

EXTRACTO DEL LIBRO “JURISPRUDENCIA SOCIAL : ANÁLISIS CRÍTICO”, LA LEY, 2012 – COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES DE ACCIDENTE DE TRABAJO

JESUS LAHERA FORTEZA

N) Responsabilidades empresariales en accidentes de trabajo

45. LA PLENA COMPATIBILIDAD ENTRE EL RECARGO DE PRESTACIONES Y LA INDEMNIZACION POR ACCIDENTE DE TRABAJO (STS 2 de Octubre de 2000)¹

El art 42.1 LPR dispone que “el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”. El art 43.3 LPR, a su vez, establece que “las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y el recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social”. El art 123 LGSS, finalmente, enuncia que “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 100” cuando la lesión se produzca por incumplimiento de las medidas de seguridad laboral. Conforme a estas bases jurídicas y dejando de lado las sanciones penales o administrativas, un accidente de trabajo puede dar lugar a una *indemnización* civil y a un *recargo* de prestaciones económicas de Seguridad Social.

Por un lado, en virtud del art 1101 CC conexo con el art 2.a LPL, el trabajador accidentado puede exigir una *indemnización* a la empresa infractora a través de una acción de responsabilidad contractual ante el orden jurisdiccional social o bien, dada la jurisprudencia de la sala 1ª del TS, a través de una acción de responsabilidad extracontractual del art 1902 CC en el orden jurisdiccional civil. Por otro lado, en los términos del art 123 LGSS, la empresa infractora puede ser obligada a pagar al trabajador accidentado un *recargo* sobre las prestaciones económicas de Seguridad Social que traigan causa en un accidente de trabajo. La activación, en ocasiones, de ambas responsabilidades ha planteado, en sede doctrinal y judicial, el problema de la compatibilidad o incompatibilidad entre la indemnización civil y el recargo de prestaciones, dando lugar a tres teorías (CALVO GALLEGO, F.J, 1998, p.98-106; PURCALLA BONILLA, M.A, 2000, p.233-237). La opción por cada una de las tesis depende, como ahora constataré, de la configuración jurídica del recargo de prestaciones como una sanción administrativa o como una indemnización.

¹ RL 2001, nº8, pp.67-72.

1ª Tesis de la plena compatibilidad : el recargo es una sanción administrativa perfectamente compatible con la indemnización derivada del accidente de trabajo. El recargo cumple una función punitiva que cohabita con la función reparadora del daño que asume la indemnización civil. Conforme a este razonamiento, el juez no debe restar de la indemnización estimada las cantidades recibidas por el trabajador en concepto de recargo de prestaciones. La tesis de la plena compatibilidad ha sido mantenida, en estos términos, por la sala 1ª del TS cuando ha conocido de acciones de responsabilidad extracontractual derivadas de accidentes de trabajo (Vid SSTS, sala 1ª, 2-1-1991, 27-XI-1993, 7-III-1994, 6-II-1996, 27-II-1996, 15-V-1997 y 19-II-1998, recogidas por PURCALLA BONILLA, M.A, 2000, p.234).

2ª Tesis de la plena incompatibilidad : el recargo es una indemnización por los daños del accidente de trabajo que impide el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. El recargo absorbe en su cuantía cualquier otra posible indemnización por unos daños ya reparados. Ambas instituciones cumplen la misma función reparadora, siendo incompatibles entre sí. Conforme a este razonamiento, el juez debe descartar la indemnización si el trabajador ha recibido el correspondiente recargo.

3ª Tesis de la compatibilidad limitada : el recargo es una indemnización que puede no cubrir todos los daños producidos por el accidente de trabajo, estando abierta la acción de responsabilidad civil del trabajador. El recargo no absorbe cualquier otra indemnización por el mismo hecho dañoso. Desde esta premisa, el juez debe restar de la indemnización estimada las cantidades recibidas en concepto de recargo. Ambas instituciones jurídicas reparan, así, de manera complementaria, todo el daño causado por el accidente de trabajo. La tesis de la compatibilidad limitada ha sido mantenida, en estos términos, por la sala 4ª del TS cuando ha conocido de acciones de responsabilidad contractual derivadas de accidentes de trabajo (vid SSTS, sala 4ª, 2-II-1998, 10-XII-1998 y 17-II-1999), sin existir unificación de doctrina puntual al respecto.

La división entre la sala 1ª del TS, partidaria de la plena compatibilidad, y la sala 4ª del TS, partidaria de la compatibilidad limitada, se ha reflejado también en los Tribunales Superiores de Justicia, que han acogido, unos, la primera de las tesis, otros la segunda y, los menos, la teoría de la plena incompatibilidad (vid, con sentencias, CALVO GALLEGOS, F.J, 1998, p.99-101; PURCALLA BONILLA, M.A, 2000, p.234-237). Esta cuestión estaba, por ello, necesitada de un pronunciamiento contundente de la sala 4ª del TS en unificación de doctrina. Pues bien, la trascendental STS 2 de Octubre de 2000 sienta unificación de doctrina en este problema, optando, como ahora razonaré, por la tesis de la *plena compatibilidad* entre la indemnización y el recargo de prestaciones en los accidentes de trabajo. Esta opción supone un cambio de criterio de la sala 4ª del TS, que, hasta el momento, adoptaba la teoría de la compatibilidad limitada, mantenida ahora en el voto particular que efectúan siete magistrados a la sentencia comentada. La división entre salas del alto tribunal y entre Tribunales Superiores de Justicia se ha reflejado, también, en una discrepancia interna de la propia sala 4ª del TS.

La STS 2 de Octubre de 2000 estima, como he anunciado, que existe plena compatibilidad entre el recargo de prestaciones y la indemnización por accidente de trabajo. Esta opción supone que el juez no debe restar de la indemnización estimada las cantidades recibidas por el trabajador en concepto de recargo de prestaciones. La sentencia tiene como cimientos el FD 2º, que encaja el recargo del art 123.1 LGSS dentro de la categoría de las sanciones administrativas, y el FD 3º, que predica la naturaleza reparadora de la indemnización derivada de un accidente laboral. En el FD 2º, el alto tribunal acoge los argumentos favorables a la tesis sancionadora del recargo presentes en pronunciamientos judiciales anteriores (SSTS 8-III-1993, 7-II-1994, 8-II-1994, 9-II-1994, 12-II-1994, 20-V-1994). Como se declara en el apartado 4º, la jurisprudencia unificadora ha sentado que “el recargo ostenta un carácter sancionador”, siendo “una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo”. En el FD 3º, la sala 4ª del TS recurre también a la jurisprudencia unificadora (STS 17-II-1999) que proclama el derecho del trabajador o sus causahabientes a “la reparación íntegra” de los perjuicios provocados por un accidente de trabajo a través de una indemnización “adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales)”, de la que deben detraerse “las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social”. Sentada la diferencia entre el carácter punitivo del recargo y el compensador de la indemnización, el alto tribunal declara, en el FD 5º, la plena compatibilidad entre ambas instituciones. Como se enuncia en el apartado 2º del citado FD, “la razón esencial de la exclusión de la posible compensación o reducción de la indemnización y el recargo” deriva de la finalidad de éste, que “se dejaría vacía de contenido” si se procediera en este sentido. En definitiva, la sentencia comentada configura el recargo como una sanción administrativa con una finalidad punitiva o disuasoria diferenciada de la función reparadora que asume la indemnización por los daños provocados en el accidente de trabajo, y, con ello, predica la independencia entre ambas instituciones jurídicas y la plena compatibilidad de las dos cantidades económicas recibidas por el accidentado o sus causahabientes.

La STS 2 de Octubre de 2000 contiene, como he anticipado, un voto particular de siete magistrados que acogen la tesis de la compatibilidad limitada, en la línea del criterio de las anteriores SSTS 2-II-1998, 10-XII-1998 y 17-II-1999, que exigían al juez deducir, de la cantidad estimada como indemnización de daños, la cuantía del recargo obtenida por el accidentado. El razonamiento del voto particular parte de la consideración del recargo de prestaciones del art 123.1 LGSS como una indemnización singular que compensa, en parte, los daños provocados por el accidente laboral. La coincidencia de funciones reparadoras en ambas instituciones impide la acumulación de las dos cantidades económicas porque ello supone admitir una indemnización superior al perjuicio reparado. Como se afirma en el CJ 2º, “desde el momento en que el recargo se abona por el productor del daño al perjudicado, como consecuencia de la responsabilidad de aquél en el accidente del que deriva el perjuicio de éste, su importe debe computarse como una

partida de la indemnización”. La tesis sancionadora del recargo es desechada por los magistrados porque vulnera el principio de *non bis in idem*, dada la existencia de sanciones públicas que cumplen con la función punitiva, apartándose, esta vez, de la jurisprudencia unificadora que ha mantenido constantemente una posición contraria.

El fallo y el voto particular de la sentencia comentada parten, así, de premisas diferentes, reabriendo el debate sobre la naturaleza jurídica del recargo (vid SEMPERE NAVARRO,A; MARTIN JIMENEZ,R, 2001, p.33-56). La acogida de la tesis sancionadora permite mantener la plena compatibilidad entre las instituciones analizadas mientras que su rechazo, entendiendo que el recargo es una indemnización, conduce a la compatibilidad limitada o, en su versión más radical, que no sustenta el voto particular, a la plena incompatibilidad. Los argumentos de ambas posiciones son consistentes, dando lugar a una equilibrada batalla jurídica. Los partidarios de la tesis sancionadora argumentan que el recargo no es asegurable, es propuesto por el inspector de trabajo, es objeto de un expediente administrativo, es impuesto por la autoridad pública y se gradúa en función de la gravedad del incumplimiento, lo que demuestra su carácter sancionador y su función punitiva/disuasoria frente a incumplimientos empresariales de la normativa de prevención de riesgos laborales. Los partidarios de la tesis indemnizatoria argumentan que el recargo es pagado al trabajador por un resultado dañoso, no está contemplado en el RDLISOS, no es impuesto con las garantías de un expediente administrativo y resulta compatible con la sanción administrativa, lo que confirma su carácter indemnizatorio y su función reparadora en los accidentes de trabajo. Más allá de ambas posiciones, que puede sustentar un elogio o una crítica a la sentencia comentada, creo que la opción mayoritaria de la sala 4ª del TS merece ser valorada de manera positiva por diversas razones.

La tesis de la plena compatibilidad es, a mi juicio, la que mejor se adecúa al tenor literal del art 123.3 LGSS, “la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción” y del art 42.3 LPR, que se manifiesta con el mismo criterio. El legislador opta, en los accidentes de trabajo, por la acumulación de diversas responsabilidades independientes entre sí, sin que el juez pueda compensar una con otra como sucede en la tesis de la compatibilidad limitada. La construcción de la sentencia, que parte del recargo como sanción, es, desde este punto de vista, impecable, desplazando el debate a su convivencia con el resto de sanciones públicas en materia de prevención de riesgos laborales. Pero también desde la óptica indemnizatoria del voto particular es posible atender a esta opción legislativa si se entiende que el recargo es una cláusula penal de los arts 1152-1155 CC, de origen legal, que refuerza el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales gravando la indemnización en los accidentes de trabajo (GONZALEZ LABRADA,M, 1996, p.567-570). El art 123.1 LGSS, conforme a esta opción, establece una indemnización adicional que no sustituye ni limita la originada por una acción de responsabilidad civil, siendo posible, en los términos del art 123.3 LGSS, la plena compatibilidad entre ambas cantidades económicas recibidas por el trabajador. Sin entrar a valorar la posibilidad de una norma para establecer este tipo de cláusulas, que es el punto débil de esta construcción, lo

cierto es que, en nuestro ordenamiento laboral el legislador predica la independencia entre el recargo y la indemnización, penalizando al empresario infractor en los accidentes laborales. La función de esta institución, bien punitiva si es una sanción, bien resarcitoria si es una indemnización, queda frustrada si acude a la compatibilidad limitada. Desde el primer punto de vista, como acertadamente subraya la sentencia comentada, si se deduce de la indemnización la cantidad del recargo, el efecto punitivo o disuasorio queda anulado, emergiendo sólo la acción de responsabilidad civil con efectos puramente resarcitorios; desde el segundo, la indemnización adicional queda absorbida en la cantidad estimada en la acción de responsabilidad civil, eliminando la singular función resarcitoria del art 123.1 LGSS. Desde los dos ángulos, la compatibilidad limitada deja sin sentido la figura del recargo de prestaciones. Al margen de que se esté o no de acuerdo con la tesis sancionadora, la STS 2 de Octubre de 2000 es loable porque evita un resultado contrario a los arts 123.1, 123.3 LGSS y 42.3 LPR. Además, este pronunciamiento judicial es coherente con la jurisprudencia unificadora que mantiene que el recargo es una sanción administrativa. Antes, la sala 4ª del TS mantenía, en unas sentencias, esta posición y, en otras, descontaba el recargo de la indemnización, cayendo en una contradicción porque trataba como indemnización lo que se catalogaba como sanción; ahora, es coherente y analiza las consecuencias jurídicas del recargo desde su tradicional punto de vista sancionatorio. En otro orden de cosas, también es positiva está sentencia porque unifica los criterios de la sala 1ª y 4ª del TS en la cuestión. Antes, la sala 1ª del TS no descontaba el recargo mientras que la sala 4ª sí, lo que provocaba la existencia de mayores indemnizaciones en el orden civil que en el social; ahora ambas salas admiten la plena compatibilidad con el recargo, lo que conducirá a indemnizaciones similares en ambos órdenes jurisdiccionales. La acogida del criterio de la sala civil por la sala social ha coincidido, paradójicamente, con un tímido acercamiento de la sala 1ª a la tesis de la compatibilidad limitada en la STS 21 de Julio de 2000 donde, sin hacer referencia expresa al recargo, se afirma que una indemnización en el orden social se puede valorar a la hora de determinar otra en el orden civil. Esta sentencia no tiene, creo, en sí misma, trascendencia en este asunto, pero puede apuntar un cambio de criterio en el orden civil, resucitando, en sentido contrario, la divergencia entre salas evitada con la sentencia comentada. Finalmente, este fallo judicial evita la disfunción que suponía proyectar la cantidad del recargo sobre la indemnización posterior y no proyectar ésta sobre el recargo posterior (PURCALLA BONILLA, M.A, 2000, p.236-237). Antes, las indemnizaciones declaradas con anterioridad al recargo eran superiores a las (est)madadas después, Y, ahora

ambas cantidades se igualan, con independencia de la fecha de aquél. Por tanto, desde todas las consideraciones expuestas, creo que la STS 2 de Octubre de 2000 merece ser valorada de manera positiva, con independencia de acoger o no la premisa sobre la que se sustenta.

La sentencia comentada puede ser leída en clave práctica y teórica, constituyendo, en !-bos casos, un acontecimiento jurídico. Desde un ángulo práctico, ha sala 4ª del TS sienta, En unificación de doctrina, el criterio judicial de estimación de indemnizaciones por accidente de trabajo : la indemnización debe ser adecuada, proporcionada y suficiente, reparando el daño emergente, el lucro cesante, los daños materiales y morales, dando lugar a una cantidad económica de la que *no* se deduce el recargo y *sí* las prestaciones reconocidas en base a la normativa de Seguridad Social. No se cuestiona en la sentencia la deducción de las prestaciones sociales, limitándose el fallo a declarar la plena compatibilidad entre el recargo y la indemnización recibida. En un espacio teórico, la sentencia sitúa el recargo dentro del complejo sistema de responsabilidades por accidente de trabajo, abriendo un debate sobre el sentido de sus fines actuales. El voto particular es, desde esta perspectiva, interesante porque cuestiona la función punitiva del recargo, cuando ésta ya se cumple a través del régimen de sanciones administrativas/penales, y su función resarcitoria, al existir ya una acción de responsabilidad civil que repara íntegramente todos los daños producidos, a la vez que descarta otro tipo de finalidades dada la existencia de un consolidado sistema de protección social en los accidentes de trabajo. El devenir histórico de esta institución jurídica proporciona las claves de la pérdida de terreno del recargo de prestaciones (vid SEMPERE NAVARRO,A; MARTIN JIMENEZ,R, 2001, p.21-27). La ley de 30 de Enero de 1900 constituyó una responsabilidad objetiva en los accidentes de trabajo con indemnizaciones tasadas y un aumento de éstas en los supuestos donde existía culpa del empresario; el antecedente del recargo cumplía, en este marco, la función de cubrir la responsabilidad por culpa empresarial. Esta finalidad originaria pierde su sentido, primero, con la desobjetivización de la responsabilidad civil, que cubre los daños producidos por el incumplimiento culpable del empresario en materia de seguridad laboral, y, segundo, con el desarrollo de un sistema de prestaciones sociales en todos los accidentes de trabajo, haya existido o no culpa empresarial. El recargo es considerado, por ello, desde la mención expresa del Decreto de 22 de Junio de 1956 de accidentes de trabajo, una sanción administrativa integrada, desde el Decreto 907/1966, en la normativa de Seguridad Social. El desarrollo de un sistema de sanciones administrativas/penales en los incumplimientos de las normas de prevención de riesgos laborales fue, también, absorbiendo la función punitiva o disuasoria de esta institución jurídica recogida hoy en el art 123.1 LGSS. La mutación y pérdida de espacio del recargo no ha alterado, sin embargo, su compatibilidad con el resto de responsabilidades, mantenida desde la ley de 1900 de accidentes de trabajo. El recargo ha sido invadido por el resto de responsabilidades, sin que el legislador haya cuestionado su compatibilidad e independencia, hoy predicada en el art 123.3 LGSS. La sentencia comentada aplica, con rigor, las consecuencias jurídicas de esta opción y, con ello, abre, *de lege ferenda*, un debate sobre esta institución jurídica que puede ser mantenida en los mismos términos, suprimida o reconsiderada.

BIBLIOGRAFIA CITADA

CALVO GALLEGO,F.J, *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Aranzadi, Pamplona, 1998

GONZALEZ LABRADA,M, *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Cedecs, Barcelona, 1996

PURCALLA BONILLA, M.A, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, Comares, Granada, 2000

SEMPERE NAVARRO,A;MARTIN JIMENEZ,R, *El recargo de prestaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2001

46. COMPATIBILIDAD LIMITADA ENTRE INDEMNIZACIONES CIVILES Y PRESTACIONES SOCIALES EN LOS ACCIDENTES DE TRABAJO : ¿SOCIALIZACIÓN DEL RIESGO O SEGURO DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL? (STS 22 de Septiembre de 2008)²

Los accidentes de trabajo derivados de un incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales pueden originar simultáneamente, en el marco de los arts. 115-117 LGSS, *prestaciones sociales* con las singularidades de las contingencias profesionales, y, en el marco del art.42.1 LPR, 127.3 LGSS y arts 1101 y 1902 CC, *indemnizaciones civiles* que reparan económicamente el daño causado. El concepto social de accidente de trabajo no coincide con el concepto preventivo de accidente de trabajo porque la protección social no se conecta con los incumplimientos empresariales de las normas de salud laboral sino que se extiende a todo accidente ocurrido en el lugar de trabajo o que cumpla con las características del art.115 LGSS, siendo indiferente el comportamiento de la empresa. Pero, a pesar de esta diferencia conceptual, todo accidente de trabajo con responsabilidad empresarial por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales origina el derecho de prestaciones sociales por contingencias profesionales, al ser un supuesto que entra dentro del amplio ámbito del art.115 LGSS, sin perjuicio de la exigencia añadida de indemnizaciones civiles a la empresa incumplidora, como precisa el art.127.3 LGSS.

La posible concurrencia de *prestaciones sociales* y de *indemnizaciones civiles* en los accidentes de trabajo plantea, por tanto, el problema de la articulación entre ambas cuantías económicas, siendo una cuestión de enorme

² RL 2009, nº7, pp.34-39.

trascendencia en la determinación judicial de las indemnizaciones civiles. La STS, sala 4ª, 22 de Septiembre de 2008 afronta este importante problema consolidando, como se expondrá, un criterio jurisprudencial sólido de solución.

La articulación entre las *indemnizaciones civiles* y las *prestaciones sociales* por contingencias profesionales, pues un mismo accidente de trabajo puede originar ambas cuantías, es susceptible de recibir cuatro respuestas (MERCADER UGUINA,J, 2001, pp.185-197;GUTIÉRREZ-SOLAR,B, 2004 (A), pp.72-78 y, 2004, (B), pp.375-379) :

1ª Tesis de la plena compatibilidad : el sistema de protección social de accidentes de trabajo es independiente del sistema de responsabilidad civil de accidentes de trabajo con culpa empresarial al cumplir finalidades distintas y no comunicadas entre sí. El primer sistema cubre las necesidades económicas originadas por el accidente mientras que el segundo compensa los daños con responsabilidad empresarial, sin que existan vasos comunicantes entre sí, como se deduce del art.127.3 LGSS, que expresamente abre la posible vía de acciones indemnizatorias en las contingencias profesionales con prestación social. Conforme a este razonamiento, el juez no debe restar de las indemnizaciones civiles las prestaciones sociales cobradas por el accidentado o sus causahabientes.

2ª Tesis de la plena incompatibilidad : el sistema de protección social de accidentes de trabajo cubre ya la posible responsabilidad civil en caso de incumplimiento empresarial. La prestación social compensa económicamente todo el daño causado, siendo incompatible el cobro simultáneo de la indemnización civil y la prestación social. La seguridad social en las contingencias profesionales origina una inmunidad empresarial en la responsabilidad civil. Este planteamiento tiene un imposible encaje jurídico en nuestro ordenamiento porque los arts.42.3 LPR y 127.3 LGSS declaran claramente la compatibilidad de la protección social y de las acciones indemnizatorias y porque, como ha sido ya expuesto, el concepto social de accidente de trabajo del art.115 LGSS difiere del manejado en la LPR. En cualquier caso, si se acude a esta tesis, el juez debería rechazar la acción de indemnización civil si el accidentado o sus causahabientes han cobrado las correspondientes prestaciones sociales.

3ª Tesis de la compatibilidad limitada con dos variantes, si se parte de la concepción del sistema de protección social en accidentes de trabajo como un seguro de responsabilidad empresarial objetiva por daños o como un sistema público de sustitución de rentas salariales.

3ª.1) La protección social en accidentes de trabajo es un **seguro público de responsabilidad empresarial objetiva por daños**, de tal manera que el trabajador ve ya compensada económicamente el daño causado mediante el sistema de aseguramiento público, pudiendo, sólo si existe culpa empresarial, interponer una acción indemnizatoria contra la empresa incumplidora de las normas de salud laboral, tal como disponen los arts.42.3 LPR y 127.3 LGSS. Esta perspectiva aseguradora impide la doble compensación por un mismo daño, pues lo contrario origina un inadmisibles

enriquecimiento injusto de la víctima, de tal manera que la compatibilidad entre prestación social e indemnización civil sólo puede ser limitada. El juez, por tanto, debe restar de la indemnización civil por culpa empresarial la prestación social por responsabilidad objetiva, al concurrir una doble compensación económica de un mismo daño.

3ª.2) La protección social en accidentes de trabajo es un **sistema público de sustitución de rentas salariales** que gira en torno a la socialización del riesgo de la imposibilidad de trabajar por las distintas contingencias previstas por la ley. Los accidentes de trabajo son una de estas contingencias, puesto que el accidentado deja un tiempo de trabajar con pérdida de sus salarios y la prestación social recibida sustituye dicha renta. Esta perspectiva social conduce también a una compatibilidad limitada de la indemnización civil y la prestación social porque ésta ya cubre parte o todo del lucro cesante que se debe compensar con la vía indemnizatoria, por lo que no puede existir una doble compensación de un mismo lucro cesante. El juez, por tanto, debe restar de la indemnización civil la prestación social que cubre el lucro cesante, al concurrir una doble compensación económica de un mismo daño.

La defensa de cada una de estas cuatro tesis tiene consecuencias económicas importantes para las víctimas de los accidentes de trabajo porque :

- a) Si se asume la plena compatibilidad, no se resta de la cuantía de la indemnización lo recibido por prestación social
- b) Si se parte de la plena incompatibilidad, se cobra sólo la prestación social y se activa la inmunidad empresarial
- c) Si se argumenta la compatibilidad limitada, en la variante de seguro de responsabilidad objetiva por daños se restará globalmente de la indemnización la prestación social
- d) Si se argumenta la compatibilidad limitada en la variante de sistema de sustitución de rentas salariales, se restará exclusivamente del lucro cesante de la indemnización la correspondiente prestación social

Del modo de articulación entre las *indemnizaciones civiles* y las *prestaciones sociales* depende, en fin, el cálculo judicial de la compensación económica del accidente de trabajo.

La clave para optar, con tantas consecuencias económicas, por alguna de estas tesis es la defensa jurídica de sus premisas como se pone de manifiesto en la división jurisprudencial al respecto entre la sala 1ª y la sala 4ª del TS (ver GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO,B;LAHERA FORTEZA,J, 2009, pp.153-158), en la que hay que enmarcar la STS, sala 4ª, 22 de Septiembre de 2008.

La jurisprudencia **civil** suele defender la tesis de la **plena compatibilidad** estimando incomunicables e independientes los sistemas de protección social y de reparación de daños en el ámbito de los accidentes de trabajo, sobre la base de la literalidad del art.127.3 LGSS. Las, entre otras, SSTS, sala 1ª, 27 de Noviembre de 1993, 5 de Diciembre de 1995, 27 de Febrero de 1996, 19 de Febrero de 1998, 30 de Noviembre de 1998, 18 de Mayo de 1999, 29 de Abril de 2004, 9 de Noviembre de 2005 y 18 de Mayo de 2006 argumentan que la prestación social es una responsabilidad laboral en el marco de la LGSS mientras que la indemnización civil es una responsabilidad extracontractual por daños del art.1902 CC totalmente compatible con aquélla al no coincidir en su naturaleza, laboral y civil, ni en sus fines, social y reparador del daño. Este planteamiento jurisprudencial conduce a que el juez civil tienda a no restar de la indemnización civil la prestación social recibida por contingencias profesionales. A pesar de esta línea general de la sala 1ª del TS hay que constatar que las excepcionales SSTS, sala 1ª, de 21 de Julio de 2000, 8 de Octubre de 2001, 31 de Diciembre de 2003 y, más recientemente, 24 de Julio de 2008, descartan la plena compatibilidad y acogen la compatibilidad limitada, acercándose a los criterios manejados por la sala 4ª del TS (JURADO SEGOVIA,A, 2009, pp.51-56).

Por el contrario, la jurisprudencia **social** defiende la tesis de la **compatibilidad limitada** poniendo en conexión las prestaciones sociales y las indemnizaciones civiles originadas por el mismo accidente de trabajo. Las, entre otras, SSTS, sala 4ª, 30 de Septiembre de 1997, 2 de Febrero de 1998, 10 de Diciembre de 1998, 18 de Diciembre de 1998, 17 de Febrero de 1999, 13 de Marzo de 2002, 3 de Junio de 2003, 9 de Febrero de 2005, 24 de Julio de 2006, 17 de Julio de 2007, 2 de Octubre de 2007, 3 de Octubre de 2007, 21 de Enero de 2008, 30 de Enero de 2008 y la aquí comentada, 22 de Septiembre de 2008, deducen de la indemnización civil las prestaciones sociales porque lo contrario supondría una doble compensación de un mismo daño y un inadmisibles enriquecimiento injusto de la víctima. Dentro de la dualidad de variantes de la tesis de la compatibilidad limitada, antes expuestas, en esta jurisprudencia de la sala 4ª del TS se manejan, en ocasiones, argumentos próximos a la equiparación de la protección social con un sistema de aseguramiento público de la responsabilidad objetiva empresarial en los accidentes de trabajo, quedando sólo abierta la compensación económica por culpa de la empresa, y, en otras, el argumento se centra en la cobertura del lucro cesante mediante la seguridad social, partiendo de una concepción socializadora del riesgo de pérdida de renta de los trabajadores, pero la conclusión, desde ambas vías argumentativas, coincide siempre en restar de la indemnización civil lo percibido como prestación social, aunque en el primer supuesto cabe una compensación global y en el segundo sólo una compensación exclusiva del lucro cesante, lo que tiene incidencia práctica en la motivación de la sentencia y en el cálculo de la indemnización civil definitiva.

La última jurisprudencia social, reflejada en las importantes y bien armadas SSTS, sala 4ª, 17 de Julio de 2007, 2 de Octubre de 2007, 3 de Octubre de 2007, 21 de Enero de 2008 y 30 de Enero de 2008, y a la que se suma la comentada STS 22 de Septiembre de 2008, centra el problema en la compensación económica exclusiva del **lucro cesante**. Como bien afirman

estas sentencias, entre las que se encuentran la STS 22 de Septiembre de 2008, “las prestaciones de seguridad social se conceden por la pérdida de capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral...siendo lógico computar y deducir lo cobrado de las prestaciones sociales de la indemnización global ... pero descontando sólo de la indemnización reconocida como lucro cesante”. Conforme a este criterio, de la reparación íntegra del daño emergente, físico, material y moral, y del lucro cesante de la indemnización civil se descuenta la prestación social de, exclusivamente, lo calculado en calidad de lucro cesante, sin que puedan ser contrastables las cuantías recibidas como prestación social y lo calculado como daño emergente o daño moral. La compensación, o descuento, entre la indemnización civil y la prestación social se proyecta sólo en la parte indemnizatoria correspondiente al lucro cesante o pérdida de ingresos debidos al accidente de trabajo. Esta última jurisprudencia, además de confirmar la tesis de la compatibilidad limitada, tiene, al menos, dos efectos importantes, uno conceptual y otro práctico.

Desde un plano teórico, entre las tesis y variantes antes enmarcadas, la sala 4ª del TS apuesta claramente por la **compatibilidad limitada** entre prestaciones sociales e indemnizaciones civiles desde, entiendo, la segunda variante que concibe la protección social en accidentes de trabajo como un **sistema público de sustitución de rentas salariales** que gira en torno a la socialización del riesgo de la imposibilidad de trabajar por las distintas contingencias previstas por la ley. En mi opinión, esta renovada línea jurisprudencial supera la muy discutible asociación, presente en sentencias anteriores de la sala 4ª del TS, entre las contingencias profesionales y un seguro público de responsabilidad objetiva por daños y reconduce la protección social hacia un sistema de socialización del riesgo de pérdida de rentas que se limita a compensar los lucros cesantes en los accidentes de trabajo. La limitación de la doble compensación de un mismo daño no proviene de la concurrencia de un seguro público de responsabilidad objetiva con cuantías tasadas y de la responsabilidad por culpa empresarial con una indemnización adicional, sino de la integración de la acción indemnizatoria en un sistema de cobertura pública de lucros cesantes en caso de accidentes de trabajo, que obliga a descontar de las indemnizaciones las prestaciones sociales recibidas. Este enfoque, mantenido por las últimas sentencias de la sala 4ª del TS, supera las deficiencias de la discutible tesis del aseguramiento público de una responsabilidad empresarial objetiva en los accidentes de trabajo y desde el desarrollo de un sistema de seguridad social como cobertura de rentas salariales perdidas logra la complementariedad perfecta entre prestaciones sociales e indemnizaciones civiles.

Este debate clásico sobre la fundamentación jurídica de la cobertura social en los accidentes de trabajo (desde la importante aportación en su día de VIDA SORIA,J. 1970, pp. 5-26, manteniendo la ruptura histórica de la protección social de las contingencias profesionales con el aseguramiento empresarial del riesgo profesional y situando el fundamento del sistema en el riesgo social de pérdida de rentas propio de sistemas desarrollados de seguridad social, posición fortalecida más recientemente por los rigurosos estudios de RODRÍGUEZ-PIÑERO,M, 2000, pp.1-12, GUTIÉRREZ-SOLAR

CALVO,B, 2004 (B), pp.363-394, FERNÁNDEZ AVILÉS,J.A, 2007, pp. 56-72 y CORREA CARRASCO,M, 2008, pp.108-126)) resulta iluminado por esta línea jurisprudencial que, implícitamente, desvincula las contingencias profesionales con un seguro de responsabilidad objetiva empresarial y conjuga las acciones civiles de reparación de la víctima de accidentes de trabajo con la protección social ante las situaciones de necesidad generadas por dichos accidentes (el debate, en cualquier caso, está vivo como muestra la interesante aportación de DESDENTADO BONETE,A, 2007, p.417-435 que, desde raíces históricas, defiende la presencia de un seguro público de responsabilidad empresarial objetiva en los accidentes de trabajo). A mi juicio, sobre la base de los argumentos utilizados en las referencias doctrinales antes citadas, el seguro social de responsabilidad empresarial objetiva por daños fue superado, con el desarrollo de la seguridad social, por un sistema de cobertura del lucro cesante sustentado en la socialización del riesgo de pérdidas de rentas salariales tanto en contingencias comunes como en las profesionales, siendo, por tanto, conceptualmente adecuada, la exclusiva compensación económica del lucro cesante de la indemnización civil con la correspondiente prestación social.

En un plano más práctico, la consolidación jurisprudencial de la tesis de la **compatibilidad limitada** desde la variante de la protección social de accidentes de trabajo como un sistema público de **sustitución de rentas salariales**, o de cobertura exclusiva del lucro cesante, tiene resultados muy satisfactorios en la compensación homogénea de cuantías si se determina la indemnización civil desde la referencia del baremo orientativo de los accidentes de tráfico o a la hora de compensar el capital-coste de la prestación correspondiente para proceder al descuento. El baremo orientativo de accidentes de tráfico, asumido como tal por la jurisprudencia (ver GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO,B;LAHERA FORTEZA,J, 2009, pp.136-144), distingue entre el daño emergente y el lucro cesante, de tal manera que sólo cabrá compensar la cuantía orientativa de éste con la correspondiente prestación social, sin mezclar la protección social con la reparación directa del daño, como muestran las SSTs, sala 4ª, 17 de Julio de 2007 y 3 de Octubre de 2007. De igual manera, el capital-coste de una prestación social por contingencias profesionales será compensado con el lucro cesante concreto de la indemnización civil cuantificada, sin que las cuantías reconocidas como incapacidad temporal sean compensables con las derivadas de la incapacidad permanente y viceversa. Ambas derivadas tienen consecuencias prácticas estimables y obligan a los jueces a motivar sus sentencias estructurando de manera clara las compensaciones de conceptos homogéneos como las prestaciones sociales y la parte de indemnización reconocida como lucro cesante porque, como sucede en la STS 22 de Septiembre de 2008, un descuento global, sin precisión, no está razonado ni resulta admisible. A su vez, el juez debe tener en cuenta en esa compensación que hay prestaciones sociales, como la incapacidad permanente, que no cubren el 100 por 100 del salario perdido, quedando un margen para el cálculo adicional de lucro cesante no deducible en la cuantificación de la indemnización civil definitiva. En fin, en el cálculo concreto de cantidades, estas cuestiones, arraigadas en la tesis de la compensación del lucro cesante, tienen una gran importancia práctica y logran la reparación íntegra del daño sin mermas económicas ni enriquecimientos injustos.

A mi juicio, como ya he argumentado, la adscripción jurisprudencial social a la tesis de la **compatibilidad limitada con la exclusiva compensación económica del lucro cesante** está razonada y, descartada la plena compatibilidad o la inmunidad empresarial, es la vía más inteligente para solucionar el alambicado problema de la articulación entre las indemnizaciones civiles y las prestaciones sociales.

La tesis predominante de la sala civil del TS, que mantiene la **plena compatibilidad** y no deducción entre prestaciones sociales e indemnizaciones civiles, carece de fundamentación jurídica consistente porque, al margen de que se pueda defender la naturaleza diferente de ambas vías en los accidentes de trabajo, más aún si se parte de una responsabilidad extracontractual del art.1902 CC, la complementariedad y diálogo entre ambas cuantías es una exigencia de la prohibición de duplicidad de compensaciones que evita el enriquecimiento injusto. Es difícil otorgar fundamento a la no deducción de una cuantía que, o bien compensa el daño asegurado o bien cubre el lucro cesante por la socialización del riesgo, pero que en ningún caso transcurre con independencia del accidente de trabajo que origina la acción indemnizatoria.

De igual manera, la tesis de la **plena incompatibilidad**, que originaría una inmunidad empresarial en la responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo a través de la cobertura social, es, al contrario de otros países (como se desarrolla en el interesante estudio comparado Dir.DEL REY GUANTER,S, 2008, pp.104-113 y 170-176), extraña a nuestro ordenamiento, como muestra la clara literalidad de los arts 42.3 LPR y 127.3 LGSS (así lo afirma DIEZ-PICAZO,L, 1999, pp.171-181, siendo ésta una posición unánime en toda la doctrina especializada en la materia y en la jurisprudencia civil y social). No existe ningún resquicio jurídico para intentar implantar entre nosotros la inmunidad empresarial en los accidentes de trabajo existente en otros países de nuestro entorno, por lo que esta tesis sólo puede ser presentada, en su caso, como propuesta de *lege ferenda* (ver, en este sentido, las reformas propuestas en Dir.DEL REY GUANTER,S, 2008, pp.252-257 sobre la base de la inmunidad empresarial y, en sentido contrario, las reformas propuestas de GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO,B;LAHERA FORTEZA,J, 2009, pp.173-198, descartando la inmunidad empresarial pero con medidas que propician una mayor seguridad jurídica en los costes empresariales y una mayor garantía del cobro de las indemnizaciones por las víctimas)

Descartada entonces la plena compatibilidad y la inmunidad empresarial, la única solución viable a este problema es la tesis de la **compatibilidad limitada** que viene manejando la jurisprudencia social. Y dentro de esta tesis, el argumento más convincente es el hoy predominante en la jurisprudencia social, la cobertura a través de prestaciones sociales de un **lucro cesante** – pérdida de rentas salariales – causado por el accidente de trabajo, que obliga a deducir de la indemnización calculada dicha cuantía para evitar una duplicidad de compensaciones de lucros cesantes en un mismo hecho. No se puede reparar dos veces un mismo daño, pero no porque concurra un seguro público de responsabilidad objetiva con las cuantías tasadas y una acción de responsabilidad por culpa en los accidentes de trabajo con cuantías estimadas

por el juez, compensándose ambas cantidades, sino porque el sistema de seguridad social ya cubre los lucros cesantes derivados de accidentes de trabajo y la cuantificación de la indemnización íntegra debe tener en cuenta la percepción previa de este dinero con el fin de evitar un enriquecimiento injusto. El punto de partida, como antes he desarrollado, es la socialización del riesgo de pérdida de renta, que caracteriza los sistemas desarrollados de seguridad social, y que debe ser integrado con las acciones indemnizatorias en la reparación de daños.

Esta coherencia conceptual tiene, como ha sido expuesto, resultados satisfactorios en el cálculo de las indemnizaciones civiles definitivas, demostrando, de nuevo, que los buenos razonamientos teóricos conducen a las mejores y más matizadas soluciones prácticas. En definitiva, la razonada tesis de la compatibilidad limitada, con la variante de la compensación exclusiva del lucro cesante, es la vía más adecuada para solucionar, tal como hace la sala 4ª del TS en su última jurisprudencia, la compleja articulación entre las indemnizaciones civiles y las prestaciones sociales en los accidentes de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CORREA CARRASCO,M, *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*, Bomarzo, Albacete, 2008

Director DEL REY GUANTER,S y coordinador LUQUE PARRA,M, *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, La Ley, Madrid, 2008

DESDENTADO BONETE,A, “La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo : estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de reparación” en AA.VV, *Congreso de Magistrados en el orden social : el futuro de la jurisdicción social*, CGPJ, Madrid, 2007

DIEZ-PICAZO,L, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, *El accidente de trabajo en el sistema de seguridad social (su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)*, Atelier, Barcelona, 2007

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO,B, *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo*, Civitas, Madrid, 2004 (A)

–“Protección de accidentes de trabajo de la seguridad social y responsabilidad civil por riesgo”, RMTAS 2004, nº53 (B)

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO,B;LAHERA FORTEZA,J, *Compensaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo : problemática y reformas*, Comares, Granada, 2009

JURADO SEGOVIA,A, “Nuevo acercamiento de criterios entre la sala civil y social del TS en materia de responsabilidad por accidente de trabajo (STS, sala 1ª, 24 de Julio de 2008)”, RL 2009, nº1

MERCADER UGUINA,J,*Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad social y derecho de daños*, La Ley, Madrid, 2001

RODRÍGUEZ-PIÑERO,M, “Seguridad social, riesgo profesional y accidente de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 2000, Tomo I

VIDA SORIA,J, “Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, RT, 1970, nº31

0)Protección social en accidentes de trabajo

47. LA DELIMITACION JURISPRUDENCIAL DE DOMICILIO EN EL ACCIDENTE DE TRABAJO *IN ITINERE* (STS 28 de Febrero de 2001)³

El art 115.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) define el accidente de trabajo como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. El art 115.2 LGSS enumera, por su parte, una serie de supuestos asimilados a esta institución de Seguridad Social, entre los que destaca el accidente que sufre el trabajador “al ir o al volver del lugar de trabajo”. El art 115.2.a) LGSS contempla, así, a todos los efectos de protección social, el denominado accidente de trabajo *in itinere*, ya presente, con anterioridad, en el art 84.2.a) de la Ley General de Seguridad Social de 1974 y en una consolidada jurisprudencia que data de principios de los los años 50.

Esta modalidad de accidente laboral parece abarcar, así, todas las lesiones corporales sufridas por el trabajador en los trayectos de ida y vuelta del lugar de trabajo. Sin embargo, la indeterminación del art 115.2.a) LGSS ha conducido a la jurisprudencia a construir los elementos del accidente de trabajo *in itinere* definido judicialmente como el sufrido por el trabajador en el viaje, de ida o vuelta, entre su domicilio y lugar de trabajo. Conforme a esta labor jurisprudencial, la noción de accidente *in itinere* “se construye a partir de dos términos, el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador y de la conexión entre ellos a través del trayecto” (vid, entre otras, SSTS 4-VII-1995, 29-IX-1997, 17-XII-1997, 21-XII-1998, 30-V-2000). Desde esta premisa, múltiples pronunciamientos judiciales, en diversas instancias, han ido delimitando, de

³ RL 2002, nº3, pp.43-47.

manera específica, el lugar de trabajo, el domicilio del trabajador y el trayecto utilizado, abarcando el análisis casuístico del camino seguido para ir o volver del trabajo, el momento usual de salida o llegada, el tiempo de viaje invertido, la existencia de interrupciones o descansos y el medio de transporte utilizado (vid, con jurisprudencia, SANCHEZ-RODAS NAVARRO,C, 1998, p.49-68). La STS 28 de Febrero de 2001 se encuadra en esta extensa labor jurisprudencial, delimitando, en unificación de doctrina, la noción de domicilio en los accidentes de trabajo *in itinere*.

La exigencia judicial de domicilio del trabajador en los accidentes *in itinere* puede recibir dos interpretaciones diversas. En primer lugar, una interpretación estricta, teniendo el accidentado que ir o volver exclusivamente a su domicilio legal, en los términos del art 40 del Código Civil. En segundo término, una interpretación amplia capaz de acoger las idas o venidas del trabajador a su residencia, no ya legal, sino real en el momento del infortunio. La STS 28 de Febrero de 2001, en la línea de las anteriores SSTS 29 de Septiembre y 17 de Diciembre de 1997, adopta una interpretación amplia, entendiendo que el domicilio exigido “no se trata sólo del domicilio legal, sino del real y hasta del habitual y, en general, del punto normal de llegada y partida del trabajo” (FD 4º). En cualquier caso, resulta fundamental la interrelación entre el domicilio, ampliamente interpretado, y el trabajo, teniendo el desplazamiento que tener por causa la actividad laboral y no otro tipo de móviles. Como también afirma la sentencia comentada “lo esencial es ir al lugar de trabajo o volver del lugar de trabajo, por lo que el punto de llegada o de vuelta puede ser o no el domicilio del trabajador en tanto no se rompa el nexo necesario con el trabajo” (FD 4º).

En base a este criterio judicial, el alto tribunal ha catalogado como domicilio del trabajador, en sentido extenso, su lugar de residencia habitual en verano o en los fines de semana e, incluso, un domicilio ocasional si era necesario, el día del accidente, pernoctar en él, teniendo en cuenta que el accidentado acudía a dichas casas como un lugar natural de destino tras finalizar su jornada laboral (SSTS 2-V-1967, 4-XII-1975, 5-XI-1976, 16-X-1984). La sala 4º del TS, sin embargo, ha descartado la inclusión de domicilios de familiares a los que se dirigía el trabajador tras su tiempo laboral para realizar una visita, al entender que, en estos casos, la finalidad del viaje respondía a un móvil ajeno por completo a la actividad laboral y, por tanto, que no existía nexo de causalidad con el trabajo (SSTS 29-IX-1997 y 17-XII-1997). La STS 28 de Febrero de 2001, en esta misma línea, elimina la posibilidad, a estos efectos, de contemplar la casa de la novia del trabajador, cuando ambos residen habitualmente en lugares diferentes, como un domicilio al quedar “rota la conexión con el trabajo” (FD 5º); el móvil del desplazamiento es ajeno a la actividad laboral, utilizando el infortunado un itinerario fuera del habitual, por lo que el accidente de tráfico sufrido no puede ser encajado en el supuesto previsto en el art 115.2.a) LGSS.

El nexo causal entre lugar de destino y la actividad laboral aparece, así, como el elemento esencial para, calificar, en el caso concreto, la presencia o no del domicilio del trabajador a los efectos de catalogar el accidente como *in itinere*. Si el infortunado, al finalizar su jornada laboral, se desplaza a su lugar

de residencia real, en su sentido más amplio posible, acogiendo, incluso, domicilios ocasionales donde era necesario pernoctar tras el trabajo, el accidente será calificado como tal. Por el contrario, si el trabajador se traslada a un domicilio de familiares, amigos o de la novia para realizar una visita, el accidente no será definido como *in itinere* sin importar que el accidentado retornara de su lugar de trabajo. En el primer caso, existe conexión con el trabajo, al efectuar el accidentado un trayecto normal hacia su residencia real tras la finalización de su actividad laboral, mientras que en el segundo supuesto, se rompe este nexo causal, al decidir el trabajador eludir su itinerario habitual por un móvil extraño a su trabajo que le conduce a una residencia en la que no habita.

El alto tribunal conecta, así, la definición general de accidente de trabajo del art 115.1 LGSS con la asimilación realizada en el art 115.2.a) LGSS. Al ser el accidente laboral el originado con “ocasión o por consecuencia del trabajo”, el accidente de tráfico en el trayecto de ida o vuelta entre el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador debe estar conexo con la actividad laboral. La sala 4º del TS entiende, así, que el accidente *in itinere* es una especie del género accidente laboral definido en el art 115.1 LGSS y no una institución jurídica autónoma diseñada en el art 115.2.a) LGSS. El resultado de esta operación jurídica, presentada como incuestionable, es la reducción del espacio de los accidentes *in itinere* sin, como voy a razonar, base normativa alguna.

Efectivamente, el art 115.2.a) LGSS no es, entiendo, una especie del género contemplado en el art 115.1 LGSS, sino una asimilación al accidente laboral que da lugar a la creación de una institución jurídica autónoma (SANCHEZ-RODAS NAVARRO,C, 1998, p.48); el propio término “tendrá la consideración de accidente de trabajo” empleado en el art 115.2 LGSS demuestra la utilización de esta técnica jurídica. La proyección de esta protección social singular a estos infortunios es una ficción legal que considera como presente en el trabajo, a estos efectos, a quien se está desplazando a o desde el lugar laboral. La ficción desplaza, por sí misma, la exigencia de los elementos del accidente laboral real, teniendo que ser interpretada como tal conforme la haya construido el legislador. La interpretación jurídica se debe centrar, entonces, en el art 115.2.a) LGSS y, no, como efectúa el TS, en la conexión entre dicho precepto y el art 115.1 LGSS. A partir de esta premisa, el art 115.2.a) LGSS define el accidente *in itinere* como el sufrido por el trabajador “al ir o al volver del lugar de trabajo”, sin mencionar, en ningún momento, el domicilio de partida o de retorno del trabajador. El legislador, desde una interpretación literal de la norma, asimila a accidente laboral todos los sufridos, antes o después de la jornada, en los itinerarios que comiencen o finalicen en el lugar de trabajo. La contundencia del art 115.2.a) LGSS contrasta, sin embargo, con la detallada delimitación judicial de elementos del accidente *in itinere*, como el domicilio del trabajador, que no se encuentran en ninguna norma. El juez construye, así, una institución jurídica ya perfilada en la ley, transformando su sentido y reduciendo su espacio de protección social sin base normativa alguna (en parecido sentido, SANCHEZ-RODAS NAVARRO,C, 1998, p.68-70). Por enunciar esta crítica con el caso de la sentencia comentada, en aplicación estricta del art 115.2.a) LGSS, no cabría duda que el trabajador que sufre un accidente de tráfico en el trayecto inmediato entre su

lugar de trabajo y la casa de su novia debe tener la protección social del accidente de trabajo, pues “vuelve” de aquél, y, sin embargo, como dictamina la STS 28 de Febrero de 2001 no es así porque no se cumple con el elemento de domicilio habitual conexo con la actividad laboral inexistente en el art 115.2.a LGSS. El requisito judicial, que no legal, del domicilio impide el acceso a una protección social singular que prevé la norma.

La conexión con el art 115.1 LGSS, que es la técnica jurídica que provoca este preocupante resultado, es innecesaria cuando, como he analizado, el propio legislador ha asimilado expresamente estos accidentes como laborales en el art 115.2.a) LGSS. La inexistencia de asimilación sí que podría dar lugar a una integración de los accidentes de tráfico antes o después de la jornada laboral en el art 115.1 LGSS, creando un ámbito de creación judicial. La clara dicción del art 115.2.a) LGSS, sin embargo, deja sin sentido esta delimitación jurisprudencial, teniendo el juez que limitarse a aplicar la norma tal como está redactada, esto es, sin exigir conexión alguna con la actividad laboral que vaya más allá de la partida o llegada del o al lugar de trabajo. Para ello, entiendo, el juez podrá utilizar indicios cronológicos o datos fácticos que demuestren que realmente el trabajador iba o regresaba del lugar de trabajo tras su jornada habitual pero no crear requisitos no contemplados en la norma como un determinado punto de destino; el examen del lugar donde se dirigía el accidentado puede ser, desde esta perspectiva, uno de estos indicios o datos pero nunca un elemento esencial para acceder a la protección social del accidente de trabajo. Enunciada la idea con el caso que nos ocupa, el trayecto hacia la casa de un familiar puede demostrar, con datos cronológicos, que el trabajador partía de su lugar de trabajo cuando sucedió el accidente de tráfico y viceversa, el viaje a su domicilio habitual puede mostrar, con indicios en sentido contrario, que el accidentado ya no retornaba de su lugar laboral. El domicilio no es, en este sentido, un requisito conexo con la actividad laboral, como señala la jurisprudencia, sino un dato para averiguar si realmente el trabajador volvía de su empresa tras la jornada.

La raíz de este problema es, a mi juicio, el propio origen jurisprudencial del accidente *in itinere* cuando no existía una asimilación como la hoy prevista. El TS elaboró, en los años 50, una detallada doctrina, en torno a estos accidentes de tráfico, que exigía una serie de elementos conexos con la actividad laboral, aumentando, con ello, la protección social específica del accidente de trabajo (SANCHEZ-RODAS NAVARRO,C, 1998, p.11-12). Tras la expresa incorporación del accidente *in itinere* en el art 84.2.a) de la Ley General de Seguridad Social de 1974 sin los elementos de esta doctrina judicial, el TS prosiguió con ellos, reduciendo, paradójicamente, la protección social que antes se intentaba aumentar. El resultado es el aquí constatado, pues el art 115.2.a) LGSS es interpretado conforme a aquella estricta jurisprudencia, desplazando de la protección social específica del accidente de trabajo a muchos accidentados al “ir o al volver del lugar de trabajo”. El peso de la tradición jurisprudencial, por enunciar la idea con mayor claridad, ha prevalecido sobre el tenor literal de la ley. Este proceso se puede comprobar en el supuesto del domicilio habitual del trabajador exigido judicialmente en los accidentes *in itinere*. La iniciática STS 1 de Julio de 1954 definía como accidente de trabajo, “los producidos *in itinere* , al ir a tomar el trabajo o al

regresar, después de haber cesado, al domicilio”. A partir de este momento, la exigencia de este punto de destino del trabajador tras la jornada laboral aparece en todos los pronunciamientos judiciales que extienden el accidente de trabajo. El art 84.2.a) de la Ley General de Seguridad Social de 1974 no recogió el elemento del domicilio dentro de la definición de accidente *in itinere*, superando esta jurisprudencia. Sin embargo, los tribunales continuaron señalando este requisito incluso después del art 115.2.a) LGSS de 1994, como ha sucedido en la sentencia comentada. El peso jurisprudencial, que exige la presencia del domicilio, ha prevalecido sobre el tenor literal de la ley, que no lo contempla. El juez no utiliza, así, este dato como un indicio que demuestre que el trabajador retornaba realmente de su lugar de trabajo en un tiempo razonable sino como un requisito esencial no previsto en el art 115.2.a) LGSS.

En definitiva, el control judicial de los accidentes *in itinere* muestra esta disfunción, que debería dar lugar a una reflexión en torno a esta arraigada institución de Seguridad Social. El legislador puede, en un futuro, incorporar a la norma los elementos exigidos por la jurisprudencia, incluido el domicilio habitual del trabajador; o puede no hacerlo, apostando por la extensión de la protección social del accidente de trabajo en los términos del vigente art 115.2.a) LGSS. Corresponde, en todo caso, a su ámbito competencial plasmar jurídicamente las distintas políticas de protección social. La creación judicial de requisitos extraños a la redacción del art 115.2.a) daña, desde esta perspectiva, los cimientos jurídicos de la equiparación entre el accidente de trabajo y el accidente *in itinere* y, con ello, horada una determinada política de protección social adoptada por el legislador.

BIBLIOGRAFIA CITADA

SANCHEZ-RODAS NAVARRO,C, *El accidente in itinere*, Comares, Granada, 1998