidente de trabajo consecuencia de un incumplimiento laboral por cuanto (TS 22-6-05).

Recordemos, por último, que la **Sala de Conflictos** del Tribunal Supremo se ha pronunciado desde 1993 en repetidos autos a favor de la competencia del **orden jurisdiccional social** para conocer las reclamaciones efectuadas por trabajadores afectados por accidentes de trabajo.

Sin entrar a analizar ahora si estamos ante una culpa contractual o extracontractual, sí cabe sostener que los deberes del **empresario** conducen siempre, ineludiblemente, al marco del **contrato de trabajo** y se hace difícil imaginar el supuesto de responsabilidad extracontractual, si la acción se dirige contra el empresario o quienes tiene vínculos derivados, como en el caso de la cadena de contratados. En todo caso, será necesario que concurren **tres requisitos** fundamentales para el reconocimiento de responsabilidad por daños y perjuicios: a) una actuación ilícita mediando culpa del sujeto causante, b) la existencia del daño, y c) la relación de causalidad. Pero el criterio de imputación de la responsabilidad es uno de puntos de discrepancia entre el orden jurisdiccional civil y el social.

La concurrencia del **principio de culpa** es el elemento clave que hace distanciar este tipo de responsabilidad de la de carácter objetivo, cubierta por las prestaciones de Seguridad Social. Por esa razón, la doctrina judicial emanada del Orden Social tiende a requerir la necesidad de que concorra culpa en el imputado, sin que el mero riesgo causado pueda ser fundamento de la responsabilidad civil. Esta posición se ha mantenido desde antiguo por la sala social del TS. Así, por ejemplo, en TS sala social 28-2-02 ya se razonaba que, «no en todo accidente de trabajo o enfermedad profesional necesariamente ha de existir responsabilidad empresarial, que deben aplicarse las normas protectoras de la SS y que sólo cuando conste o se acredite una efectiva conducta empresarial causante directa del daño o que haya servido para aumentar el riesgo propio del trabajo realizado podrá ser exigida la complementaria indemnización con base en responsabilidad contractual o extracontractual». Para el orden social rige el principio culpabilístico, en cuanto se hace derivar la responsabilidad empresarial de una acción u omisión del empresario que se le pueda imputar, al menos, a título de culpa. Si bien, la TS 17-7-07, Rec 513/06, Sala General, introducía un matiz procesal, al no excluir «la racional aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, y más específicamente la relativa a la disponibilidad y facilidad probatoria (LEC art.217), que ha de evitar situaciones de real desprotección en la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores accidentados o de sus causahabientes».

La responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva que exige la jurisdicción social tiene su razón de ser en el hecho de que en la relación laboral la **responsabilidad objetiva** ya está establecida por el sistema de **Seguridad Social** (TS 30-9-97; 13-7-99, etc.). Por ello, se exige en los supuestos de responsabilidad complementaria un plus de vinculación entre el daño y la conducta mínimamente culposa del empresario. Desde la

óptica social, no puede olvidarse que las prestaciones de la Seguridad Social cubren la responsabilidad objetiva del empresario por los riesgos profesionales. No son un seguro personal público a favor del trabajador, como piensan algunos, sino un seguro de responsabilidad civil del empresario .

Frente a la caracterización por la jurisdicción social de la responsabilidad civil como responsabilidad subjetiva y culpable, en el **ámbito civil** se ha observado un decantamiento hacia la construcción de una responsabilidad civil del empresario de carácter cuasi-objetivo, aproximándola a un tipo de **responsabilidad fundada en el riesgo**, más que en la culpa o negligencia empresarial; esta teoría se ha hecho patente, sobre todo, en aquellos supuestos en los que la propia resolución judicial ha confirmado la inexistencia de ningún quebrantamiento de las medidas de seguridad impuestas por la normativa, pero aún así ha reconocido la concurrencia de responsabilidad civil por causas emanadas del riesgo preexistente, en cuyo marco se ha producido el accidente de trabajo (véanse, en este sentido la TS sala civil 26-5-00; 29-1-03); teoría esta que pese a sustentar la competencia jurisdiccional para conocer de la responsabilidad civil, puede entrar en conflicto con la responsabilidad de carácter objetivo, y por tanto fundada en el riesgo, que ya está prevista por la legislación de Seguridad Social, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción social.

A partir de la TS sala civil 31-3-03, se produce una inflexión favorable al criterio de imputación por culpa, reiterándose en TS 17-12-04; 31-12-04; 14-12-05; 13-4-06, entre otras, indicándose en esta última que la doctrina más reciente de la Sala se inclina *«...por la aplicación del principio de responsabilidad subjetiva consagrado como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en el CC art.1902 s., el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallan previstas en la ley, con las cuales no deben confundirse los supuestos en que la jurisprudencia atribuye la carga probatoria en mayor o menor medida al causante del evento dañoso por razones derivadas, básicamente, más que de una verdadera inversión de la carga probatoria, del principio de facilidad o proximidad probatoria relacionado con circunstancias tales como los especiales deberes de diligencia que impone la creación de riesgos extraordinarios, la producción de daños desproporcionados o inexplicables o la producción de un mismo siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo»*.

Sin duda, la cuestión de la imputación ha de solventarse desde la calificación del nexo entre el acreedor de la indemnización y el deudor de la misma. La **vinculación**

contractual entre ambas partes y la configuración de la deuda de protección dentro del contenido de las obligaciones contractuales habrán de llevarnos, en todo caso, a exigir que la concurrencia de dolo, culpa, mora o cualquier otro incumplimiento contractual (CC art.1101). Por ello, si bien no cabe extender la responsabilidad objetiva, lo cierto es que la existencia del **incumplimiento empresarial** habrá de analizarse partiendo de la realidad misma del acaecimiento del accidente y de la aparición del daño consecuencia de éste, de ahí que la mera distribución de la carga de la prueba con arreglo a lo dispuesto en la LEC art.217 permite llegar a una ponderación de la imputación final del daño respecto del empresario que no acredite una causa válida de enervación de su responsabilidad, sin que con ello se esté aplicando la teoría del inversión de la carga de la prueba, propia de la culpa aquiliana, sino la regla general respecto del onus probandi en la exigencia del cumplimiento de las obligaciones nacidas de contrato.

En reclamaciones sobre accidente de trabajo y enfermedad profesional se podrán acumular todas las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de un mismo hecho, incluso sobre mejoras voluntarias, que el trabajador perjudicado o sus causahabientes dirijan contra el empresario u otros terceros que deban responder a resultas del hecho causante, incluidas las entidades aseguradoras, salvo que hayan debido tramitarse mediante procedimiento administrativo separado, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 30.

En demandas derivadas del mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando exista más de un juzgado o sección de la misma Sala y Tribunal, en el momento de su presentación se repartirán al juzgado o sección que conociera o hubiere conocido del primero de dichos procesos, las demandas ulteriores relativas a dicho accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre que conste dicha circunstancia o se ponga de manifiesto en la demanda. El actor podrá acumular en su demanda las pretensiones que se deduzcan en relación con un mismo acto o resolución administrativa, así como las que se refieran a varios actos o resoluciones administrativas cuando exista entre ellos conexión directa. Cuando el acto administrativo impugnado afecte a una pluralidad de destinatarios, de existir más de un juzgado o sección de la misma Sala y Tribunal, las demandas o recursos ulteriores relativas a dicho acto se repartirán al juzgado o sección que estuviere conociendo o hubiere conocido del primero de dichos procesos, siempre que conste dicha circunstancia o se ponga de manifiesto en la demanda.

Con tal fin, la Administración autora del acto impugnado comunicará al juzgado o tribunal, tan pronto le conste, si tiene conocimiento de la existencia de otras demandas o recursos en las que puedan concurrirlos supuestos de acumulación previstos en esta Ley.

V. CONCRECIÓN DEL DAÑO: DETERMINACIÓN, CONTENIDO, ALEGACIÓN Y PRUEBA

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:

a) Principio de reparación íntegra del daño (CC art.1101 y 1106)

La TS sala general 17-7-07, Rec 513/06, declara que la finalidad de la indemnización por daños es lograr la **íntegra compensación** de los mismos, para proporcionar al perjudicado la plena indemnidad por el acto dañoso. Del principio de reparación íntegra se deduce la exigencia de que la **indemnización no debe exceder** de los daños y perjuicios sufridos. Por tanto, para alcanzar una compensación adecuada al daño, debe seguirse la técnica de la complementariedad o acumulación relativa de las distintas indemnizaciones percibidas en los distintos órdenes jurisdiccionales por los mismos daños. De aplicar el criterio opuesto, de acumulación absoluta o suplementaria, se llegaría a un enriquecimiento injusto. Los **accidentes de trabajo** derivados de un **incumplimiento empresarial** de las normas de prevención de riesgos laborales pueden originar simultáneamente, en el marco de la LGSS art.115 a 117, **prestaciones** sociales con las singularidades de las contingencias profesionales, y en el marco de la LPRL art.42.1; LGSS art.127.3 y CC art.1101 y 1902, **indemnizaciones civiles** que reparan económicamente el daño causado. Es cierto que en el marco de la Seguridad Social el concepto de accidente de trabajo no coincide exactamente con el concepto preventivo de accidente de trabajo, puesto que porque la protección social no exige un incumplimiento empresarial de las normas de salud laboral al extenderse a todo accidente ocurrido en el lugar de trabajo o que cumpla con las características de la LGSS art.115, con independencia de cual sea la conducta de la empresa. Sin embargo, todo accidente de trabajo en que se de un incumplimiento de las normas de prevención de riesgos

laborales originará el derecho de prestaciones sociales por contingencias profesionales, sin perjuicio de la exigencia añadida de indemnizaciones civiles a la empresa incumplidora, como precisa la LGSS art.127.3. De ahí que la posible concurrencia de prestaciones sociales y de indemnizaciones complementarias plantee el problema de la articulación entre ambas cuantías económicas.

b) Principio de proporcionalidad entre el daño y la reparación.

La TS sala general 17-7-07, Rec 513/06, 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 reparación.

La indemnización ha de «ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o 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 daño.

c) Compatibilidad entre las diferentes indemnizaciones derivadas del accidente.

La última jurisprudencia de la Sala IV del TS parte de la **compatibilidad limitada** entre las **indemnizaciones civiles** y las **prestaciones** sociales desde la variante de la protección social como un sistema de sustitución de las rentas salariales, de tal manera que sólo cabe la compensación homogénea, o descuento, entre el lucro cesante de la indemnización y la prestación social correspondiente.

Las diferentes indemnizaciones son **compatibles** pero **complementarias**, de forma que cabe que el perjudicado ejercite todas las acciones que le reconozca la Ley para obtener el resarcimiento total de los daños, pero esta acumulación de acciones no puede llevar a acumular las distintas indemnizaciones hasta el punto de superar el daño total sufrido (TS 9-2-05, Rec 5398/03; 1-6-05, Rec 1613/04; 24-4-06, Rec 318/05; 17-7-07, Rec 4367/05 y 513/06).

Tras sentar dichos principios, conviene efectuar las precisiones oportunas para concretar **qué daños indemnizar**.

El concepto de daño se ha de integrar partiendo del **detrimento experimentado** por cualquier bien o interés perteneciente a un sujeto, que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar. Como señalaba **Carnelutti**, «el daño es toda lesión a un interés». Recuerda Camas que no pueden equipararse los daños de los que pueden derivar responsabilidades civiles con la definición de daño que utiliza la normativa prevencionista, particularmente, la LPRL art.4.3 que alude como daños derivados del trabajo a los daños físicos (enfermedades, patologías o lesiones), concepto que, como claramente se desprende del precepto, se hace sólo a los efectos de la citada ley, es decir, esencialmente a efectos preventivos .

La reparación íntegra ha de hacerse atribuyendo un **valor concreto a cada perjuicio**, siendo tradicional la distinción consistente en **daños patrimoniales** (daño emergente y lucro cesante), **daños biológicos** (pérdida de la integridad física y psíquica) y **daños morales** (pérdida de derechos de la personalidad). La TS 17-7-07 alude a cuatro categorías básicas susceptibles de ser indemnizadas: el daño corporal, que estaría integrado por las lesiones físicas y psíquicas producidas por el accidente; el daño moral, que sería el sufrimiento psíquico o espiritual derivado de aquél; el daño emergente, identificable con la pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso; y el lucro cesante que está integrado por la pérdida de ingresos y de expectativas laborales.

Aunque el **daño** causado por el accidente es único, es obvio que presenta diversos **aspectos** que deben ser resarcidos con indemnizaciones complementarias. Por ello será necesario tasar individualizadamente el daño producido en cada una de dichas esferas; y, además, a la hora de fijar una posible compensación por las cantidades que hayan podido percibirse, los conceptos a compensar deben ser homogéneos para lograr una justa y equitativa reparación del daño real.

La **clasificación tradicional de los daños** nos lleva a distinguir los siguientes:
a. **Daños patrimoniales**. Los daños patrimoniales hallan su piedra angular en el CC art.1106 que incluye en el concepto de indemnización por daños y perjuicios tanto el valor de la pérdida sufrida (daño emergente), como el de la ganancia dejada de obtener (lucro cesante).

Dentro del daño patrimonial se puede distinguir el **daño emergente** (gastos extraordinarios soportados, tanto por el damnificado como por su familia, a

consecuencia del hecho dañoso), y el **lucro cesante** (en el que se incluyen los salarios dejados de percibir en caso de incapacidad temporal y permanente, o por muerte y subsiguientes prestaciones a favor de familiares; así como la pérdida de expectativas de progresión profesional) .

Las mayores de dificultades de reparación y, especialmente, de aceptación por parte de la doctrina judicial, se hallan en el lucro cesante. El cumplimiento a ultranza del principio de la reparación íntegra del daño, hace que los jueces pongan el acento en la valoración de los daños emergentes y la calificación y cuantificación de la indemnización de los mismos enmascara y diluye el perjuicio del lucro cesante bajo la cifra total alcanzada por la reparación de los daños globalizados. Aunque el **lucro cesante profesional** pudiera entenderse resarcido con las prestaciones de SS, satisfechas en virtud del aseguramiento empresarial, atendido por cuotas exclusivamente abonadas por la empleadora, se dejaron sin compensar daños corporales muy significativos y los daños morales que palmariamente significan el calvario de una interminable baja y unas penosas limitaciones para la vida individual, familiar y social. Las prestaciones de incapacidad permanente no alcanzan a reparar íntegramente el daño. En el caso del accidente de trabajo, la reparación del lucro cesante precisa de una **valoración** a efectuar después de la concreción de los daños biológicos y de los morales que estén aparejados a éstos. Únicamente de este modo es posible aislar el lucro cesante como un daño con sustantividad propia.

b. **Daños corporal o biológico.** Se incluyen aquí las lesiones físicas que requieren tratamiento médico e impiden realizar una vida plena, pérdida de integridad física, incluidas las secuelas físicas remanentes, lesiones psíquicas y, en su caso, la muerte. Los daños biológicos (corporales o personales) aparecen como una categoría intermedia entre lo patrimonial y lo moral, pues de un lado no inciden en los bienes materiales del perjudicado, pero por otro son generadores de situaciones de incapacidad de contenido económico. De ahí que alguno sector doctrinal prefiera distinguir entre daños reales, abarcando los patrimoniales y los corporales, y daños morales por oposición de los daños patrimoniales .

c. **Daños morales.** La naturaleza del daño dependerá exclusivamente de la naturaleza del bien efectivamente afectado, aun cuando el ataque se produzca como consecuencia del menoscabo de otros bienes de distinta naturaleza .

La TSJ Murcia 17-5-04, EDJ 69992, recordaba que integran el concepto de daño moral todas aquellas **manifestaciones psicológicas** que padece o sufre el perjudicado -o

persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales-, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica. Según la sentencia, «puede entenderse como daño moral en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización». En cuanto a la **metodología** a seguir a la hora de efectuar la **valoración**, los criterios ya sentados son:

1. La cuantificación del importe de los daños y perjuicios es una tarea que incumbe, casi en exclusiva, al **juez de instancia** por ser una cuestión fáctica. Corresponde al Juez la facultad de valorar los daños concretos, a partir de las pruebas practicadas, en especial por la víctima del accidente. Es obvio que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad, lo que se verá al analizar la cuestión del sistema de valoración conjunta. Este criterio tradicional conducía a que, una vez determinado en la sentencia el importe de los daños y perjuicios sufridos por el trabajador, ésta cuantía sólo podía ser revisada en el marco de un recurso extraordinario si concurrían circunstancias especiales. La aplicación estricta de tal aserto, llevaba a que en la mayoría de los recursos se confirmaran, sin más, las indemnizaciones señaladas por los órganos judiciales de instancia, al no constar que fueran arbitrarias, caprichosas o desorbitadas. Por ello, la **revisión del criterio del juez** de la instancia, en vía de **suplicación**, estará excluida salvo que sea posible porque en el recurso se combatan adecuadamente las bases de cálculo utilizadas o se haya utilizado un baremo, dado que en este segundo caso se trataría de revisar la aplicación de una norma jurídica.

Las dos TS 17-7-07 matizan y buscan evitar que el anterior criterio se convierta en una cláusula de estilo que por la vía de hecho haga inviable, en la mayoría de los casos, la revisión de la decisión adoptada al respecto por los jueces de instancia. Así se recalca en ellas, que siendo cierto que estos jueces gozan de una amplia discrecionalidad a la hora de señalar el importe de la indemnización, ello **no** puede llevar a la **arbitrariedad**, lo que les «obliga a razonar la valoración que hace del daño y la indemnización que reconoce por los diferentes perjuicios causados».

2. Respecto de la valoración del daño íntegro, se ha sostenido que la técnica de

la valoración conjunta de los daños, contradice claramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es necesario que esa cuantificación se realice conforme a unas reglas o a unos **criterios** que sean **razonables y explicables**, de modo que la aplicación de esas reglas puede ser controlada en sede de recurso.

La judicialización de las indemnizaciones por daños ha provocado inseguridad jurídica y, sin duda, desigualdad, pues dejar que cada juez determine el importe de la reparación de un determinado resultado lesivo supone la dispersión completa y fragmentada del alcance de la tutela judicial. Por ello, la valoración ha de efectuarse atribuyendo un **valor concreto y determinado** a cada una de las partidas y, al mismo tiempo, deben proporcionarse datos sobre los criterios utilizados para la cuantificación, de suerte que se diferencie el daño a la integridad física del trabajador, el daño moral, el daño emergente y el lucro cesante. Tales exigencias se reflejan en la TCo 78/1996 de 13 de junio, que recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que en la sentencia se fijen de forma pormenorizada los daños causados, los fundamentos legales que permiten establecerlos y los criterios empleados para fijar el quantum indemnizatorio del hecho juzgado.

VI. CRITERIOS PARA LA CUANTIFICACIÓN

a) Uso del Baremo de tráfico

Ante la falta de criterios legales orientativos concretos -por otra parte, 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 L 30/1995 disp.adic.8ª, que hoy se contiene en el RDLeg 8/2004, por el que se aprueba el TRL sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de los Vehículos a Motor. Como complemento al análisis ya efectuado anteriormente, 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 tráfico. 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. 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 Baremo. 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 razonar los motivos por los que no se respeta en un punto concreto (TS sala general 17-7-07, Rec 513/06).

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; y, b) cuando el juzgador decida apartarse en algún punto del Baremo, habrá de expresar las razones que le llevan a adoptar tal decisión. La Sala IV del TS ha reconocido las **ventajas del Baremo** (TS sala social 17-1-07; 30-1-08) 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.
- 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** (TCO 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 judicial.

b) Momento en que ha de fijarse el Baremo vigente a aplicar

Otro punto de discrepancia entre los órdenes civil y social es el relativo a la variación de vigencia del baremo en el momento del accidente o en el momento de dictarse sentencia.

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 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 17-4-07), 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 más recientes sentencias de la Sala 4ª, entiende que debe ser de aplicación el valor punto vigente al momento de efectuar la cuantificación (TS 17-7-07). 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 LCS 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 el perjuicio según la edad de la víctima, sus circunstancias personales, su profesión, las secuelas resultantes, la incapacidad reconocida, etc.

c) Coordinación de los distintos sistemas de protección frente al daño.

La Sala Social TS utiliza la regla de la **compatibilidad relativa** de las diferentes partidas, 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 descuento (TS sala social 17-7-07; 3-10-07; 30-1-08): 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 TS sala social 17-2-99, Rec 2085/98, 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 indiscriminada (así en las TS sala social 3-6-03, Rec 3129/02; 9-2-05, Rec 5398/03; 1-6-05, Rec1613/04). Esa compensación global puede provocar, en la práctica, la negación del derecho a lucrar importe alguno en concepto de indemnización, debido a que, al 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.

La compensación ha de hacerse por conceptos homogéneos (CC 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-. Por tanto, sólo cabe descuento o deducción sobre los conceptos a los 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 como renta de no producirse el accidente.

«Tratándose de prestaciones de SS 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**» (TS 17-7-07).

La Sala Civil del TS (TS 24-7-08) se ha apartado de su doctrina sobre la absoluta independencia entre las prestaciones de la Seguridad Social y la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo, considerando ahora, en cambio, que se debe deducir lo percibido en concepto de prestaciones a la hora de calcular la indemnización por responsabilidad civil.

Las indemnizaciones por incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa.

El **efecto** que todo lo dicho provoca sobre estas dos consecuencias lesivas es el siguiente:

1. La **incapacidad permanente**. «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 de **primas de seguro**, sea por aportación directa. 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» (TS 17-7-07, reiterado por TS 20-10-08, Rec 672/07).

No procede descontar de la indemnización total debida por el 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 L 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 incapacidad (TS 20-10-08, Rec 672/07). **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 resarcitoria (TS 21-1-08, Rec 4017/06).

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;

b. Bien sea para descontar su importe mensual del verdadero lucro cesante en el mismo período 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)» (FJ 10º apartado 3 TS sala social 17-7-07, Rec 513/2006).

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 corrector. 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 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 temporal». En suma, la indemnización derivada de la aplicación de esos factores correctores sólo es compensable parcialmente con la pensión de incapacidad permanente. Ello provoca que quede al arbitrio del 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 conste de la prestación se produce en concepto de lucro cesante, mientras que los llamados factores de corrección solamente serán compensables en parte, 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 prestación (TS 23-7-09, Rec 4501/07).

2. 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». Para la jurisprudencia de la Sala IV del STS la cuantificación para 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 merma económica al no existir incapacidad para el trabajo (TS 14-12-09, Rec 715/09; 15-12-09, Rec 3365/08-).

d) Intereses

En cuanto a la imposición de los intereses que se deriven de las sumas reconocidas en concepto de indemnización por daños y perjuicios, se distingue, en primer lugar, entre los intereses moratorios y los procesales.

Los primeros, **intereses moratorios**, determinados en el **interés legal del dinero** (CC art.1100, 1101 y 1108), se devengan automáticamente por imponerlos así la legítima defensa de los intereses del acreedor. Las TS sala general, Rec 414/2007 y 14-7-09, Rec 3576/08) han rechazado la aplicación sistemática del principio «in illiquidis non fit mora», inclinándose por una flexibilidad interpretativa y por computar dichos intereses desde la interpelación al deudor, entendida por tal la interposición de la papeleta de conciliación.

Por lo que hace a los **intereses procesales**, la LEC art.576 implica aplicar el **interés legal del dinero más dos puntos** a partir de la fecha de la sentencia. Ahora bien, la norma general de dicho precepto procesal cede en el caso de que la se imponga la

obligación de indemnizar a la compañía aseguradora del riesgo de responsabilidad civil. En tal caso ha de acudir a lo que dispone la L 50/1980 art.20, de **contrato de seguro**, que señala: «3º Se entenderá que el asegurado incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro. 4º La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al de interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50%; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20%.» Tras algunas discrepancias, los criterios del orden jurisdiccional social (TS 16-5-07) son ahora coincidentes con los del civil (TS 1-3-07) a la hora de interpretar este precepto. Se trata de **intereses procesales** para los que el **incremento** del 20% se aplica a partir de **transcurridos dos años** desde la producción del siniestro. No excluye el incremento la alegación por parte de la asegurador de la falta de la falta iliquidez, pues se aplica el mismo criterio que sobre la mora antes se ha expuesto (TS sala civil 14-7-08). Finalmente, la jurisprudencia es acorde también al señalar que el interés del 20% de la L 50/1980 art.20 sólo se debe transcurridos dos años desde el inicio de la obligación de pagar intereses, esto es la fecha del siniestro, mientras que durante **los dos primeros años** sólo se adeuda un interés anual equivalente al interés legal del dinero más el 50% (TS sala general 16-5-07, Rec 2080/05; TS sala civil 1-3-07, Rec 2302/01).

VII. EL RECARGO DE PRESTACIONES SOCIALES Y LA INTERDICCION CONSTITUCIONAL DE DOBLE SANCION

I. INTRODUCCIÓN

El recargo de prestaciones sociales es, en lo sustancial, un incremento de la cuantía de todas las prestaciones económicas de seguridad social a las que tiene derecho el trabajador derivadas de un **accidente de trabajo o de una enfermedad profesional** del 30 al 50%, que se aplica cuando el siniestro se produce a causa del **incumplimiento por el empresario** de sus obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Una vez determinado el incumplimiento por el empresario de la normativa sobre seguridad, higiene o salud laboral, así como la conexión causal entre dicho incumplimiento y el

evento producido, y una vez que el INSS establece la responsabilidad por el recargo, el empresario ha de ingresar en la TGSS la cuantía del recargo, cuyo importe será cobrado por el trabajador víctima del siniestro u otros beneficiarios. Se trata de una **prestación** que la ley declara compatible con la imposición de **sanciones** administrativas o penales al empresario y con la **indemnización civil** por la reparación de los daños causados (L 31/1995 art.42.3). Es esta **compatibilidad** del recargo con las sanciones administrativas y penales la que me propongo someter a revisión desde la perspectiva de la interdicción constitucional de **dobles sanción**, pues para que la compatibilidad admitida por la ley sea constitucional han de darse una de estas dos condiciones: bien no nos encontramos ante una sanción, sino ante otro tipo de consecuencia jurídica, o bien, si se trata de una sanción, ésta no puede imponerse sobre los mismos hechos y sujeto con base en el mismo fundamento que las sanciones administrativas o penales. No pretendo realizar un estudio exhaustivo de esta cuestión, menos aún del recargo como institución jurídica, sino que tan sólo procederé a realizar una primera aproximación al tema sometiendo a revisión los argumentos aducidos por la doctrina y jurisprudencia laboralista. Con dicho propósito comenzaré el trabajo por la exposición sucinta del estado de la cuestión de la naturaleza jurídica del recargo en la doctrina y jurisprudencia laboralista, pues los argumentos fundamentales sobre la existencia de una duplicidad sancionadora constitucionalmente prohibida versan sobre la naturaleza misma del recargo.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA LABORALISTA Y EN LA JURISPRUDENCIA SOCIAL

La doctrina y jurisprudencia no mantiene una posición unánime sobre la naturaleza del recargo sino que, en su seno, se defienden sustancialmente **tres posiciones** diferentes: para unos se trata de una sanción, para otros de una indemnización, y para otros, en fin, de una institución sui generis con elementos tanto de las sanciones como de las indemnizaciones. Pero los laboralistas no sólo polemizan sobre la naturaleza del recargo, sino también sobre su funcionalidad y necesidad en el sistema de protección frente a los accidentes de trabajo en la actualidad, llegándose incluso a abogar por su supresión, dadas las distorsiones que produce en el sistema de prevención y sanción de los accidentes laborales.

1. Origen y tesis mayoritaria

Se ha afirmado que en su origen el recargo tenía claramente la **naturaleza de una indemnización** que complementaba la indemnización por responsabilidad objetiva del empresario -de cuantía máxima legalmente tasada- establecida en la **Ley de Seguro de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900**. La ley de 1900 estableció un sistema de indemnización por responsabilidad objetiva del empresario, que, por tanto, no exigía que el trabajador probara en los tribunales la culpa del empresario, de modo que facilitaba el acceso del trabajador a la indemnización; a pesar de suponer una mejora, sin embargo, la cuantía de la indemnización legalmente tasada era baja de modo que no cubría la reparación total del daño. Como contrapartida a la mayor accesibilidad a la indemnización, el trabajador que aceptaba el recargo de las prestaciones venía obligado a no instar en la jurisdicción civil la acción indemnizatoria para conseguir la reparación total del daño. En este sistema de indemnización se insertaba el recargo, regulado en la ley de 1900 art. 5.5 como una **prestación complementaria** que incrementaba la cuantía de la indemnización en una mitad más cuando el accidente se hubiere producido por culpa del empresario; de esta forma se intentaba compensar parcialmente la pérdida de indemnización que sufría el trabajador debido a la limitación legal de la cuantía de la misma que se otorgaba por responsabilidad objetiva en relación con la que le hubiera correspondido de haber podido instar ante los tribunales la acción civil y demostrar la culpa del empresario.

Este modelo se modificó parcialmente cuando la **Ley de accidentes de trabajo de 1956** levantó la inmunidad de acceso a la jurisdicción admitiendo en ciertos casos la posibilidad de solicitar en vía civil la indemnización para la reparación total del daño y estableciendo la posibilidad de acudir a la jurisdicción penal para recabar la responsabilidad del empresario en el accidente por culpa o dolo. Y este sistema terminó de modificarse por la **Ley de Seguridad Social de 1966** que estableció la **compatibilidad absoluta** entre el recargo, las prestaciones de seguridad social, las indemnizaciones por responsabilidad civil y las sanciones administrativas y penales. Sistema que se ha mantenido en la Ley General de Seguridad Social y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales .

A partir de la **Ley General de Seguridad Social** el recargo de prestaciones -art. 123- no es más que el **incremento de la cuantía de las prestaciones** económicas de seguridad social -no todas según la jurisprudencia a las que tiene derecho el trabajador derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional que se aplica cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de

trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. Se suele reconocer como doctrina y jurisprudencia mayoritaria la que admite la naturaleza eminentemente sancionadora de la institución o al menos la que acepta que el recargo tiene un **componente sancionador** fundamental. A partir de la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en 1995 y de la incorporación de su art.42.3, sin embargo, se afirma que se va extendiendo cada vez más la tesis que defiende que el recargo tiene **naturaleza indemnizatoria**, de modo que lo que explicaría el propio L. 31/1995 art.42.3, esto es, la compatibilidad declarada expresamente entre el recargo y las sanciones y penas por delito, sería precisamente su naturaleza indemnizatoria. Este aumento de los defensores del carácter indemnizatorio del recargo no ha impedido que el Tribunal Supremo siga manteniendo su naturaleza sancionadora, así en la TS, pleno de la Sala IV, 2-10-00. No obstante, también se advierte que la tesis mayoritaria nunca se ha llevado a sus últimas consecuencias por la jurisprudencia. En particular, se ha criticado a la jurisprudencia social la incoherencia de sus tesis pues pareciera que afirma que se trata de una sanción para conseguir ciertos efectos -su compatibilidad con la indemnización y excluir el descuento de su cuantía del cómputo de la reparación total- y por el contrario se le niega tal carácter sancionador para evitar otros efectos (su imposición en un procedimiento sancionador más lento, o la prohibición de bis in idem entre otros)

3. Los argumentos en particular.

2.1. Argumentos a favor de la naturaleza sancionadora del recargo.

1. El primer argumento que suele ser utilizado para fundamentar la naturaleza sancionadora del recargo es su **finalidad preventiva**. Con base en este argumento se resalta que su función va más allá de la mera reparación del daño causado al trabajador, de modo que mediante su imposición se trataría de incidir ex ante en la conducta del empresario para que cumpla las normas de seguridad e higiene en el trabajo, llegándose a afirmar que constituye una amenaza, disuasión o desincentivo para su incumplimiento. En otros términos, usuales

para los penalistas, se trataría de evitar mediante la amenaza de una consecuencia jurídica negativa -el recargo- la realización de aquellas conductas contrarias a la normativa de seguridad e higiene laboral, esto es, la infracción del deber de cuidado por el empresario por no adoptar las medidas de seguridad previstas en la normativa correspondiente. A esta finalidad preventiva se refiere la jurisprudencia del orden social, por ejemplo, la TS 2-10-00 para la que la finalidad del recargo es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, con ello se pretende impulsar coercitivamente de forma directa el cumplimiento del deber empresarial de seguridad. Conforme a esta interpretación, el recargo constituye un instrumento del sistema de prevención de accidentes laborales, que pretende encauzar al empresario al cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad e higiene y de esta forma evitar los accidentes laborales.

2. En segundo término, como argumento que avala que el recargo es una **sanción** se aduce la relación entre el recargo y la realización de una conducta ilícita, esto es, la **infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales**. El recargo es una consecuencia jurídica negativa que se impone cuando se ha producido una conducta ilícita -una infracción-, y precisamente al responsable de dicha infracción, es decir, al empresario a quien se dirigen la reglas de conducta contenidas en la normativa de seguridad, higiene y salud laborales. Esta conexión entre el recargo y la infracción de las normas se traduce, de un lado, en la exigencia de una vinculación causal entre dicha infracción y el daño producido, de modo que dicha infracción ha de ser la causa del evento dañoso, de otro, en que el recargo se impone al sujeto obligado a adoptar las medidas de seguridad, y, finalmente, en que la magnitud del porcentaje del recargo se determina en atención a la gravedad de la infracción y no en atención a la entidad del daño producido.

3. En tercer lugar, se utiliza la LGSS art.123.2, conforme al cual la **responsabilidad del pago** del recargo **no puede ser objeto de seguro**, lo que no sucedería si se tratara de una mera indemnización. Además se afirma que su imposición de oficio por el INSS sin que se exija su previa solicitud por el trabajador, como sería necesario si se tratara de una indemnización, también avala su **naturaleza sancionadora**. A lo anterior se añade que la naturaleza indemnizatoria del recargo no explicaría porqué cuando no hay trabajador o

beneficiario del recargo, la cuantía del recargo revierte al INSS (TSJ País Vasco 15-4-98, AS 2026).

2.2. Argumentos a favor de la naturaleza indemnizatoria del recargo

1. A favor de la naturaleza indemnizatoria del recargo se han aducido -además de su origen histórico-, en primer término, una serie de argumentos vinculados a su regulación legal en relación con las sanciones y las penas. Así, de un lado, se afirma que el recargo **no** puede ser ni una sanción administrativa ni una pena, porque no se encuentra previsto en el **catálogo de penas**, ni dentro del **elenco de sanciones** tipificadas en el RDLeg 5/2000, sino en las normas generales sobre la acción protectora de la Seguridad Social. De otro, se razona que tampoco se impone por el órgano sancionador (Administración o Jurisdicción penal). A estos argumentos se añade que aunque la imposición del recargo se vincule causalmente con la existencia de una infracción administrativa en relación con la normativa de prevención de riesgos laborales, ello no sería definitivo porque también la **indemnización derivada de delito** se vincula con una **infracción** -el delito- y, sin embargo, dicha relación no convierte a la indemnización civil en sanción. Y como colofón de todo lo anterior, se aduce que el procedimiento para la imposición del recargo no se suspende ante la incoación del procedimiento penal como sucede con los procedimientos sancionadores y determina la RDLEG 5/2000 art.3.2 , así como que la L 31/1995 art.42.3 parte claramente de que el recargo **no es una sanción** porque en otro caso regiría la prohibición constitucional de bis in idem.
2. En segundo término, se esgrimen **dos argumentos** independientes: de un lado, el **destino privado del recargo**, esto es, que su destino no es el Tesoro Público sino el beneficiario -víctima trabajador o no- de modo que ello implica que el recargo establece una relación jurídico-privada entre dos sujetos (el empresario y el trabajador), si bien con la mediación gestora de un organismo público que garantiza su pago y percepción rápida; y de otro, se ha razonado tanto en doctrina como en la jurisprudencia contra el argumento de la **imposibilidad legal de asegurar** el recargo a partir de la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

2.3. La naturaleza híbrida y singular del recargo.

Frente a las tesis monistas expuestas, los defensores de las **tesis mixtas** señalan la naturaleza dual del recargo a fin de superar los obstáculos teóricos con los que se enfrentan las tesis monistas. Son variadas las denominaciones y configuraciones efectuadas por la doctrina. Así, se sostiene que estaríamos ante una especie de sanción civil, que para unos se configura como una indemnización sancionadora similar a la conocida institución del Common Law de los punitives damages, es decir la **indemnización punitiva** que va más allá de la mera compensación de los daños y perjuicios y que sirve, de un lado, para valorar como un **daño moral** adicional la intencionalidad en la causación de los daños, y, de otro, para cumplir **una función ejemplarizante y preventiva** no solo frente al causante del daño sino frente a terceros. También se ha defendido que estamos ante una cláusula penal de origen legal como la existente en el Derecho privado para los incumplimientos contractuales. En el marco de las tesis mixtas destaca la posición de Monereo Pérez, quien ha defendido que se trata de una **sanción compleja unitaria**, a caballo entre las sanciones públicas y privadas, que combina la **función retributivo-preventiva** de las sanciones con la **función reparadora del daño** de las indemnizaciones, siendo, por tanto, una institución moderna más eficaz para alcanzar los fines perseguidos por el ordenamiento. De un lado, el recargo es una consecuencia jurídica que sanciona el incumplimiento del empresario de su deber objetivo de cuidado que produce un siniestro y un perjuicio, de modo que tiene una finalidad intimidatoria y disuasoria del incumplimiento de las medidas de seguridad; y, de otro, tiene una finalidad resarcitoria, de manera que pretende reparar el perjuicio causado y por ello su cuantía ha de tenerse en cuenta en el monto total de la indemnización civil. Frente a los intentos de la doctrina de caracterizar el recargo solo desde una perspectiva, entiende que no puede prescindirse de ninguna de ambas características. La institución del recargo (afirma este autor) es una técnica sancionatoria pública; su finalidad esencial es la protección de los valores fundamentales de la vida e integridad física del trabajador y sólo, en un segundo término, la indemnización o reparación de daños o perjuicios a la víctima o a favor de otros destinatarios legales.

2.4. Los argumentos de la TS, pleno de la Sala IV, 2-10-00

Como acabo de señalar, a pesar de que parecen aumentar los defensores de la tesis de la indemnización, la **jurisprudencia** sigue defendiendo el **carácter sancionador del**

recargo. Aunque suele citarse la TS 2-10-00 en el sentido de que admite la naturaleza sancionadora del recargo lo cierto es que lo acepta para declarar la compatibilidad de las indemnizaciones con el recargo de modo que no sea necesario descontar lo percibido en concepto de recargo de la cuantía total de la indemnización que se haya declarado que se tiene derecho a percibir. No se pronuncia directamente sobre la cuestión de su naturaleza jurídica del recargo sino que solo se refiere a las **funciones preventivas** del recargo y a su **compatibilidad** con las indemnizaciones. De otra parte, obiter dicta sostiene que aunque fuera una sanción, su imposición conjunta con las sanciones administrativas o penales por el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene no vulneraría la **interdicción** constitucional de incurrir en **bis in idem** dado que éste se vulnera cuando existe identidad de fundamento entre las dos sanciones y el fundamento del recargo sería distinto que el fundamento de las sanciones administrativas y penales en materia de seguridad e higiene laborales. Parte, a tal efecto, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conforme a la cual existe **identidad de fundamento** cuando se sanciona desde la misma perspectiva de defensa social, de modo que mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores. Como se ha afirmado con razón, esta sentencia dista mucho de ser clara y desde luego tampoco profundiza mucho en la cuestión.

3. El recargo y la prohibición de incurrir en bis in idem

A partir de las argumentaciones expuestas sobre la naturaleza del recargo, doctrina y jurisprudencia laboralista suelen negar la vulneración de la prohibición constitucional de incurrir en bis in idem. Si se defiende que se trata de una indemnización -punitiva o no-, o de una sanción civil no necesitan añadir otros argumentos pues al negar que el recargo tiene naturaleza sancionadora desaparece el problema. Sin embargo, no es éste el modelo de razonamiento habitual para negar la existencia de un problema constitucional, dado que la **doctrina y la jurisprudencia mayoritaria**, como he expuesto, admite la **naturaleza sancionadora del recargo**, bien con carácter exclusivo bien en el marco de las tesis mixtas. Para fundamentar la inexistencia de vulneración constitucional se utilizan distintos argumentos que giran en torno a la **diferente función del recargo** respecto de las sanciones administrativas o penales. Así, -al margen de negar en ocasiones el carácter punitivo del recargo-, la jurisprudencia social sostiene

básicamente que el recargo sirve a la satisfacción de los intereses privados de la víctima, intereses de protección, de seguridad y de reparación, de modo que el recargo se inserta entre las prestaciones debidas a la misma por el siniestro, valorándose sólo la responsabilidad laboral del empresario por el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene. Con ello se pretende colmar la exigencia constitucional manifestada desde la TCo 159/1985, de que cada sanción se fundamente en una distinta perspectiva de defensa social, que obedezcan a un interés jurídico diferenciable. La doctrina, por su parte, aunque admite la componente sancionadora del recargo, pretende salvar la vulneración de la prohibición de incurrir en bis in idem apoyándose en la componente reparadora del mismo; su carácter de indemnización y su **función reparadora** de los perjuicios causados fundamentarían la existencia de una perspectiva de defensa social o de un interés jurídico diferenciable.

VIII. UNA APROXIMACIÓN AL RECARGO Y A LA PROBLEMÁTICA DE LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN BIS IN IDEM DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. El concepto constitucional de sanción

1.1. Introducción

Sin perjuicio de las dificultades de delimitar el concepto de sanción y de que la jurisprudencia constitucional no es abundante ni está totalmente perfilada, creo que es posible individualizar en ella algunos elementos relevantes para la determinación del concepto de sanción que deberían ser tenidos en cuenta para examinar si la compatibilidad del recargo de prestaciones sociales con las sanciones administrativas y penales vulnera la prohibición constitucional de incurrir en bis in idem o no. Es conocido el **concepto de pena de HART**, que puede servir de punto de partida: la privación de un bien, impuesta por la infracción de una norma, precisamente al sujeto infractor, por la autoridad constituida en un sistema jurídico. A ello se añade por **ROSS**, el carácter de reprobación, de reproche a la conducta y a quien la realiza y se le impone la pena. La **pena** y la **sanción administrativa**, como instrumentos de un mismo Ius puniendi comparten estos rasgos; se trata de una privación de un bien que se impone con intención afflictiva a quien ha realizado una infracción, esto es, una conducta antijurídica, ilícita, con la finalidad de regular la conducta de la sociedad, de prevenir

las conductas similares del propio infractor y de otros sujetos. Conforme a ello para que estemos ante una sanción, el elemento fundamental es la vinculación entre la consecuencia jurídica y la existencia de una regla de conducta que resulta infringida: su **infracción** es el presupuesto y criterio de medida de la **consecuencia jurídica**; para expresar ante la sociedad que dicha infracción se valora negativamente, la consecuencia jurídica tiene un carácter de reprobación de la conducta y consiste precisamente en una restricción de bienes o derechos a su autor; y como la conducta es reprochable, se ha de intentar evitar su comisión. Como vamos a ver, en la jurisprudencia constitucional se encuentra lo esencial de este planteamiento clásico.

1.2. La esencia retributiva de las sanciones y el carácter no esencial de la función disuasoria

Como es sabido, la TCo 158/1985, FJ 2 sostuvo como **obiter dicta**: «el recargo que prevé la LGSS art.93 constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora que, por ello, ha de ser interpretada de manera restrictiva». El Tribunal Constitucional también se ha referido al recargo de prestaciones en las TCo 163/1993, de 18 de mayo y 81/1995, de 5 junio. En todas ellas el punto de partida es la **naturaleza sancionadora del recargo**, si bien los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se han producido todos obiter dicta, no formando parte de la ratio decidendi de las sentencias. En la jurisprudencia constitucional elaborada al amparo de la aplicación de la prohibición de incurrir en bis in idem tampoco se encuentra una delimitación conceptual de la sanción; sin embargo, una configuración básica de la misma puede encontrarse en la jurisprudencia constitucional que ha examinado los problemas alegados sobre los **recargos en materia tributaria**. En este ámbito resulta especialmente significativa la doctrina sentada en las TCo 164/1995, de 8 noviembre, FJ 4; 276/2000, de 16 de noviembre, FFJJ 3, 4, 5 y 291/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 8, 9, que analizaron, respectivamente, los recargos del 10, 50 y 100 por cien, previstos en la Ley General Tributaria art.61.2 para los supuestos de ingreso de la deuda tributaria fuera del plazo reglamentariamente establecido, sin que haya existido previo requerimiento de la Administración tributaria. De la fundamentación jurídica de la TCo 164/1995, FFJJ 4 y 5, reiterada en las posteriores, se extrae la siguiente doctrinal general sobre los **elementos identificadores de la sanción**. En primer término, para determinar si estamos ante una sanción no es relevante el nomen iuris de la institución;

tampoco el dato de no tener carácter indemnizatorio es suficiente para convertir una consecuencia jurídica en sanción; de otra parte, que la consecuencia jurídica pueda tener una función disuasoria del pago impuntual de las deudas tributarias no la convierte en sanción, pues no toda medida con una finalidad disuasoria de comportamientos es sanción; y, por último y fundamental, las consecuencias jurídicas que carecen de sentido represivo, retributivo o de castigo no son sanción. En atención a todo ello, el Tribunal Constitucional sostuvo que **el recargo tributario del 10% no es sanción** aunque tenga finalidad disuasoria de la tardanza en el pago de los tributos, porque carece de sentido represivo, retributivo o de castigo; además sostuvo que la función del recargo tributario es similar a la de las cláusulas penales de los contratos, «... pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un **estímulo para el cumplimiento** de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento»; por ello, afirmó que «la funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio». A lo que añadió que los recargos tributarios cumplen una cierta función resarcitoria. En definitiva, como los recargos tributarios atienden a una **función mixta de coerción y resarcimiento** y carecen de función retributiva no son sanciones (se reitera en la TCo 276/2000, FJ 3).

Para el Tribunal Constitucional la esencia de la **naturaleza sancionadora** reside por tanto en **la función retributiva o represiva** de las respuestas jurídicas y no deriva de su finalidad disuasoria del incumplimiento de una norma o regla de conducta. Por tanto, no basta con que la medida consista en la restricción de un derecho que se impone como consecuencia de la infracción de una norma a la persona que aparece como responsable de la misma, ni tampoco que tenga una función coercitiva, sino que es necesario que la consecuencia jurídica tenga una finalidad retributiva. Estas ideas se habían expresado ya de forma sucinta en la TCo 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2, que se pronunció sobre la naturaleza no sancionadora de las multas coercitivas argumentando que con la multa coercitiva no se castiga una conducta realizada porque sea antijurídica, sino que se constriñe a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta previamente fijada por el acto administrativo que se trata de ejecutar y mediante la oportuna conminación o apercibimiento.

En suma, una **sanción** es aquella consecuencia jurídica que implica la **restricción de bienes o derechos**, que se impone al autor de una conducta antijurídica, precisamente porque la conducta es antijurídica, como retribución y reprobación de la misma. Y ello,

naturalmente, con independencia de que toda sanción cumpla paralelamente una función preventiva o disuasoria de la conducta ilícita.

El **Tribunal Constitucional** ha **negado el carácter sancionador** y la aplicación de la prohibición de incurrir en bis in idem, no sólo a los recargos tributarios leves, sino también en los **siguientes casos**: las sanciones laborales en tanto que se trata de sanciones impuestas por el empresario; la consignación del importe de la condena; la apreciación de la falta de condiciones para ascender a empleo militar superior, siendo una de ellas la existencia de una condena penal; el cese por inidoneidad en un destino militar al ser un acto organizativo en materia laboral; la supresión del beneficio de la redención de penas por el trabajo en caso de quebrantamiento de condena; y las resoluciones dictadas en un procedimiento de extradición, dado que en él no se imponen penas, sino que se resuelve sobre la procedencia de entregar a una persona a otro Estado bien para que sea juzgado, bien para que cumpla una condena ya impuesta. De todas ellas nos interesa especialmente la negación de que las sanciones laborales sean sanciones en el sentido constitucional del término porque no se imponen por el Estado sino por un sujeto privado, el empresario. Un argumento similar ha sido utilizado por la doctrina laboralista respecto del recargo, sin embargo, es contestado por otro sector que sostiene que no puede afirmarse que el recargo se sustenta en una relación jurídico-privada entre el empresario y el trabajador como tampoco el resto de las prestaciones de seguridad social.

1.3. La entidad de la consecuencia jurídica

De la jurisprudencia constitucional se extrae otro elemento relevante en la delimitación de las sanciones: la entidad de la consecuencia jurídica. A este criterio se refirió ya el Tribunal Constitucional en la TCo 164/1995, pues sostuvo que el recargo tributario no era sanción, «siempre y cuando... **cuantitativamente** no alcancen el **valor de las sanciones** (ni siquiera las atenuadas).» (TCo 164/1995, FJ 4 y 5). Esta idea se materializó en las TCo 276/2000, de 16 de noviembre y 291/2000, de 30 de noviembre, que analizaron los recargos del 50% y del 100% respectivamente y declararon que en estos casos sí que nos encontramos ante sanciones en sentido propio. De modo que aunque cumplan, en principio, las mismas funciones que el recargo del 10%, sin embargo, en estos casos el Tribunal Constitucional entendió que se trataba de genuinas sanciones a los efectos de su sometimiento al régimen de garantías constitucionales de

las mismas. Aunque el criterio de la entidad de la medida pueda parecer inconsistente desde la perspectiva de la naturaleza de la sanción, sin embargo, se advierte que algún sentido tiene desde la perspectiva de las garantías constitucionales y de los principios de proporcionalidad e igualdad. Las ideas que subyacen a este planteamiento son las siguientes: cuanto mayor sea la restricción de bienes o derechos que comporta la reacción jurídica, mayor ha de ser el nivel de garantías que se exijan para su imposición; a igual entidad de la restricción, igual nivel de garantías constitucionales para su imposición. De manera que cuando el Tribunal Constitucional toma en consideración la entidad o **gravedad de la consecuencia jurídica** para determinar si es una **sanción**, lo que está analizando es si la restricción que comporta, merece el **mayor nivel de garantías constitucionales** o se satisface con un nivel menor y si el mismo nivel de restricción se impone en otro ámbito con un mayor nivel de garantías. De modo que no es la entidad de la respuesta jurídica en sí misma -como valor absoluto-, sino la entidad relativa, en relación con la de las sanciones, la que debe tomarse en consideración. Esta es también una de las perspectivas de análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los recargos (TEDH Bendenoun c. Francia, 24-2-94).

2. El recargo, ¿es una sanción desde la perspectiva constitucional?

Un **sector de la doctrina laboralista** sostiene que el **recargo** tiene esencialmente una **finalidad disuasoria** del incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral, aduciendo este argumento como fundamento de su carácter sancionador y de la ausencia de naturaleza reparadora o indemnizatoria y sobretodo que no es asegurable, luego el empresario, si es solvente, debe responder con su propio patrimonio. Esta función preventiva, sin embargo, no puede ser, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, determinante de la defensa de su esencia sancionadora. Si el recargo es una sanción no es debido a que cumpla una función eminentemente preventiva, disuasoria del incumplimiento de las normas de seguridad y salud laborales, pues existen otros mecanismos jurídicos que cumplen dicha función de desincentivar el incumplimiento de reglas de conducta o enderezar las conductas -las medidas coercitivas, el propio recargo tributario, las cláusulas penales de los contratos-. Desde la perspectiva constitucional, lo relevante es si el recargo tiene o no una función represiva o retributiva, si se impone al empresario precisamente porque ha realizado una conducta antijurídica, como reprobación de la propia conducta infractora. Ni la jurisprudencia en

el orden social ni la doctrina laboralista insisten en esta función del recargo, no aluden a su carácter esencialmente aflictivo y de reprobación de la conducta, por lo que si esta ausencia de mención significa que el recargo no cumple ninguna función aflictiva, entonces, desde la perspectiva de sus funciones y con base en la jurisprudencia constitucional, debemos negar su naturaleza sancionadora; conclusión que nos conduce directamente a negar la aplicación de la prohibición de bis in idem sancionador al recargo.

Ahora bien, como acabo de señalar, el **Tribunal Constitucional** atribuye también una función esencial a la entidad del **recargo** para determinar el régimen de sus garantías constitucionales. Pues bien, desde esta perspectiva, no está claro cuál sería su tratamiento, dado que la jurisprudencia constitucional no se ha referido a límites cuantitativos abstractos, sino a concretas cuantías, de modo que caben dos interpretaciones: sólo recargos de cuantía ínfima, como el del 10%, quedan excluidos del carácter sancionador, en cuyo caso todos los recargos laborales tendrían carácter sancionador -dado que su cuantía implica un aumento de entre el 30 y el 50%-; o bien, sólo los recargos de una cuantía relevante, igual o superior al 50%, son sanciones, en cuyo caso los recargos laborales podrían quedar excluidos del régimen constitucional de las sanciones.

3. Algunas precisiones sobre la prohibición de incurrir en bis in idem y el recargo

Como expuse al comienzo del trabajo, para entender vulnerada la prohibición de doble sanción no basta con que el recargo sea una sanción, sino que habrá que examinar si el recargo y las sanciones se imponen al mismo sujeto y si el recargo tiene el mismo fundamento que las sanciones administrativas y/o penales.

- a) La jurisprudencia constitucional ha sostenido en varias ocasiones que **la persona física y la persona jurídica** son dos sujetos diferentes a los efectos de la imposición de sanciones (ATCo auto 454/1986, de 21 de mayo; 355/1991, FJ 5). Si esto es así, como en la mayoría de las ocasiones el empresario será una persona jurídica, no habría ningún problema en imponer el recargo y la sanción penal a la vez, dado que la responsabilidad penal es personal, de modo que sea o no una sanción, no se vulneraría la prohibición constitucional de incurrir en bis in idem. El problema surgiría respecto de la sanción administrativa que sí podría imponerse a la persona jurídica, de modo que la duplicidad recaería sobre la

persona jurídica. No obstante, en mi criterio la determinación de si en estos casos estamos ante el mismo sujeto debe realizarse examinando no solo si se trata de una persona jurídica, sino otros criterios como la relación patrimonial entre la persona física y la jurídica, el tipo de empresa... . Aunque el Tribunal Constitucional sigue manteniendo su tesis tradicional, sin embargo, parece que algo comienza a cambiar. Así, si bien en el TC auto 357/2003, de 10 de noviembre, se reitera la doctrina anterior, en el mismo se emitió un voto particular, poniendo en duda su validez.

b) De otra parte, aunque se llegara a la conclusión de que existe identidad de sujetos, todavía habría que analizar si existe **identidad de fundamento**. En relación con este elemento, solo voy a señalar que para su determinación no resulta suficiente una referencia superficial a la perspectiva de defensa social, entendida ésta como la función -retributiva, disuasoria o reparadora- de la medida, sino que la jurisprudencia constitucional entiende el fundamento como el **interés jurídico, o bien jurídico** protegido. Y, en atención a este criterio, parece que el fundamento del recargo es idéntico al de las sanciones, pues se trata de proteger la salud, vida e integridad del propio trabajador. No obstante, un análisis más detenido de la cuestión puede conducir a una conclusión diferente. Conforme a la noción más restrictiva del fundamento que sustento, como razón jurídica concreta de imposición de la medida, el fundamento de una sanción reside en la concreta forma de ataque al bien jurídico definida a través de la conducta tipificada en la propia infracción; de modo que el fundamento del recargo vendría determinado no sólo por el peligro o lesión causado al bien jurídico al infringir las normas de salud o seguridad laborales, sino además por el daño o perjuicio ocasionado a la víctima, dado que el daño es elemento fundamental del recargo. Si comparamos este fundamento con el de cualquier sanción administrativa o penal en este ámbito llegaremos a la conclusión de que solo hay una **identidad parcial pero nunca total**, por cuanto el perjuicio, el daño causado a la víctima no es nunca elemento fundamentador ni de la sanción administrativa ni de la pena; el daño es siempre elemento fundamentador de la responsabilidad civil, pero no de las sanciones. Por tanto, de la comparación de las normas reguladoras del recargo y de las sanciones deriva que no hay identidad total de los fundamentos de imposición de cada institución sino tan

sólo parcial y, por tanto, desde mi concepción no existiría vulneración de la prohibición constitucional de incurrir en bis in idem.

e) Tampoco una vez determinada la identidad de fundamento se habrá concluido siempre la existencia de una vulneración constitucional, pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional (TCo 2/2003 s.), la prohibición de doble sanción se vulnera cuando el **sujeto padece de forma efectiva dos sanciones**, no cuando simplemente se le imponen. De modo que si se procede a descontar la cuantía de una de las sanciones del montante de la otra para que de facto no se acumulen, no se habrá lesionado el derecho fundamental a no padecer dos sanciones por los mismos hechos. El descuento de lo ya pagado evitará también la vulneración constitucional si entendemos que estamos ante una indemnización, pues evitará la imposición de una indemnización desproporcionada.

IX. CONCLUSIONES

1. La configuración legal de la institución no puede ser argumento determinante de la naturaleza sancionadora del recargo: la prohibición de incurrir en bis in idem sancionador como límite al legislador

El aspecto que más destaca en la interpretación del recargo en la doctrina y jurisprudencia social es, a mi modo de ver, que se efectúa una interpretación intrasistemática o intralegal intentando derivar la naturaleza del recargo de su configuración en derecho positivo; de modo que sería la configuración de la institución por el legislador la que determinaría la naturaleza del recargo. Desde esta perspectiva **positivista**, como he expuesto, se aduce en contra de la naturaleza sancionadora del recargo que el **beneficiario** del mismo no es el Estado sino el **trabajador**, que si fuera una sanción regiría la prohibición constitucional de bis in idem cuando la L 31/1995 art.42.3 admite su **compatibilidad**, que si fuera una sanción debería estar incluida como tal en el catálogo del RDLeg 5/2000, pues rige el principio de tipicidad, que si fuera una sanción debería imponerse en un procedimiento sancionador y no es así, o que el INSS no es una Autoridad administrativa con competencia punitiva. En nuestro criterio, este modelo argumental no es válido, siendo necesario un cambio radical de perspectiva de análisis. Si la naturaleza sancionadora o no de una consecuencia jurídica derivara del régimen legal establecido, el derecho fundamental a no padecer bis in idem resultaría

inexistente como tal derecho fundamental oponible al legislador y vinculante para él. Dicho de otro modo, es patente que la regla de la L 31/1995 art.42.3 que establece la compatibilidad del recargo con las sanciones administrativas y/o penales toma como punto de partida la idea bien de que el recargo no tiene naturaleza sancionadora, o bien, que, aunque la tenga no comparte la identidad de hechos, sujeto y fundamento con las sanciones administrativas y penales, y de forma coherente con dicho punto de partida establece su regulación. Carece de sentido pensar que el legislador ha pretendido vulnerar directamente la Constitución. Si los derechos fundamentales imponen límites a todos los órganos del Estado y también al poder legislativo, la determinación del carácter sancionador o no de una consecuencia jurídica no puede hacerse depender de la propia configuración legal de la institución, pues entonces es el propio legislador quien decide sobre el alcance y contenido del derecho fundamental. Si el **concepto de sanción** forma parte de los presupuestos de aplicación de un **derecho fundamental**, de la **prohibición de doble sanción** -entre otros-, lo que es una sanción no puede decidirse por el legislador. Los argumentos a utilizar deben estar fuera de la ley que regula la institución si lo que estamos juzgando es la propia constitucionalidad de la ley. En este sentido nos parece que algunos laboristas incurren en cierta circularidad cuando sostienen que no es una sanción porque en su configuración legal el recargo es compatible con las sanciones, se impone en un procedimiento no sancionador y por autoridad no competente en materia sancionadora, o porque no es una consecuencia tipificada en el elenco de sanciones de el RDLeg 5/2000. A nuestro modo de ver, el modelo argumental ha de partir de **criterios externos a la propia ley** y si se llega a la conclusión de que nos encontramos ante una sanción, entonces todos los argumentos legales aducidos por la doctrina se convierten en argumentos sobre la inconstitucionalidad del régimen legal del recargo, salvo que se consiga razonar la falta de identidad de hechos, sujetos o fundamento entre el recargo y las sanciones correspondientes. En este modelo argumental que propugno cobra una función relevante la jurisprudencia constitucional sobre el **concepto constitucional de sanción** y sobre los presupuestos de aplicación de la interdicción constitucional de doble sanción.

2. El carácter híbrido de la institución, ¿suma o resta de garantías constitucionales?

El segundo aspecto que nos preocupa del modelo argumental expuesto es el que se refiere al carácter híbrido o mixto de la institución. La configuración mixta de la institución tiene como consecuencia la utilización del **aspecto reparador o**

indemnizador de la misma para fundamentar la inexistencia de vulneración de la interdicción de doble sanción. De modo que de facto se consigue eludir el régimen de garantías constitucionales de las sanciones. La adición de componentes no sancionadores en la definición y configuración la institución no produce paralelamente la suma de garantías, las requeridas para cada uno de los elementos que la configuran, sino que produce el efecto contrario, la resta o merma de garantías. Cuando se configura una institución como mixta, las garantías anudadas a uno de los elementos configuradores de la misma quedan bloqueadas frente a la aplicación del régimen constitucional que rige la institución a partir de los otros elementos configuradores. Pues bien, desde la perspectiva de las **garantías constitucionales**, este modelo argumental no es asumible porque si de lo que se trata es de garantizar al ciudadano ámbitos de libertad frente al poder público, cuando se da una situación como la descrita respecto de la que se trata de determinar cuál es el régimen constitucional aplicable, no resulta ni mucho menos incontrovertido que exista una regla de preferencia a favor de la solución menos garantista, pues bastaría con configurar una institución de forma mixta para eludir el régimen de garantías constitucionales. Si como en el caso del recargo, se tratase de una institución mixta que tiene características de dos instituciones diferentes, la indemnización con función de reparación del daño y la sanción con función retributivo-preventiva, el régimen de garantías no puede desconocer el aspecto sancionador. Máxime si como ha puesto de relieve el Profesor Monereo, el recargo es una **institución unitaria**, que, por tanto, no puede descomponerse en sus elementos; si no se trata de una indemnización accesoria a una sanción previamente establecida, como en el caso de la reparación civil ex delicto, que permite su individualización para proceder a la parcelación o delimitación del régimen de garantías constitucionales aplicables, si es una institución unitaria, el régimen de garantías ha de ser también único y ese régimen no puede prescindir de su componente sancionador si no quiere incurrir en un fraude de garantías.

En este contexto, he de señalar que incluso en el caso de que el recargo fuera exclusivamente una indemnización, regiría la prohibición constitucional de exceso, o **principio de proporcionalidad**, de modo que la imposición cumulativa del **recargo** y la **indemnización** por encima de los daños y perjuicios ocasionados y una vez que se han impuesto las sanciones, vulnera el derecho a la propiedad de la Const art.33, porque implicaría una restricción desproporcionada del mismo; de un lado, carecería de fundamento punitivo el exceso de indemnización que ya se habría tenido en cuenta para

imponer la sanción y que no podría volver a imponerse sin vulnerar la prohibición de *bis in idem*, y, de otro, no podría afirmarse que su fundamento se asienta en la reparación del daño, que ya se habría resarcido mediante la indemnización. Por tanto, la prohibición de **enriquecimiento injusto** se traduciría en una vulneración del derecho de propiedad por haberse impuesto una consecuencia jurídica -el recargo- que la limita sin un fundamento razonable.

3. La mezcla del concepto de sanción y de la noción de fundamento de la sanción.

La tercera reflexión que debemos realizar sobre el modelo argumental expuesto se refiere en particular al argumento utilizado por la TS 2-10-00 en relación con los presupuestos de aplicación de la **prohibición** constitucional de incurrir en *bis in idem*. En el caso examinado, en la sentencia de instancia se impuso la correspondiente **sanción**, se determinó la cuantía de la **indemnización** por los daños y perjuicios y también se impuso y determinó el porcentaje del **recargo**. El **Tribunal Supremo** declaró que las tres consecuencias jurídicas son **compatibles**, por lo que no era necesario descontar la cuantía del recargo de la indemnización; de otra parte, afirmó que aunque el recargo fuera una sanción, la imposición conjunta de todas las consecuencias jurídicas no vulneraría la prohibición constitucional de doble sanción, porque ésta requiere la identidad de fundamento y recargo y sanciones administrativas no tendrían el mismo fundamento. La identidad de fundamento exigiría que ambas consecuencias jurídicas obedecieran a la misma perspectiva de defensa social, lo que no se produciría en el caso, ya que el recargo establece una relación privada o particular entre empresario y trabajador mientras que la sanción establece una relación pública entre el Estado y el empresario; a ello añade que el recargo sirve a la protección del interés del trabajador. Pues bien, sin perjuicio de que pueda razonarse en los términos de esta sentencia respecto de la clase de relación jurídica que se establece cuando se impone el recargo o una sanción, cuestión en la que no voy a entrar aunque es discutida por la doctrina, lo cierto es que estos razonamientos no se ajustan a la comprensión de la **jurisprudencia constitucional** más moderna sobre la **identidad de fundamento** requerida como presupuesto de la interdicción de doble sanción. Aunque el Tribunal Constitucional no ha dado una definición genérica de qué ha de entenderse por fundamento, sin embargo, sí se encuentran resoluciones que han pretendido delimitar cuándo se puede hablar de un distinto o idéntico fundamento. En este contexto aunque comenzó afirmándose que las sanciones no debían obedecer a la misma perspectiva de defensa social con

posterioridad se refiere a la **protección del mismo interés jurídico**, o del mismo bien jurídico. Por tanto, debería analizarse la cuestión teniendo en cuenta el desarrollo de la jurisprudencia constitucional. Incluso, desde la perspectiva del fundamento de este derecho, anclado en el principio de proporcionalidad legalizada, se puede precisar aún más en la noción de fundamento como tercer elemento de la identidad requerida, como la razón jurídica concreta de imposición de una sanción. En suma, se impone cambiar el modelo de argumentación y partir de la propia comprensión de la jurisprudencia constitucional sobre la prohibición de incurrir en bis in idem. Ello implica, en primer término, profundizar en el **concepto constitucional de sanción** dado que la prohibición solo alcanza a la imposición de dos sanciones y no de cualesquiera otras consecuencias jurídicas. En segundo término, habrán de examinarse los tres **elementos** requeridos: **identidad de hechos, de fundamento y de sujeto**. Con una precisión previa, en la medida en que el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene es presupuesto de aplicación del recargo, de las sanciones administrativas correspondientes y de la pena, existirá al menos una identidad parcial de hechos entre las tres consecuencias jurídicas (36).

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.

Revista de Información Laboral Lex Nova

Borrajo Dacruz, E.; (2008) “Cuestiones Legales y casos prácticos sobre accidentes de trabajo”

Lafuente, Vicente; Vallejo, Ruth; (2011) Libro Marco Jurídico de la Seguridad y Salud en el Trabajo, de Prensas Universitarias de Zaragoza