

DISTINTAS VIAS DE COMPENSACIÓN DE LOS DAÑOS POR ACCIDENTES DE TRABAJO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA Y OBJETIVA

- I.1. Las dos vertientes, subjetiva y objetiva, del sistema de responsabilidad civil.
- I.2. La distinción entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo.
- I.3. La articulación y los espacios de la culpa y el riesgo en el sistema de responsabilidad civil
- I.4. La estructura y los elementos de la responsabilidad civil por culpa y por riesgo
- I.5. La jurisprudencia sobre la responsabilidad civil por riesgo

II. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

- II.1. Las diferencias entre las responsabilidades
- II.2. La discutida concurrencia de acciones
- II.3. Los últimos pronunciamientos jurisprudenciales destacados sobre la materia
- II.4. Las consecuencias de la concurrencia de responsabilidades en el terreno procesal
 - II.4.1. La acumulación eventual de acciones de responsabilidad civil
 - II.4.2. La preclusión de la acción de responsabilidad civil no ejercitada

III. LA CONCURRENCIA DE SUJETOS RESPONSABLES EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTES DE TRABAJO

- III. 1. La solidaridad como respuesta de la jurisprudencia a la pluralidad de responsables de la indemnización
- III.2. La distinción entre solidaridad propia e impropia
- III.3. Los supuestos típicos de solidaridad en accidentes de trabajo:
 - IV.3.1. Empresarios concurrentes
 - IV.3.2. Empresario y compañero de trabajo como responsables del daño
 - IV.3.3. Empresario y personal encargado de la prevención en la empresa
 - IV.3.4. Empresario y fabricantes, importadores o suministradores
 - IV.3.5. Empresario y aseguradora
 - IV.3.6. Procesos causales con pluralidad de responsables en los que algunos son desconocidos
- III.4. Implicaciones procesales de la solidaridad:
 - III.4.1. Litisconsorcio pasivo
 - III.4.2. Intervención de terceros interesados en el juicio
 - III.4.3. Ampliación de los demandados a instancia del demandante
 - III.4.4. Litispendencia
 - III.4.5. Preclusión
 - III.4.6. Prescripción de acciones
 - III.4.7. Cosa juzgada
 - III.4.8. Efectos del recurso planteado por alguno de los corresponsables solidarios sobre los demás no recurrentes
 - III.4.9. Solidaridad y naturaleza contractual o extracontractual de la deuda solidaria
 - III.4.10. Solidaridad, deuda extracontractual y orden jurisdiccional competente
 - III.4.11. Jurisdicción competente cuando solo se demanda a la aseguradora por la acción directa del art. 76 LCS

IV. LA CONCURRENCIA DE INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES Y DEL TRABAJADOR EN LA PRODUCCIÓN DEL ACCIDENTE

V. LA CONCURRENCIA DE VIAS COMPENSATORIAS DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO

V.1. La protección por accidentes de trabajo de la seguridad social concurrente con la indemnización: ¿socialización del riesgo o seguro de responsabilidad civil?:

V.2. La cuantificación de las indemnizaciones civiles derivadas del accidente de trabajo

V.2.1. La reparación íntegra del daño indemnizable

V.2.2. La aplicación orientativa del baremo del seguro de responsabilidad civil por accidentes de automóvil

V.2.3. El pago de intereses por los responsables y aseguradoras

V.2.4. La articulación entre las indemnizaciones civiles y las prestaciones de seguridad social

V.2.5. La articulación entre las indemnizaciones civiles y las mejoras voluntarias

V.2.6. La articulación entre las indemnizaciones civiles y el recargo de prestaciones de seguridad social

VI. EL DEBATE POLÍTICO SOBRE LAS COMPENSACIONES ECONÓMICAS DERIVADAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO : DIEZ PROPUESTAS DE REFORMA

INTRODUCCIÓN: LA COMPLEJIDAD DEL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS DERIVADOS DEL ACCIDENTES DE TRABAJO

De la producción de un accidente de trabajo, y en aras de la compensación de los daños producidos por el mismo, se pueden derivar dos consecuencias jurídicas básicas: el reconocimiento de prestaciones por el sistema de seguridad social y la imputación de responsabilidades, en concreto, el recargo de prestaciones económicas de la seguridad social y la responsabilidad civil indemnizatoria. La concurrencia de varios sistemas resarcitorios complejos, representados cada una de estas vías de compensación de daños, en el cumplimiento de un mismo fin, la reparación de los daños sufridos por la víctima del accidente de trabajo, provoca una larga lista de problemas e interrogantes jurídicos, a cuyo esclarecimiento pretende contribuir el presente estudio – del cual, los capítulos I al V y el epígrafe VI.1 han sido realizados por B. Gutiérrez-Solar Calvo y el epígrafe VI.2 y el capítulo VII por Jesús Lahera Forteza, sin perjuicio de que ambos autores asumen el conjunto de la obra.

I. LA DISYUNTIVA ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR RIESGO

I.1. LAS DOS VERTIENTES, SUBJETIVA Y OBJETIVA, DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

En la actualidad el alto grado de tecnificación y complejidad que caracteriza el proceso productivo empresarial implica la existencia de un margen de riesgo inevitable, en el sentido de que su neutralización de forma absoluta es inalcanzable en el estado actual de la técnica y la ciencia. Por lo tanto no es posible concebir un deber de seguridad y salud en el trabajo del empresario que alcance a evitar todos los posibles peligros inherentes a la actividad laboral. Una nota consustancial de la noción de deber jurídico es que su cumplimiento sea factible; un “deber irrealizable” es una contradicción inadmisibles desde un punto de vista jurídico.

Si el sistema de responsabilidad civil por culpa se erige sobre la idea de reproche jurídico hacia el comportamiento dañoso de un determinado sujeto por suponer el incumplimiento, bien de un deber contractual, bien del deber extracontractual en el que se concreta el principio general del *neminem non laedere*, en definitiva, del incumplimiento del comportamiento exigido por el ordenamiento para evitar los daños a los trabajadores en su seguridad y salud durante el desarrollo de su prestación de trabajo, cabe concluir que esta vertiente de la responsabilidad civil, esto es, la responsabilidad por culpa, es insuficiente para garantizar el resarcimiento de la totalidad de los daños personales que puede sufrir el trabajador en el desarrollo de su actividad laboral.

Ante esta situación hay dos líneas doctrinales y jurisprudenciales: aquella que explora nuevas vías de resarcimiento, inspirada por el mandato del Código Civil de interpretar las normas de acuerdo con la realidad social en las que van a ser aplicadas y la que asume esta asimetría entre el conjunto de daños posibles que puede sufrir el trabajador accidentado y los que el tenor literal de la ley afirma como resarcibles (bien sea por el empresario y, en definitiva, como resultado final –porque la seguridad social garantiza tampoco su cobertura. La primera postura se apoya en la admisión del modelo de responsabilidad indemnizatoria de corte objetivo que permite dar una cobertura resarcitoria adecuada a los mencionados daños a los trabajadores que no se derivan de un incumplimiento empresarial. Este análisis ofrecerá la base firme sobre la que levantar un sistema que -aproximándose al modelo previsto en la Directiva Marco sobre esta materia, Directiva 89/391/CEE del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, según se deduce del art. 5.4- aspire a garantizar el resarcimiento de la víctima sin necesidad de forzar los fundamentos y estructuras del sistema de responsabilidad por culpa, como ha sido, según se examinará, una práctica común y reiterada de nuestros tribunales (Sobre un principio comunitario de responsabilidad objetiva F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, 1991, pp. 1248-1250).

La responsabilidad civil en la medida en que, de forma primordial, se dirige al resarcimiento de los daños y no a sancionar determinados comportamientos, tolera en su ordenación una convivencia de criterios de imputación del daño que, junto al clásico de la culpa del agente, vengán a justificar esa “traslación jurídica” de las consecuencias dañosas desde la víctima a otro sujeto de acuerdo con criterios objetivos. De hecho, el área de los accidentes laborales es uno de los campos del tráfico jurídico más característico de este fenómeno generalizado de “retroceso de la culpa” (R. DE ANGEL YÁGÜEZ, 1995, p. 32).

Siguiendo a LARENZ, no "hay un único principio de responsabilidad por daños (la culpa), sino varios –hasta cinco-, y cada uno de ellos tiene su propio campo de aplicación. Es común a todos la idea de una justa compensación del daño o de un justo reparto de determinados riesgos de daños, siendo alguno de ellos, en este caso el criterio de riesgo, la matriz de una vertiente autónoma de la responsabilidad civil ((LARENZ, 1985, pp. 115 y ss. y en especial p. 120).

La *ratio iuris* del modelo objetivo de responsabilidad civil, en la que se encuadran la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad objetiva, es común: la necesidad de resarcir los daños que sean consecuencia del desarrollo de actividades peligrosas, sin el condicionamiento de la existencia de un comportamiento antijurídico en el que los mismos traigan causa (F. JORNANO FRAGA, 1987, p. 60). Sin embargo, en el plano técnico-jurídico, estos dos tipos de responsabilidad pivotan sobre criterios de imputación del deber de indemnizar diferentes:

- En la responsabilidad civil por riesgo la noción del riesgo configura el fundamento de la imputación del daño, a través de un triple eje: beneficio de la actividad arriesgada, control de la misma y asegurabilidad o transmisibilidad del coste del resarcimiento (vid. F. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, p. 39-40, STS 1ª 11 de junio de 2008, nº recurso 458/2001).
- En la responsabilidad objetiva se levanta sobre una atribución automática del deber de resarcir (STS 1ª de 10 de junio de 1987 (RJ 4271) y en la STS 1ª de 7 de marzo de 1994 (RJ 2197)) por el legislador a determinados sujetos que están en una especial relación con la fuente de peligro, lo que no debe confundirse con una responsabilidad por la mera producción del daño (JJ. LÓPEZ JACOISTE, 1994, p. 110; J. SANTOS BRIZ, T. II, p1991, p. 514. Rechazando esta última STS 1ª de 30 de mayo de 2008, nº de recurso 621/2001).

El silencio del legislador español en la ordenación de la responsabilidad civil del empresario en materia de accidentes de trabajo implica que no se pueda atribuir automáticamente al empresario el deber de resarcir los daños del trabajador. Por lo tanto, el sistema resarcitorio global de dichos perjuicios se ha de construir a partir

de la convivencia del complejo de la responsabilidad por culpa y el de la responsabilidad por riesgo, respetándose el ámbito que es propio de cada una de dichas vertientes indemnizatorias, sin considerar este último como simple criterio de objetivación del primero (criticable es por tanto la confusión frecuente de lógicas y sistemas de la que es ejemplo claro la STS 1ª de 19 de noviembre de 2008, nº de recurso 621/2001). La responsabilidad civil por culpa, ajena a una limitación de la cuantía indemnizatoria, es la vía adecuada para la compensación de los daños provocados por un comportamiento empresarial ilícito. Por el contrario, la responsabilidad civil por riesgo, con indemnizaciones limitadas, en la que no es necesaria que quede demostrada la existencia una conducta antijurídica ni la existencia de culpa, es la vía adecuada para la compensación de los daños consecuencia de la realización de los riesgos que las medidas de protección no alcanzan a eliminar.

1.2. LA DISTINCIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA Y LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO.

1. La vertiente subjetiva de la responsabilidad civil parte de una valoración del comportamiento que ha causado el daño, mientras que la vertiente objetiva prescinde de este juicio para relacionar directamente los patrimonios del agente del daño y de la víctima (cfr. S. CAVANILLAS MÚGICA, p. 133), atribuyendo al primero las consecuencias negativas del resultado dañoso, a través del mecanismo de la indemnización económica.

Sólo es posible la valoración de un comportamiento desde la premisa de la libertad en la determinación del mismo. Sólo un comportamiento voluntario puede ser juzgado positiva o negativamente. Por lo tanto, el sistema de responsabilidad que descansa en este juicio –la responsabilidad civil por culpa (cfr. P. ZELAYA ETCHEGARAY, p. 116) - no admite la responsabilidad por aquellos daños cuya producción trae causa en un acontecimiento al margen del ámbito dominado por la voluntad. Es precisamente para cubrir este campo dominado por el factor accidental para lo que nace el modelo objetivo de responsabilidad.

No obstante, desde una interpretación estricta de la noción de comportamiento voluntario se puede cuestionar esta distinción entre el modelo subjetivo y el modelo objetivo de responsabilidad a partir de dicho elemento de la voluntariedad. También el establecimiento o el mantenimiento de una fuente de peligro son manifestaciones de un acto voluntario del creador o dirigente de la misma (cfr. J. LLUIS Y NAVAS, p. 482; J. SANTOZ BRIZ, 1991, pp. 516-517). En este sentido también se encuentra latente en el modelo objetivo de responsabilidad cierto vínculo entre el peligro para la víctima potencial y la voluntad del sujeto que crea o controla la fuente de riesgo (vid. STS 1ª de 10 de junio de 1987 (RJ 4271), STS 1ª de 8 de noviembre de 1990 (RJ 8534), STSJ de Galicia de 23 de junio de 2000 (AS 1708). Con carácter general, tras la decisión de realizar una actividad productiva, existe una representación abstracta del peligro que la misma implica, que se deriva del conocimiento de la existencia de un margen de riesgo que la adopción de medidas de seguridad no alcanza a remover en su totalidad, demostrándose entonces una asunción del mismo (cfr. S. RODRIGUEZ LLAMAS, pp. 92-93).

Se podría afirmar que la noción de “peligro concreto”, en la que se basa el juicio de culpabilidad característico del modelo subjetivo de responsabilidad, es sustituida por la idea de “peligro abstracto” en el modelo objetivo. A su vez se puede distinguir como actúa el elemento de la voluntariedad en el modelo objetivo de responsabilidad, es decir, en la responsabilidad objetiva en sentido estricto y en la responsabilidad por riesgo. En ambas, como decimos, existe un nexo entre voluntad y fuente de riesgo. La diferencia radica en el momento en que dicha voluntariedad se tiene en cuenta. En los sistema legales de responsabilidad objetiva esta valoración es la que ha tenido en cuenta el legislador a la hora de regular el sistema. Es el criterio de política jurídica que fundamenta y legitima la atribución automática de responsabilidad sobre la que descansa la dinámica de la responsabilidad objetiva. En los ámbitos de la responsabilidad por riesgo, este nexo entre voluntad y fuente de peligro, contextualizado en la idea del beneficio del que controla la fuente de peligro actúa como criterio de imputación subjetiva alternativo a la culpa. Es por lo tanto un criterio utilizado en el juicio de atribución de responsabilidad, legitimando en el caso concreto esta distribución de daños

Ciertas voces doctrinales han mantenido, ante esta “voluntariedad” de la responsabilidad por riesgo, que considerar la conducta del empresario como perteneciente al ámbito de la culpa o extramuros de ella que es una cuestión puramente conceptual. Esta interpretación se apoya en la consideración de la culpa como toda provocación del daño conectada con la voluntad, y por lo tanto esta culpa “latente” estaría incluida dentro del sistema subjetivo de responsabilidad. No obstante la culpa puede identificarse, como se hace en este trabajo, sólo con aquella provocación de unos daños que podrían haber sido evitados por un comportamiento

voluntario de un sujeto. A la nota de voluntariedad se debe unir por tanto la de evitabilidad, ya que una vez adoptadas todas las medidas de seguridad posibles, los daños producidos se podrán considerar, a pesar de ello, evitables o inevitables.

2. El modelo subjetivo de responsabilidad se construye como una reacción del ordenamiento ante el comportamiento considerado antijurídico. La respuesta indemnizatoria se vincula a la reprochabilidad del acontecer causal. Por el contrario, el modelo objetivo pivota sobre el eje de la tolerancia del comportamiento peligroso por razón de la utilidad abstracta que se deriva de su desarrollo. La compensación de los daños sufridos por la víctima están ligados, en el primer modelo, al juicio sobre la conducta del agente, mientras que en el segundo, la clave de la compensación de los daños padecidos por el perjudicado es la misma constatación de su existencia unida a la preexistencia de un juicio de oportunidad sobre la procedencia jurídica de su resarcimiento. El resarcimiento de los daños se concibe así como un "coste" de la actividad productiva y no como una sanción por la existencia de unos daños (F. JORDANO FRAGA, p. 306). De esta forma, mientras el comportamiento ilícito es la médula de la responsabilidad por culpa, la responsabilidad por riesgo se construye a partir de la idea de licitud (cfr. STS 1ª de 12 de mayo de 1997 (RJ 3833)).

3. En un sentido amplio se puede afirmar que todos los criterios de imputación subjetiva, tanto los que dominan el modelo subjetivo como el modelo objetivo de responsabilidad civil, son criterios de distribución de daños. En realidad todo sistema resarcitorio es un régimen de reparto de las consecuencias lesivas, a través de la traslación de las mismas al patrimonio del sujeto imputado (cfr. entre otros muchos A. DE COSSIO, 1966, p. 585; L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1999, p. 41-42). No obstante, en un sentido más restringido, en una comparación de los rasgos que definen los modelos subjetivo y objetivo de responsabilidad civil, se puede contraponer la lógica subjetiva de la valoración de conductas frente a la lógica objetiva de la distribución de daños, como fundamentos opuestos de dichos modelos de responsabilidad. La responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo responden a un diferente espíritu informador. Mientras la primera, en la medida en que se dirige principalmente a corrección de injusto, se enmarca en el campo de la justicia conmutativa, la segunda, dirigida al reparto del daño se encuadra en el marco de la justicia distributiva (M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, 1972, pp. 106-107; J. SANTOS BRIZ, T. II, pp. 516-518).

4. El modelo subjetivo de responsabilidad se configura a partir de la exigencia de un deber de comportamiento. Es este deber de conducta, considerado desde la perspectiva de su incumplimiento, el hilo conductor de este modelo de responsabilidad. La responsabilidad se establece a partir de la tensión existente entre el comportamiento voluntario y libre del sujeto imputable y el comportamiento exigido por el ordenamiento para las circunstancias del caso, en concreto, sobre el desajuste entre ambas conductas.

En el modelo objetivo de responsabilidad el eje de gravedad se desplaza desde la cuestión de la determinación de la voluntad del sujeto agente, al aspecto de la protección de los bienes jurídicos merecida por las víctimas potenciales. Este campo de incolumidad, en la medida en que ha de ser respetado por los terceros, delimita de "forma negativa" el ámbito de la obligación de resarcir el daño. La valoración de la conducta del agente se sustituye por la "comprobación" de la irrupción de este comportamiento en el ámbito de seguridad o garantía que ha de disfrutar la víctima.

Los dos modelos de responsabilidad, el subjetivo y el objetivo, como modelos inspirados en lógicas diferentes, representan dos enfoques diferentes del problema del resarcimiento de los daños del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales. Mientras que el sistema subjetivo se aproxima al mismo a través del elemento de la conducta del agente y su valoración, concentrada la problemática en la idea de deber u obligación jurídica, el modelo objetivo se acerca al problema desde la perspectiva del derecho o bien jurídico del trabajador dañado y las exigencias de incolumidad del mismo reconocida por el ordenamiento.

5. La producción del daño demuestra que en el estadio anterior a su acaecimiento existía latente un riesgo para el bien perjudicado. Desde esta perspectiva se podría explicar todo el entramado de la responsabilidad civil del empresario, en su doble vertiente, responsabilidad por culpa o por riesgo, a partir de la noción de riesgo. En la responsabilidad por culpa se respondería por el riesgo creado para el trabajador por el incumplimiento del deber de seguridad y salud en el trabajo. En la responsabilidad por riesgo se respondería por el campo de riesgo que el ordenamiento imputa al empresario, en virtud de los criterios del beneficio de la actividad peligrosa, el control sobre la misma y las posibilidades de su aseguramiento o traslado a terceros.

Como se decía, la dualidad de vertientes de la responsabilidad civil del empresario se articula a partir de una clave esencial: la licitud del comportamiento del sujeto imputado. Por lo tanto, mientras la responsabilidad

civil por culpa se construiría a partir de un riesgo ilícito o no permitido, la matriz de la responsabilidad civil por riesgo vendría constituida por el riesgo lícito o permitido.

No todo comportamiento peligroso para un tercero es ilícito. La creación de un riesgo puede ser lícita aunque las reglas de la experiencia indiquen cierta probabilidad de que el mismo se realice en daños a un sujeto. La previsibilidad de un daño no significa automáticamente culpabilidad del que crea el riesgo que se materializa en el mismo. Para ello es necesario que la actividad peligrosa no se desenvuelva en el ámbito de los llamados riesgos "socialmente adecuados" o "riesgos permitidos". Una conducta arriesgada es permitida cuando, tras una ponderación de intereses y de diferentes factores, el ordenamiento considera beneficioso su desarrollo.

El desarrollo de la técnica permite la explotación de nuevas formas de producción que proporcionan beneficiosos avances en la vida social y económica, pero que conllevan indefectiblemente una serie de riesgos inevitables. Es la cara oscura del desarrollo industrial. Estas actividades peligrosas son consideradas por la comunidad socialmente tolerables y económicamente beneficiosas e indispensables. Pero surge entonces la cuestión de quién debe soportar el resarcimiento de los daños que se producen en el desarrollo de estas actividades. Dejar recaer estos cada vez más frecuentes y más graves riesgos sobre la víctima se manifiesta insostenible socialmente e injustificable económicamente.

En la determinación de nivel de riesgo permitido se ha acudido frecuentemente a la fórmula del cálculo de costes y beneficios, según la cual han de ser sopesados, por un lado, el beneficio representado por la libertad de actuación proporcionada por la tolerancia del riesgo y, por otro, el daño potencial, en la búsqueda del equilibrio adecuado entre ambos. Sin embargo esta operación fracasa cuando se topa con un obstáculo insalvable: la inexistencia de un criterio que permita dar un valor concreto a los bienes contrapesados (G. JACKOBS, pp. 119- 120).

Por lo tanto en la fijación del nivel de riesgo permitido debe cambiarse de método y adoptar una óptica abstracta. La utilidad o el beneficio social son los factores que legitiman el desarrollo de determinadas actividades peligrosas; se atiende así en este estadio, no al daño, sino al comportamiento, desde su condición de provechoso para la sociedad; es este último, y no el primero, el objeto al que se refiere la mencionada permisión del ordenamiento. Para que exista esta tolerancia la utilidad de esa conducta o actividad debe ser considerada, como se decía, desde un enfoque abstracto ya que "en una sociedad de libertades sólo puede generarse la permisión de un riesgo si el beneficio de la respectiva actividad tiene una fundamentación plausible para quien potencialmente ha de soportar los costes; en una sociedad de libertades no puede fundamentarse la libertad de comportamiento a expensas de los demás" (G. JACKOBS, p. 122). Si se plantea un conflicto de intereses desde una perspectiva concreta, es decir, si se contraponen la seguridad y la salud del trabajador y el beneficio empresarial, como intereses en conflicto en materia de seguridad y salud en el trabajo, la actividad productiva, en cuanto generadora de riesgos inevitables, no podría considerarse lícita o permitida. Sólo en la medida en que se analiza la problemática desde un punto de vista abstracto, cabe representarse a la víctima potencial, al trabajador, como posible beneficiario de la actividad empresarial, y, por lo tanto, encontrar una justificación jurídica a la asunción de riesgos que implica el desarrollo de dicha actividad peligrosa.

En un plano concreto, no obstante, el desequilibrio de intereses que este escenario jurídico presenta, se "reajusta" a través de la conjugación de los tres ejes que articulan la responsabilidad civil por riesgo: el beneficio de la actividad productiva (cfr. M. FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, p. 75; S. CAVANILLAS MÚGICA, p. 175), el control de la misma y la traslado del coste del resarcimiento a terceros o su aseguramiento, esto es, en la imputación subjetiva al empresario de los daños sufridos por el trabajador.

Esta necesidad de "reajuste" se produce en todos los casos en los que se comprueba un daño concreto para el trabajador producido durante el desarrollo de la actividad laboral. Por ello no compartimos la propuesta realizada de limitar el sistema de responsabilidad por riesgo sólo a las "empresas peligrosas" (M. LUQUE PARRA, p. 105). La razón esgrimida para ello es el posible efecto desincentivador del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que un sistema generalizado de responsabilidad objetiva puede tener (entre otros M. LUQUE PARRA, pp. 104-105; C.L. ALFONSO MELLADO, p. 127) y con ello la ruptura del planteamiento de delimitación de un "espacio diferenciado para los accidentes de trabajo que comporten una responsabilidad añadida del empresario (recargo y/o civil) y otro para los accidentes que por haberse actuado con toda la diligencia exigible no supongan responsabilidad empresarial alguna" (M. LUQUE PARRA, p. 104). En nuestra opinión no se debe olvidar el dato de la limitación del "daño resarcible" dentro de la responsabilidad de corte objetivo. Por lo tanto, si se aplica el sistema de responsabilidad civil por culpa para los supuestos en los que el daño sufrido por el trabajador hubiese podido ser evitado de cumplir la

normativa de prevención de riesgos laborales, mientras que se reserva el sistema de responsabilidad por riesgo para los accidentes inevitables, se elimina o al menos se reduce notablemente ese efecto desincentivador. Por otro lado, si se comparte y asimila el espíritu de la responsabilidad de corte objetivo en el que el centro de gravedad radica en la compensación del daño producido y no la valoración de la conducta del agente del daño, no se puede sacrificar, en aras de mantener la mayor diferencia posible entre las consecuencias derivadas de una conducta culpable y los efectos de una conducta no culpable, una reducción de los espacios de garantía de compensación del daño a la víctima. El criterio del beneficio, del control de la actividad productiva y del traslado del coste del resarcimiento o aseguramiento, como fundamentos de la responsabilidad por riesgo, se pueden aplicar en la misma medida en una empresa notablemente peligrosa que en una empresa mínimamente peligrosa. Ambas son actividades lícitas, por lo tanto en ambas se excluye la lógica de la corrección del injusto para dominar el objetivo del reparto del daño. Una vez excluida la perspectiva de la valoración de la conducta empresarial, ante dicha licitud, lo importante es la comprobación del daño concreto, y este daño que afecta a los intereses fundamentales de la vida e integridad física y psíquica merecen el mismo respeto al margen de la actividad que desempeñe un trabajador. Por lo tanto las garantías de distribución y compensación de daños deben ser las mismas al margen de que el trabajador se vaya a ver sometido con mayor o menor probabilidad al riesgo de daño.

Por otro lado, por lo que respecta al efecto desincentivador que pueda tener la admisión de la responsabilidad por riesgo en el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo y en definitiva en la eficacia preventiva de la responsabilidad civil (Entre otros A. DESDENTADO BONETE, A. DE LA PUEBLA PINILLA, p. 650; J.R. MERCADER UGUINA, p. 132; G. MOLINER TAMBORERO (B), p. 703; F. NAVARRO NIETO, p. 181), hemos de afirmar que no creemos lícito sacrificar lo que es la función primaria de esta responsabilidad resarcitoria en toda su potencialidad, por lo que es una función secundaria de la misma, la preventiva, respecto de la que el mismo sistema admite obstáculos ¿o no es un fuerte desincentivo también para esta última la posibilidad de asegurar la responsabilidad civil?

I.3. LA ARTICULACIÓN Y LOS ESPACIOS DE LA CULPA Y EL RIESGO EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

No existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre las relaciones entre los dos principios de imputación de la culpa y el riesgo. En principio se podrían distinguir las siguientes posturas doctrinales (con detalle al respecto B. GUTIÉRREZ-SOLAR, (A) 2004, pp. 43 y ss.): a) aquella que niega la validez de la responsabilidad por riesgo como criterio autónomo de imputación, y sólo admite supuestos excepcionales de responsabilidad objetiva automática, en los casos regulados por la ley; b) aquella que defiende que los criterios de imputación de la culpa y el riesgo se encuentran en una relación de regla-excepción; c) aquella que defiende una posición prioritaria de la responsabilidad por culpa, reservando a la responsabilidad por riesgo un carácter subsidiario; d) aquella que defiende que la culpa y el riesgo son criterios de imputación que se encuentran al mismo nivel, es decir que ninguno tiene prioridad sobre el otro, pero que actúan en ámbitos funcionales diferentes; e) aquella que defiende que la culpa y el riesgo actúan en ámbitos materiales diferentes.

Opinamos que el espacio de la responsabilidad por riesgo no está condicionado necesariamente al reconocimiento previo legal, lo que por otro lado es una tendencia dominante en la doctrina y jurisprudencia, de la que creemos no se debería apartar el tratamiento jurídico de la responsabilidad civil de los accidentes de trabajo por razones de igualdad y equidad, por mucho que existan otras vías específicas de seguridad social que protejan a la víctima. Creemos con JORDANO FRAGA que el intérprete puede, “allí donde se encuentre ante supuestos semejantes a los ya contemplados de responsabilidad objetiva, y ante necesidades parecidas a las que subyacen en las normas que los consagraron, extender analógicamente formas de responsabilidad objetiva (directa o indirecta, contractual o extracontractual) a esos casos análogos no explícitamente contemplados como tales en nuestro Derecho. La responsabilidad objetiva debe aplicarse a todos aquellos casos –resulten así o no directamente contemplados por la ley- en que están presentes las necesidades y los factores de cualificación que nuestro Derecho considera suficientes para establecerla: en todos aquellos casos en que, según el propio ordenamiento, por vía directa o de analogía, la imputación objetiva es “normal” o adecuada, como criterio alternativo (e incompatible) con el de la culpa, para conseguir determinados fines que el ordenamiento, en ese ámbito, considera los más congruentes y justos, y que la aplicación del criterio de imputación alternativa frustraría” (F. JORDANO FRAGA, 1993, pp. 29-30).

En nuestra opinión en la sociedad actual del riesgo, los criterios de imputación de la culpa y el riesgo no se ordenan de acuerdo con relaciones de regla-excepción. El protagonismo normativo indiscutible de la

culpa se debe a razones históricas y de política legislativa, dada la estabilidad de la norma en la que se regula principalmente, el Código Civil. La responsabilidad civil por culpa y la responsabilidad civil por riesgo tienen ámbitos funcionales diferentes, el resarcimiento de los daños provocados por la realización de un riesgo ilícito o lícito, respectivamente. Esto excluye las inseguridades que se derivan de considerar el riesgo criterio de imputación subsidiario de la culpa –lo que además a nuestro entender presenta objeciones lógicas- o de distribuir sus espacios a partir de distinción de espacios materiales. Según se hayan producido los daños –riesgo ilícito o lícito-, eje esencial que ha de informar el examen de todo supuesto de responsabilidad resarcitoria, se habrá de acudir a la vía de responsabilidad subjetiva u objetiva adecuada, respetando la lógica de cada sistema. Otra cuestión es que circunstancialmente, dada la importancia de los deberes de prevención de riesgos laborales en este ámbito, el resultado lógico haya de ser que en la práctica la mayor parte de los supuestos hayan de resolverse de acuerdo con la responsabilidad civil por culpa. Si existen unos deberes de seguridad y salud en el trabajo tan amplios que exigen al empresario eliminar todos los riesgos que la ciencia y la técnica permitan, el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento de estos deberes será amplio, si se presupone que disfrutamos de una política preventiva avanzada. Pero este resultado no se debe a una prioridad teórica entre la responsabilidad civil por culpa respecto de la responsabilidad civil por riesgo.

En materia de accidentes de trabajo, algunos autores han tratado de utilizar una serie de argumentos, para rechazar en una u otra medida la responsabilidad de corte objetivo, tomando así postura en el debate anterior en lo que afecta a esta materia. En nuestra opinión, a la crítica general que se puede hacer a un tratamiento aislado de la responsabilidad civil en materia de accidentes de trabajo, aislándola de las interpretaciones comunes del Derecho de daños, se une la siguiente crítica particular a los argumentos con los que estos autores justifican su postura:

a) Por un lado, se ha afirmado que el “sistema de responsabilidad por riesgo no es aplicable a los daños experimentados por aquellas personas que hayan asumido o aceptado especialmente el riesgo en cuestión, como ocurre con los trabajadores, que trabajan en industrias especialmente peligrosas cuando estos riesgos les hayan sido dados a conocer” (G. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, p. 213). Este razonamiento de la “asunción de riesgo por parte de la víctima” desconoce y choca frontalmente con la lógica básica que inspira, con carácter común, nuestro sistema de relaciones laborales. Con carácter general los criterios de la dependencia o subordinación cierran esta vía de argumentación. Con carácter especial, el hecho de que un eje esencial del sistema normativo de prevención de riesgos laborales es el freno a toda posibilidad de reducción, cesión, relativización ... de la imputación exclusiva al empresario de la deuda de seguridad, y por lo tanto, de la responsabilidad por su incumplimiento. Una prueba evidente de ello es que el legislador haya creado incluso deberes empresariales de neutralizar los posibles descuidos del trabajador en materia de seguridad. En conclusión, el conocimiento y respeto de los principios básicos laborales impide la toma en consideración de esta argumentación.

b) Otro argumento construido con mayor rigor, es el de cuestionar la necesidad y espacio de la responsabilidad de corte objetivo, lo que afecta por tanto a la responsabilidad por riesgo, desde la inteligencia de que la función que esta viene a desempeñar, ya viene satisfecha por el sistema de protección social por accidentes de trabajo de la seguridad social (Cfr. con detalle A. DESDENTADO BONETE, pp. 401 y ss.). Desde este planteamiento, esta protección pública responde a un sistema de aseguramiento de la responsabilidad civil objetiva del empresario y admitir una responsabilidad por riesgo supondría una duplicidad de mecanismos de resarcimiento inaceptable. No consideramos que esto sea así necesariamente por muchas razones, pero la complejidad del problema aconseja que pospongamos el análisis profundo de la cuestión a un momento posterior. En todo caso lanzamos desde ahora un interrogante: si la tendencia a la apertura a las formas de responsabilidad de corte objetivo, en concreto hacia la responsabilidad por riesgo, es generaliza en el ámbito del derecho común de los contratos, ¿es la interpretación –al menos cuestionable- de que nuestro sistema público de seguridad social pretende cubrir la responsabilidad privada civil del empresario un argumento suficiente para apartar de esta evolución el resarcimiento de las víctimas por accidentes de trabajo, reduciendo sus posibilidades de encontrar resarcimiento por importantes daños que si encontrarían compensación de haber sido su accidente de otra naturaleza?

I.4. LA ESTRUCTURA Y LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA Y POR RIESGO

Los diferentes elementos o presupuestos de la responsabilidad civil varían también en los modelos subjetivo y objetivo de responsabilidad. Se realiza a continuación un estudio de cada uno de estos elementos

profundizando en las mencionadas diferencias (con detalle al respecto B. GUTIÉRREZ-SOLAR, (A) 2004, pp. 98 y ss.):

1. Clave en un sistema de responsabilidad resarcitoria es el daño. Este puede ser extrapatrimonial, en el que se incluyen los daños físicos y psíquicos y los daños morales, o/y patrimonial. Pero existe una diferencia fundamental entre la responsabilidad por culpa y por riesgo: mientras que en la responsabilidad por culpa se habrán de resarcir todos los daños demostrados (principio de restituo in integrum) en la responsabilidad por riesgo el daño resarcible esta teóricamente limitado. Cuando el fundamento de la responsabilidad es, no la ilicitud de un comportamiento, sino la distribución social de daños emerge como eje esencial la lógica económica del cálculo de riesgos económicos del imputable, es decir, del empresario. No obstante, existe una importante inseguridad al respecto porque en la práctica la jurisprudencia que viene admitiendo la responsabilidad por riesgo no limita el montante indemnizatorio.

2. Los siguientes elementos de la responsabilidad civil por accidentes de trabajo a analizar son los criterios de la causalidad y de la imputación objetiva. En primer lugar, se debe aclarar la importancia de la distinción de este segundo elemento que muchas veces es olvidado o confundido con el primero. El comportamiento del empresario y el daño del trabajador tienen que encontrarse en una relación de causa-efecto. Esta relación de causalidad es la base sobre la que se apoya una responsabilidad resarcitoria. Este es un vínculo fáctico que ha de ser determinado con certeza según reglas científico-naturales. No por criterios de política jurídica.

Diferente es el elemento de la imputación objetiva. Esta es la sede en la que de forma válida, de acuerdo con criterios jurídicos, se puede limitar el conjunto de factores causales que se consideran relevantes. Los eslabones de la cadena causal son amplísimos, ya que causa no es sólo el antecedente inmediato del daño. Pero la limitación de los mismos, necesaria para permitir la convivencia en sociedad, es un problema valorativo de imputación, no fáctico de causalidad.

La causalidad se determina por el criterio de la equivalencia de condiciones. Según esta construcción, causa es la suma de todas las condiciones que han contribuido a la producción de un resultado. Esta eficacia causal pueda ser demostrada científicamente aunque no se puedan probar con exactitud el devenir de los acontecimientos. En lo que se refiere a los antecedentes del daño en el nexo causal también existen diferencias. En la responsabilidad por riesgo será la fuente de riesgo creada por el empresario de forma lícita pero en su beneficio. En la responsabilidad por culpa será la conducta reprochable jurídicamente al empresario.

Los criterios de imputación objetiva, también varían en la responsabilidad civil por culpa y por riesgo.

- En la responsabilidad por culpa, pese a la aplicación más común de la teoría de la adecuación, debería acudir al criterio del fin de protección de la norma. Según la teoría de la adecuación se ha de responder por los daños que normalmente se derivan de un comportamiento. Se apoya por tanto en un criterio de previsibilidad objetiva. No obstante, en un ámbito como el de los accidentes de trabajo en que la ley ha establecido con carácter general los deberes de conducta, el juicio de previsibilidad se ha desplazado desde el punto de vista de las partes al punto de vista del legislador. Se ha de responder por todos los daños que el legislador pretendía evitar con la imposición de unos deberes de conducta. Este es el criterio del fin de protección de la norma.
- En la responsabilidad por riesgo, el criterio de imputación objetiva es el riesgo típico de la empresa. Si la obligación de indemnización es la contrapartida de la creación de una fuente de peligro, la responsabilidad se justifica en los casos en que los daños resultan de los riesgos inherentes y característicos de la dinámica productiva. No se responderá por los hechos fortuitos, ni por los riesgos de la esfera personal del trabajador.

3. El elemento de la antijuricidad representa un juicio sobre la adecuación de un acto, en este caso, el comportamiento del causante del daño, al ordenamiento jurídico. Es por tanto un elemento que obviamente sólo corresponde a la responsabilidad por culpa.

4. Presupuesto esencial de la responsabilidad civil es la imputación subjetiva. A partir de este elemento se legitima la atribución al autor de los daños de la carga de indemnizar a la víctima. Los criterios que legitiman esta atribución varían en el modelo de responsabilidad por culpa y por riesgo.

En el modelo subjetivo el criterio es la culpa. La concurrencia de ésta justifica un reproche por parte del ordenamiento, pero no un reproche personal como ocurre en la responsabilidad penal. En la

responsabilidad resarcitoria el rechazo jurídico de la conducta del sujeto se deriva de no haber cumplido un patrón de conducta. Este es la conducta que en el círculo del tráfico jurídico concreto cabía esperar, según las circunstancias del caso, con independencia de las posibilidades personales del autor de los daños para llevarla a cabo. En este sentido, el agente del daño asume su desconocimiento o imposibilidad de cumplir la conducta de su grupo profesional.

La actividad preventiva de los riesgos laborales es impuesta por referencia al modelo de profesional especializado en su grado máximo. Pero en la medida en que los deberes de seguridad y salud no son personales, el empresario sin aquellos conocimientos técnicos se podrá comportar de forma diligente. Esto será así siempre que, como haría ese hombre medio, delegue estas funciones en las personas o servicios capacitados para su desarrollo satisfactorio, en principio, en los servicios de prevención.

La imputación subjetiva en la responsabilidad por riesgo resulta de los siguientes criterios: a) el beneficio que la actividad peligrosa reporta al sujeto imputado; b) el control o dominio del riesgo; c) la posibilidad de aseguramiento de los daños.

a) Según el criterio del beneficio de la actividad productiva, el riesgo de daños se debe imputar a aquél sujeto que se beneficia de la actividad peligrosa; por lo tanto, en materia de seguridad y salud, será el titular de la actividad productiva, esto es, el empresario. Esta noción de beneficio por la actividad productiva va estrictamente unida a la noción de creación de un riesgo. El riesgo debe ser el resultado de la instauración de una fuente especial de peligro más o menos continua o duradera en el tiempo. Aunque éste peligro adquiera cierta autonomía en su desarrollo frente al sujeto que lo implantó en su beneficio, se considera que quien crea una fuente de peligro debe cargar con los inconvenientes que de ésta se derivan

b) Según el criterio del control o dominio de la fuente de riesgo, el daño debe ser imputado a aquél que domina la fuente de peligro. No obstante se debe matizar esta afirmación, ya que, por hipótesis, el resarcimiento de los daños producidos por riesgos susceptibles de ser controlados y, por lo tanto, prevenidos, ha de encauzarse a través del sistema de la responsabilidad por culpa, y no de la responsabilidad por riesgo. El control del empresario no es el de dominio y seguimiento cercano de su dinámica y desarrollo, alude al control abstracto del conjunto del proceso productivo en su globalidad. Sin embargo esta interpretación difumina notablemente los límites existentes entre este criterio y el argumento anteriormente analizado de la creación de un riesgo. Así se refleja en la STS 1ª de 11 de junio de 2008, nº de Recurso: 458/2001: “La jurisprudencia más reciente de esta Sala (SSTS de 14 de diciembre de 2005 y 3 de abril de 2006, rec. 2841/1999), para apreciar la existencia de responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo, parte del principio de responsabilidad subjetiva consagrado como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los *artículos 1902 ss. CC* , pero admite supuestos en los que debe acentuarse la imputabilidad objetiva del daño a su causante, como ocurre cuando concurren especiales deberes de diligencia impuestos por la creación de riesgos extraordinarios, o en que debe exigirse la prueba de haber actuado diligentemente al causante del evento dañoso por razones derivadas básicamente, más que de una inversión de la carga probatoria en sentido propio, del principio de facilidad o proximidad probatoria relacionado con la producción de daños desproporcionados o inexplicables o la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo”

c) Un tercer elemento que suele esgrimirse en la imputación subjetiva de la responsabilidad por riesgo es el criterio de la posibilidad de aseguramiento de los daños. Un daño debe ser imputado a aquél que, teóricamente y desde un punto de vista económico, se puede proteger frente a las consecuencias negativas del infortunio.

En definitiva, desde el momento en que el empresario se beneficia, controla y se puede proteger económicamente del "coste de la indemnización" -a través de su traslado a terceros o de su aseguramiento-, el ordenamiento considera adecuado imputar al mismo los daños pertenecientes a la especial fuente de peligro que supone la actividad productiva. Estos factores, deben ser analizados desde una perspectiva global. En caso de que existan daños para un trabajador en su salud, no procede entrar en una precisa valoración del nivel de beneficio que la actividad desarrollada por la víctima en el momento de los acontecimientos reportaba al empresario, o del nivel de control que el empresario ejercía sobre las concretas maniobras del trabajador, o del grado de transmisibilidad o asegurabilidad del daño en el caso concreto. Este beneficio, control y posibilidad de aseguramiento se presuponen del titular de una fuente de peligro.

I.5. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR RIESGO

A pesar de que la seguridad jurídica y el principio de unidad del ordenamiento jurídico aconsejarían la aplicación uniforme de las reglas del Derecho de Daños, que es el lugar donde se inscribe las normas de responsabilidad civil, la práctica demuestra que las coordenadas del enjuiciamiento, y especialmente la mayor o menor apertura al reconocimiento de la responsabilidad por riesgo, va a variar en función del orden jurisdiccional que vaya a conocer de la pretensión resarcitoria de la víctima del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional. Un estudio de la jurisprudencia nos demuestra que la implantación de la responsabilidad por riesgo se manifiesta en mayor medida en las sentencias del orden jurisdiccional civil, cuyos órganos judiciales se declaran con carácter general competentes sobre la materia –sin perjuicio de interesantes intentos de corregir esta situación que posteriormente analizaremos-, y en las demandas basadas en la responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC). En la jurisprudencia del orden social también existen importantes ejemplos de esta responsabilidad por riesgo, no obstante, especialmente a partir de la STS 4ª de 30 de septiembre de 1997 (RJ 6853), ha surgido una corriente jurisprudencial que es contraria a la objetivación de la responsabilidad civil en materia de accidentes de trabajo, principalmente por considerar que la seguridad social viene a representar un sistema de aseguramiento de la responsabilidad civil del empresario. Por otro lado también se ha de conocer el carácter más restrictivo con el que suelen reconocer los órganos del orden penal la responsabilidad civil del empresario, en el que, el rigor con el que ha de exigirse la culpabilidad para imputar la responsabilidad penal acaba indebidamente influyendo la depuración de una responsabilidad civil que debería ser analizada de forma escrupulosamente independiente. Esto da lugar, no solo a anular las posibilidades de reconocimiento de una responsabilidad por riesgo, sino también a dificultar el resarcimiento desde las coordenadas del modelo subjetivo de responsabilidad al elevar la exigencias de culpabilidad para reconocer la responsabilidad. Esta falta de unidad y coherencia en la aplicación de las estructuras de la responsabilidad civil abre las puertas a la estrategia jurídica en la defensa letrada de los intereses de la víctima, en contra muchas veces de la economía jurídica, haciendo atractiva la vía civil frente al planteamiento de la demanda de daños y perjuicios en el orden social o justificando la reserva de la acción de responsabilidad civil para ejercerla fuera del proceso penal cuando se están depurando responsabilidades penales por los mismos hechos.

La admisión de la responsabilidad de corte objetivo no se ha admitido en la jurisprudencia sin embargo de manera expresa en muchas ocasiones, sino a través de la utilización de una serie de técnicas que “adaptan” los esquemas de la responsabilidad civil por culpa, para en definitiva conseguir los resultados de la responsabilidad por riesgo (Cfr. STS 1ª de 26 de junio de 1987 (RJ 9966), STS 1ª de 19 de noviembre de 2008, recurso nº 1669/2002.). Estos expedientes objetivadores son variados y numerosos (“dilatación de la noción de previsibilidad”, “el cumplimiento de la norma no exonera del deber de indemnizar”, “la simple constatación del incumplimiento de la norma justifica el deber de indemnizar”, “la exigencia de un deber de protección exorbitante”, “la configuración del deber de protección frente a los riesgos laborales como deber de resultado”, “la ficción de que todo daño demuestra la infracción de un deber de garantizar la indemnidad del trabajador”, “el agotamiento de la diligencia”, “la remisión de un deber de protección con un alto grado de abstracción y las declaraciones genéricas a la existencia de culpa”, “la valoración casuística de la culpa”, “la culpa social”, “la creación del riesgo laboral absorbe la culpa concurrente del trabajador”, “la exigencia de un riguroso deber in vigilando”, “la relajación en la apreciación de la prueba”, “la prueba prima facie de la causalidad”, “la presunción de causalidad”, “la atribución de procesos causales desconocidos”, “la presunción de culpabilidad, evolucionando ésta desde una presunción judicial a una presunción legal”, “la inversión de la carga de la prueba de la causalidad y de la culpabilidad” (con detalle al respecto B. GUTIÉRREZ-SOLAR, (A) 2004, pp. 241 y ss.).

Una valoración global de los expedientes transformadores de la responsabilidad civil permite diferenciar dos tipos de técnicas: a) aquellas cuya aplicación separa de tal forma la estructura de la responsabilidad civil de su tradicional esquema culpabilístico, que justifica hablar de una superación del mismo y de una implantación de la responsabilidad por riesgo; b) aquellos mecanismos, como la elevación del nivel de diligencia exigible, a través de los que se hace una aplicación muy rigurosa los genuinos presupuestos de la responsabilidad civil. De esta forma, a través del notable aumento de las posibilidades de que su aplicación derive en una condena indemnizatoria al empresario, se consigue el mismo fin que inspira el modelo objetivo de responsabilidad, esto es, la garantía del resarcimiento. En definitiva, se intenta llegar al resultado típico de la responsabilidad de corte objetivo de asegurar la compensación civil de los daños del trabajador en materia de accidentes de trabajo, bien a través de la vía opuesta de una interpretación muy estricta de dichos presupuestos, bien a través de la vía opuesta de desvirtuar los rasgos característicos de la responsabilidad por culpa (¿o es que, por ejemplo, una admisión amplia de la presunción de la culpa o de la causalidad no suponen realmente la asunción de la posibilidad de que estos elementos teóricamente esenciales en la responsabilidad civil, la culpa

o la causalidad, no concurren en el caso concreto? ¿no se está admitiendo su carácter suprimible?. Hay sinceridad en las palabras de la STS de 13 de diciembre de 1990 (RJ 10002) (recogida por la STSJ del País Vasco de 9 de julio de 1996 (AS 2566)), en relación a la presunción de culpa, cuando afirma que ya no se trata de seguir “centrando el problema en la existencia de ésta”.

Si tenemos en cuenta que, en lo que quizás podría considerarse un fenómeno de reacción, se pueden localizar también expedientes que, forzando los esquemas de la responsabilidad civil, intentan buscar el efecto contrario de restringir las posibilidades de imputar al empresario al responsabilidad resarcitoria (“exigencia de un plus de culpabilidad al empresario”, “el cumplimiento de la norma exonera del deber de indemnizar”, “la presunción de culpa del trabajador”, “la presunción del caso fortuito”, “la confusión del dilema entre la responsabilidad civil por culpa o por riesgo con el problema de la articulación del sistema resarcitorio civil y el de seguridad social”, “rigurosidad en la valoración de la actividad probatoria de la causalidad o de la culpabilidad por parte del trabajador”), la situación de inseguridad jurídica es absoluta.

Creemos por tanto que la propuesta que realizamos es al menos razonable: ¿por qué se admite abiertamente los dos modelos de responsabilidad civil, por culpa y por riesgo, diferenciando sus espacios y características, y se acaba así con esta tendencia a solucionar desde los esquemas del modelo subjetivo, desvirtuándolo, problemas que le son ajenos: garantizar el resarcimiento cuando este no es fruto de la materialización de un riesgo ilícito?

II. LA DISYUNTIVA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL EMPRESARIO

II.1. LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS RESPONSABILIDADES

El estudio de la concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual del empresario en supuestos de accidentes de trabajo sólo tiene sentido si se admite que existen dos conjuntos distintos de normas a aplicar, cuyas diferencias repercutirán y podrán ser apreciadas por su destinatario. Por lo tanto el interés de todo este debate viene condicionado por la postura que se mantenga al respecto.

La distancia original entre estos dos regímenes ha ido reduciéndose con el tiempo, hasta llegar a ser en la actualidad cuestionada por numerosas voces doctrinales y jurisprudenciales (A. DEL REAL PÉREZ, p. 291-292; F. JORDANO FRAGA, p.31 y ss; S. CAVANILLAS MÚGICA, I. TAPIA FERNÁNDEZ, p.135, y rotundamente M. YZQUIERDO TOLSADA, 1989, p. 10. Se une así a la discusión tradicional sobre la conveniencia (R. DE ANGEL YAGÚEZ,, p. 26), o, incluso, la verdadera existencia de una intrínseca diferencia entre ambas, el debate acerca de la creciente porosidad de sus fronteras, que se confirma especialmente en la evolución objetivadora sufrida por la responsabilidad civil, la cual tiene su mayor exponente en ámbito del resarcimiento de daños por accidentes (F. JORDANO FRAGA, pp. 31-32, STS de 30 de septiembre de 1997 (RJ 6853)).

En el campo de la seguridad y salud en el trabajo se dan una serie de circunstancias que presentan esta materia como una de las paradigmáticas de esta tendencia a la disolución entre las fronteras entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Desde una perspectiva formal, la frecuente utilización de la técnica de la inversión de la carga de la prueba de la culpa borra la diferencia que a este respecto habría de distanciar ambas vertientes resarcitorias (cfr. P. ARAMENDI SÁNCHEZ, p. 96; STSJ de La Rioja de 18 de mayo de 2000 (AS 2330)). Desde una perspectiva material, el origen legal del deber contractual de seguridad y salud en el trabajo impide aplicar en este ámbito el art. 1107 del CC, igualándose el alcance del deber de indemnizar derivado de la aplicación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Asimismo, en relación a la prescripción de las acciones contractual y extracontractual de reclamación de daños y perjuicios -eje de la articulación entre la vertiente procesal y material de esta problemática-, existe una coincidencia, por un lado, en el plazo de prescripción de las mismas, que será de un año en ambos casos (art. 59 ET y art. 1968.2 CC respectivamente), y, por otro, en el *dies a quo* de su cómputo, debido a la interpretación jurisprudencial correctora que ha tenido lugar sobre este aspecto.

No obstante, a pesar de estas consideraciones, la práctica de nuestros tribunales mantiene por regla general esta distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, al menos de manera formal (en contra la STSJ de Galicia de 7 de mayo de 1997 (AS 1329)), lo que, por otro lado, cobra especial importancia al determinar el orden jurisdiccional que ha de conocer el asunto.

Si son dos los regímenes civiles de resarcimiento susceptibles de canalizar la compensación de los daños del trabajador y, como consecuencia inmediata del principio de interdicción del enriquecimiento injusto, una sola la compensación a recibir por unos mismos perjuicios, es imprescindible resolver la cuestión de qué sistema resarcitorio ha de ser aplicado al caso.

En primer paso para resolver esta problemática será confirmar que los ámbitos de aplicación de estos dos regímenes de responsabilidad civil abarcan el supuesto de la responsabilidad civil de empresario en materia de accidentes de trabajo:

1) El ámbito objetivo de aplicación de la responsabilidad contractual incluye el incumplimiento de la generalidad de deberes contractuales, al margen de su carácter principal o accesorio, o de que su origen se encuentre en la ley o en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes (cfr. M. YZQUIERDO TOLSADA, 1991, pp. 475 y ss.). Pero es que, aunque en virtud de una aplicación restrictiva de la exigencia de que el “daño acontezca dentro de la órbita rigurosa del contrato” (cfr. A.CARRASCO PERERA, 1989, p. 416 y ss), se defendiese la restricción del conjunto de los daños indemnizables a través de la responsabilidad contractual a los producidos por el incumplimiento de deberes conectados con las obligaciones principales del contrato (J.J. BLANCO GÓMEZ, p. 91), también se debería reconocer la responsabilidad contractual empresarial en materia de accidentes de trabajo. El cumplimiento de los deberes de prevención de riesgos laborales condicionan la licitud de la prestación personalísima de hacer del trabajador, ya que su desarrollo en condiciones de inseguridad e insalubridad vulnera, entre otras exigencias jurídicas, el respeto a los derechos fundamentales del trabajador recogidos en el art. 15 CE. En consecuencia la conexión de los deberes de prevención de riesgos laborales con el contenido obligacional básico del contrato de trabajo es indiscutible.

Por lo tanto, no se podría extender a esta materia la crítica que se ha realizado (A. GARCÍA VALDECASAS, pp. 839-840) al fenómeno de ampliación del ámbito aplicación de la responsabilidad contractual, en detrimento de la extracontractual, mediante la aplicación de la primera al resarcimiento de aquellos daños que se producen con “ocasión del contrato”, pero que son consecuencia de la infracción del deber general de no dañar a otro injustamente, y no del incumplimiento de una obligación contractual. Los deberes de prevención de riesgos laborales son contenido del contrato de trabajo, y además integran el mismo con carácter esencial.

Dentro de este debate doctrinal acerca de la delimitación del ámbito objetivo de aplicación de la responsabilidad contractual, y por contraposición a las tendencias restrictivas que acabamos de analizar, se debe destacar también aquella posición flexible que llega a afirmar que el sistema de responsabilidad contractual nace del incumplimiento de toda obligación existente entre las partes de una relación jurídica. La existencia de ésta última y no la existencia de un contrato es el elemento que da entrada a la aplicación de las previsiones de esta vía de resarcimiento de los daños (F. PANTALEÓN, D, págs. 1876-1878). Cuando preexista a la producción del daño resarcible un deber jurídico entre dos sujetos será la responsabilidad contractual la aplicable al caso (F. JORDANO FRAGA, pp. 28 y ss; M. YZQUIERDO TOLSADA, 1993, pp. 90 y ss.). Por lo tanto se amplía el número de supuestos en los que se puede plantear un problema de concurrencia con la responsabilidad extracontractual, ya que también se produce en aquellos ámbitos en los que la norma jurídica o la jurisprudencia ha ido consolidando deberes de conducta en círculos determinados del tráfico jurídico, es decir, deberes que no rigen de forma general frente a todo sujeto, sino que restringen el círculo de destinatarios a aquellos vinculados por relaciones que tengan lugar en determinados campos de la realidad social, como es el caso de la problemática de la responsabilidad por productos, la responsabilidad médica..., y en concreto, la responsabilidad por accidentes en el medio ambiente de trabajo.

Un revisión de los pronunciamientos judiciales existentes en materia de accidentes de trabajo muestra la existencia de un sector de la misma en el que se excluye la responsabilidad contractual del empresario en este ámbito, por considerarse que “la responsabilidad contractual en materia de accidentes de trabajo está delimitada en nuestro Ordenamiento por la normativa aplicable, reduciéndola a las prestaciones y recargos por falta de medidas (sic.) de seguridad” (STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 1994 (AS 4376), entre otras muchas también del TS -STS 1ª de 8 de octubre de 2001 (RJ 7551)-). A este respecto la STSJ de Extremadura de 14 de octubre de 1996 (AS 3035) concreta que estas vías resarcitorias laborales son “una pensión vitalicia; pensión que se incrementa en el supuesto de omisión de medidas de seguridad a que hace referencia el artículo 123 de dicho Texto; y que finalmente pueden ser elevados en casos (...) de otorgamiento de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social –artículo 39-”. Incluso en algunos supuestos extremos se considera que las vías resarcitorias en el ámbito laboral se limitan al recargo de prestaciones económicas por incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales. Este es el

caso, entre otras muchas (STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 1994 (AS 4838), STS de 2 de enero de 1991 (RJ 102); STS 1ª de 4 de junio de 1993 (RJ 4479); STSJ de Galicia de 1 de junio de 1993 (AS 2919); STSJ de Galicia de 27 de enero de 1994 (AS 223); STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 1994 (AS 3604); STSJ de Cataluña de 8 de enero de 1998 (AS 463); la STSJ de Cataluña de 23 de enero de 1998 (AS 560)); STSJ de Andalucía, Granada, de 8 de octubre de 1999 (AS 4768)) de la STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 1995 (AS 3187), en la que se considera que la responsabilidad contractual tiene únicamente “su adecuado cauce en los correspondientes recargos de prestaciones por infracción de medidas de seguridad”. Se mantiene por lo tanto una interpretación notablemente restrictiva de la noción de responsabilidad contractual del empresario en esta materia, que en realidad viene a excluir la aplicación del los art. 1101 y ss. CC en este ámbito. La responsabilidad contractual civil o de derecho común se identifica con las vías de resarcimiento específicamente laborales, las prestaciones del sistema de seguridad social y el recargo de prestaciones económicas. Esto sólo puede responder a una interpretación el sistema de protección de la seguridad social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como un seguro de responsabilidad civil, que como expondremos en otro lugar es muy discutible.

Esta confusión tiene, entre otros aspectos criticables, un efecto práctico negativo muy importante. Se ignora el hecho de que la responsabilidad contractual del art. 1101 y ss. CC se apoya en el principio de “restitutio in integrum”, de forma que su asimilación a aquellas vías compensatorias laborales, que son limitadas, provoca una merma injustificada en el derecho al resarcimiento de los daños del trabajador que reconoce el derecho común de los contratos, y, una distorsión del sistema civil de responsabilidades indemnizatorias, al cerrar la vía de la contractual y obligando al trabajador a acudir a la extracontractual necesariamente.

Por último cabe mencionar otra postura jurisprudencial que resulta de la combinación de la restricción de la responsabilidad contractual al recargo de prestaciones económicas de la seguridad social que acabamos de analizar con el criterio de incompatibilidad de las pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual, que se estudiaba en el epígrafe anterior. Este es el caso de la STSJ de Madrid, de 23 de mayo de 1994 (AS 2006) en la que se excluye la responsabilidad extracontractual del empresario por no constar que el accidentado “haya tramitado el expediente de declaración de responsabilidad empresarial por referido recargo legal del art. 93, no pudiendo ampararse la acción ejercitada en el art. 1902 del Código Civil, cuando existe un trámite específico dentro del ámbito laboral para solicitar la indemnización por los daños y perjuicios provenientes del siniestro laboral”. Encontramos por tanto en esta interpretación jurisprudencial la postura más restrictiva en relación a las posibilidades de resarcimiento de los daños en casos de accidentes de trabajo.

2) El sistema de responsabilidad extracontractual subjetiva, a pesar de dirigirse al resarcimiento de daños entre terceros, gira en torno a la desviación del comportamiento del autor de los daños respecto de la conducta modelo de actuación querido por el ordenamiento en las circunstancias del caso. También en la responsabilidad civil extracontractual existe la idea de un deber de comportamiento. Como dice la STS de 24 de marzo de 1995 (RJ 2403) "el empresario está obligado a procurar a sus trabajadores la debida seguridad en el trabajo, que es hoy afortunadamente parte del acervo cultural de nuestra civilización occidental hasta el punto de que es realmente un principio general del derecho y una concreción acusadísima del "neminem laedere", base del artículo 1902 CC". Por otro lado la responsabilidad extracontractual objetiva se fundamenta en la imputación de la realización de los riesgos de una fuente de peligro a su creador, al que la controla o al que se beneficia de la misma.

Pero en todo caso, para la responsabilidad extracontractual, el dato de que la ocasión en la que se han producido los daños haya sido propiciada por la existencia de un contrato es indiferente. No es presupuesto de esta última que no exista relación contractual entre las partes; si así fuese, no existiría el problema de concurrencia que aquí se analiza, no sería posible que los ámbitos de aplicación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual se solapasen en una determinada materia (en contra F.J. CALVO GALLEGO, pp. 37-38; M. LUQUE PARRA, pp. 88-89)

II.2. LA DISCUTIDA CONCURRENCIA DE ACCIONES

El resarcimiento de los daños del trabajador en materia de accidentes de trabajo se encuentra, como se ha dicho, dentro del ámbito objetivo de aplicación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Esta cuestión ha sido interpretada hasta ahora como un problemático supuesto de doble calificación, contractual y extracontractual, de un daño, que ha recibido fuertes críticas. Sin embargo, en nuestra opinión se debe realizar una conveniente revisión de esta perspectiva de análisis, lo que nos lleva a la

clarificadora conclusión de que realmente lo que se está produciendo en esta materia es un doble daño jurídico a resarcir por dos diferentes vías que, con carácter específico, ofrece el ordenamiento: 1-. la infracción del deber contractual de protección frente a los riesgos laborales supone la vulneración del correlativo derecho de crédito del trabajador a su seguridad y salud en el trabajo; 2-. el incumplimiento del deber general del *alterum non laedere* supone la vulneración del derecho de la personalidad del trabajador a la vida e integridad física. A diferencia de lo que ocurre en el caso de transgresión de un derecho subjetivo de crédito -por disfrutar éste de un carácter relativo-, la lesión de un derecho de la personalidad, al tener un carácter absoluto, debe ser indemnizada a través del sistema que el ordenamiento prevé para el resarcimiento de los daños entre terceros.

De esta forma, ante los daños personales del trabajador en materia de accidentes de trabajo, sigue existiendo la posibilidad de aplicar un doble régimen jurídico al comportamiento lesivo del empresario. Esta distinción entre los diferentes daños que simultáneamente provoca dicha conducta en diferentes derechos subjetivos del trabajador restituye la coherencia interna del sistema, que se veía alterada por el hecho de que a un mismo supuesto de hecho le fuesen aplicables dos normas distintas, con el resultado de alcanzar diferentes consecuencias jurídicas. Desde este planteamiento, no existe obstáculo jurídico a que, en su reclamación de resarcimiento de daños, el trabajador pueda elegir entre un enfoque jurídico y otro, aunque, eso sí, al tratarse de dos derechos subjetivos dirigidos a proteger unos intereses que recaen sobre unos mismos bienes jurídicos (la vida e integridad física y psíquica), la vía resarcitoria contractual y extracontractual se encuentren en una relación de exclusión y no de acumulación, como exige la interdicción del enriquecimiento injusto.

La interpretación que rechazamos de la doble condición contractual y extracontractual del daño indemnizable, no sólo no soluciona sino que agudiza el problema de la determinación de la vía procedente, contractual o extracontractual, para el resarcimiento. Varias son las posturas que la doctrina ha mantenido respecto (cfr. L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, pp.596-597; y A. DEL REAL PÉREZ, p.292-293; F. PANTALEÓN (B), pp. 1263 y ss.):

1) Considerar que la responsabilidad contractual cierra la vía de la extracontractual, siendo ésta la única aplicable cuando el hecho causante del daño suponga una infracción contractual. La responsabilidad civil contractual y la extracontractual representarían para estos autores dos pretensiones resarcitorias diferentes y excluyentes, con prioridad de la primera respecto de la segunda, en base al principio de especialidad de la norma o de la teoría de la absorción del contrato. Esta es la teoría de la incompatibilidad de pretensiones o de preferencia de la responsabilidad contractual.

2) Considerar que existe la posibilidad de opción por parte del perjudicado entre una u otra vía de resarcimiento; son dos posibles vías de resarcimiento alternativas. La responsabilidad civil contractual y la extracontractual suponen dos pretensiones resarcitorias diferentes y compatibles aunque han de ser ejercidas subsidiariamente. Esta es la teoría de la libertad o posibilidad de opción, que ha tenido una importante aceptación en la jurisprudencia.

3) Considerar, a diferencia de las dos posiciones anteriores, que existe una única pretensión resarcitoria por un hecho dañoso y que es el juez quién ha de decidir, en virtud del principio *iura novit curia*, la norma a aplicar. Al demandante no le corresponde realizar la calificación jurídica y si la realiza es indiferente, por lo que no tendría consecuencia en relación al principio de congruencia de la sentencia. Esta es la teoría del concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión resarcitoria, conectada con la teoría sustancialista de la pretensión, aunque en definitiva la elección del régimen aplicable por parte del juez habrá de basarse en una de las dos posturas anteriores.

4) Una última propuesta de solución del problema de concurrencia de responsabilidades sería la de abandonar la disyuntiva responsabilidad civil contractual o extracontractual, para desgranar cada régimen en sus diferentes elementos y analizar aquellos que sean diferentes en el sistema de la responsabilidad contractual y extracontractual buscando su *ratio* normativa y así aplicar el elemento de uno u otro régimen que mejor se ajuste a las exigencias de cada caso.

Desde nuestra posición, la defensa de la vulneración simultánea de dos derechos subjetivos, uno contractual de crédito y otro personal, entre los cuales no cabe afirmar preferencia alguna, justifica la posibilidad de que su titular elija libremente la vía de resarcimiento que estime procedente. Cada vía resarcitoria, la contractual y la extracontractual, se dirige a compensar la lesión de unos derechos diferentes. No obstante como ambos derechos subjetivos recaen sobre unos mismos bienes jurídicos -la vida e integridad física y psíquica-, a satisfacer por una misma conducta -contenido de un deber

contractual empresarial y simultáneamente una concreción del principio del *alterum non laedere*-, esto impide su resarcimiento acumulativo e implica, en un terreno procesal, la necesidad de aducir en la demanda todos los títulos jurídicos en los que se pueda fundamentar la solicitud de tutela por efecto de la preclusión del art. 400.1 párr. 1º LEC, que se estudia posteriormente.

II.3. LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES DESTACADOS SOBRE LA MATERIA

La reciente sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008, recurso nº 2374/2000, aunque con la intención primordial declarada de poner fin a la falta de seguridad jurídica existente en cuanto a la determinación de la jurisdicción competente para conocer de los conflictos sobre indemnización de daños por accidentes de trabajo, ha hecho importantes pronunciamientos sobre la concurrencia de responsabilidades, contractual y extracontractual, en esta materia. Por ello a continuación vamos a analizar con detalle este pronunciamiento, muy restrictivo con el papel de la responsabilidad extracontractual en esta materia, aunque desde un inicio debemos destacar cómo los primeros indicios no son de éxito en sus pretensiones de solucionar la cuestión, puesto que jurisprudencia posterior de la misma Sala sigue admitiendo la responsabilidad extracontractual en esta materia, solución que por otro parte, es la que defendemos en este estudio.

La STS 1ª de 15 de enero de 2008 no sólo mantiene que existe una responsabilidad contractual del empresario por accidentes de trabajo, sino que —sin afirmarlo expresamente, pero sin dejar lugar a duda en su argumentación— establece que ésta es la única que existe. Descarta por lo tanto la posibilidad de que los trabajadores lesionados por un accidente de trabajo fundamenten su reclamación de daños y perjuicios frente a su empresario en los esquemas de la responsabilidad civil extracontractual. No obstante no se extiende la sentencia en fundamentar esta última decisión de gran trascendencia de excluir la responsabilidad extracontractual. Como decíamos, la argumentación de la sentencia se centra en defender la existencia de una responsabilidad contractual y con ello defender la competencia del orden jurisdiccional social como regla general. Esto es positivo. Lo que se echa de menos es que, si lo que se va a negar es la existencia de una responsabilidad extracontractual, se justifique igualmente porque ésta no ha de existir. Si hacemos esta afirmación es porque, como hemos expuesto en los epígrafes anteriores, no se puede dar por sobreentendido que si existe una responsabilidad contractual no vaya a existir una paralela extracontractual.

Para defender la naturaleza contractual de la responsabilidad civil por accidentes de trabajo se centra la STS 1ª de 15 de enero de 2008 en descartar un criterio que en ocasiones, no siempre como explicábamos anteriormente, ha sido utilizado para negar la responsabilidad contractual por accidentes de trabajo, el criterio de la «rigurosa órbita de lo pactado». No obstante, en esta labor positiva de rechazar esta interpretación, no sólo intenta defender lo que este criterio así interpretado niega, la existencia de una responsabilidad contractual, sino que avanza hasta una defensa a ultranza de esta responsabilidad hasta defender su exclusividad. En esta crítica a los que pretenden afirmar que sólo existirá responsabilidad contractual cuando se incumplan deberes pertenecientes a la «rigurosa órbita de lo pactado» se sitúa en una postura diametralmente opuesta. En un giro de argumentación de 180 grados parece defender que el criterio para poder afirmar la competencia del orden civil es que se enjuicie «una conducta ajena totalmente al contrato de trabajo». Para «que sea competente la jurisdicción civil, el daño ha de deberse a normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral, puesto que, cuando exista un incumplimiento de dicha relación, deberá declararse la competencia de la jurisdicción social» (FJ 5º). Comprobamos entonces cómo la sentencia, en su defensa de la competencia general del orden social para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios por accidentes de trabajo del trabajador a su empresario, opta por la línea de unir la cuestión formal del orden jurisdiccional competente con la material de cuál sea la naturaleza de la responsabilidad discutida. La sentencia considera que el orden competente para conocer de la responsabilidad contractual es el orden social y que el orden competente para conocer de la responsabilidad extracontractual es el civil. Estas premisas le exigen, si pretende defender la competencia del orden social para conocer de las reclamaciones del trabajador a su empresario del orden social, negar la responsabilidad extracontractual.

Esta negación indirecta de la responsabilidad civil extracontractual del empresario por accidentes de trabajo puede provenir de dos planteamientos: a) no se dan los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, por lo tanto la única responsabilidad es la contractual; b) se dan los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual y contractual, pero se considera que esta última tiene prioridad

sobre la primera, tomándose así partido, aunque no se explique, en un tradicional debate del Derecho de Daños sobre las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad cuando estas concurren.

a) Parece extraño que sea el primer planteamiento el que haya informado la sentencia, ya que silencia los argumentos para dar un giro tan radical en lo que ha venido siendo la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS. Si esta Sala ha venido admitiendo la responsabilidad extracontractual en la materia, como la propia sentencia relata, es porque no se ha dudado de que en estos casos se dan los presupuestos para poder exigir una responsabilidad extracontractual. Como decíamos anteriormente la responsabilidad extracontractual no tiene entre sus presupuestos ni la inexistencia de un contrato, ni la falta de concreción normativa del comportamiento debido en las circunstancias del caso. En todo caso creemos además que, si alguna duda se debía plantear en el caso de los daños derivados de incumplimiento de deberes de origen legal, no es el de la imposibilidad de admitir la responsabilidad extracontractual, sino, en todo caso, el de la responsabilidad contractual. Si decimos esto, no es porque se comparta en su totalidad la tesis utilizada en ocasiones por la jurisprudencia para negar la responsabilidad contractual de la falta de pertenencia de estos deberes a la «rigurosa órbita de lo pactado». Pero lo que es cierto es que, si esta tesis tiene un eje difícil de rebatir, no es el que decide la sentencia cuestionar con la siguiente argumentación: «La obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual al establecerlo la ley de Prevención de riesgos laborales en el art. 14» (FJ 5.º). Esta afirmación es evidente e indiscutible para el que ha estudiado la idiosincrasia del contrato de trabajo. El razonamiento de mayor calado, de más difícil refutación, y por lo tanto sobre el que creemos que se debería haber centrado la sentencia, es el siguiente: el sistema de responsabilidad contractual se regula en los arts. 1101 y ss. CC y alguno de estos preceptos, en concreto el art. 1107 CC, si necesidad de que sea interpretado de manera excesivamente estricta, encuentra dificultades para compatibilizarse con deberes de origen legal. Según este artículo el responsable civil deberá responder de los «daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación». Este régimen encuentra su explicación en el razonamiento del cálculo de costes-beneficios que realizan las partes a la hora de vincularse contractualmente, en una lógica propia del origen de los derechos y deberes contractuales en la voluntad de las partes. No estamos diciendo con esto que este precepto sea un escollo insalvable para defender la responsabilidad contractual de los deberes contractuales de origen legal. Solo queremos subrayar que si hay algún argumento con base legal que dificulte la admisión una de las dos responsabilidades, la contractual y la extracontractual en materia de daños derivados de incumplimiento de deberes de prevención de riesgos laborales, ésta sería la contractual y no la extracontractual.

b) Como decíamos anteriormente, podría interpretarse que la exclusión indirecta que realiza la STS 1.^a 15 de enero de 2008 de la responsabilidad extracontractual del empresario por accidentes de trabajo pudiera responder a una toma partido en un debate importantísimo: la relación entre unas concurrentes responsabilidades contractual y extracontractual, cuyos procedencia inicial no es discutida. Frente a los argumentos de la teoría de la opción de pretensiones, que de forma esencial han sido expuestos anteriormente, se estaría así tácitamente optando por la teoría de la incompatibilidad de pretensiones o de preferencia de la responsabilidad contractual.

Sea la postura que sea la que haya adoptado como premisa la sentencia, el hecho es que, aunque haya querido limitar la argumentación a la cuestión de delimitación de los órdenes jurisdiccionales competentes en estos casos, inevitablemente ha tomado la opción de derecho material de gran calado de negar la responsabilidad extracontractual. Ello, por un lado, puede encontrar en nuestra opinión las críticas expuestas y, en todo caso, aunque no se compartan, creemos que al menos sí hay un aspecto insoslayable: la decisión de negar la vía de la responsabilidad extracontractual no puede afectar únicamente a las reclamaciones de daños y perjuicios por accidentes de trabajo. No existe razón jurídica para que se de un tratamiento diferenciado en este aspecto del Derecho de daños a las víctimas en función de cuál sea la naturaleza de su relación contractual con el agente de los daños. Si la teoría dominante en la jurisprudencia es la teoría de la opción, la naturaleza laboral del accidente –con las consecuencias que esto tiene de poner en marcha otros mecanismos protectores de la víctima– no es un argumento creemos que suficiente para abrir esta brecha en el Derecho de daños. El hecho de que el trabajador tenga otras vías de compensación de ciertos daños —la falta de ingresos salariales durante la baja por la prestación de seguridad social o una cantidad desconectada de la entidad de los daños sufridos, como es el recargo de prestaciones— no significa que las normas independientes sobre responsabilidad civil tengan que serles aplicadas de manera diferente en un aspecto desconectado con el cálculo del montante indemnizatorio. No se puede admitir un tratamiento diferenciado a los trabajadores, negándoles solo a ellos la vía de la responsabilidad extracontractual cuando reclamen la indemnización de daños y perjuicios a su empresario, por el hecho de que, a través de aplicar exclusivamente en esta materia la teoría de la

incompatibilidad de acciones, se pretenda solucionar un tema diferente, que es el de la delimitación de órdenes jurisdiccionales. Creemos que ello plantearía importantes fricciones con el principio de igualdad.

II.4. LAS CONSECUENCIAS DE LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES EN EL TERRENO PROCESAL

II.4.1. LA ACUMULACIÓN EVENTUAL DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Según el artículo 27.1 LPL “el actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos”. Además de las excepciones que a esta regla general imponen el apartado 2 y 3 del art. 27 LPL en relación a la prohibición de acumulación de ciertos procesos laborales especiales, se debe unir un límite general a este principio: “El actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí” (art. 71.2 LEC).

En el supuesto problemático que nos ocupa –que, recuérdese, existe únicamente si aceptamos, como ha venido hasta ahora admitiendo mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia, que la existencia de un vínculo contractual entre accidentado y presunto responsable no excluye la responsabilidad civil extracontractual- se produciría esa incompatibilidad de acciones. El reconocimiento de la indemnización por vía de la responsabilidad contractual excluiría su reconocimiento en virtud de la responsabilidad extracontractual y viceversa.

No obstante, la propia LEC, después de haber establecido tal exclusión, da una solución a estas encrucijadas: la acumulación eventual. “Sin embargo, de lo establecido en el apartado anterior, el actor podrá acumular eventualmente acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada” (art. 71.4 LEC). Estas exigencias del art. 71.4 LEC de que el actor exprese la acción principal y la subsidiaria, tiene importantes consecuencias en la materia que nos ocupa. Esta manifestación expresa del actor revela la opción de éste en relación con la fundamentación jurídica de su pretensión y tiene importantes efectos de cara a la aplicación de la preclusión –aspecto sobre el que posteriormente nos extenderemos- y sobre prohibición de *mutatio libeli* y sobre las exigencias de congruencia de la sentencia.

II.4.2. LA PRECLUSIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL NO EJERCITADA

El art. 400.1.1 LEC establece que cuando lo que se “pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”. Se trata de una regla que exige acumular en un mismo proceso todas las causas de pedir que permitan fundamentar un único fin (Vid al respecto E. VALLINES GARCÍA). Este es precisamente el supuesto de la concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

El campo de aplicación de la preclusión depende directamente de la posición que se adopte respecto de la delimitación de la causa de pedir. La doctrina está dividida a este respecto. Desde la interpretación sustancialista, la causa de pedir se integra únicamente por lo hechos, por ello la trascendencia de este precepto se reduce. El juez, en una interpretación amplia del principio *iura novit curia*, aportará la calificación jurídica de los hechos y podrá variar la realizada por las partes. Desde una interpretación individualista, la causa de pedir se compone de los hechos y de su calificación jurídica, siendo por tanto la concreción de ambos carga exclusiva del demandante, que limita así el espacio de enjuiciamiento del juez o tribunal, sin perjuicio de que éste pueda modificar los concretos preceptos aplicables al caso de ser no correctos los escogidos por las partes (*da mihi factum, dabo tibi ius*). En el terreno civil los argumentos a favor de la teoría de la sustanciación tienen mayor fuerza que en el terreno laboral, puesto que en este último la defensa letrada no es obligatoria en instancia. Por ello el protagonismo del juez en la dirección jurídica del proceso se refuerza.

En todo caso, de lo que se trata es de mantener la coherencia según las premisas de las que se parta. Si se considera que la *causae petendi* viene delimitada por el fundamento contractual o extracontractual que fundamenta la reclamación de daños y perjuicios, las partes, para evitar el efecto preclusivo del art. 400.1

LEC deberán acumular eventualmente sus acciones. Si se considera que la *causae petendi* se define únicamente por los hechos la necesidad de acumulación se relativiza.

El derecho a la indemnización de los daños y perjuicios se analizará en un único proceso. La improcedencia de un segundo será fundamentada en la preclusión y, en general, por la falta de interés de accionar, cuando ya exista condena a indemnizar los daños y perjuicios. Cuando esta haya sido denegada en el primer proceso por la institución de la preclusión.

III. LA DISYUNTIVA ENTRE EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL Y EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

En nuestro sistema de relaciones laborales son varios los órdenes jurisdiccionales que han conocido de pretensiones de resarcimiento derivadas de accidentes de trabajo: el penal, el civil y el social. Los órganos judiciales del orden penal conocen de la responsabilidad civil derivada del delito prevista en el art. 116 CP. Ello no plantea discusión relevante, sin perjuicio de que sean cuestionables ciertas particularidades que se encuentran con frecuencia en la doctrina judicial de los pronunciamientos procedentes de este orden, fruto de la indebida influencia de la depuración paralela de responsabilidades públicas penales. Se extrapolan así concepciones propias de responsabilidades públicas de corte punitivo a una responsabilidad privada de corte resarcitorio, como es la responsabilidad civil.

No obstante, el verdadero foco de las inseguridades mencionadas se encuentra en una tradicional y generalizada tendencia de los órganos judiciales del orden social y del orden civil a declararse competentes para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios, cuando las partes habían planteado ante uno u otro sus pretensiones, práctica ésta que ha alcanzado al propio Tribunal Supremo. Ineficaces han sido en este sentido los pronunciamientos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, que habían afirmado reiteradamente la competencia del orden social para conocer de estas causas, como nos relata la sentencia comentada (FJ 4.º). Incluso algún pronunciamiento judicial llegó a desafiar expresamente este intento de clarificar la situación, destacando que las decisiones de dicha Sala de Conflictos carecen de «entidad para la creación de doctrina jurisprudencial» (STS 1.ª 13 Jul. 1999, rec. 3619/1994).

A la hora de deslindar la competencia de cada orden jurisdiccional se pueden distinguir tres tipos de líneas argumentales: a) aquella que sirve para fundamentar que toda reclamación de daños y perjuicios entre trabajadores y empresarios debe ser conocida por el orden civil, por ejemplo el criterio de la *vis* atractiva del orden civil en materias en las que, por estar implicadas normas civiles es discutible el orden jurisdiccional competente; b) aquella que apoyan el monopolio del orden social para conocer de este tipo de asuntos, por ejemplo una interpretación amplia de la noción «rama social del Derecho» o de qué son «conflictos derivados del contrato de trabajo», según establece la LPL para defender la competencia del orden social; c) aquella que se apoya en un criterio cuyos resultados no son unívocos, ya que, al concretarse puede llevar a resultados diversos, es decir, a admitir en unos casos la competencia del orden social y en otros del orden civil, como ocurre con el criterio de la naturaleza jurídica de la norma que está en el origen del conflicto; d) aquella que asume la dualidad de jurisdicciones al ligar la competencia del orden jurisdiccional a la naturaleza de la responsabilidad –no de la norma como en supuesto anterior–, siendo así que la responsabilidad extracontractual se considera competencia del orden civil mientras que la contractual del social, en cuanto que ésta es la competente para conocer los conflictos derivados del contrato de trabajo (Un análisis detenido y crítico sobre los razonamientos concretos sobre las que construyen estas líneas interpretativas en B. GUTIÉRREZ-SOLAR, (A) 2004, pp. 81 y ss.)

En nuestra opinión la posición más adecuada es aquella que, a partir de una interpretación amplia de los criterios de delimitación de la competencia del orden social de los arts. 1.1 y 2 a) LPL y 9.5 LOPJ, reconoce la competencia del orden social ante reclamaciones tanto de responsabilidad contractual como extracontractual. Este es el caso, entre otras, de la STS de 15 de noviembre de 1990 (RJ 8575) o la STS de 3 de mayo de 1995 (RJ 3470), dictadas en recursos de casación para unificación de doctrina, en las que se afirma que con independencia de que se esté ante reclamaciones de responsabilidad extracontractual en virtud del art. 1902 CC, en el supuesto de “un accidente de trabajo sufrido por el trabajador en ejecución del contrato de trabajo (...) es indudable que estamos ante un conflicto individual dimanante de aquél, surgido como consecuencia de las relaciones de trabajo y por lo tanto por imperativo del art. 1.1 L.P.L. competencia de este orden jurisdiccional social” Este es el planteamiento al que nos adherimos, por su coherencia dogmática y por las ventajas que en la práctica conlleva el conocimiento por un mismo orden jurisdiccional de pretensiones tan conectadas como las de responsabilidad civil contractual y extracontractual en una misma materia, además de las correspondientes a otras vías de resarcimiento como son las que se derivan del sistema de Seguridad Social. Incluso una interpretación amplia de los

términos de la LPL “como consecuencia del contrato de trabajo” y la “rama social del Derecho” podrían justificar la competencia del orden social en supuesto en los que el trabajador pide el resarcimiento de un empresario al que no se ve unido por un contrato de trabajo pero cuyos daños han sido sufridos con ocasión del desempeño de la actividad laboral

Consciente los mismos tribunales de la inseguridad jurídica que provoca esta indeterminación de los criterios sobre el orden jurisdiccional competente, han surgido pronunciamientos judiciales con la ambición de poner fin a este problema. En este sentido destaca la STS 1ª de 15 de enero de 2008, nº de recurso. 3619/1994 (Sobre la misma de manera extensa B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, 2008). Para ello esta sentencia establece intenta establecer un principio general, el orden competente será el social para las reclamaciones dirigidas por el trabajador por accidentes de trabajo debidos a incumplimientos de las normas de prevención de riesgos laborales. No obstante, a continuación la sentencia se ve obligada a admitir una excepción: cuando se demande junto con el empresario a otros sujetos como posibles agentes del daño, con los que el trabajador no se encontraba vinculado contractualmente, el orden para conocer de todas las responsabilidades, incluida la del empresario, será el civil. En un contexto productivo como el actual, donde la externalización productiva es la regla dominante (vid. M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, 2008; F. PÉREZ DE LOS COBOS, 2008), nos atrevemos a afirmar que esta relación teórica de principio general y excepción, se verá invertida en la práctica de nuestros tribunales, siendo lo común la competencia del orden civil, porque en el proceso causal de los daños se verán implicados sujetos no unidos al trabajador mediante un contrato de trabajo. Por lo tanto, la sentencia no va a poder cumplir los objetivos loables que se ha marcado de solucionar el problema de dualidad de jurisdicciones competentes y, ello creemos, por no acoger un criterio que permita reunir en un mismo orden jurisdiccional las acciones tanto de responsabilidad contractual o extracontractual, inevitables en casos de pluralidad de agentes causales del daños, y recomendable incluso -a nuestro entender- en el caso de que el demandado solo lo sea el empresario directo del trabajador, por exigencias de coherencia del Derecho de daños en el que como regla general se admite la teoría de la concurrencia de acciones, y por tanto creemos que no se debe negar esta posibilidad únicamente en materia de accidentes de trabajo.

Por otro lado, junto con este argumento práctico que relativiza la importancia real que vaya a tener esta sentencia, se encuentran también otros argumentos que permiten cuestionar, por motivos de fondo, la solución que esta acoge y que conecta con las especialidades de los supuestos de responsabilidad solidaria, que se analizan con detenimiento en otro lugar. En nuestra opinión, es cuestionable una construcción que entroniza la conexión entre la naturaleza de la relación entre las partes y el orden jurisdiccional competente para solucionar el problema de la dualidad de jurisdicciones —estableciendo que la responsabilidad contractual corresponde al orden social y la extracontractual al civil—, para luego concluir que, por un hecho ajeno a dicha relación jurídica entre las partes —como es el hecho de que en el juicio se demande a otros sujetos—, esta regla inicial de atribución de competencia se deba excepcionar en favor de un criterio de otra naturaleza, formal en este caso, como el de la *vis* atractiva del orden civil. En virtud de la responsabilidad solidaria, un sujeto puede decidir demandar o recurrir solo frente uno de los responsables solidarios, frente a varios de ellos o frente a todos. Por lo tanto, dependiendo de cuál sea la opción que tome, sólo demandar al empresario o al empresario y algún responsable más, será uno u otro orden el competente. Si la preocupación es el *shopping* de jurisdicciones, el criterio elegido por la sentencia que comentamos no es eficaz.

IV. LA CONCURRENCIA DE SUJETOS RESPONSABLES EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTES DE TRABAJO

IV.1. LA SOLIDARIDAD COMO RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA A LA PLURALIDAD DE RESPONSABLES

Un análisis de la jurisprudencia en materia de accidentes de trabajo nos revela un fenómeno, que por otro lado no es excepcional en las relaciones laborales: la proliferación de los supuestos de responsabilidad solidaria. Por otro lado es esta una técnica que ya ha sido introducida por el legislador para garantizar la posición de crédito del trabajador en diversos supuestos. Por ello podemos llegar a afirmar que se ha producido una generalización de los supuestos de responsabilidad laboral solidaria en el Derecho Laboral, que supone una inversión de la regla general de la mancomunidad de las obligaciones que rige en el Derecho común (cfr. E. GONZÁLEZ BIEZMA, pp. 224-225; I. DÍAZ DE LEZCANO, pp. 105 y ss), regla que por otro lado también esta sufriendo una notable relativización en el ordenamiento civil. “Si el favor debitoris primaba en la época en que vio (sic.) la luz nuestro primer Código sustantivo, fiel al aforismo de que el que se obliga lo hace a lo menos, las corrientes actuales se muestran más propicias al reconocimiento del favor creditoris, sintonizando

con exigencias sociales proclives al reforzamiento de la seguridad del crédito, y, en base de ello, a la intensificación de la seguridad del tráfico, en general” (F. SOTO NIETO, p. 799). Esta inercia encuentra terreno abonado en el ámbito del contrato de trabajo, donde las consideraciones tuitivas respecto del trabajador han caracterizado tradicionalmente el Derecho laboral.

Dentro de esta apertura a la solidaridad debemos sin embargo distinguir diversos supuestos, ya que esta técnica ha servido a legislador y tribunales para dar satisfacción a diversos objetivos jurídicos, dando así lugar a modalidades diferenciables, aunque existan supuestos complejos que puedan encuadrar en más de una categoría:

a) En ocasiones con la determinación de la responsabilidad solidaria se pretende facilitar la compensación de los daños, cuando en la producción de los mismos es difícil distinguir las esferas de responsabilidades de cada uno de los sujetos a los que le es atribuible el daño, puesto que se encontraban vinculados por un deber común o diverso de evitar que éste tuviese lugar. Frente a la víctima todos o cualquiera de ellos responden del global de la compensación y, ante la dificultad de individualización de la deuda de cada uno de los demandados, el reparto de cuotas de responsabilidad se reserva para un conflicto entre los corresponsables, que no perjudique a la víctima.

b) En ocasiones la responsabilidad solidaria pretende simplemente extender el número de sujetos que han de asumir el deber de indemnizar a la víctima a través de la extensión legal del mismo. En estos casos junto con los verdaderos “causantes del daño” se sitúa a otros garantes de la indemnización a la víctima. El lesionado puede optar entre exigir la responsabilidad directamente al agente del daño, exigírsela al sujeto que ha de responder por este último o exigírsela a los dos. La responsabilidad civil solidaria es la técnica común a través de la que se articula la extensión de responsabilidad por actos de terceros de acuerdo con criterios objetivos. Esta extensión de responsabilidad en unos casos se justifica a través de la teoría del órgano, otras con la teoría de la identificación y en otras se recurre a la teoría de la representación. Con éstas se justifica la responsabilidad personal del empresario a través de su vinculación, frente a terceros, con el sujeto causante del daño (Cfr. P. ZELAYA ETCHEGARAY, pp. 93 y ss.). En otras ocasiones se fundamenta esta responsabilidad en una atribución automática del legislador.

c) En ocasiones la solidaridad es la técnica jurídica que se ha utilizado para explicar la posición que ocupan asegurado y aseguradora, cuando media entre ellos un contrato de seguro de responsabilidad civil, en el proceso judicial de reclamación de daños y perjuicios. Responsable de la deuda indemnizatoria, el empresario, y pagador de dicha deuda, el asegurado, se encuentran frente a la víctima en posiciones jurídico-materiales muy diferentes. Sin embargo la solidaridad ha sido la técnica que se ha utilizado, incluso por el legislador para formalizar su reunión en un mismo proceso judicial.

IV.2. LA DISTINCIÓN ENTRE SOLIDARIDAD PROPIA E IMPROPIA

En su construcción clásica, la responsabilidad solidaria tiene su origen en una posición obligacional solidaria. Esta solidaridad pasiva se define, entre otros, por los siguientes elementos básicos: pluralidad de sujetos obligados, unidad e identidad de objeto de la obligación solidaria generada en virtud de un hecho común a todos los obligados (L. PUIG FERRIOL, 2007, pp. 893 y ss.).

Sin embargo es ésta una concepción estricta de solidaridad que impediría entender la existencia de la misma en muchos de los casos que hemos mencionado antes como supuestos típicos en los que la jurisprudencia y el legislador han declarado la misma en la materia que nos ocupa. Pongamos por caso los supuestos en los que se imputa el daño a la falta de diligencia de empresario principal y empresa contratista. Si se acepta la posición mayoritaria que defiende que en estos supuestos el empresario principal respondería por responsabilidad extracontractual respecto del trabajador de la contrata y el empresario contratista por responsabilidad contractual frente a sus trabajadores, la regla de unidad e identidad de la obligación solidaria quedaría en entredicho puesto que diferente es su fuente (el 1902 CC y el 1101 respectivamente).

La tendencia expansiva de la responsabilidad solidaria, que permite admitir la solidaridad en estos supuestos que no reúnen los requisitos clásicos de la responsabilidad solidaria, se ha sustentado en gran parte en una interpretación flexible del art. 1140 CC y en el concepto de origen jurisprudencial de “solidaridad impropia”.

El artículo 1140 CC establece que la “solidaridad podrá existir aunque los acreedores o deudores no esté ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones”. Aunque a partir de este precepto se mantiene el principio de que para que se pueda hablar de responsabilidad solidaria el régimen de responsabilidad no difiera en cuestiones sustanciales, su interpretación en la práctica es flexible.

Por otro lado, como de manera clara y extensa explica la STS 1ª de 2 de enero de 2007, nº de recurso 3779/1999, “existe solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única. Esta responsabilidad, a diferencia de la propia, no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena (SSTS de 17 de junio de 2002, 21 de octubre de 2002 y 14 de marzo de 2003).

El reconocimiento de esta responsabilidad in solidum [con carácter solidario] responde a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, pero exige para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades (SSTS de 3 de abril de 1987, 14 de mayo de 1987, 7 de mayo de 1993, 18 de diciembre de 1995, 14 de diciembre de 1996, 20 de octubre de 1997, 22 de enero de 1998, 3 de diciembre de 1998, 8 de noviembre de 1999, 15 de diciembre de 1999, 21 de diciembre de 1999, 27 de junio de 2001, 12 de abril de 2002, 17 de junio de 2002, 16 de abril de 2003, 29 de mayo de 2003, 24 de mayo de 2004, 18 de mayo de 2005, 15 de junio de 2005, 28 de octubre de 2005 y, entre las más recientes, 17 de marzo de 2006, 18 de abril de 2006, 31 de mayo de 2006 y 7 de septiembre de 2006).

(..) Esta orientación jurisprudencial se encuadra en el contexto de la regulación seguida por muchos códigos europeos, los cuales tienen como característica común el establecimiento de la responsabilidad solidaria para los varios responsables de un daño:

a) El § 840 I BGB [Bürgerliches Gesetzbuch, Código civil] de Alemania prevé la solidaridad para los varios responsables del daño: «Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner» [si concurren varios responsables conjuntamente por los daños producidos por una actuación ilícita, responden como deudores solidarios].

b) El artículo 50.1 del Schweizerisches Zivilgesetzbuch [Código civil suizo] dispone que «Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, so haften sie dem Geschädigten solidarisch» [si varios tienen culpa conjuntamente del daño, sea como causantes, autores o cooperadores, responden solidariamente ante la víctima].

c) El ordenamiento jurídico italiano dispone de una regla similar en el artículo 2055 del Codice Civile [Código civil]: «Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno» [si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas en sólido al resarcimiento del daño].

d) En Portugal, el artículo 497 del Código Civil dispone: «Se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade». [Si fueran varias las personas responsables por los daños, su responsabilidad es solidaria].

e) El Burgerlijk Wetboek [Código civil] holandés en el artículo 6:102 dispone que Trifft zwei oder mehr Personen eine Verpflichtung zum Ersatz desselben Schadens, dann sind sie Gesamtschuldner [si corresponde a o dos o más personas el deber de resarcir el mismo daño, son responsables solidarios].

f) Este sistema se separa del seguido en los ordenamientos jurídicos del Common Law, hoy sometido a revisión, los cuales han aplicado durante décadas un sistema de responsabilidad solidaria a los responsables de daños causados, pero sólo en determinadas circunstancias: cuando se trata de los responsables unidos entre sí por una relación de agencia (agency), de dependencia (vicarious liability) o entre los que existía un acuerdo previo de realizar en común la actividad que finalmente resultó dañosa (concerted or common action).”

En definitiva, la tendencia del derecho común al “favor creditoris”, que antes mencionábamos, y que coincide en la materia que nos ocupa con la tutela del trabajador víctima del accidente de trabajo ha generado una flexibilización del concepto de solidaridad, admitiéndose, junto con la manifestación clásica de la misma, otras manifestaciones adaptadas a las exigencias del nuevo Derecho de daños. Así la solidaridad que pueda declararse entre responsables del accidente de trabajo puede tener diversos fundamentos y lógicas:

a) La obligación solidaria en sentido estricto antes definida.

b) La imposición por parte del legislador de la responsabilidad solidaria en determinados supuestos de responsabilidad

c) Una identificación de la posición pasiva de los responsables, a pesar del diverso fundamento jurídico de su deuda, que explica las dificultades de individualización de la condena, que la solidaridad declarada por el juez viene a solucionar. La “la individualización de responsabilidades entre los causantes del daño (que excluye la condena solidaria), fundada en la noción de causalidad, debe fundarse en la posibilidad de determinar con claridad una determinada o mayor contribución causal a la producción del hecho dañoso por uno de los agentes en virtud de una ponderación del grado de participación en la producción del daño que respectivamente les incumbe y no cabe, al menos, en aquellos casos en que el daño, aun siendo originado, como en el caso enjuiciado, por varias acciones (u omisiones) independientes, puede considerarse como el

resultado de cada una de ellas, pues los singulares agentes podrían haberlo causado por completo” (STS 1ª de 2 de enero de 2007, nº de recurso 3779/1999). En unas ocasiones se considera que el daño es imputable subjetivamente por culpa o por riesgo a más de un sujeto. En otras ocasiones, junto con la responsabilidad contractual o extracontractual, por culpa o por riesgo, del que se considera agente causal principal de los daños, se imputan responsabilidades a un tercero. Los fundamentos para para legitimar esta extensión de responsabilidades a un terceros suelen ser la culpa in eligendo, in vigilando o in instruendo del empresario respecto de dependientes u otros empresarios unidos en el proyecto productivo, el criterio del beneficio que de una manera u otra la situación lesiva le reportaba, o la teoría del órgano, de la identificación o de la representación que consiguen explicar la responsabilidad personal del empresario a través de su vinculación, frente a terceros, con el sujeto causante del daño.

Como es ya conocido, en la responsabilidad solidaria se distinguen dos planos jurídicos: el de las relaciones internas entre los distintos “corresponsables” y el de las relaciones externas de estos últimos frente a la víctima. En este último campo, cada uno de los responsables debe satisfacer el total de la compensación al que reclama el resarcimiento, y este cumplimiento libera a los restantes corresponsables. De esta forma se consigue un aseguramiento de la percepción de la indemnización y una mayor facilidad en su reclamación, ya que el perjudicado puede dirigirse directamente y de manera indistinta contra el deudor que ofrezca una mayor solvencia. No obstante, en aquel plano interno surge un derecho de repetición, cuyo ejercicio permite trasladar, en mayor o menor medida, el coste de la indemnización satisfecha a aquél patrimonio que debe soportarlo definitivamente, y siempre que no se haya realizado un pacto de desplazamiento de responsabilidad por culpa entre los responsables solidarios (cfr. al respecto STSJ de Asturias de 3 de octubre de 1997 (AS 3417)). El derecho de repetición se convierte así en una pieza clave, a través de la que se reequilibran los sacrificios patrimoniales de los corresponsables, y, en definitiva, se protege la vigencia del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

En este contexto es esencial atender a la existencia de una responsabilidad personal o no. Sólo en la medida en que se pueda atribuir de forma personal el daño al pagador de la indemnización -a través de los criterios de la culpa o del riesgo-, estará obligado a soportar definitivamente el coste económico de la misma. Por lo tanto el derecho de reitegro es la consecuencia técnica de la existencia de una extensión de responsabilidad en base a un criterio absolutamente objetivo, es decir, a una atribución automática de la obligación de resarcir. Cuando el daño se imputa subjetivamente al corresponsable que no es agente del daño (sobre las dificultades en estos casos de distinguir las fronteras entre el hecho propio y el hecho ajeno V. GUILARTE ZAPATERO, pp. 221-222), es necesario hacer una distribución de la obligación resarcitoria. Este reparto ha de realizarse entonces en base a los límites de la responsabilidad personal, a no ser que exista un pacto en contrario, y, en todo caso, con las limitaciones básicas que la tutela al trabajador impone en estos últimos supuestos.

En los supuestos de responsabilidad solidaria ex lege de carácter automático, la finalidad de la misma, esto es, la garantía patrimonial del resarcimiento, se satisface en el plano externo frente al que reclama la indemnización. Por lo tanto, el pago de dicha compensación por el corresponsable no prejuzga de forma alguna las relaciones internas, en las que es posible la reclamación íntegra del *quantum* indemnizatorio al responsable personal del daño.

Un supuesto diferente es el de la responsabilidad por el incumplimiento de un deber común entre diferentes sujetos –por ejemplo los deberes de coordinación previstos en el art. 24.1 LPRL-, o incluso de un deber complementario (cfr. J. AMORTH, pp. 39-40), o en general, los casos de participación en la producción de los hechos lesivos. La ordenación del mismo, siempre que la ley no haya establecido un sistema distinto, depende en gran medida de las posibilidades de aclarar aquél grado de participación. Como de forma general han admitido la doctrina y la jurisprudencia civil (C.L. ALFONSO MELLADO, p. 135; A. TAPIA HERMIDA, p. 101; J. GARCÍA MURCIA, p. 171), la imposibilidad de distinguir la participación causal en la realización del daño justifica la imputación de la totalidad del mismo a los diferentes sujetos intervinientes. Este sería el planteamiento a través del que se habría de resolver, por ejemplo, el reparto de responsabilidad entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria cuando el daño producido al trabajador tuviese su causa en una falta de información acerca de los riesgos, cuando ésta debía haber sido ofrecida de forma complementaria por ambas empresas. La finalidad de no impedir o dificultar el resarcimiento total de la víctima en estos casos complejos fundamenta esta imputación de la globalidad de la obligación resarcitoria a uno de los sujetos implicados, con la consiguiente atribución al mismo de la porción indeterminada de responsabilidad que habría de corresponder al resto de los partícipes (cfr. de forma crítica M. ALBALADEJO, p. 367).

IV.3. LOS SUPUESTOS TÍPICOS DE SOLIDARIDAD EN ACCIDENTES DE TRABAJO

IV.3.1. EMPRESARIOS CONCURRENTES

La legislación y la jurisprudencia establecen diversos supuestos de solidaridad en los supuestos en los que más de un empresario está implicado en el proceso productivo donde se integra la prestación del trabajador en cuyo desempeño se ha producido el accidente. A continuación enunciamos los supuestos típicos:

a) Según el art. 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las empresas que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas y se desarrollen en sus propios centros de trabajo, deberán vigilar el cumplimiento de dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. También los empresarios que concurren en un mismo centro de trabajo y el titular de este centro tienen deberes de información, instrucción y coordinación. Estos deberes son la justificación para que la jurisprudencia admita la responsabilidad solidaria de los empresarios concurrentes en caso de accidente del trabajador de uno de ellos. En unos casos el incumplimiento probado de uno de esos deberes por parte del que no es empresario formal del trabajador es el criterio de imputación para extenderle responsabilidades, dando lugar a responsabilidad solidaria entre éste y el empresario directo. En otras ocasiones, ante la dificultad de distinguir cuotas exactas de responsabilidad, porque no es posible determinar en qué medida cada incumplimiento ha contribuido al acontecer causal, se produce el supuesto típico de solidaridad impropia que la jurisprudencia no duda en aplicar en estos casos. En otras ocasiones, se impone una tendencia de corte objetivo según la cual, ni siquiera se exige una prueba del incumplimiento de alguno de estos deberes por parte del empresario que no tiene suscrito un contrato con el accidentado, sino que la misma existencia de estos deberes es el fundamento abstracto para justificar la garantía de la indemnización que supone la responsabilidad solidaria.

b) En el caso de cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal a empresa usuarias la jurisprudencia viene aplicando como regla general la regla de la solidaridad cuando en el comportamiento de ambas se puede encontrar alguna falta de diligencia. Esta interpretación ha sido confirmada recientemente por la STS 1ª de 3 de julio de 2008, nº de recurso 3820/2001, cuando dice en estos casos cuando que “tratándose de trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal a otra empresa, que usa de sus servicios, una cosa es que corresponda a ésta la responsabilidad de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de aquéllos (art. 28.5 LPR), y otra distinta que la regla contenida en el art. 16.2 de la Ley 14/94 elimine completamente la responsabilidad de la empresa de trabajo temporal como garante del cumplimiento de la obligación de formar al trabajador de manera suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional, así como los riesgos a los que vaya a estar expuesto”.

c) En el caso de trabajadores con daños a su salud cuando su empresa pertenece a un grupo y el trabajo que dio ocasión al accidente revierte en beneficio de más de una empresa del mismo, la jurisprudencia también ha admitido la solidaridad. No obstante, en estos casos ésta se hace depender, como es la regla general en los “grupos de empresa laborales”, de que haya un juicio previo negativo sobre la operatividad de las empresas que lo conforman de manera independiente en el tráfico jurídico desde las coordenadas de la doctrina del levantamiento del velo (vid. M.T. IGARTÚA MIRÓ). Así la STS 4ª de 8 de febrero de 2006, nº de recurso 1556/2005, afirma que en estos casos la responsabilidad debe recaer sobre el “auténtico empleador. Ello exige determinar quien sea éste realmente, a la luz del *art. 1 del Estatuto de los Trabajadores* y de la doctrina de esta Sala sobre el “grupo de empresa laboral”, concepto acuñado para identificar a aquel grupo de empresas que, por concurrir las circunstancias jurisprudencialmente exigidas, puede y debe ser considerado como empleador real del trabajador, con la lógica consecuencia de extender, con carácter solidario, la responsabilidad derivada de la relación de trabajo, a todas las empresas del grupo”.

d) En los casos de cesión ilegal de trabajadores, los empresarios, cedente y cesionario, “responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social” (art. 43 ET). Entre estas obligaciones cabe entender que se encuentra integrada la de condena al pago de la indemnización de daños y perjuicios. La responsabilidad solidaria se regula en el art. 43 ET como efecto directo de la cesión ilegal, es decir, no se hace depender del examen –ni siquiera de una presunción– de incumplimiento de deberes por cedente y cesionario. Se configura así como un supuesto de extensión de responsabilidad de carácter objetivo, de los que se mencionaba anteriormente. Es una atribución automática de responsabilidad por parte del legislador buscando la garantía de la posición de crédito del trabajador, incluido el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos.

IV.3.2. EMPRESARIO Y COMPAÑERO DE TRABAJO COMO RESPONSABLES DEL DAÑO

En lo que es una regulación original dentro del panorama de Derecho comparado (J. SANTOS BRIZ, t. I, p. 493), la regulación de la responsabilidad por un acto de otro sujeto se contempla en nuestro ordenamiento en dos cuerpos legales diferentes: a) en el Código Penal en su art. 120.4 que regula la responsabilidad derivada de los actos delictivos de otro sujeto; b) el Código Civil en su art. 1903 para la responsabilidad derivada de actos ajenos, en principio ilícitos. Esta doble regulación de la responsabilidad del empresario en función de del carácter penal o civil del ilícito del trabajador que estudiamos a continuación ha recibido importantes críticas. Se objeta que, aunque en el caso de responsabilidad civil por ilícitos civiles haya existido cierta objetivación, no está justificada la separación de su regulación, por un lado por la “idéntica naturaleza, fundamento y finalidad de la responsabilidad regulada en los Códigos penal y civil”, y, por otro lado, debido a “las complicaciones que supone, en este caso concreto, que una misma materia (la responsabilidad civil del empresario) sea configurada de forma distinta” (cfr. J. BARCELÓ DOMÉNECH, p. 11).

El art. 120.4 CP contempla como responsable civil “en defecto de los que lo sean criminalmente” a las “personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”, así como el Estado y las Administraciones Públicas y demás entes públicos (art. 121 CP). Se deduce entonces que el empresario responderá de forma subsidiaria de los daños en materia de seguridad y salud en el trabajo provocados de forma delictiva por sus trabajadores, así como aquellos trabajadores con funciones preventivas o incluso de los servicios de prevención. En todo caso requisitos necesarios para el nacimiento de esta responsabilidad subsidiaria del empresario son, interpretados en un sentido amplio (cfr. J.A. MARTÍNEZ LUCAS, pp. 153 y ss.), que el trabajador o auxiliar se encuentre vinculado al mismo a través de una relación jurídica o de hecho y que el daño haya sido provocado en el desempeño de sus obligaciones o servicios. “Sólo desaparece, por ello mismo, cuando no haya rastro alguno de conexión entre el delito y la relación de trabajo, cuando el trabajador se sitúe enteramente *extramuros* del contrato, o cuando desobedezca abiertamente las órdenes empresariales” (J. GARCÍA MURCIA, p. 111).

Para definir el ámbito objetivo de esta responsabilidad del empresario se debe delimitar en primer lugar en qué medida los trabajadores, con o sin funciones directivas, y los servicios de prevención son responsables penales. A partir de estos límites se va a diferenciar el ámbito de la responsabilidad empresarial en función del art. 120.4 CP y del art. 1903 CC.

El art. 316 CP considera sujeto activo del delito en materia de seguridad y salud en el trabajo a todos los obligados por las normas de prevención de riesgos laborales, entre los que cabría encontrar a los trabajadores (art. 29 LPRL) y a los encargados de la prevención de riesgos. Sin embargo, de una lectura completa de dicho precepto se deduce que esta referencia a la sujeción a las normas de prevención de riesgos laborales no es genérica, sino que se refiere a la vinculación en un determinado aspecto: el deber de facilitar los medios de protección de los trabajadores.

Esta limitación excluye a los trabajadores sin funciones preventivas del ámbito de aplicación del art. 316 CP, y, por lo tanto, les niega la condición de sujetos activos del específico delito de prevención de riesgos laborales (En contra, entre otros, A. MONTOYA MELGAR, J. PIZÁ GRANADOS, p. 316; J. LLUIS Y NAVAS, p. 410; y parece también que A. SEMPERE NAVARRO, M. CARDENAL CARRO, p. 4). No obstante, esto no quiere decir que estos trabajadores no tengan responsabilidad penal alguna ya que pueden cometer los delitos genéricos de homicidio o lesiones imprudentes.

Por lo tanto, haciendo una reconstrucción del conjunto articulado de responsabilidades se deduce que el empresario responderá subsidiariamente: a) por los daños provocados por los trabajadores que hayan cometido un delito de homicidio o lesiones imprudentes; b) por los daños provocados por los trabajadores con funciones preventivas o los servicios de prevención en virtud de la comisión del delito previsto art. 316 CP, así como aquellas actuaciones delictivas que hayan generado daños para la seguridad y salud de los trabajadores.

Tradicionalmente se ha tratado de fundamentar la responsabilidad del empresario en un cierto vínculo entre el daño producido y su actuación, bien a través de criterios de corte subjetivo (*culpa in eligiendo* o *in vigilando*), bien en virtud de criterios objetivos (el beneficio), bien del criterio de la identificación. En todo caso la jurisprudencia ha admitido una tendencia a la objetivación de esta responsabilidad a través de la priorización del criterio del principio del “*uius commoda, eius incomoda*” como criterio de imputación al

empresario. En este sentido la STS de 18 de junio de 1985 (RJ 3022) recoge una magistral explicación de esta evolución: “esta Sala tiene declarado con reiteración, entre otras, en Sentencias de 26 de Junio de 1972, 21 de abril de 1975 y 4 de Junio de 1979, que la responsabilidad civil subsidiaria que regula el artículo 22 del Código Penal, como un supuesto de responsabilidad “in re ipsa”, que tiene su razón de ser, filosófica y jurídica, en el principio de Derecho natural de quien obtiene beneficios de un servicio que se presta por otro, debe soportar también sus daños, más que en valoraciones sobre culpabilidad electiva o de vigilancia, viene siendo objeto por esta Sala de una progresiva interpretación, que sin llegar en su extensión a estimarse objetiva, cabe afirmar correctamente que en cada avance es menos subjetiva (...) tratando de dar respuesta más satisfactoria a los problemas humanos y sociales presentes, así como a las seguridades económicas, que ante el riesgo lesivo creado, proclama que todo daño o evento perjudicial proveniente de trabajo empresarial o laboral por cuenta ajena requiere ser atendido mediante la vinculación económica de segundo grado representada por la responsabilidad civil subsidiaria, ante la insolvencia real o formal del responsable material de la infracción penal”. En nuestra opinión la letra del art. 120 CP ofrece una base suficiente para llegar a admitir una atribución automática de responsabilidad por el legislador, sin necesidad de fundamentar la misma en presunciones *iure et de iure* de culpa o criterios objetivos de imputación subjetiva.

El art. 1903 CC, en su párrafo cuarto, prevé entre los sujetos que deben responder “no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes deben responder” a “los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”.

Se caracteriza entonces esta responsabilidad empresarial como una responsabilidad directa se declara sin embargo únicamente la responsabilidad del compañero de trabajo) y extracontractual que surge por la concurrencia de los dos factores siguientes: a) la existencia de una relación de dependencia en sentido amplio entre el trabajador agente del daño y el empresario responsable (Sobre las diferentes corrientes jurisprudenciales que relajan el vínculo de dependencia P. ZELAYA ETCHEGARAY, pp. 295 y ss); b) que el daño haya sido producido en el desarrollo de la prestación laboral, y no el desempeño de específicas funciones preventivas encomendadas por el empresario, ya que en este caso no encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad contractual por acto de los auxiliares que será analizada en el apartado siguiente.

A la hora de analizar si es ésta una responsabilidad objetiva o subjetiva del empresario la regulación establecida en los arts. 1903 y 1904 CC presenta serias dudas:

- El art. 1903 CC en su párrafo 6º abre la posibilidad de que el empresario se pueda liberar de esta responsabilidad a través de la prueba de haber empleado “toda la diligencia del buen padre de familia para prevenir el daño”. Esta disposición responde a los esquemas de la responsabilidad por culpa, ya que la acreditación de la inexistencia de la misma elimina la responsabilidad. Se trata entonces simplemente de una presunción legal *iuris tantum* de la falta de diligencia del empresario.

- El art. 1904 CC en su párrafo 1º prevé el derecho de repetición del empresario frente al trabajador agente del daño por “lo que hubiese satisfecho”. Esta última expresión legal parece referirse a la totalidad de la indemnización pagada por el empresario. Por lo tanto se deduce que esta disposición responde a los esquemas de una responsabilidad de corte objetivo, ya que esa admisión generalizada del derecho de repetición no es admisible en relación al resarcimiento de unos daños que, aunque sea parcialmente, han sido provocados por una falta de diligencia del empresario.

Un sector doctrinal (J. BARCELÓ DOMÉNECH, p. 357), intentado salvar esta contradicción, la califica con razón de imperfección técnica, y defiende que el art. 1904 CC fundamenta en su caso una repetición sólo parcial de la indemnización satisfecha, como resultante de haber restado la suma correspondiente a la participación del empresario en la producción del daño. Por lo tanto la acción de repetición se limitaría al margen de responsabilidad atribuible por culpa al trabajador.

No obstante lo cierto es que la responsabilidad del art. 1903 también ha sido objeto de la tendencia objetivadora que ha caracterizado la responsabilidad civil empresarial, especialmente, en materia de seguridad y salud en el trabajo, de forma que se han ido sustituyendo los criterios de la culpa *in eligendo* o *in vigilando* por los objetivos del control de la fuente de peligro o del beneficio, o, desde una posición más conservadora, rebajando su virtualidad a la de una simple declaración formal (Cfr. STS 1ª de 24 de junio de 2000 (RJ 5304)).

En definitiva, se abren las siguientes posibilidades de reparto de responsabilidad en estos supuestos de daños causado por dependientes:

- Si ha existido culpa por parte del trabajador, responderá el empresario, pero este tendrá una acción de repetición total o parcial, en función de que el daño sea atribuible también a este último a título de culpa. No existe la necesidad de forzar en este supuesto la letra del art. 1903 CC a favor de una responsabilidad por riesgo del empresario, porque no se de la necesidad protectora que justifica la tendencia objetivadora, la garantía del resarcimiento de la víctima. En este caso ya existe un responsable, el trabajador culpable, y adicionalmente un sujeto que refuerza el pago de la indemnización, el empresario.
- Si no ha existido culpa por parte del dependiente, y siempre que se considere que ésta no es un factor esencial para la exigencia de responsabilidades del art. 1903 CC, será el empresario el único que ha de responder por los daños producidos.
 - Esta responsabilidad se imputará a título de culpa cuando el empresario no pueda probar que no existió la culpa *in eligendo* o *in vigilando* que presume el art. 1903 párr. 6 CC., haya concurrido esta culpabilidad o no. Aunque si se admite que, en coherencia con el fenómeno de objetivación que ha experimentado la responsabilidad empresarial por actos propios, también la responsabilidad por actos de los dependientes se ha objetivado, se le imputará en virtud del criterio de riesgo. En definitiva, si no ha existido culpa del dependiente solo responderá el empresario, y no existirá acción de repetición, ya que en la situación del trabajador en estos supuestos no se puede justificar la aplicación de los criterios de imputación de la responsabilidad por riesgo.
 - Desde las coordenadas de una responsabilidad por riesgo la jurisprudencia ha llegado a identificar en materia de accidentes de trabajo los supuestos regulados en los arts. 1903 párrafo 4º y 1902 del Código Civil. Cuando el tercero lesionado es un compañero de trabajo del dependiente agente del daño, la jurisprudencia civil no acude a la responsabilidad por hecho de otro previsto en el art. 1903 CC, sino que acude directamente a la responsabilidad extracontractual del empresario recogida en el art. 1902 CC a la que le aplica todas las técnicas objetivadoras que se analizan en otro lugar de este trabajo. De esta forma la caracterización del comportamiento lesivo del dependiente como culpable o llega a ser indiferente, ya que su actuación se considera como un factor integrante del riesgo de empresa por el que ha de responder el empresario. Por lo tanto, una vez eliminado el requisito de la culpa del dependiente agente del daño –que parecía venir exigido por la remisión que el art. 1903 CC realiza al 1902 CC- sólo se exige la acreditación de una relación causal entre la actuación del trabajador en el marco del desarrollo de la prestación de trabajo y el daño cuyo resarcimiento se reclama. No obstante en nuestra opinión, esta sustitución de regímenes no es correcta. Al mecanismo de la responsabilidad por riesgo empresarial se debe acudir únicamente cuando el empresario no tenga culpa y pueda desmostrarlo y tampoco el daño sea imputable por culpa al trabajador compañero de la víctima. En estos casos, en los que no existe un responsable por culpa, emerge la necesidad de acudir a la vía de la responsabilidad por hecho lícito que es la responsabilidad por riesgo. Mientras que se pueda demostrar que el daño tiene su origen en un comportamiento ilícito, se han de depurar las responsabilidades en el terreno de la responsabilidad por culpa.

Otra postura que llega al mismo resultado de desplazar la aplicación del régimen del art. 1903 CC a favor de la responsabilidad por actos propios, es la que defiende la responsabilidad de éste, en virtud de un deber genérico contractual del empresario de proteger a los trabajadores frente a los riesgos de manera global, incluyendo los daños que provienen de la actuación de un compañero. En estos casos lo que existe es una responsabilidad contractual empresarial de los art. 1101 y ss. CC (M. LUQUE PARRA, pp. 138 y ss). En nuestra opinión esta argumentación sobre la existencia de un deber genérico de seguridad y salud en el trabajo empresarial que abarque la garantía de los trabajadores frente actos lesivos de sus compañeros lo único que justifica es la existencia de un doble fundamento de la responsabilidad empresarial en estos casos: la responsabilidad contractual por dicho incumplimiento del deber genérico de protección frente a actos de los compañeros y la responsabilidad extracontractual directa del empresario por actos de sus dependientes. No se puede olvidar que esta última es un mecanismo de extensión de responsabilidad a un tercero –el empresario- de los daños provocados por un sujeto –daños entre dos compañeros de trabajo-, con el fin de garantizar el resarcimiento de la víctima. Esta extensión de responsabilidad no excluye posibles responsabilidades concurrentes del imputado en virtud de otro título jurídico, actos propios. Por lo tanto en estos casos el trabajador lesionado puede elegir entre exigir el resarcimiento de daños y perjuicios: 1-. sólo al compañero; 2-. al compañero y al empresario en virtud de su responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de su deber genérico de evitar también los daños que provienen de sus compañeros; 3-. al compañero y al empresario en virtud del art. 1903 CC; 4-. solo al empresario en virtud de dicha responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual del 1903 CC.

Esta responsabilidad que se puede exigir directamente al compañero de trabajo presenta también un importante debate, ya que se puede cuestionar si es contractual o extracontractual. Desde una concepción clásica de los ámbitos de delimitación de estas responsabilidades, al no existir una relación contractual entre

los compañeros de trabajo, ello implicaría la existencia de una responsabilidad extracontractual. No obstante, como se decía en otro lugar, se admite con carácter generalizado la responsabilidad contractual en supuestos en los que sin existir tal contrato existe una predefinición de deberes entre dos sujetos en el tráfico jurídico-social. Este es el caso de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales cuando el art. 29 LPRL establece que corresponde “a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional”. En todo caso, creemos que el hecho de que se considere que este deber del trabajador de velar porque su actuación no perjudique al resto de trabajadores fundamenta una responsabilidad contractual del trabajador, ello no implica una alteración de la extensión de responsabilidad del art. 1903 CC., ya que no altera su razón de ser, ampliar las garantías de resarcimiento frente a la víctima.

Por último debe plantearse la cuestión de si la responsabilidad por actos de los dependientes regulada en el art. 1903 CC, toda vez que el vínculo de dependencia entre el empresario y el agente del daño se ha relajado, es aplicable respecto de los daños provocados por los trabajadores vinculados contractualmente a otro empresario. Se podría plantear si una interpretación analógica, o incluso extensiva, de la expresión “dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados” del art. 1903 CC, podría avalar su aplicación, por ejemplo, a las contratistas y subcontratistas de la propia actividad. No obstante se debe atender a la incompatibilidad que existe entre el espíritu que informa dicho precepto, que presupone, aunque sea de manera relajada, una relación de dependencia entre el ejecutor del daño y la empresa demandada, y el fenómeno de descentralización que persigue precisamente la externalización de actividades y por tanto la desvinculación del empresario principal respecto de los que la realizan. La adaptación a la realidad productiva actual ha conllevado una objetivación de la responsabilidad por hecho ajeno del art. 1903 CC, con la consiguiente relajación e incluso “ficción” de la existencia de un verdadero control del dependiente causante del daño. No obstante, resulta excesivamente forzado tratar de subsumir en dicha disposición un supuesto que nace de la realidad opuesta que es, como se ha dicho, la descentralización (En contra J.A. MARTÍNEZ LUCAS, pp. 175 y ss.; M. LUQUE PARRA, pp. 130-131). Otra cuestión es que se considere oportuno, pero este es un debate de lege ferenda. La aplicación del 1903 CC en estos casos en nuestra opinión tendría que encontrar apoyo legal. Diferente es la respuesta en relación a las empresas usuarias y los daños producidos por el trabajador puesto a disposición. En este caso, el trabajador sí está dentro del círculo rector de la empresa usuaria y a este tipo de supuestos es a los que se está refiriendo el art. 1903 CC.

IV.3.3. EMPRESARIO Y PERSONAL ENCARGADO DE LA PREVENCIÓN EN LA EMPRESA

El art. 14.4 LPRL establece un principio de intransmisibilidad del deber de seguridad y salud en el trabajo, estableciendo que “la atribución de funciones en materia de protección o prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello lo eximan del cumplimiento de su deber en esta materia”. En el mismo sentido dice el art. 30 LPRL que la designación o recurso a dichos trabajadores o servicios de prevención respectivamente, se produce “en el cumplimiento” por parte del empresario de su deber de prevención de riesgos laborales. Por lo tanto, el empresario “delega” en estos casos parte de la actividad preventiva de la que, en todo caso, él es el último responsable, aunque no la desarrolle personalmente.

En estos supuestos, la posición preeminente del empresario se manifiesta en toda su magnitud, más que en el momento del cumplimiento del deber de protección de la seguridad y salud de sus trabajadores, en el momento posterior de la atribución de responsabilidades en el caso de irregularidades en la actividad preventiva (Cfr. STS 1ª de 10 de julio de 1993 (RJ 6003); STS 1ª de 17 de julio de 1995 (RJ 5592)). Al empresario se le atribuye dicha actividad protectora frente a los trabajadores, sin necesidad de que éste realice una supervisión técnica de la misma. La defensa de un control absoluto de la actividad preventiva desarrollada por trabajadores o entidades especializadas eliminaría la propia razón de ser de estas últimas, imponiendo un deber exorbitante, y, en la mayoría de los casos -en los que cabe suponer una falta de conocimientos suficientes de los empresarios- imposible de cumplir (En sentido contrario parecen manifestarse S. GONZALEZ ORTEGA; J. APARICIO TOVAR: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, p. 111).

Esta responsabilidad empresarial se encuadra dentro lo que se ha venido llamando por la doctrina como responsabilidad por actos de los auxiliares. Se trata de la responsabilidad que se deriva para el deudor -el empresario- del incumplimiento de una obligación previa (deberes de prevención de riesgos laborales), cuya realización ha sido encargada por el mismo a un tercero -trabajadores con funciones preventivas o miembros

de un servicio de prevención interno o servicios de prevención externos-. Por lo tanto, esta responsabilidad tiene un carácter contractual del que se deriva la consecuencia de la aplicación a la misma, a pesar del silencio del legislador al respecto, de las reglas derivadas del 1101 y ss. CC.. Esta caracterización tiene además la importante consecuencia de limitar su aplicación a los casos en que el daño padecido por el trabajador se haya debido a un incorrecto cumplimiento de las funciones preventivas desarrolladas por dichos auxiliares. La responsabilidad empresarial por actos de sus auxiliares se encuentra dentro del ámbito de la responsabilidad por culpa, por incumplimiento, en este caso de los auxiliares, de las funciones preventivas. Cuando el cumplimiento de estas funciones preventivas ha sido correcto la clave del sistema resarcitorio no radica en esta “delegación” de deberes, que no de responsabilidades. El fundamento de la responsabilidad no recae en la atribución del daño a conductas previamente valoradas sino en una atribución genérica de riesgos en virtud de criterios distintos y directos de imputación al empresario. Por lo tanto se debe acudir a la teoría general de responsabilidad directa por riesgo del empresario.

Una vez que se ha delimitado el campo de actuación de esta responsabilidad por actos de los auxiliares, se debe analizar los criterios de extensión de responsabilidad al empresario o lo que es lo mismo, los criterios de atribución de los daños al empresario. Esta atribución se puede fundamentar de manera acumulativa en dos de los criterios de imputación ya analizados, el criterio de la identificación y el de la imputación automática de la obligación resarcitoria y de manera alternativa en algunos casos en el de la culpa *in eligendo*. El criterio de imputación del beneficio no satisface, ya que la razón de la designación de trabajadores especializados o la concertación con servicios de prevención para realizar la actividad productiva no se dirigen a proteger los intereses propios del empresario sino los ajenos de los trabajadores a su servicio. En este punto no es un argumento de imputación suficiente el beneficio general que recibe el empresario con la actividad productiva, sino que se trata de encontrar la conexión entre los sujetos que justifique esa comunicación de responsabilidad. Tampoco se debe mantener la operatividad del criterio de la culpa *in vigilando*, por las dificultades que su aplicación en rigor habría de provocar, sobre todo en los casos de externalización de la actividad preventiva a través de entidades especializadas. La exigencia de un deber de control por parte del empresario sobre los sujetos especializados en materia de prevención de riesgos laborales y por ello designados como encargados de gestionar la actividad preventiva resulta contradictorio. Ello exigiría una capacidad y conocimientos en materia preventiva del empresario que la ley no exige.

El criterio de la identificación, también llamado de la representación, toda vez que afirma la existencia de un principio de intransmisibilidad del deber empresarial de seguridad y salud, parece especialmente idóneo para explicar la responsabilidad del empresario por los actos de los “auxiliares” especializados en la prevención de los riesgos laborales. Según este criterio al empresario se le imputa directamente el daño aunque no lo haya realizado personalmente sino a través de un tercero (*vid* P. ZELAYA ETCHEGARAY, pp. 97-99), con el que se asimila. Es cierto que el art. 17.c) del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención, establece un principio de independencia de los servicios de prevención, exigiendo la inexistencia de cualquier tipo de vinculación entre el empresario y los mismos, “distintas a las propias de su actuación como servicio de prevención”. No obstante, la independencia de estas entidades especializadas no contradice la idea de identificación por diferentes razones: a) primero, esa independencia se ha de analizar en relación a la objetividad del resultado de las actividades preventivas, y no como base para una división de áreas de responsabilidad; b) segundo, el recurso a estas entidades especializadas es simplemente una alternativa a la asunción propia del empresario o de sus trabajadores de la actividad preventiva, motivada por la magnitud de los riesgos inherentes a la actividad productiva; c) tercero, el art. 1 del Reglamento sobre Servicios de Prevención declara la integración de la actividad preventiva realizada por estas entidades especializadas en el núcleo de la organización y estructura empresarial.

Por otro lado, de la interpretación realizada del art. 14.4 LPRL, que atribuye una responsabilidad directa del empresario frente al trabajador por el conjunto de la actividad preventiva, tanto de la realizada por él personalmente como de la realizada por los encargados internos o externos de desarrollar la protección, puede deducirse una atribución automática de las responsabilidades derivadas de los actos de estos auxiliares (M^a.J. HERRERO GARCÍA, p. 190).

El criterio de la culpa *in eligendo* sólo sería aplicable en el caso de que la designación de trabajadores con funciones preventivas o creación de servicios de prevención propios se realizase en relación a un personal inadecuado. En los supuestos en los que se ha recurrido a entidades especializadas constituidas respetando los requisitos establecidos en el art. 18 del Reglamento de Servicios de Prevención y debidamente acreditadas como se prevé en el Capítulo IV de dicha norma, dicha imputación se excluye, al igual que ocurriría en los casos de subcontratación por los servicios de prevención de “los servicios de otros profesionales o entidades cuando sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de

gran complejidad” (art. 19 LPRL). En todo caso se debe recordar que aunque el empresario pruebe que no hay existido culpa *in eligendo*, ello no le exonera del deber de indemnizar que se le imputará entonces de acuerdo con los criterio de imputación de la identificación o atribución automática del art. 14 LPRL.

En los casos en los que se admita que la extensión de responsabilidad se fundamenta sobre los criterios de la identificación y la atribución automática de responsabilidad, al no presuponer una responsabilidad personal del empresario, se dota de sentido a la remisión que hace el art. 14.4 LPRL a las acciones que el empresario pueda ejercitar para trasladar la responsabilidad definitivamente al causante del daño, así como a la garantía económica establecida en el art. 17.b) del Reglamento de Servicios de Prevención para “cubrir su eventual responsabilidad”, conecta con el preceptivo seguro de responsabilidad (art. 23 d) del Reglamento). Como decimos, sólo se puede tratar de supuestos en los que existe un comportamiento culpable del encargado de las funciones preventivas. Más problemas plantea sin embargo los supuestos en los que concurra culpa in eligendo del empresario. En estos casos se tendría que admitir una distribución de responsabilidades entre empresario y auxiliar porque a ambos es imputable desde criterios subjetivos el daño sufrido por el trabajador. El empresario responde por su culpa in vigilando y el auxiliar por el incumplimiento de las funciones preventivas. Es cierto que resulta complicado tal reparto de responsabilidades, pero ello no es un impedimento para admitir esta solución que creemos es la única coherente con los dos momentos de imputación que hay que distinguir en estos supuestos de responsabilidad por actos de terceros, como lo demuestra que en otros casos, como el de concurrencia de culpa del trabajador, se admita con carácter general esta distribución de responsabilidad.

Por otro lado se debe mencionar el supuesto en el que el propio encargado de la prevención en la empresa es el lesionado. También aquí se debe llegar a una diferente solución dependiendo de que aborde la cuestión desde las coordenadas de las responsabilidades por culpa o por riesgo. En el primer caso la empresa no será responsable (cfr. STS 4º de 17 de mayo de 1989 (RJ 3771), STS 1ª de 27 de mayo de 1982 (RJ 2693); STSJ de Andalucía, Sevilla, del 23 de abril de 1998 (AS 2193)), mientras que en el segundo sí.

En todo caso se debe entender que, además de esta responsabilidad directa del empresario en virtud de lo establecido en el art. 14 LPRL que, como se ha analizado, se deriva para el empresario por los daños derivados de la actuación de los trabajadores y entidades encargadas de la actividad preventiva, existe una responsabilidad directa de estos últimos sujetos frente al trabajador lesionado. Se trataría en este caso de una responsabilidad extracontractual de carácter alternativo, ya que el trabajador no puede exigir un doble resarcimiento por los mismos daños. La especial protección que el art. 30.4 LPRL otorga a los trabajadores con funciones preventivas no permite exonerar su responsabilidad extracontractual cuando haya existido un comportamiento negligente de los mismos. Se debe entender que los “trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa”, siempre que esa tarea haya sido desempeñada correctamente. Cuando en función de una concepción objetiva de la responsabilidad civil, se consideren también indemnizables los daños que no encuentran su causa en un comportamiento negligente de estos encargados de las funciones preventivas, el coste de la indemnización no ha de recaer definitivamente sobre los mismos sino sobre el empresario, que es el beneficiado por la actividad productiva peligrosa. No podría defenderse una responsabilidad por riesgo de los mismos porque los criterios de imputación de la responsabilidad por riesgo no son aplicables a los mismos, al menos en la medida suficiente como para exonerar al empresario de la carga de hacer frente a la condena indemnizatoria.

IV.3.4. EMPRESARIO Y FABRICANTES, IMPORTADORES O SUMINISTRADORES

El art. 41 LPRL establece una serie de deberes de los fabricantes, importadores y suministradores respecto de los materiales que el empresario vaya a poner en contacto y a disposición del trabajador en el entorno de trabajo. Cuando estos productos sean causa de daños para el trabajador en el desarrollo de su prestación de trabajo la concurrencia de sujetos responsables de la compensación de los mismos es evidente. El empresario como garante de la seguridad del entorno laboral será siempre responsable ante el trabajador. El fabricante, importador y/o suministrador (equiparándose a este último al empresario principal que pone a disposición de los trabajadores de la contrata herramientas o materiales de trabajo según el art. 24.4 LPRL) también lo serán cuando el daño no se deba exclusivamente a un defecto de información del empresario frente a los trabajadores sobre las precauciones que exige el producto sino a un defecto de éste, en la medida en que éste último les sea atribuible.

El trabajador, para exigir la compensación de los daños sufridos, puede dirigirse frente a su empresario en virtud del 1101 y ss. CC o del 1902 CC, y/o al fabricante y/o importador y/o suministrador, en virtud de la responsabilidad patrimonial regulada en los artículos 128 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias o de la responsabilidad civil común del art. 1902 CC, por el todo de los daños o por el margen de daños que el régimen de la Ley no alcanza a compensar, entre otros, los daños morales (vid al respecto con detenimiento B. RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO). La solidaridad en estos casos es admisible según las reglas que decíamos está aplicando la jurisprudencia. La pluralidad subjetiva en la posición de débito frente al trabajador se fundamentará de manera diversa:

a) Respecto del empresario, en la culpa o riesgo como garante de seguridad frente al trabajador accidentado.

b) Respecto del fabricante y/o importador y/o suministrador, por el criterio de la culpa en el que se fundamenta el art. 1902 CC o por la atribución automática de responsabilidad que impone la Ley general para la Defensa de los consumidores y usuarios. El art. 135 de esta ley establece un sistema de responsabilidad objetiva cuando afirma que los fabricantes, suministradores o importadores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen”, siempre que, según el art. 139, el perjudicado pruebe “el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos”. Con la finalidad de garantizar el resarcimiento de la víctima, esta ley establece además un régimen general de solidaridad, según el cual las “personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño” (art. 132 LDCU). La amplia tutela que reconoce este precepto emana de una regla de gran interés según la cual, el trabajador no es el que ha de establecer las cuotas de intervención en el nexo causal de los daños entre fabricante, suministrador y proveedor, sino que, una vez demostrado que el producto defectuoso es el que originó los perjuicios, aquél (o aquéllos) que haya sido demandado, deberá responder por el todo, desplazándose a un conflicto ajeno a la víctima el reparto de responsabilidades.

c) En la línea protectora de la víctima, la Ley de Defensa de consumidores y usuarios va más allá en la técnica de la solidaridad conectada con la extensión de responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad civil del fabricante y/o suministrador y/o importador “no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño”.

IV.3.5. EMPRESARIO Y ASEGURADORA

El contrato de seguro de responsabilidad civil, regulado en el art. 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro cubre el riesgo del nacimiento a cargo del empresario de la obligación de indemnizar a un trabajador de los daños y perjuicios causados para el supuesto de accidente del que resulte responsable civilmente el primero según se haya previsto en el contrato.

Se crea así una relación tripartita, empresario, aseguradora y trabajador, con diversos vínculos: a) entre empresario asegurado y aseguradora media un contrato de seguro, cuya finalidad es principalmente proteger al primero del “daño” de tener que pagar una indemnización; b) el empresario se ve vinculado frente al trabajador en virtud de su responsabilidad civil; c) la aseguradora se ve vinculada a satisfacer la indemnización dentro de los límites pactados al trabajador como consecuencia de su compromiso proteger al empresario asegurado. Se podría afirmar que la aseguradora, por pacto contractual, se subroga en la posición de débito del empresario responsable pasando a ser, por efecto de la ley, responsable directo frente al trabajador.

Puesto que “el art. 23 de la Ley (..) del Contrato de Seguro constituye una norma referida tan sólo a las relaciones internas entre el tomador o asegurado y el asegurador, porque el derecho del tercero perjudicado frente a la aseguradora no nace del contrato de seguro, sino del hecho determinante de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado”, los perjudicados no pueden considerarse ligados con la

entidad aseguradora por “una responsabilidad ex contractu (..) porque no han intervenido en contrato alguno, sino que se trata de una responsabilidad aquiliana (STS 1ª de 30 de noviembre de 2000, Nº de Recurso: 3511/1995).

La Sala 1ª del Tribunal Supremo “tiene repetido hasta la saciedad que existe una solidaridad impropia en los casos de responsabilidad extracontractual entre copartícipes del hecho ilícito o entre ellos y sus aseguradoras -ad exemplum, sentencias de 17 de febrero, 28 de mayo y 20 de octubre de 1982, 8 de mayo y 22 de septiembre de 1986, 24 de enero de 1989, 7 de mayo de 1993 y 19 de julio de 1996-“ (STS 1º de 13 de febrero de 2001, Nº de Recurso: 254/1996). Esta “solidaridad deriva de la unidad de prestación con objetivo único de resarcir al perjudicado, incluso sin necesidad de demandar al asegurado, por darse una acción directa contra el asegurador a virtud del artículo 76 de la Ley de contrato de seguro, de 8 de octubre de 1980, y, con anterioridad a la vigencia de ésta, reconocida por la jurisprudencia, principalmente de esta Sala del Tribunal Supremo. Siendo así, cada uno de los deudores debe cumplir íntegramente la prestación” (STS 1ª de 7 de mayo de 1993, Nº de Recurso: 3065/1990).

Según el art. 76 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, salvo en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste último el daño o perjuicio causado a tercero. El “propósito del artículo 76 de la LCS (o al menos su resultado) fue el de atribuir al perjudicado un derecho subjetivo específico e independiente del que esa víctima ostenta contra el causante del daño, susceptible por ello de ser ejercitado de manera también independiente (esto es, sin necesidad –otra cosa es la facultad- de acudir a ninguna acumulación entre esa acción y la que su mismo titular ostenta frente al agente) (R. DE ANGEL (D)).

A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. Así mismo el respeto del pacto contractual entre asegurado y asegurado justifica que la jurisprudencia haya admitido también otro tipo de acciones objetivas. Es por tanto el tema de las excepciones oponibles un tema “que ha originado una amplia polémica doctrinal en relación con el alcance concreto que deba darse a esta disposición, referida a determinadas cláusulas contractuales de exclusiones del riesgo (..). La doctrina científica más unánime y la última corriente jurisprudencial han entendido, en principio, y con 1 (..) matizaciones (..), que la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado (art. 76 de la Ley) hay que referirla a las excepciones personales, que el primero alberga contra el segundo, y no a aquéllas eminentemente objetivas, emanadas de la Ley o de la voluntad paccionada de las partes. (..) La justificación de este límite objetivo se refuerza, en la resolución que comentamos, teniendo en cuenta además el marco que los arts. 1.º y 73 de la mencionada Ley del Seguro le señalan al contrato que nos ocupa: «Dentro de los límites pactados» o «dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato»; límite contractual que hace necesario acudir a los condicionamientos objetivos tenidos en cuenta por las partes cuando crearon la fuente origen de la obligación. Pero no se detiene la función hermenéutica jurisprudencial en la admisión indiscriminada y autónoma de estas cláusulas objetivas, profundiza matizando al señalar que la exclusión de la cobertura del riesgo frente al tercero perjudicado sólo podrá ser efectiva cuando la excepción objetiva contemplada en la póliza tenga una relación directa o sea un factor determinante del evento dañoso, y no en cualquier otro caso; con lo que resultan perfectamente garantizados los derechos del tercero que sufrió el daño, sin desconocer los límites del pacto contractual “ (STS 1ª de 31 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 106663)).

En el caso, no infrecuente, de que en el proceso se encuentren como demandados el empresario y la aseguradora y entre ellos exista un desacuerdo sobre la cobertura de la póliza de seguro, el objeto de enjuiciamiento en el proceso se amplía. Es cierto que es ésta una cuestión que excede de lo planteado directamente en la demanda por el demandante, quién solicita el reconocimiento de su derecho a la indemnización de daños y perjuicios fundamentado en la responsabilidad civil del empresario. No obstante, en la medida en que se ha demandado a la aseguradora como corresponsable del pago de dicha indemnización, ésta tiene derecho a defender por qué no ha de imputársele tal obligación y se elimina una hipotética tacha de incongruencia por extra petitum. Si el juez tiene que declarar la responsabilidad solidaria, tendrá que analizar si existe tal fundamento para la solidaridad y para ello tendrá que analizar la

relación contractual entre el empresario y su aseguradora. Es cierto que en los casos en los que del asusto está conociendo un juez o tribunal laboral –que según defendíamos anteriormente debería ser la regla– aquél estará analizando un contrato mercantil entre empresas. Esto no plantea sin embargo conflictos de competencia material. Esto es un hecho aceptado en la rama de lo social, como ocurre por ejemplo en el caso de conflictos en supuestos de externalización productiva. Si no existe conformidad por parte del empresario o de la aseguradora con la solución dada por el juez que resolvió el proceso de reclamación de daños y perjuicios en lo que respecta a la relación mercantil de aseguramiento, este será un tema que podrá volver a resolverse ante los tribunales. En este caso se tratará ya de órganos del orden jurisdiccional civil y, al haber resuelto únicamente con carácter prejudicial el juez de lo social, en cumplimiento de la regla de las cuestiones prejudiciales no devolutivas que caracteriza la rama social del Derecho, el asunto será examinado en primera instancia “ex novo”. Todo ello sin perjuicio de que la parte a la que le beneficie pueda alegar como en la fase de prueba de este último proceso, como un hecho, la sentencia anterior del juzgado de lo social que se pronunció al respecto.

IV.3.6. PROCESOS CAUSALES CON PLURALIDAD DE RESPONSABLES EN LOS QUE ALGUNOS SON DESCONOCIDOS

La dinámica procesal que se crea con la responsabilidad solidaria contribuye especialmente a lograr la finalidad básica de ésta de facilitar la satisfacción del crédito del acreedor en los supuestos en los que existen dificultades de identificación de alguno de los sujetos responsables para el demandante. Este caso va a ser frecuente en los accidentes de trabajo. En ocasiones el accidente se ha visto facilitado por la intervención de terceros cuya designación como demandados y la individualización de su participación en los hechos resulta especialmente difícil para el trabajador, que no tiene acceso a muchos de los datos que componen el complejo proceso productivo a cargo del empresario.

Por propia definición, la solidaridad permite no dirigirse a todos los posibles responsable. Como razonaremos posteriormente, estos supuestos no exigen un listiconsorcio pasivo necesario. Cada responsable solidario debe responder por el todo de la deuda frente a la víctima. Por lo tanto ella dirigirá su demanda frente a quien le preste más garantías de solvencia en el pago cuando tiene libertad para elegir o, en los casos que ahora comentamos en los que se desconoce la identidad de algunos responsables solidarios o es muy difícil identificar a alguno de ellos, frente a quién la identificación es accesible.

No creemos que se puede hablar de una indefensión del responsables solidario condenado a pagar el todo, puesto que éste siempre tiene la vía de la acción de repetición para repercutir en los terceros que considere responsables el pago de la cuota de deuda indemnizatoria que les corresponda. Lo que se produce en estos casos es un traslado, por efecto de la solidaridad, de las cargas conectadas directa e indirectamente con la distribución de la condena indemnizatoria entre todos los responsables desde el demandante a los demandados por vínculos solidarios. Pero este no es un efecto perverso de la solidaridad sino que es precisamente el efecto pretendido por la misma: la facilitación y garantía del crédito de la víctima. Como dice la STS 1ª de 14 de marzo de 2008 N° de Recurso: 74/2001 “es de esencia, en la solidaridad, que el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios (artículo 1144 del Código civil) y no necesariamente contra todos y, aunque (..) es claro que la sentencia obtenida sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirá como título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso (artículo 542.1 LEC) no puede calificarse, en ningún caso, como un perjuicio para los demás deudores solidarios que el acreedor se dirija contra sólo alguno y no contra todos los deudores, pues el deudor solidario, incluso en la solidaridad impropia, responde de la totalidad de la deuda frente al acreedor, en todo caso, y tiene abierta la acción de regreso frente a los demás codeudores. Además de que la situación se produce por actos que le son claramente imputables, y que, de hecho, le son imputados por la sentencia”.

Si como decimos, no hay trato injusto frente al demandado solidario que fue condenado cuando no todos habían sido traídos a juicio, tampoco se produce situación de indefensión frente a los terceros indentificados pero no demandados –porque la sentencia no constituye título ejecutivo frente a los mismos, como luego analizaremos, ni obviamente frente a “terceros desconocidos”.

En todo caso frente a sentencias que apoyan el planteamiento que exponemos, como la STS 1ª de 13 de marzo de 1998, N° de Recurso: 390/1994, en la que se afirma que “aunque pudiera darse concurrencia de culpa de alguna otra persona, física o jurídica (..) no cabe dudar de la responsabilidad de los demandados, produciéndose solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo”,

también existe algún pronunciamiento en contra. Este es el caso de la STS 1ª de 17 de junio de 2002, N° de Recurso: 34/1997, que se construye sobre una interpretación muy estricta sobre los requisitos de acreditación en juicio de la obligación solidaria por parte del demandante. Dice esta sentencia que “la cuota en la causación del evento dañoso, cifrada en un cincuenta por ciento del total”, no “debe cargarse en virtud de la doctrina sobre la solidaridad, a los ya condenados, de modo que no tenga lugar la reducción de la indemnización señalada en el cincuenta por ciento que el Juzgador deduce de la supuesta cantidad en que hubiera consistido la condena en el caso de que los terceros desconocidos hubieran sido identificados y condenados. El precedente modo de razonar no tiene apoyo legal, ni jurisprudencial alguno. Ni siquiera la obligación solidaria que responda plenamente a las exigencias del artículo 1.137, por cuanto viniera establecida expresamente, sea por Ley, sea por convenio (la llamada solidaridad propia) cabe extenderla, ejercitada la acción de reclamación contra algún o algunos deudores solidarios, en perjuicio de las demás (artículo 1.141, párrafo segundo), cuando estos "demás", no sean conocidos, ni susceptibles de identificación, ni determinados, porque entonces falta, desde una perspectiva jurídica, la "conurrencia de dos o mas deudores en una sola obligación", ya que la existencia de las obligaciones, pide como respuesta la previa determinación de los sujetos pasivos o deudores, esto es, de los obligados al cumplimiento”.

Diferente es el tema cuando no se puede establecer los elementos básicos de la responsabilidad civil, que de existir sería solidaria impropia. Este es el caso de la STS 1ª de 28 de junio de 2006, N° de Recurso: 4796/1999, en la que falta el nexo de causalidad: “Para que surja la figura de la responsabilidad solidaria impropia en la reparación indemnizatoria de los daños procedentes de la culpa extracontractual, es preciso que no se pueda individualizar la responsabilidad de cada uno de los causantes del evento del daño. Pues bien en el presente caso no se puede dar lugar a aplicar tal técnica de la solidaridad impropia, por la simple razón de que, como ya se ha dicho con anterioridad, no se ha sabido cuál ha sido la causa u origen de la explosión causante de los daños ya indemnizados, y al no saberse tema tan esencial es imposible decir quienes y cuantos han sido los autores mediatos o inmediatos de la misma. Y no habiendo sujetos responsables no puede surgir responsabilidad ni solidaria ni individual.”

IV.4. IMPLICACIONES PROCESALES DE LA SOLIDARIDAD

IV.4.1. LITISCONSORCIO PASIVO

«La figura del litisconsorcio pasivo necesario, de creación jurisprudencial, y actualmente incorporada al artículo 12.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil , se ha definido como la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan ser afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio, y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias (SSTS 8 de marzo y 18 de mayo de 2006 , entre otras). Exige, por tanto, que estén en el pleito todos a los que interesa la relación jurídica material controvertida, por lo que tal figura sólo puede entrar en juego y producir sus efectos con respecto a aquellas personas que hubieran tenido intervención en la relación (...) jurídica objeto del litigio, pues solo los interesados en ella pueden ser estimados como litisconsortes pasivos necesarios” (Sentencia de 11 de mayo de 2007 [Recurso 2079/2000]). Es suficiente para la estimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario “que las personas no llamadas al proceso tengan un interés legítimo que pueda ser perjudicado por una resolución recaída en proceso en el que no han sido oídas, con la consiguiente conculcación del principio de bilateralidad de la audiencia, evitando la indefensión y los pronunciamientos que afectarían a personas no demandadas, incluso aunque no hayan intervenido "en la misma" relación jurídica material. (...) Desde otra perspectiva, es de reconocer, como la doctrina científica más moderna acepta, que la falta de legitimación activa se manifiesta en estos supuestos en que determinada persona actúa como demandante pero no lo hace contra todas aquellas que puedan resultar afectadas por la resolución que se dicte sin estar presentes en el litigio, por lo que el litisconsorcio pasivo necesario viene a consistir en realidad en una falta de legitimación insuficientemente (...) en que la parte actora careció de la base sustantiva necesaria para poder desarrollar su pretendida posición de facultada para ser demandante” (STS 1º de 21 de octubre de 1993, N° de Recurso: 628/1991)

El litisconsorcio pasivo necesario es una excepción, puesto que niega la libertad de configuración de la relación jurídico procesal, que como regla general se reconoce al demandante y que se concreta, entre otras, en la libertad de acumulación de acciones que los arts. 27.1 LPL y 156 LEC parecen reconocer al

demandante. En el caso de las obligaciones solidarias una regla similar se puede deducir también del art. 1144 CC. Esta “posibilidad de ejercitar la pretensión indemnizatoria contra cualquiera de los deudores o contra todos ellos simultáneamente excluye que se puedan oponer con éxito situaciones de litisconsorcio necesario (sentencias de 20 de marzo de 1975, 30 de diciembre de 1981, 28 de mayo de 1982 y 1 de julio de 1983)” (En el mismo sentido STS 1ª de 30 de setiembre de 1992, nº de recurso 780/90). Sin perjuicio de las matizaciones que se hacen en otro lugar sobre la identidad de pretensiones que para la acumulación de acciones en el orden civil exige el art. 156 LEC, cuando no todos los responsables solidarios se ven unidos al trabajador accidentado por un contrato, lo que está claro es que estos requisitos o limitaciones se contemplan como exigencia para la acumulación y para el litisconsorcio pasivo necesario. Por lo tanto, se ha de partir de la regla de libertad de las partes para elegir entre los responsables solidarios a quién se va a demandar y si se va a hacer conjuntamente o de manera sucesiva. Si resaltamos esta regla es porque nos consta que en la práctica forense nuestros jueces del orden social no están siguiéndola, imponiéndose la práctica de reunir a todos los posibles responsables frente al accidentado en el juicio, incluso se le ha dado cobertura doctrinal bautizando la solución como de un supuesto de litisconsorcio pasivo cuasi-necesario. Ello puede tener ventajas desde el punto de vista de la economía procesal y para evitar decisiones judiciales contradictorias, choca sin embargo con el sistema que diseñan las normas procesales y materiales.

En todo caso encontramos pronunciamientos del Tribunal Supremo que avalan el rigor en el respeto de las exigencias legales y así diversas sentencias sobre la materia que estudiamos han reiterado que la institución del litisconsorcio pasivo necesario no es de aplicación en el caso de obligaciones solidarias, en las que el acreedor puede instar el cumplimiento de uno de ellos, de varios o de todos a la vez (art. 1144 CC)” (STS 1ª de 11 de febrero de 2008 Nº de Recurso: 183/2001) . “Ni siquiera, la razón de orden público, subyacente en la "exceptio plurium consortium", sirve al respecto” cuando los obligados se encuentran unidos por un vínculo de solidaridad (STS 1ª de 4 de mayo de 2000, Nº de Recurso: 1956/1995????). “Siendo solidaria tal obligación de reparar el daño, el acreedor, es decir, el perjudicado, puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios (artículo 1144), por lo que queda excluida la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Lo cual ha sido una constante en la jurisprudencia en la aplicación de la llamada responsabilidad extracontractual: sentencias de 20 de octubre de 1997, 15 de diciembre de 1999, 27 de junio de 2001, 12 de abril de 2002, 16 de abril de 2003, 15 de junio de 2005 .STS 1ª de 13 de marzo de 1998, Nº de Recurso: 390/1994” “siendo también doctrina de esta Sala que en los supuestos de solidaridad impropia o por necesidad de salvaguardar el interés social en los casos de responsabilidad por ilícito culposo, con pluralidad de agentes (..) y concurrencia causal única (..), es permisible dirigirse contra cualquiera de los obligados sin necesidad de demandar a todos, de manera que no puede oponerse frente al acreedor la excepción de litisconsorcio pasivo necesario (..) (Sentencias de 3 de Enero de 1.979; 30 de Diciembre de 1.981; 25 de Mayo de 1.982; 21 de Octubre, 14 de Noviembre y 19 de Diciembre de 1.984; 7 de Febrero de 1.986; 16 de Octubre de 1.987; y 20 de Febrero de 1.989), manifestándose en el mismo sentido la de 25 de Noviembre de 1.993 y la de 1 de Junio de 1.994, con las muchas que cita) sin que pueda olvidarse que la solidaridad surge también respecto de los que directamente han de responder por otro (artículos 1.902 y 1.903), pudiendo consultarse como más recientes la Sentencia de 11 de Marzo de 1.996 y la de 14 de Diciembre de 1.996. Por otra parte, el avance jurisprudencia en beneficio del perjudicado no puede quedar sin efecto con la alegación de que el fallo puede afectar a terceros sin que fuesen oídos, ni vencidos, porque ya lo serán, en su caso, de ejercitarse contra ellos el derecho de repetición, ajeno al perjudicado” (STS 1ª de 28 de febrero de 2008, Nº de Recurso: 5218/2000)

Diferente es la solución a la que llega la STC 165/1999, de 27 de septiembre de 1999 en la que se afirma que “no deja de estar suficientemente motivada, desde la perspectiva del art. 24.1 C.E” una sentencia en la que se había admitido el litisconsorcio pasivo necesario en un supuesto en el que no había sido “demandado en el proceso el subcontratista, quien además de autor material de las obras, y, por tanto, posible responsable de los daños y perjuicios causados, había asumido la responsabilidad civil que de las mismas pudiera derivarse”. Pero entendemos que, como la propia sentencia declara, este refrendo se realiza “en atención a las indicadas circunstancias concurrentes en la persona no llamada al proceso”, en concreto, el pacto de asunción de responsabilidad que rompe la situación de igualdad de todos los responsables solidarios frente al accidentado a favor del subcontratista que en virtud de aquél acuerdo se había convertido en responsable principal. De ahí que entendamos acertadas las palabras del TC cuando dice que la admisión del litisconsorcio pasivo necesario en modo alguno puede ser calificada de “arbitraria, irrazonable o patentemente errónea. El órgano judicial, al velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, persigue la finalidad de conseguir, salvaguardando el principio de audiencia

bilateral, que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y evitar así que se dicten eventuales fallos contradictorios sobre un mismo asunto (STC 84/1997, fundamento jurídico 2.)”.

La defensa de la posibilidad de no demandar a todos los deudores solidarios por no causar indefensión a los no traídos a juicio se basa en las consideraciones que siguen, que inciden en reflexiones ya planteadas anteriormente. Lo que se va a juzgar en el proceso entablado frente a alguno de los responsables solidarios es exclusivamente su responsabilidad. Si se condena a un responsable solidario a satisfacer la indemnización es porque los elementos de su responsabilidad quedan probados y, como ésta es solidaria, debería pagar el todo de la deuda al acreedor. Sin perjuicio de que se hayan considerado probados hechos que pueden implicar a terceros, la responsabilidad de terceros no llamados a juicio no ha sido concretada. La sentencia condenatoria no va a tener efectos directos sobre los mismos. Estos solo tendrán que pagar una indemnización o parte de la misma en una acción de repetición posterior del condenado solidario frente a ellos. Pero en esta tesitura existirá la posibilidad de una defensa judicial de los presuntos corresponsables en un juicio diferente en el que se enjuicien las relaciones internas que implica la solidaridad. En este sentido la STS 1ª de 4 de diciembre de 1993, nº de Recurso: 3426/90, afirma que, como “dice la sentencia de 17 de marzo de 1993 el actor se “puede dirigir sin ninguna cortapisa la acción (..) basada en el art. 1591 contra las personas físicas o jurídicas a las que cree responsables. Si la sentencia declara, por el contrario, que no lo son, "sibi imputet", por lo que tendrá que demandar de nuevo a otras, pero sin que la sentencia obviamente pueda realizar pronunciamientos de condena ni declaración de culpabilidad de los que no han sido oídos en el proceso". El “no haber sido llamados al proceso contra todas las personas a quienes sería imputable el resultado dañoso no determina “una incorrecta constitución de la relación jurídica procesal por la falta de llamada a juicio de alguno de los (..) que a juicio de la recurrente debieron serlo, teniendo en cuenta que la sentencia que recaiga en el proceso así constituido no prejuzga la responsabilidad de los demás concurrentes (..)”, ya que, como dicen las sentencias de 30 de enero de 1990, 23 de enero de 1991 y 6 de octubre de 1992, esta repercusión de responsabilidad pertenece a las relaciones "ad intra" entre los supuestos corresponsables, que caso de haberla, no trasciende necesariamente "ad extra" frente al titular del derecho” que es el actor.

Cuando la solidaridad responde a una extensión objetiva de responsabilidad -tal como veíamos anteriormente que era la lógica en algunos de los supuestos típicos- no hay indefensión. El corresponsable solidario garante del pago de la deuda indemnizatoria, en el caso de no haber sido demandado, no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los hechos y la responsabilidad por los que ha de responder. Pero ello no supone una negación de su defensa, puesto no son hechos y responsabilidad que se le imputen personalmente. Les va a afectar directamente, puesto que la condena al causante de los daños a indemnizar a la víctima va a implicar que se les extienda la responsabilidad del pago del resarcimiento. No obstante, su actuación en lo que respecta al objeto principal del proceso -el análisis de las circunstancias en las que se produjo el accidente para determinar el derecho a que los daños sean indemnizados- no sería más que de apoyo en la defensa jurídica del sujeto que intervino en los hechos que derivaron en el accidente, con la intención de coadyuvar a su absolución, para evitar que nazca su deber de garantizar el pago de la indemnización (ésta entendemos es la lógica que explica el art. 74 de la Ley de Contrato de Seguro cuando establece que salvo “pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado (..). El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador). En lo que respecta a la defensa de su estricta posición jurídica -el título de legitimación para esa extensión de responsabilidad-, si el sujeto no ha sido demandado, va a quedar imprejuzgado. Por lo tanto va a poder defenderse ante los tribunales en el caso de que efectivamente llegase a encontrarse en la tesitura de tener que pagar el todo o parte de la deuda ante una acción de repetición y el ejercicio de la acción directa del beneficiario frente a la aseguradora.

Cuando la comunicación de responsabilidad que representa la solidaridad responde a que hubo una participación concurrente de los responsables solidarios, pero que, al no poder determinarse en el caso cuotas de participación se imputa la responsabilidad bajo la “solidaridad impropia”, la situación creemos es diferente. En estos casos, sí se está juzgando la responsabilidad de todos los presuntos corresponsables, por lo tanto, la falta de intervención de alguno de ellos en el juicio puede plantear mayores fricciones con el derecho de defensa de los que no fueron demandados. Las soluciones teóricas a esta encrucijada son las siguientes.

a) Admitir que “no repugna a los conceptos el que, para dictar sentencia, un órgano judicial tenga que enjuiciar la conducta de alguien que no es parte en el proceso” (R. DE ANGEL (D)), ya que se hace con carácter prejudicial y la condena que pueda dictarse no es título ejecutivo frente al que no estuvo en el juicio.

b) Considerar, y esta idea es propia –salvo que por error haya sido defendido en otra ocasión que desconocemos lamentablemente-, que en estos casos la regla de la falta de litisconsorcio pasivo necesario que caracteriza la solidaridad no debe ser aplicada a la especial categoría de la solidaridad impropia de creación jurisprudencial para los casos de concurrencia de causantes del daño sin posibilidad de distinción de cuotas de responsabilidad. Es la solidaridad impropia una respuesta jurídica razonable que han adoptado nuestros tribunales inspirándose en soluciones de otros Códigos Civiles de países de nuestro entorno jurídico para dar solución a este tipo de supuestos. Sin embargo, es criticable que esta misma jurisprudencia que ha introducido la solidaridad impropia no haya realizado el esfuerzo necesario para construir un régimen jurídico completo de la misma adaptado a sus especialidades (Vid. así magistralmente M. ALBALADEJO, 2003). En este terreno de las especialidades creemos que se podría defender la regla del litisconsorcio pasivo necesario. Esto se fundamentaría en el siguiente razonamiento: si, como ha declarado la jurisprudencia, esta solidaridad impropia es declarada como consecuencia de la imposibilidad de distinguir cuotas de responsabilidad, esta solidaridad no puede considerarse existente desde un inicio, sino que tendrá que ser reconocida en el proceso. Si esto es así, será necesario entonces que al proceso sean llamados y tengan la posibilidad de defenderse todos los posibles corresponsables, por ello será necesario el litisconsorcio pasivo.

En definitiva, en nuestra opinión, dentro de los supuestos de responsabilidad solidaria se debe distinguir la lógica a la que esta responde a efectos de las reglas de constitución de la litis, con el fin de compatibilizar la “justicia material”, a la que ésta responde, con la “justicia formal”, que exigen las reglas procesales y en concreto en derecho a la defensa de todos los corresponsables. Por ello en los casos en los que la responsabilidad solidaria responda a la lógica de extensión objetiva de responsabilidad como medio de garantía del pago de la deuda sin margen alguno de participación del tercero en los hechos lesivos, la regla deberá ser la de falta de litisconsorcio pasivo necesario, mientras que la regla será la contraria para los casos en los que se tenga que discutir si los daños sufridos por la víctima se deben en alguna medida al incumplimiento de varios sujetos, estando por todos ellos legitimados para defenderse en el proceso con todas las posibilidades que les otorga la condición de demandado, y no solo de tercero interesado que analizaremos posteriormente.

IV.4.2. INTERVENCIÓN DE TERCEROS INTERESADOS EN EL JUICIO

Si hemos afirmado que en supuestos de responsabilidad solidaria para que se construya correctamente la relación jurídico procesal no es necesario que se demande a todos los posibles responsables, las posibilidades en que quedan los responsables solidarios no demandados es la siguiente: a) o bien de pasividad hasta ver si existe una condena a indemnizar a la víctima y, en caso positivo, defender sus intereses en un posterior juicio frente al codeudor que quiera repetir frente a los mismos parte de la deuda saldada; b) intervenir en el juicio como tercero interesado.

El art. 54.1 pto. 2 LPL facilita esta última actuación al disponer que las resoluciones del Juez y diligencias del Secretario se notifiquen cuando así lo mande el juez a las personas o entidades a quienes puedan parar perjuicio u ostenten interés legítimo.

A partir de ahí se abren las posibilidades que ofrece la Ley de Enjuiciamiento Civil. Considerando que, según la Disposición Adicional 1ª de la LPL, en lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil, debe concluirse que la ausencia de regulación de que adolece la intervención de terceros en el proceso, debe solucionarse por aplicación de la ley procesal civil.

La pluralidad de partes a la que se refiere el Capítulo II del Título I del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil se concreta, en la materia que nos ocupa –donde está descartado en los términos antes analizados el litisconsorcio pasivo necesario-, en las siguientes posibilidades:

a) El litisconsorcio pasivo voluntario, cuando el demandante ha demandado a todos o varios de los corresponsables civiles.

b) La intervención del tercero en el proceso, que es ahora el tema que nos ocupa, y que puede producirse de diversas formas: b.1.) intervención provocada o a instancia de parte; b.2.) intervención voluntaria o adhesiva.

b.1) La intervención provocada se condiciona a que una ley admita esta posibilidad en la materia conflictiva según el art. 14 LEC. El problema en materia de corresponsables solidarios es que esta “permisión” a la que se refiere la LEC no se produce de manera expresa y creemos que tampoco puede deducirse de manera tácita de los artículos del CC sobre esta cuestión. Podrían plantearse tres posibilidades:

b.1.1.) El ejercicio del demandado de una acción declarativa frente a los corresponsables solidarios no demandados con la pretensión de que se declare su cualidad de codeudores solidarios, con vistas, en su caso, al proceso de regreso. Entendemos que es posible.

b.1.2.) El intento del responsable demandado de extender la demanda originaria frente a los codeudores no demandados por el acreedor común. Entendemos que esto no es posible, ya que esto implicaría anular el derecho de elección del acreedor solidario (T. LOPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, pp. 186).

b.1.3) El llamamiento por el demandado en garantía simple al resto de corresponsables, ejercitando en el mismo proceso el derecho de regreso del art. 1145.2 CC, a través del ejercicio de una acción de condena acumulada sucesiva y condicionada al objeto del proceso. Entendemos que esto no es posible ante la imposibilidad de poder encontrar la permisión legal a la que se refiere el art. 14 LEC en el art. 1145.2. CC (vid. T. LOPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, p. 187).

b.2) La intervención voluntaria o adhesiva en el proceso es posible mientras se encuentre pendiente un proceso si se acredita tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito (art. 13.1 LEC). El interés de los corresponsables solidarios no demandados es evidente puesto que el demandado, en caso de ser condenado, podrá dirigirse frente a ellos en una acción de regreso. Lo mismo ocurre en el caso de la aseguradora ante reclamaciones posteriores del condenado en virtud del contrato de seguro. De las dos modalidades que la doctrina plantea en la intervención voluntaria, la simple y la litisconsorcial, la que nos interesa a nosotros es esta última. En los casos de responsabilidad solidaria todos los corresponsables son titulares de la relación jurídica objeto del proceso y habrían podido ser partes originarias del proceso si la víctima demandante se hubiera dirigido frente a ellos (vid. al respecto S. OROMÍ VALL-LLOVERA, pp. 19 y ss.). El régimen de esta intervención es regulado por el art. 13 LEC: 1. la solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento; el tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días; 2. admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa; 3. se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones se dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días; 4. el interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte. Se comprueba así cómo la posición del interviniente en el proceso no es de mero coadyuvante de las partes originarias sino que defiende sus intereses en el proceso y se le reconocen facultades para hacerlo. La sentencia dictada en el proceso afecta al interviniente voluntario litisconsorcial; produce efectos directos –no reflejos como ocurre en la intervención voluntaria simple-, con la consiguiente vinculación por la cosa juzgada. La relación jurídica material enjuiciada era única y única es la sentencia dictada, vinculando a todas las partes por igual, salvo en el caso excepcional de que el tercero interviniente hubiese interpuesto reconvencción, único caso en el que se habría ampliado el objeto del proceso.

En definitiva, la intervención de un corresponsable no demandado inicialmente en el juicio siempre dependerá de la iniciativa de éste y no de los efectivamente demandados. No procede en estos casos la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ni la intervención provocada –ni siquiera en los accidentes en la construcción de edificios al no ser aplicable la Ley de Ordenación de la Edificación, que reconoce esta posibilidad (vid. G. M. SERRANO ESPINOSA)). Ello es efecto de la solidaridad. No obstante la libertad del demandante de elegir quién se encontrará en la parte demandada cede por el derecho a la tutela judicial del tercero que tiene intereses legítimos en el pleito y desea hacerlos valer. Esta es la salida que permite además que se garantice la dirección de la defensa jurídica del responsable por su

aseguradora, como suele pactarse en la mayoría de los casos y la ley presume para el caso de que las partes no hayan dicho nada al respecto (art. 74 Ley de contrato de seguro).

IV.4.3. AMPLIACIÓN DE LOS DEMANDADOS A INSTANCIA DEL DEMANDANTE

Cuando, tras haber interpuesto la demanda contra alguno de los corresponsables solidarios en virtud de la posibilidad que le proporciona el art. 1144 CC, el demandante tiene interés en ampliar los inicialmente demandados tiene dos posibilidades:

- a) La ampliación de la demanda mientras la posibilidad no haya precluido.
- b) La acumulación de procesos tras haber presentado una demanda separada frente a los corresponsables que no fueron demandados en el primer proceso. Ante el silencio de la LPL sobre esta posibilidad, dado que en la responsabilidad solidaria existe una relación material única que une a los posibles codemandados, y en aras del principio de economía procesal, entendemos aplicable subsidiariamente el régimen de acumulación de procesos regulado en los arts. 74 y ss LEC.

Este supuesto de deseo del demandante de demandar a sujetos no demandados originariamente se deberá en la mayoría de los casos al riesgo de que se declare en juicio que la responsabilidad no correspondía a los demandados, por serlo a terceros que quedaron fuera del proceso. Siempre que a los demandados actuales les sea imputable en alguna medida la responsabilidad solidaria, los intereses del demandante se deberán ver satisfechos, reconociéndose en sentencia el deber de los demandados de satisfacer toda la deuda indemnizatoria, sin perjuicio de posteriores acciones de regreso.

En todo caso, una vez que se hubiese dictado una sentencia absolutoria por parte del juez, el demandante siempre podría dirigirse contra los terceros, sin que la sentencia primera despliegue ninguna fuerza de cosa juzgada, por ser las partes del segundo juicio diferentes.

IV.4.4. LITISPENDENCIA

Debemos recordar que conforme a reiterada jurisprudencia "la excepción (del artículo 533.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) tiende a evitar que sobre un mismo punto sometido con anterioridad a la decisión de otro Tribunal se produzcan, al ser examinadas en el litigio posterior, en que la pretensión se actúa, resoluciones contradictorias y sólo cabe proponerla cuando en juicio de igual naturaleza está otro Juzgado o Tribunal conociendo de la misma cuestión y en los propios términos que la planteada en el pleito en que aquélla se deduce, de modo que la sentencia dictada en uno produzca la excepción de cosa juzgada en el otro" (STS 1º de 19 de marzo de 2001, Nº de Recurso: 799/1996).

El problema reside en determinar si concurren las identidades subjetivas y objetivas determinantes de la litispendencia cuando se entablan procedimientos paralelos frente a diversos responsables solidarios. Las dudas se acrecientan en los casos frecuentes en los que no todos los corresponsables se ven unidos a la víctima por un contrato si no se admite que pueda el trabajador plantear frente al empresario una reclamación por responsabilidad extracontractual, ya que en estos casos el título de imputación de responsabilidades sería diverso.

La solución que vienen dando los tribunales y la doctrina a este respecto es de inaplicación de la litispendencia. A partir de la exigencia de identidad subjetiva entre las pretensiones para que pueda admitirse en el segundo pleito la excepción de litispendencia, la diferencia de identidades entre los corresponsables niega la misma. Esto implica un riesgo de obtener sentencias contradictorias, dada la íntima relación entre una causa y otra, al fundarse la pretensión en unos hechos y una causa de pedir similares o muy próximos. Esto sin embargo es un riesgo que acepta nuestro sistema como volveremos a comprobar cuando analicemos el problema de la cosa juzgada.

En todo caso, al ser posible una ampliación de la demanda por parte del demandado y la intervención voluntaria del interesado en el proceso inicial, el espacio para la litispendencia es reducido. Parece que su interés principal es el de permitir al demandante dirigirse al corresponsable que no demandó inicialmente y, en muchos casos, no llegará a sustanciarse el segundo proceso entablado sobre los hechos que dieron lugar al accidente de manera aislada, puesto que las partes podrán solicitar la acumulación de procesos.

IV.4.5. PRECLUSIÓN

El art. 400.1 párr. 1 de la LEC establece, como analizábamos anteriormente, que cuando “lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”. Una interpretación literal de este precepto podría hacer pensar que implicaría la carga de acumular las acciones frente a todos los posibles demandados que pudiesen dar satisfacción a los intereses cuya protección se reclama. Esto tendría importantes consecuencias en los casos de responsabilidad solidaria, al imponer dirigir la demanda – fundamentada en todos los posibles hechos y fundamentos jurídicos- frente a todos los posibles responsables solidarios.

Esta interpretación ha de descartarse en nuestra opinión por dos razones:

- a) Una regla general en la interpretación del ordenamiento jurídico: no se deben hacer interpretaciones extensivas de normas restrictivas de derechos. Aunque el art. 400.1 párr. 1 LEC no haya hecho referencia explícita a la identidad subjetiva, ésta ha de ser considerada elemento esencial de la preclusión. El “artículo 400.2 de la LEC regula el tratamiento procesal de la preclusión de acciones que establece el artículo 400.1, 1, remitiéndose a las excepciones de litispendencia y de cosa juzgada. Si, como es sabido, la *res iudicata* sólo opera *inter partes* puede fácilmente llegarse a la conclusión de que los sujetos que identifican la acción ejercitada han de ser los mismos que identifican la acción precluida. Debe repararse que en la LEC, en su art. 222.3, permite el ejercicio de una acción conexa, por identidad de sentencia de fondo firme, distinguiéndose ambas sólo por el sujeto demandado. Y no sería lógico que, al mismo tiempo, la LEC, en su artículo 400.1.1, estuviera prohibiendo el ejercicio de acciones que se distinguen mucho más claramente de otras acciones ya decididas con fuerza de cosa juzgada, pues son diversas no sólo en razón de la persona del demandado sino también en razón de su causa de pedir” (E. VALLINES GARCÍA, p. 233).
- b) Una regla específica en materia de responsabilidad solidaria: extender los efectos de la preclusión a terceros potenciales demandados implicaría una negación del derecho de elección característico de solidaridad inadmisibles.

En conclusión, el demandante tiene la carga de acumular las acciones eventuales de responsabilidad civil que pueda tener frente a uno de los responsables solidarios (responsabilidad contractual y extracontractual normalmente) como consecuencia de la regla de preclusión del art. 400.1 LEC. No obstante, de no haber obtenido sentencia reconociendo su derecho a la indemnización podrá dirigirse posteriormente al resto de posibles responsables solidarios.

IV.4.6. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES

“La cuestión de la prescripción de la acción de responsabilidad civil cuando se ha producido un supuesto de solidaridad impropia, ha experimentado una evolución bien conocida en la jurisprudencia (...). Hasta las sentencias de 23 junio 1993 y 13 octubre 1994, se seguía el criterio aplicado por la Audiencia Provincial, de acuerdo con la cual, el artículo 1974 CC se aplicaba a la responsabilidad extracontractual cuando debía condenarse solidariamente a varios causantes por el mismo daño. Sin embargo, estas sentencias se apartan de la doctrina general. El problema se planteó en la STS de 14 marzo 2003, que provocó la reunión de la Junta General de los Magistrados de la Sala 1ª quienes con fecha 27 marzo 2003

, tomaron el acuerdo siguiente: «el párrafo primero del artículo 1.974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente». Las sentencias de 14 marzo y 5 junio 2003 introdujeron la salvedad de que lo acordado debía entenderse "sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado".

A partir de estas resoluciones, la Sala 1ª ha aplicado el acuerdo de una manera uniforme, de la que son testimonios las sentencias de esta Sala de 6 junio 2006 y 28 mayo 2007 , que expresa la doctrina consolidada de esta Sala de acuerdo con la que "si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y sólo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes" (STS 1ª de 19 de octubre de 2007, N° de Recurso: 4095 / 2000).

La cuestión radica entonces en determinar la naturaleza de la solidaridad que concurre en el caso, y según lo que se expone en la jurisprudencia, parece que, al menos a estos efectos de la prescripción de acción, cabe adoptar un concepto amplio de esta categoría jurisprudencial de la solidaridad impropia. La solidaridad en la materia que nos ocupa, que se deriva de la concurrencia de diversos sujetos en el proceso causal del accidente de trabajo, vendría por tanto a identificarse con todas las modalidades de responsabilidad solidaria que no son fruto de la ley o pacto contractual. Por lo tanto en estos casos "para interrumpir válidamente el plazo de prescripción de un año, a que se refiere el art. 1968.2º del Código Civil , es imprescindible requerir judicial o extrajudicialmente de modo individualizado, a cada uno de los posibles implicados en el hecho dañoso, sin que los efectos interruptivos, derivados del requerimiento dirigido a uno de ellos, se haga extensivo o aproveche a los demás" (STS 1ª de 9 de octubre de 2007, N° de Recurso: 2528/2000).

En el caso de la responsabilidad solidaria entre empresa asegurada y aseguradora se debe tener en cuenta que "el art. 23 de la Ley (..) del Contrato de Seguro constituye una norma referida tan sólo a las relaciones internas entre el tomador o asegurado y el asegurador , porque el derecho del tercero perjudicado frente a la aseguradora no nace del contrato de seguro, sino del hecho determinante de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado". Los perjudicados no pueden considerar ligados con la entidad aseguradora por "una responsabilidad ex contractu (..) porque no han intervenido en contrato alguno, sino que se trata de una responsabilidad aquiliana cuyo plazo prescriptivo es de un año, como señalan, entre otras, las sentencias de 15 de noviembre de 1986, 23 de febrero de 1991, 25 de junio de 1993 y la más reciente de 19 de septiembre de 1998. Al no poderse aplicar el plazo de prescripción del art. 23 de la Ley 50/1980, a una relación extracontractual entre los perjudicados y las aseguradoras y ejercitarse una acción derivada del art. 1902 y concordantes del Código civil el plazo de prescripción es el de un año recogido en el art. 1968,2 del mismo texto legal en la forma y circunstancia señaladas en el art. 1969" (STS 1ª de 30 de noviembre de 2000, N° de Recurso: 3511/1995)

IV.4.7. COSA JUZGADA

La referencia a la cosa juzgada tiene diferentes sentidos. La "autoridad de la cosa juzgada" se predica de las resoluciones fruto del enjuiciamiento definitivo de un asunto. Esta es la cosa juzgada formal frente a la que se reconoce también la cosa juzgada material. Esta última designa la fuerza de una resolución firme frente a futuras decisiones que tenga que tomar los órganos jurisdiccionales en asuntos conectados con aquél resuelto por la decisión judicial firme. Dentro de la misma se ha distinguido el efecto negativo y el efecto positivo de la cosa juzgada material. El efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material, consiste en "aquel efecto de la sentencia firme, vinculante de este modo sobre un pleito ulterior, que pretende evitar un segundo proceso sobre el mismo objeto que se ventiló en el precedente, derivado del principio jurídico 'non bis in idem', que no permite que una contienda judicial ya dilucidada por sentencia firme, pueda volver de nuevo a plantearse" (Sentencia de 23 de febrero de 2007, con cita de las de 20 de septiembre de 1996 y 19 de junio de 1998). El efecto positivo o prejudicial se caracteriza, "como señala la Sentencia de 1 de diciembre de 1997 , porque «no puede resolverse en un proceso ulterior un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes, pues lo resuelto por la sentencia firme recaída en el proceso anterior, con respecto a dicho

tema o punto litigioso, tiene efecto vinculante o prejudicial en el segundo proceso entre las mismas partes», con la consecuencia de que la triple identidad (de personas, cosas y causas de pedir) que ha de concurrir”. “En consecuencia, si la identidad objetiva concurre con las otras dos, el efecto que producirá la sentencia firme es el negativo, impidiendo someter nuevamente a juicio el objeto ya resuelto, pero si los objetos de ambos pleitos difieren, o no son plenamente coincidentes, ello no es óbice para extender al segundo pleito lo resuelto en el primero respecto a cuestiones o puntos concretos controvertidos que constan como debatidos, aunque sea tan sólo con carácter vinculante y prejudicial, no impidiendo que el órgano judicial del segundo pleito decida sin sujeción en todo lo restante que constituye la litis” (STS 1ª de 12 de junio de 2008, recurso nº 1073/2001).

La clave por tanto de la cosa juzgada en la comprobación de las identidades expuestas y estas no concurren en los supuestos de solidaridad que nos ocupan. Cuando la solidaridad “que se impone en la sentencia no es la denominada "propia", sino la "tácita" derivada de la naturaleza de la obligación de indemnizar los daños (...) cuando esta se atribuye a varios sujetos, sin que sea posible la fijación individualizada de la participación de cada uno de ellos en la causación del daño. Es esta una solidaridad, que cabe llamar "procesal" pues se origina en la propia sentencia condenatoria y que no existía con anterioridad (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1994 y 19 de diciembre de 1995, entre otras). Peculiaridad derivada de esta nota caracterizadora es que esta especie de solidaridad se agota en la sentencia, de manera que no es posible hacer proyecciones o extrapolaciones de la solidaridad fuera de otros sujetos que no hayan sido demandados y condenados. En la actualidad, además, tampoco a las obligaciones solidarias propias podría aplicarse la extensión de la cosa juzgada, conforme a los "vínculos de solidaridad" que preceptuaba el párrafo tercero del derogado artículo 1.252 del Código civil, ya que la referencia en cuestión ha sido suprimida en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)” (STS 1ª de 17 de junio de 2002, Nº de Recurso: 34/1997)

En consecuencia la sentencia que se pueda dictar sobre la responsabilidad civil de algunos de los corresponsables del accidente de trabajo no tendrá fuerza de cosa juzgada frente a los que no fueron demandados. Quedan así protegidos los derechos de estos últimos de defenderse jurídicamente ante la pretensión de pago de la indemnización que se pudiese plantear ante ellos. La sentencia dictada anteriormente tendría únicamente la fuerza de un hecho a efectos probatorios en un segundo juicio. En el caso de ser de condena, la defensa de los intereses del corresponsable en un segundo pleito buscaría una sentencia absolutoria y por tanto contradictoria. Una paradoja de nuestro sistema pero hoy por hoy asumida por el mismo.

IV.4.8. EFECTOS DEL RECURSO PLANTEADO POR ALGUNO DE LOS CORRESPONSABLES SOLIDARIOS SOBRE LOS DEMÁS NO RECURRENTES

La absolución o condena dictada en recurso “se mantiene respecto de quien no recurrió la sentencia, pues como dicen las Sentencias de 13 de febrero de 1993, 17 de julio de 1984 y 24 de Noviembre de 2005 , los efectos de la actuación procesal de los condenados, alcanzan a los coobligados solidarios, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta, y que hace de toda lógica que, la declaración anulatoria de la condena al pago, respecto de uno de los obligados solidarios, por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, afecte, con igual extensión, a los demás que con él fueron condenados”; doctrina aplicable por ejemplo al caso “en que la estimación del recurso interpuesto se funda, no en causas subjetivas afectantes a la recurrente, sino en la culpa exclusiva de la víctima” (STS 1ª de 15 de junio de 2006, Nº de Recurso: 4671/1999)

Cuando “el Juez a quo impuso, con tal carácter solidario, el abono de determinadas cantidades, ha de afirmarse que los efectos de la actividad procesal de uno de los condenados alcanza a su coobligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta, que hace de toda lógica que la declaración anulatoria de la condena al pago, respecto de uno de los obligados solidarios, por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, afecte, con igual extensión a los demás que con él fueron solidariamente condenados ya que otra cosa iría contra la naturaleza y conexidad del vínculo solidario proclamado en los arts. 1141, 1148 y siguientes del Código Civil” (STS 1ª de 25 de septiembre de 2000, Nº de Recurso: 3011/1995).

En el caso concreto en que recurso es planteado por solo alguno de los condenados solidarios en instancia, los efectos de la recurso no podrán afectar negativamente al que fue absuelto en instancia. La

doctrina de la Sala 1ª del TS es clara a este respecto y “determina que ningún codemandado puede instar la condena del otro codemandado absuelto si el actor no ha apelado la sentencia. (Por todas las emblemáticas sentencias de 17 de febrero de 1.992)” (STS 1ª de 6 de febrero de 1997, Nº de Recurso: 222/1993).

IV.4.9. SOLIDARIDAD Y NATURALEZA CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL DE LA DEUDA SOLIDARIA

Negar la responsabilidad extracontractual entre empresario y trabajador plantea fricciones en supuestos de responsabilidad solidaria, en el que se demande conjuntamente a sujetos con los que la víctima tiene un vínculo contractual y otros no. La deuda de los responsables solidarios es única, por lo que la responsabilidad que se impute por su incumplimiento deberá ser de la misma naturaleza. Demandar conjuntamente al empresario y a otro causantes del daño exige fundamentar la reclamación en el único nexo común posible, que –en los casos en los que parte de los demandados no tienen suscrito un contrato con la víctima- será la responsabilidad extracontractual. Dar solución a este tipo de supuestos es una de las ventajas de mantener la teoría de la opción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, frente a las posturas que mantienen la exclusividad de la primera. Si admitimos, como hace la mayoría de la doctrina y jurisprudencia civil, que en casos de daños provocados por un sujeto que se ve unido a otro por un contrato, existe una concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual, de manera que la víctima puede elegir fundamentar su reclamación en una u otra responsabilidad, al quedar a disposición la responsabilidad extracontractual no surgen dudas.

En los casos en los que existe responsabilidad empresarial solidaria la relación jurídico-procesal es también única. Como establece el art. 1144 CC las reclamaciones que se hayan entablado contra alguno de los responsables solidarios “no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo”. Por lo tanto, si el trabajador hubiese decidido en primera instancia dirigirse solamente frente a un responsables o frente a varios y con todos ellos tiene un vínculo contractual no existiría problema alguno en plantear contra ellos su reclamación en virtud del art. 1101 y ss CC en un primer proceso y posteriormente en su caso dirigirse a otros en virtud del art. 1902 CC. Pero el problema surge cuando en una misma ocasión el demandado quiere traer al juicio a varios de los responsables cuando no tiene con todos ellos un vínculo contractual. El “acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente” (art. 1144 CC). En nuestra opinión, en estos supuestos lo que no se debería negar es la responsabilidad contractual de éstos como hace alguna sentencia relevante (por ejemplo la STS 1ª de 15 de enero de 2008, nº de recurso 2374/2000) sino precisamente lo contrario. Este parece ser el razonamiento que inspira la STSJ de Aragón de 27 de septiembre de 1999 (AS 3077), en la que se afirma que la competencia del orden jurisdiccional civil para resolver el supuesto de un accidente causado de manera concurrente por un empresario y un compañero del trabajador accidentado, ya que este último no responde como consecuencia de la relación laboral y “motivos litisconsorciales (..) impiden el desdoblamiento del conocimiento de la cuestión en dos órdenes, con quiebra de la continencia de la causa y evidente riesgo de resoluciones contradictorias”.

IV.4.10. SOLIDARIDAD, DEUDA EXTRA CONTRACTUAL Y ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

En todo caso, no creemos que la argumentación que acabamos de exponer a favor de la responsabilidad extracontractual como fundamento de la deuda solidaria a indemnizar a la víctima cuando no todos los deudores se encuentran vinculados a la misma por un contrato, deba ser utilizada para admitir la competencia del orden civil en estos casos. Como explicábamos anteriormente, el tema de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad debe ser independiente del tema de la jurisdicción competente y existen argumentos de peso para justificar que este ha ser el orden jurisdiccional social.

En todo caso, no creemos que a estos argumentos que solucionarían el problema de la indeterminación de orden jurisdiccional competente deba añadirse el que sigue: en los supuestos en los que se acumulen acciones de “responsabilidad extracontractual o de otro tipo” derivada de los mismos hechos, por ejemplo frente a terceros, éstas “tienen una naturaleza subsidiaria, y por tanto de coexistir con una acción de naturaleza contractual dirigida contra el empresario esta última atraería hacia sí la competencia, que quedaría residenciada en el orden social, al igual que ocurren en las reclamaciones que por pólizas de seguros se hace (cuando son seguridad social complementaria) contra empresarios y compañías de

seguros” (STSJ de Galicia de 10 de junio de 2000 (AS 1717). El carácter prioritario de la responsabilidad de uno de los deudores solidarios frente al otro, aunque pudiese parecer atractivo y razonable, creemos que es ajeno a la lógica de la solidaridad.

Para los casos en que el empresario es la Administración, el debate no se plantea entre el orden civil y el social, como veíamos hasta ahora. Se produce entre el orden civil y el contencioso-administrativo. Pero en estos supuestos la ley nos ha dado ya la respuesta a las dudas que planteábamos. El art. 9.4 de la LOPJ, en su redacción dada por la LO 19/2003, ha dado solución a este tipo de problemas cuando el empresario sea la Administración. Los tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.

IV.4.11. JURISDICCIÓN COMPETENTE CUANDO SOLO SE DEMANDA A LA ASEGURADORA POR LA ACCIÓN DIRECTA DEL ART. 76 LCS

El otro supuesto conflictivo es el de que se demande de manera exclusiva a la aseguradora en virtud de la acción directa del art. 76 LCS. En estos casos la jurisdicción civil es la que se presenta como competente dada la relación jurídica del trabajador accidentado como tercero beneficiario de un contrato mercantil entre empresario y aseguradora. Esta jurisdicción se plantea así como alternativa a la social, en los casos de contrato de trabajo para empresarios privados. Este desvío del enjuiciamiento del caso a la jurisdicción civil se plantea problemático porque, aunque es cierto que, al ejercerse la acción directa la pretensión del demandante se centra en el reconocimiento del derecho a la indemnización que ha de derivarse del análisis de un contrato de seguro, presupuesto indispensable -para determinar si se cumplen los requisitos contractuales para la obligación de indemnizar por parte de la aseguradora- es que se determine si hubo responsabilidad civil del asegurado. Aquí reside el problema. La jurisdicción competente que tendría que haber conocido de esta responsabilidad sería en principio la social cuando el empresario para el que trabajaba el accidentado era privat.

La atracción hacia el orden civil de una responsabilidad del empresario que en principio habría de conocer el orden social no se ha planteado hasta ahora especialmente problemática para la doctrina y jurisprudencia, dada la poca firmeza y consenso con el que se admite dicha competencia exclusiva del orden social y porque el argumento de la *vis* atractiva del orden civil ha satisfecho el conflicto. Mayor debate ha suscitado sin embargo el examen de la responsabilidad de la Administración que se produciría en estos casos por oponerse a la regla de competencia exclusiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo establecida por el art. 9.4 LOPJ. La jurisprudencia y doctrina se debate entre: a) la postura que entiende que esta regla del art. 9.4 LOPJ debe respetarse sin fisuras, por lo que los tribunales del orden contencioso-administrativo serán los competentes para conocer de las reclamaciones de la indemnización planteadas a la aseguradora exclusivamente; b) lo que entienden que en estos casos, al analizarse sólo de manera prejudicial la responsabilidad de la administración y al tratarse del demandado de un sujeto privado, la competencia corresponderá al orden jurisdiccional civil (así R. DE ANGEL (D)).

V. LA PROBLEMÁTICA CONCURRENCIA DE INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES Y DEL TRABAJADOR EN LA PRODUCCIÓN DEL ACCIDENTE

La intervención de la víctima en la producción de los daños que ella misma padece tiene una gran trascendencia para sus propios intereses, puesto que reduce o anula la posibilidad de compensar aquellos. Pero dicha importancia choca con las grandes inseguridades que existen en el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de esta cuestión. No existe acuerdo sobre su fundamento normativo, ya que hay quienes lo sitúan en el art. 1103 CC, otros en el art. 114 CP y otros que mantienen que no encuentra apoyo legal expreso en nuestro sistema. No existe acuerdo sobre si es un problema de culpabilidad, de causalidad o de imputación objetiva. No existe acuerdo a la hora de encontrar un fundamento a esta atribución de “autoresponsabilidad”, dudándose entre la existencia de cargas o deberes de autoprotección o en la

calificación de abusividad de la acción de resarcimiento. Se apela con inseguridad al criterio de asunción de riesgos, sin justificar con claridad la distribución de esferas de responsabilidad entre trabajador y empresario, en un marco que presenta especiales dificultades a tal admisión, al tratarse de un contrato dominado por la idea de subordinación. No existe acuerdo jurisprudencial sobre la amplitud de los efectos exoneradores o sólo reductores de la conducta de la víctima, siendo utilizado como uno de los expedientes para la objetivación de la responsabilidad. En conclusión, el problema de la denominada “culpa de la víctima”, en nuestro caso, del trabajador accidentado, representa una incertidumbre más, que se une a la larga lista de dificultades que caracterizan la responsabilidad civil por accidentes de trabajo (un intento de dar respuesta a estos interrogantes con detenimiento en B. GUTIERREZ-SOLAR CALVO, (A) 2004, pp. 194 y ss.).

Estas incertidumbres se explican en gran medida en las dificultades para legitimar la limitación del derecho al resarcimiento por la falta de un principio general en el Derecho de daños de un deber de proteger los intereses propios. Esto no existe sin embargo en la materia de prevención de riesgos laborales que nos ocupa. En los supuestos de responsabilidad civil por accidentes de trabajo sí encontramos verdaderos supuestos de incumplimiento de deberes de autoprotección (inscritos en la situación jurídica compleja de la potestad empresarial de prevención de riesgos laborales que da lugar a una posición de deber-poder empresarial frente a la que nace una correlativa posición de derecho-deber del trabajador – sobre esta construcción que se separa de la explicación común de las posiciones de empresario y trabajador a partir del binomio obligación contractual del primero frente a derecho subjetivo de crédito del segundo, al que se imputan además unos deberes legales por el art. 29 LPRL, cfr. B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, 1999, pp. 189 y ss.), que permitirían hablar con precisión de una asunción de responsabilidad por parte del trabajador, que justificase la merma de su derecho al resarcimiento por parte del empresario.

Es la temeridad de la conducta del trabajador el único supuesto en el que se puede ver afectado el derecho de resarcimiento de este último, y ello se produce por impedir la imputación objetiva de los daños al empresario en virtud de la aplicación de los criterios del fin de protección de la norma o del riesgo típico de empresa. No se trata de un problema de culpabilidad de la víctima, ni tampoco de causalidad. No quiere decir esto que conductas no temerarias del trabajador que sí suponen un incumplimiento de sus deberes de autoprotección en materia de seguridad y salud en el trabajo queden impunes y sean indiferentes para el Derecho. Estos incumplimientos han de ser sancionados por el peculiar “poder disciplinario de prevención de riesgos laborales” inscrito en su potestad de seguridad y salud en el trabajo. Pero en el ámbito de la responsabilidad civil, de corte resarcitorio no punitivo, no existe razón para la exoneración del empresario de su deber de resarcir los daños que puedan serle imputados objetivamente y subjetivamente. Lo que siendo un planteamiento general en materia de Derecho de daños encuentra especial apoyo en un sistema donde el ordenamiento ha impuesto deberes al empresario de neutralizar la lesividad de la conducta del trabajador a través de la obligación de diseñar las medidas preventivas teniendo en cuenta “las distracciones o imprudencia no temerarias que pudiera cometer el trabajador” (art. 15.4 LPRL).

En la responsabilidad civil por accidentes de trabajo no se debería en nuestra opinión, y a diferencia de la solución dada por abundante jurisprudencia, admitir supuestos de reducción del deber empresarial de indemnizar en virtud de la atribución parcial de los daños al trabajador. Las especialidades que en esta materia representan la imposibilidad de aplicar el criterio de asunción del riesgo por parte la víctima, y principalmente, la existencia de los deberes empresariales de vigilancia y de adoptar medidas preventivas que anulen los efectos lesivos de posibles distracciones e imprudencias no temerarias del trabajador, llevan a nuestro parecer a esta solución. Cuando haya existido una conducta temeraria del trabajador, el empresario se verá liberado de su responsabilidad indemnizatoria, ya que en este caso, el daño sólo será atribuible a la víctima. Mientras no exista tal conducta temeraria del trabajador, los daños serán atribuibles al empresario por el incumplimiento de sus deberes preventivos que deberían haber anulado la eficacia lesiva de la imprudencia del trabajador o, desde las coordenadas de la responsabilidad por riesgo, por haberse realizado el riesgo típico de empresa que absorbe los efectos lesivos de conductas imprudentes no temerarias del trabajador (vid en este sentido la STS 1ª de 11 de junio de 2008 (Nº de Recurso: 458/2001)). Por lo tanto, en materia de responsabilidad civil por accidentes de trabajo, la conducta imprudente del trabajador sólo es relevante en casos de temeridad. Mientras no se dé tal temeridad la imprudencia no influirá en el deber de resarcir del empresario, pero cuando sí concurra dicha imprudencia temeraria ésta influirá decisivamente exonerando al empresario de todo deber de indemnizar.

VI. LA CONCURRENCIA DE VIAS COMPENSATORIAS DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO

VI.1. LA PROTECCIÓN POR ACCIDENTES DE TRABAJO DE LA SEGURIDAD SOCIAL CONCURRENTE CON LA INDEMNIZACIÓN: ¿SOCIALIZACIÓN DEL RIESGO O SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL?:

En los últimos años se ha detectado en la jurisprudencia una interpretación del sistema público de protección social por accidentes de trabajo que lo identifica con un sistema de aseguramiento de la responsabilidad civil del empresario. El principal exponente de esta tendencia “subjetivista” es la STS 4ª de 30 de septiembre de 1997 (RJ 6853), seguido por numerosos pronunciamientos, en la que se afirma que, al existir ya gracias a la protección de seguridad social “en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (...) una protección de responsabilidad objetiva, venir a duplicar ésta por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana, que nunca podrá ser universal como la prevenida en la legislación social ni equitativa entre los distintos damnificados, como la legislada, más que ser una mejora social se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad. Por ello, en este ámbito, la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que están ya previstas e instauradas, con más seguridad y equidad” (Cfr. DESDENTADO BONETE, pp. 417 y ss., J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., p. 132).

Se comprueba cómo esta tendencia se construye sobre la interpretación de la supervivencia de la teoría de la responsabilidad en nuestro sistema de seguridad social. Se considera que el sistema normativo de protección por accidentes de trabajo “ha ido mejorando los mecanismos de cobertura integrándolos en un sistema público, pero no ha alterado el fundamento de la protección en la responsabilidad civil del empresario. En 1900 se define esta responsabilidad como objetiva, en 1932 se establece la obligación de asegurarla y en 1966 el seguro se convierte en público al excluir de la gestión a las aseguradoras privadas. En esta evolución, el seguro de accidentes de trabajo mantiene su carácter de seguro de responsabilidad civil del empresario, con el que se protege, desde luego, al trabajador pero a partir del aseguramiento de la responsabilidad del empresario que, en otro caso, debería hacer frente directamente a la reparación” (A. DESDENTADO BONETE, A. DE LA PUEBLA PINILLA, pp. 646-647).

Esta cuestión es un tema crucial en el diseño del sistema de compensaciones de los daños derivados de los accidentes de trabajo (cfr. y su articulación, afectando especialmente al espacio que pueda reconocerse a la responsabilidad civil por riesgo, ya que la interpretación del sistema de seguridad social como un sistema de aseguramiento de la responsabilidad civil objetiva del empresario daría argumentos –aunque no irrefutables creemos– para cuestionar la admisión de la misma. El dilema que se le plantea al intérprete es el siguiente (Sobre este debate en general y desarrollando estas posibilidades en particular, incluso añadiendo, como ejercicio teórico, otra hipótesis, la lógica del seguro de personas, cfr. B. GUTIÉRREZ-SOLAR, (B), 2004, pp. 363 y ss.):

- a) Interpretar que la protección de la seguridad social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales responde a la lógica de un seguro de responsabilidad civil. Dentro de esta línea se puede distinguir a su vez dos posibilidades: a.1) Entender que se trata de un mecanismo de cobertura de la responsabilidad civil de corte objetivo del empresario; a.2) Considerar que cubre tanto la responsabilidad civil objetiva como la subjetiva.

A su vez estas variantes se deben combinar con la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, ya que en ocasiones se ha identificado la seguridad social como un sistema de aseguramiento de la responsabilidad civil pero sólo en su vertiente contractual.

- b) Interpretar que la protección de seguridad social responde a la lógica moderna de la seguridad social como un sistema de socialización de los riesgos que afectan a la población, en este caso de los accidentes de trabajo, por la realización de actividades peligrosas, aunque aceptadas por ser beneficiosas para sociedad en su conjunto, de manera que la protección compensadora de daños no respondería a la lógica del aseguramiento, sino al de una red de protección social ante el infortunio.

Dependiendo de cuál sea la interpretación adoptada, diferentes serán las conclusiones en relación, no a la compatibilidad de vías indemnizatorias (prestación de seguridad social e indemnización) –tema que será analizado posteriormente–, sino de compatibilidad de las propias vías resarcitorias, el sistema público de seguridad social y la responsabilidad civil.

Por otro lado consideramos que algunos de los efectos positivos para el sistema que se pretenden derivar de la interpretación del sistema de protección por accidentes de trabajo de la seguridad social como un

sistema de aseguramiento de la responsabilidad civil del empresario son relativos y no compensan las objeciones que plantean:

a) Se ha mantenido que uno de estos efectos positivos es contribuir a aclarar el sistema de articulación entre compensaciones de los daños (prestación de seguridad social e indemnización). Pero en nuestra opinión la solución del problema de acumulación de compensaciones ya se consigue por los principios básicos de la responsabilidad civil, sin necesidad de apoyarse en interpretaciones del sistema de seguridad social, puesto que el respeto de la prohibición del enriquecimiento injusto impide desde un inicio que daños que ya se han compensados por una determinada vía (el lucro cesante que parcialmente se ha visto resardido por la prestación de seguridad social) puedan ser compensados adicionalmente por la vía de la responsabilidad civil.

b) Se mantiene que, “con la negación del actual aseguramiento de la responsabilidad empresarial, sin modificar el régimen vigente, lo que se sostiene es que los empresarios tienen que pagar dos veces: una a través de las primas a la Seguridad Social, que no actúan como seguro de su responsabilidad, y otra a través de la indemnización “civil”, que se acumula sin límites a las prestaciones de la Seguridad Social financiadas con las primas. Si se quiere mantener la coherencia, la eliminación del aseguramiento de la responsabilidad empresarial en la Seguridad Social exige la eliminación dentro de ésta de la protección de los accidentes de trabajo” (DESDENTADO, p. 440). Coincidimos con el autor en la necesidad de explorar esta última vía eliminación de las divergencias de protección entre los accidentes comunes y profesionales, como ya exigiera la Ley de Bases de Seguridad Social, pero por necesidad de profundizar más en la lógica de un sistema de socialización de riesgos -que creemos, ya inspira la protección actual sobre la materia- (vid. J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, 2007), y no por la necesidad que plantea el autor de no penalizar al empresario. Y esto por la sencilla razón de que creemos que el sistema actual no solo no le perjudica económicamente al empresario, sino que le beneficia notablemente. No existe tal doble pago, porque como decíamos antes, el sistema del derecho común de daños no permite al trabajador reclamar una indemnización al empresario si el daño ya ha sido compensado por otra vía, lo que ocurre parcialmente, respecto del lucro cesante, a través de la seguridad social, que compensa parte de la pérdida del salario, y a través del sistema nacional de salud, que sufraga el tratamiento médico y parcialmente el farmacológico. Lo que se produce en todo caso es un favorecimiento del empresario, porque gracias a la protección de seguridad social se ve exonerado de pagar en gran parte uno de los conceptos indemnizatorios más importantes, el lucro cesante. Luego no paga dos veces, sino que paga menos de una vez, si tomamos como referencia lo que tendría que compensar mediante el sistema de responsabilidad civil de imponerse éste de manera aislada. Esta diferencia a favor del empresario se corresponde con la existente entre, la cuantía de las cuotas que dan lugar al pago por la seguridad social de la prestación y la cuantía de la prestación de seguridad social que va a recibir el trabajador y que se resta en su globalidad del lucro cesante que compone la indemnización civil. Una vez que se produce este favorecimiento del empresario pueden darse dos explicaciones:

a) una que lo justifica y da cobertura al explicarlo desde la lógica de un seguro de responsabilidad civil, que se entiende inspira nuestro sistema de seguridad social, pero que casi inevitablemente aspira, por coherencia, a la exoneración total del empresario de las necesidades de compensar los daños directamente al trabajador accidentado;

b) una que admite una socialización parcial de la responsabilidad y de los daños, porque al fin y al cabo, aunque hay un sujeto responsable, la actividad económica que implica riesgos, algunos de ellos inevitables, es beneficiosa para la sociedad en su conjunto. El sistema desde esta óptica es coherente, de manera que no cuestiona una exoneración parcial de los “costes de compensación de la víctima” al empresario, pero tampoco admite que esa exoneración sea total. El sistema habría puesto un tope general a esa exoneración, ya que solo puede ir referida a uno de los posibles daños producidos a la víctima, el lucro cesante concretado en el pérdida de salarios, de manera que el resto de daños, cuya compensación exige el propio Tribunal Constitucional, como luego analizaremos, han de ser indemnizados necesariamente a través del sistema paralelo de la responsabilidad civil. Terreno éste perteneciente al Derecho privado de daños, con una lógica por tanto diferente, autónoma y unitaria, donde creemos no debemos tender los laboralitas a proyectar nuestras interpretaciones específicas. Esto implica, entre otras muchas cosas, tratar a la víctima de los accidentes de trabajo de la misma forma que a las víctimas de otros accidentes. Esto conlleva, por ejemplo, no aislarla del fenómeno general de la admisión de la responsabilidad por riesgo, que permitiría aumentar las posibilidades de resarcimiento integral de los daños, es decir, reforzar también las posibilidades de resarcimiento de los que no han sido contemplados por el sistema de seguridad social (el lucro cesante salarial), o de la tendencia a la admisión de la opción de acciones entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual. En nuestra opinión, otra interpretación distinta a la que ahora realizamos nos llevaría al resultado difícil de admitir de que flaco favor realiza el sistema de seguridad social al teórico beneficiario, al aislarle de los mecanismos paralelos

que el Derecho común ha desarrollado para favorecer la tutela a los que se encuentran en su situación, por mucho que ello vaya acompañado de la garantía y automaticidad en el pago que es solo de parte de las compensaciones –parcialmente el lucro cesante solo salarial-, lo que en gran medida ya se consigue con un simple seguro privado de responsabilidad civil.

En definitiva, no creemos que se pueda rechazar con firmeza la posibilidad de localizar en nuestro sistema ciertos rasgos que evoquen la lógica de aseguramiento de responsabilidad empresarial, lo que resulta lógico dada la importancia de esta construcción en el origen de nuestro sistema de protección social por accidentes de trabajo. Otra cosa muy diferente es mantener que nuestro sistema actual siga respondiendo principalmente a dicha lógica. Esto supone relativizar la importancia del mismo art. 41 de la CE, donde la finalidad que se deduce sus palabras, de garantizar la protección ante situaciones de necesidad, se vería relegada ante la finalidad primaria de proteger al empresario frente al hecho de tener que hacer frente al pago de las indemnizaciones al trabajador.

Tampoco creemos que de lege data nuestro sistema legal actual ofrezca una base sólida para aferrarse a dicha interpretación conservadora del modelo español de seguridad social como seguro de responsabilidad civil (en B. GUTIÉRREZ-SOLAR, (B), 2004, pp. 375 y ss, intentamos demostrar cómo los rasgos de nuestro sistema actual de protección social por accidentes de trabajo en los que se pueden encontrar reminiscencias de un sistema de aseguramiento de responsabilidad son compatibles con otras interpretaciones del sistema, lo que justifica que puedan haber pervivido, pero cuestiona que su existencia pueda alegarse como prueba irrefutable de esa pervivencia). Sobre todo, además, no creemos que sobre esta base precaria se pueda asumir una inaplicación del Derecho común de los contratos –en lo que se refiere a las responsabilidades indemnizatorias y su apertura a la responsabilidad por riesgo- en los contratos de trabajo, lo que dificultaría la compensación de daños que ni el propio sistema de seguridad social pretende resarcir.

A esta crítica se unen consideraciones de política jurídica, entre las que cabe destacar, a nuestro entender, principalmente dos:

a) La cuestionable utilización de un sistema público de protección social para la exoneración total o parcial de responsabilidades privadas del empresario, por razones de legitimidad y coherencia misma de la construcción, por razones de protección financiera de la seguridad social y por los efectos desincentivadores de la prevención de riesgos laborales (a este respecto nos remitimos a las reflexiones posteriores sobre cómo el sistema de seguridad social tiene la posibilidad de penalizar al empresario incumplidor de las medidas de prevención, que origina un gasto para el sistema público, que se corresponde con el pago de la prestación al trabajador, y que, frente a técnicas más severas -como ocurre en el Reino Unido donde se repercuten los costes en el seguro empresarial-, en España se limitan al recargo de prestaciones de la seguridad social que implica el pago de entre un 30 o un 50% de la prestación)

b) La necesidad de no excluir a las víctimas de los accidentes de trabajo del sistema de resarcimiento de daños del derecho común de daños, ni totalmente (como defienden algunas voces intentando extrapolar construcciones de Derecho comparado extrañas a nuestra realidad jurídica) ni parcialmente, por ejemplo, aislándolas del fenómeno jurisprudencial común de objetivación de la responsabilidad civil. Esto podría provocar importantes fricciones con el principio de igualdad e incumplimientos de los mandatos constitucionales derivados del respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales a la vida e integridad física y psíquica. En este sentido el Tribunal Constitucional en su sentencia 181/2000 de 29 de junio, en la que se afirma que el art. 15 CE “condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad –según la expresión literal del art. 15 CE- de todo su ser, sin disponer de exclusiones justificadas” (f.j. 9). La prestaciones de la seguridad se dirigen a compensar sólo algunos de los daños provocados por el accidente de trabajo, la necesidad económica por el exceso de gastos o la falta de ingresos que aquél genera y el tratamiento sanitario. La compensación -que además no es íntegra, sino de sólo unos de los posibles daños, las consecuencias económicas de la pérdida temporal o permanente de capacidad laboral- no responde a estas exigencias de reparación integral que impone la Constitución. Si el cumplimiento de este mandato constitucional exige admitir la compensación de todos los daños producidos en la medida más ajustada posible, creemos que no se debe negar a las víctimas de los accidentes de trabajo la aplicación de los mecanismos que el Derecho de daños ha desarrollado para conseguir estos fines. Si la responsabilidad por

riesgo es admitida en el Derecho común de daños, debemos admitirla en los accidentes de trabajo. De hecho la reparación de los daños personales provocados por actividades empresariales es uno de los supuestos sobre los que mayor preocupación y consenso ha habido en la evolución del Derecho del Daños emancipadora respecto de los esquemas subjetivistas de la responsabilidad por culpa. El dato de que la idea de la cobertura de la responsabilidad empresarial haya estado en el origen de la mayoría de los sistemas de seguridad social modernos, no tiene que suponer un lastre para la aplicación de técnicas adicionales de reparación que ofrece el Derecho común. El hecho de que el sistema de protección por accidentes de trabajo de la seguridad social surgiese históricamente para dar solución a las deficiencias que la aplicación única de la responsabilidad civil planteaba en este ámbito, no justifica que, los progresos evolutivos que ha disfrutado el Derecho común de Daños no puedan ser extendidos de manera adicional y articulada al sistema específico de protección de seguridad social.

VI.2. LA CUANTIFICACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES CIVILES DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO

VI.2.1. LA REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO INDEMNIZABLE

La valoración de los daños ocasionados por el accidente de trabajo es esencial en la responsabilidad civil, siendo el juez el que finalmente determina la indemnización concreta que compensa económicamente dichos daños. En el marco de la responsabilidad contractual de los arts. 1101 y 1006 CC y de la responsabilidad extracontractual del art.1902 CC rige en la reparación de daños un principio de reparación íntegra, de tal forma que la indemnización cuantificada debe ser suficiente y adecuada para compensar plenamente todos los daños y perjuicios ocasionados (con carácter general, ver L. DIEZ PICAZO, 2000, pp.307-329). Este principio de reparación íntegra del daño es aplicado, reiteradamente, en la responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo (entre otras, sala 4ª, SSTS 17 de Febrero de 1999, Rec.2085/98,2 de Octubre de 2000, Rec.2393/99, 18 de Febrero de 2002, Rec.1866/01, 21 de Marzo de 2002, Rec.2239/01, 8 de Abril de 2002, Rec.3825/03, 7 de Febrero de 2003, Rec.1636/02, 9 de Febrero de 2005, Rec.5398/03, 1 de Junio de 2005, Rec.1613/04, 24 de Julio de 2006, Rec.776/05, 3 de Octubre de 2007, Rec.2451/06, y 30 de Enero de 2008, Rec.414/07).

La reparación íntegra del daño causado en un accidente de trabajo con responsabilidades empresariales implica la plena compensación económica del daño emergente y del lucro cesante.

1º) El *daño emergente* ocasionado por el accidente de trabajo, teniendo en cuenta todos los datos médicos. El daño emergente abarca tres conceptos que deben ser diferenciados :

a) Los *daños físicos* directos e indirectos, comprendiendo las secuelas físicas, que pueden condicionar la vida de la víctima. Los daños constatables médicamente deben abarcar los evidentes y las secuelas físicas que puede arrastrar la víctima durante su vida, durante un tiempo transitorio o con carácter permanente.

b) Los *daños materiales* ocasionados en forma de gastos de asistencia médica y otros gastos asociados al accidente de trabajo, que han mermado el patrimonio de la víctima. Los gastos derivados del accidente deben ser recompensados económicamente.

c) Los *daños morales* acreditados en la esfera personal, laboral, familiar y social. Los daños morales implica valorar las secuelas psíquicas en la víctima y el impacto del accidente en su situación familiar, laboral y social anterior, siendo daños también cuantificables económicamente, pese a su marcado carácter extrapatrimonial.

2º) El *lucro cesante* originado por el accidente de trabajo y reflejado en la pérdida de renta del accidentado durante el tiempo de imposibilidad de desarrollo de una actividad laboral. El accidente merma los ingresos salariales y el patrimonio de la víctima, lo que debe ser tenido en cuenta en la cuantificación de la indemnización civil. La indemnización compensa, así, no sólo la pérdida sufrida, sino también la ganancia económica dejada de obtener a raíz del accidente.

La indemnización civil debe, por tanto, reparar el *daño emergente*, directo e indirecto, material y moral, y el *lucro cesante* ocasionados por el accidente de trabajo, lo que obliga al juez a comparar la situación previa y posterior de la víctima antes del hecho acaecido, tanto en su patrimonio como en su

dimensión personal, laboral, familiar y social, con el objetivo de proceder a la reparación íntegra de los daños y perjuicios causados.

Esta dinámica indemnizatoria tiene singularidades en los accidentes de trabajo con resultado de muerte del trabajador. En estos casos, está admitida sin problemas la acción indemnizatoria a título hereditario de los daños y perjuicios causados, sobre la base del art.659 CC. La compensación de los daños patrimoniales del daño emergente y del lucro cesante en la víctima son transmisibles por vía hereditaria, siendo más problemática la transmisión de los daños morales (B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, 2004, pp.106-107). Sin embargo, por el cauce admitido de la reparación de los daños causados por el fallecimiento del trabajador a los allegados familiares, se puede compensar esta dimensión moral en el círculo familiar de la víctima, reproduciendo, con matices, el esquema de las indemnizaciones sin resultado de muerte.

Esta estructuración del daño tiene consecuencias jurídicas y prácticas porque el juez debe valorar y cuantificar cada dimensión del mismo, sin que quepa una valoración global. Como afirma la STC 13 de Junio de 1986 esta tasación estructurada y motivada de los daños es una exigencia del derecho de tutela judicial efectiva que evita la indefensión de las partes con vistas a una posible impugnación. Por tanto, como bien precisa la STS, sala 4ª, 17 de Julio de 2007, Rec.4637/05, el juez, en el accidente de trabajo, debe diferenciar y valorar el daño físico, material y moral, y el lucro cesante, atribuyendo a cada uno un valor determinado hasta alcanzar la suma de la indemnización total. De igual manera, la posible compensación de las cuantías estimadas debe hacerse entre elementos homogéneos sin que proceda compensar parte de lo cuantificado por daño emergente con lo calculado por lucro cesante y viceversa o ir compensando daños materiales o con daños morales. La operación judicial necesita de una valoración de cada dimensión del daño que, sumada y sólo compensada entre conceptos homogéneos, exprese una reparación íntegra y equitativa de la víctima.

La reparación íntegra del daño tiene, en sentido contrario, la consecuencia de evitar un enriquecimiento injusto de la víctima, porque, como también reitera la jurisprudencia (por todas, sala 4ª, STS 30 de Enero de 2008, Rec 414/07), la compensación económica no puede exceder el daño o perjuicio sufrido. Las acciones de responsabilidad civil por daños sólo tienen la pretensión de compensar lo perdido o dejado de percibir, o en el plano moral lo ocasionado, sin la intención de aumentar injustificadamente el patrimonio de la víctima. Por tanto, el límite de la cuantificación de una indemnización es el enriquecimiento injusto del accidentado. Ello implica aplicar la técnica de la complementariedad o acumulación relativa de las, en su caso, distintas indemnizaciones percibidas en distintos órdenes jurisdiccionales por los mismos daños porque, de aplicar el criterio opuesto de la acumulación absoluta, se llegaría a un enriquecimiento injusto (J. ROMERAL HERNÁNDEZ, 2008, p.3). Las diferentes indemnizaciones son compatibles pero complementarias, con el fin del resarcimiento íntegro, pero una posible acumulación de acciones no conduce a una suma de indemnizaciones que supera el daño total sufrido.

La reparación íntegra del daño en los accidentes de trabajo plantea, en su aplicación práctica, algunos interrogantes que irán siendo despejados, a continuación, sobre la base de criterios jurisprudenciales y con reflexiones jurídico-críticas : a) ¿es compatible la reparación íntegra con la aplicación analógica del baremo de indemnizaciones de accidentes de tráfico?; b) ¿se deben computar los intereses por demora en el pago de las indemnizaciones; c) ¿se debe restar de la cuantificación del daño las prestaciones sociales derivadas del accidente de trabajo; d) ¿se debe restar de la cuantificación del daño las mejoras voluntarias derivadas de accidente de trabajo?; e) ¿se debe restar de la cuantificación del daño el recargo de prestaciones sociales derivado del accidente de trabajo?. Todas estas dudas parten de la premisa incuestionable de la reparación íntegra del daño pero sus respuestas abren condiciones diversas que cambian los criterios de cuantificación económica por parte de los jueces. Por ello, aún partiendo del principio de reparación íntegra, el desarrollo de estas cuestiones tiene enorme trascendencia en el cálculo final de las indemnizaciones civiles en los accidentes de trabajo con responsabilidad empresarial.

VI.2.2. LA APLICACIÓN ORIENTATIVA DEL BAREMO DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTES DE AUTOMÓVIL

Una de las cuestiones tradicionalmente más conflictivas en materia de responsabilidad civil es la valoración y cuantificación de los daños que ha de realizar el demandante al ejercitar la acción de responsabilidad y a la que se tiene que enfrentar el juez al decidir sobre la misma, lo que se agudiza cuando éstos son personales, como ocurre en gran medida con los accidentes de trabajo. Como vamos

a analizar a continuación, es éste un problema sobre el que la última jurisprudencia de la Sala 4ª del TS ha decidido introducir claridad y seguridad, a través de la aplicación analógica del baremo de daños de la normativa de los accidentes de tráfico. Sin perjuicio de lo loable de un intento de eliminar inseguridad jurídica, la pregunta que se le plantea al intérprete es la de hasta qué punto para solucionar un tema tan complejo es válido el recurso a una solución tan sencilla, o si el hecho de que no se haya acudido a la misma con anterioridad de manera generalizada en el Derecho de daños es porque existen objeciones de calado al respecto. Nosotros somos de esta última opinión en lo que se refiere a la responsabilidad por culpa.

La clave para analizar esta cuestión se encuentra en las diferencias esenciales que caracterizan al sistema de responsabilidad por culpa y al de responsabilidad de corte objetivo, analizadas anteriormente en este trabajo. En un sistema de responsabilidad por culpa, que pivota sobre un juicio negativo relativo a la conducta del causante de los daños, el principio de reparación íntegra del daño rige sin matizaciones (sin perjuicio de todas las dificultades que tiene su concreción). En un sistema de responsabilidad de corte objetivo, en el que prima la reparación del daño sobre los juicios sobre conductas desde la óptica de la justicia distributiva, la lógica económica del cálculo de costes ligada a la tasación del montante indemnizatorio es asumible.

Las tablas de baremación de daño son ajenas por tanto a un sistema de responsabilidad por culpa y características de un sistema de responsabilidad objetiva. Por ello la directriz de la utilización analógica de tablas propias de un sistema de corte objetivo, como es el caso de las que regula el RDL 8/2004 para los accidentes de circulación, cuando se está analizando un supuesto de responsabilidad civil desde los parámetros de la responsabilidad por culpa choca con los principios básicos del sistema de resarcimiento, por mucho que sus objetivos de acabar con la inseguridad jurídica sean deseables.

El sistema de responsabilidad por culpa aspira a la reparación íntegra del daño, que es incompatible con una tasación legal de los daños, que es fijada con carácter general sin atender a las peculiaridades del caso. Por lo tanto, el sistema asume resignadamente la inseguridad que esto implica. El sistema de responsabilidad civil de corte objetivo tiene la ventaja de esta seguridad que ofrece la tasación del daño, pero no porque el legislador caprichosamente haya decidido solo otorgar esta solución a este tipo de responsabilidad, sino porque el respeto de los principios básicos del Derecho de daños implica que sólo cuando el sistema de responsabilidad civil se estructura sobre el principio de la distribución de riesgos, a partir de fundamentos de imputación subjetiva como el beneficio y el control de la fuente de riesgo, donde el cálculo de costes del responsable es un valor, esto es posible.

La cuestión se podría resumir en los siguientes equilibrios: a) en la responsabilidad civil por culpa se asume una incertidumbre respecto de la existencia de reparación de los daños, puesto que ésta se condiciona a la acreditación de la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta del causante de los mismos, pero una vez que la responsabilidad está determinada, la reparación de los daños aspira a ser íntegra, lo que es difícil de articular con la aplicación de baremos que fijan el “valor” de los daños acreditados de manera generalizada; b) en la responsabilidad civil de corte objetivo, existe certidumbre en el reconocimiento de la pretensión de resarcimiento (que es automático en los sistemas de responsabilidad objetiva en sentido estricto o que se condiciona a la acreditación de que el causante de los daños es aquél que se beneficia de la actividad que ha originado los daños o que controla la actividad cuyos riesgos se han materializado en perjuicios en la responsabilidad por riesgo) pero la obligación del agente de los daños de asumir las consecuencias lesivas que la actividad peligrosa que desempeña tiene para otros, se articula, dentro de una lógica económica que haga permisible el cálculo previo de costes-beneficios o cálculo de riesgos de la actividad, en la seguridad de los costes que implica la tasación de la indemnización.

Lo que resulta una disfunción teórica y una opción cuestionable desde el punto de vista de política jurídica es alterar estos esquemas, con el resultado de –por aplicar los instrumentos de la certeza de costes a un sistema ajeno al mismo, donde rige la incertidumbre en la reparación– romper los equilibrios expuestos, con un balance claramente negativo para el que ha sufrido el accidente de trabajo y pretende su reparación.

Una vez que se hemos sentado estas premisas teóricas que permitirán un estudio crítico sobre la materia que nos ocupa, pasamos a analizar cuál está siendo la posición de nuestros tribunales. Como declara, entre otras, la STS, sala 1ª, 15 de Enero de 2008, Rec.1395/08, en estos casos pueden ser

utilizados los baremos “por vía de orientación”, sin vincular en ningún caso al juez. De igual manera se pronuncia la sala 4ª en, por ejemplo, la STS 30 de Enero de 2008, Rec.414/07, cuando afirma que los órganos judiciales pueden acudir “analógicamente” a otras normas del ordenamiento que ante determinadas secuelas o daños establezcan unos módulos indemnizatorios. Esta aplicación orientativa, por la vía de la analogía, de los baremos indemnizatorios suele centrarse en la tabla de accidentes de tráfico articulada en el RDL 8/2004, que, en ningún caso, vincula u obliga al juez en la cuantificación económica del daño. Sólo es una tabla orientativa de referencia que no conlleva determinar las mismas indemnizaciones.

En este sentido, es obligado traer a colación la STC 181/2000 que, en la línea de las afirmaciones que hacíamos al principio de este epígrafe, admite la constitucionalidad de las tasaciones de daños indemnizables, siempre que no establezcan cuantías insuficientes que atentarán contra la dignidad de la persona, pero, en caso de culpa de tercero, exigen la reparación íntegra del daño sin limitaciones cuantitativas. Conforme al TC, la reparación de daños patrimoniales imputables subjetivamente a terceros no admite limitaciones cuantitativas, de tal manera que la indemnización debe concederse en su totalidad atendiendo a los daños acreditados por el perjudicado (LF.REGLERO CAMPOS, 2004). Por tanto, la aplicación orientativa del baremo de accidente de circulación en accidentes laborales con culpa empresarial debe siempre computar los daños acreditados en el juicio, sin ser viable, ni legal ni constitucionalmente, una automaticidad del juez respecto al baremo sin motivación alguna.

Pese a estas consideraciones, la STS, sala 4ª, de 17 de Julio de 2007, Rec.4637/05, sientan un criterio importante si el juez decide manejar analógicamente el baremo de accidentes de tráfico en la siniestralidad laboral. La sala 4ª del TS afirma que, si se utiliza el baremo por referencia y el juez decide apartarse del mismo en algún punto debe razonarlo porque cuando una tasación se sujeta a determinadas normas no cabe apartarse de ellas, sin razonar los motivos, ya que se impone la necesidad de que la sentencia sea congruente con las bases que acepta. Esta posible revisión en recurso del manejo judicial del baremo es discutible porque la aplicación es analógica y referencial, sin vinculabilidad judicial, lo que podría justificar la ausencia de coherencia máxima en su manejo.

Es cierto que la aplicación del baremo de accidentes de tráfico en la responsabilidad civil de accidentes de trabajo otorga seguridad jurídica, disminuye los conflictos judiciales, al ser previsibles los pronunciamientos de los jueces, facilita la valoración del daño, sobre todo del daño moral sujeto al subjetivismo, y coopera al trato idéntico ante daños iguales. Por ello, la STS, sala 4ª, 17 de Julio de 2007, Rec.4637/05, incluso sugiere su aplicación al vertebrar y objetivizar la cuantificación por cada concepto. Sin embargo, esta aplicación, como ha sido precisado por la misma sentencia, se efectúa sobre escenarios bien distintos que exige, en todo caso, factores correctores que deben ser motivados por el juez en caso de acudir a esta vía orientativa. El baremo de circulación establece diferentes indemnizaciones por los distintos conceptos que se contemplan en sus seis tablas, con cantidades acumulables en cada concepto. Sobre las tablas del RDL 8/2004 el juez debe tener en cuenta el cobro de prestaciones sociales del accidentado que, como luego se expondrá, cubren parte o todo del lucro cesante, y los márgenes de valoración de la culpa empresarial en la cuantificación de los daños físicos y morales, siendo lógica la fijación motivada de cuantías superiores a las marcadas por los baremos de circulación aún existiendo, en apariencia, un idéntico daño. El principio de reparación íntegra del daño, con una estructuración sectorial del mismo, impide una vinculación a estos baremos y exige al juez una labor de adaptación con las mínimas exigencias de motivación judicial.

Esta labor de adaptación exige ir comparando la valoración judicial del daño acreditado con las tablas del RDL 8/2004, como sucede en las importantes, al respecto, SSTs, sala 4ª, 17 de Julio de 2007, Rec.4637/05, que juzgan la compensación del cobro de prestaciones sociales por incapacidad temporal y permanente, que cubren el lucro cesante, con, respectivamente, las tablas V y IV. En el primer caso, la sentencia afirma que el perjudicado debe percibir al menos el 100 por 100 del salario cobrado al tiempo del accidente y que las prestaciones sociales percibidas no pueden compensarse con la indemnización de la tabla V mientras las mismas no superen ese 100 por 100. En el segundo caso, la sentencia admite la compensación entre la prestación por incapacidad permanente con el factor corrector por perjuicios económicos de la tabla IV de circulación pero de manera matizada porque la citada tabla tiene en cuenta el perjuicio por la inactividad laboral pero también el ocasionado en la actividad habitual y otras ocupaciones de la víctima, de tal manera que no es posible reducir del factor de corrección de la tabla IV la totalidad de la prestaciones, sino sólo aquella proporción de la misma que el juez considere destinada al trabajo, ya que la misma incluye también la actividad cotidiana. El contraste entre prestaciones sociales por incapacidad permanente y los factores correctores económicos del baremo de circulación exige una

labor ponderada y matizada del juez que vuelve a demostrar la ausencia de automaticidad en la analogía entre los accidentes de tráfico y de trabajo. Y esta compleja labor judicial de compensación de cantidades homogéneas, revisable en recurso, dificulta tanto la aplicación del baremo que puede terminar desincentivando su utilización.

El posible manejo del baremo de accidentes de tráfico obliga a resolver el problema de cuantificar los daños en el momento del accidente laboral o en el momento de la sentencia, puesto que dicho baremo se actualiza periódicamente cada año conforme al IPC. Como afirman las citadas SSTs, sala 4ª, de 17 de Julio de 2007, la tesis del accidente es nominalista, pues atiende a la deuda nominal, mientras que la teoría de la sentencia es de valoración, porque articula una deuda de valor en el momento de su cuantificación judicial. La sala IV del TS se decanta por la “tesis de la valoración”, ya manejada por la jurisprudencia civil, porque la restitución íntegra del daño exige tener en cuenta la inflación en el momento de la sentencia e impedir depreciar progresivamente la valoración del daño desde el accidente (M. CORREA CARRASCO, 2007, p.61). Es una opción razonada que, si el juez maneja analógicamente el baremo, indemniza los daños causados conforme al valor actual de los mismos. No existe, por ello, enriquecimiento injusto del accidentado puesto que no se le paga más por cuantificar los daños desde la sentencia sino que se evita que la inflación desde el accidente hasta el pronunciamiento judicial deprecie el daño y se pague menos de lo debido.

En definitiva, el baremo de accidentes de tráfico del RDL 8/2004 puede ser útil, como criterio meramente orientativo, en la cuantificación de las indemnizaciones civiles por responsabilidad por culpa derivadas de accidentes de trabajo pero, en cualquier caso, con una compleja labor añadida del juez de actualización, adaptación y de compensación de conceptos homogéneos, con el objetivo final de la reparación íntegra del daño ocasionado por la responsabilidad empresarial por culpa. Sólo en los casos de responsabilidad civil por riesgo, en los casos en los que se admita, puede asumirse que la aplicación como referencia de un baremo de daños pueda tener como resultado una diferencia entre los perjuicios reales y los perjuicios que se pretende indemnizar.

En todo caso la admisión del sistema de baremos de accidentes de tráfico como referencia para la ordenación del sistema de compensaciones por accidentes de trabajo se debe realizar con las mayores cautelas posibles. Debemos asumir y profundizar sobre las críticas que voces acreditadas han realizado a este sistema, que se pretende asumir como referencia. Estas críticas van desde su tacha de inconstitucionalidad (F. PANTALEÓN (I)) hasta su crítica en el terreno de la política jurídica, como es el caso de L. DÍEZ-PICAZO (B), que afirma que la opción por el baremo de daños de accidentes de vehículos motor arrancando “como es notorio, de un problema que se planteaba a las compañías de seguros, se produce una limitación del resarcimiento de los daños y perjuicios, no sólo en beneficio de estas compañías, sino también de los causantes de los daños, pues la cuantificación de las indemnizaciones y la aplicación de los límites indemnizatorios se produce tanto en relación con el asegurador como en relación con los causantes de los daños. No es éste un buen sistema, tanto desde un punto de vista del derecho de los perjudicados al resarcimiento, como desde el punto de vista de lo que se puede considerar como la prevención general (...). Es conveniente que los costes de los accidentes no se externalicen y no queden enteramente separados de las actividades que sean responsables de ellos. Esto es, cabalmente, lo que la Ley lleva a cabo, pues una parte de los costos de los accidentes es puesta a cargo de los accidentados”.

VI.2.3. EL PAGO DE INTERESES POR LOS RESPONSABLES Y ASEGURADORAS

Las indemnizaciones civiles por accidentes de trabajo pueden estar asociadas al pago de intereses por mora, dado el transcurso del tiempo entre la fecha del accidente y la fecha de la sentencia de condena y sus correspondientes recursos. Conforme a los arts.1100 y 1108 CC, incurren en mora los obligados desde que el acreedor les exija el cumplimiento de su obligación, corriendo desde entonces el interés legal hasta el cobro debido. A su vez, el art.576 LEC establece unos intereses por mora procesal desde la sentencia de reconocimiento de la deuda. Respecto a las entidades aseguradoras, el art.20.4 LCS establece un interés anual por mora igual al de interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue más el 50 por 100, sin necesidad de reclamación judicial, matizando que transcurridos dos años desde el siniestro el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100. El pago de la indemnización por daños más los intereses legales y procesales afecta a los responsables y a las aseguradoras en las demandas de accidentes de trabajo. Sobre estas bases jurídicas pueden mantenerse dos tesis de alcance general, sin perjuicio del examen singular del art.20 LCS que efectuó posteriormente.

1ª Tesis del interés por mora desde la *sentencia*. El cobro de intereses sólo puede surgir desde la certeza en la responsabilidad del accidente y desde la cuantificación clara de los daños. La mora sólo surge desde el pronunciamiento judicial, siendo exclusivamente procesal, conforme al art.576 LEC.

2º Tesis del interés por mora desde la *reclamación judicial*. El cobro de intereses por mora se activa desde la reclamación judicial del accidente de trabajo porque los arts.1108 y 1100 CC hablan de exigencia de la obligación debida sin espera de un pronunciamiento judicial de condena. Ambos preceptos son compatibles y distintos a los intereses procesales del art.576 LEC.

La caída en mora y el cómputo del interés legal desde la sentencia o desde la reclamación judicial del accidente de trabajo tiene una importante repercusión económica en la determinación de la indemnización definitiva. En un caso no se aplican intereses de mora, y sólo comienzan los procesales, y en el otro se debe actualizar la indemnización conforme a los intereses desde la reclamación judicial hasta la sentencia.

La sala IV del TS ha tenido ocasión de afrontar este problema recientemente, acogiendo la tesis de la *reclamación judicial* y aplicando los intereses legales sobre la indemnización cuantificada en sentencia. La STS, sala 4ª, 30 de Enero de 2008, Rec.414/07, fija con claridad un criterio importante como es la aplicación del interés legal de los arts.1108 y 1100 CC en los accidentes de trabajo desde la reclamación judicial, diferenciando las moras procesales, de los arts.576 LEC y 20 LCS, de las moras legales, que nacen desde la exigencia de la deuda. Como afirma la sentencia, en los accidentes de trabajo no se debe excluir el debido de los intereses fijados en los arts.1100 y 1108 CC, desde la reclamación y por el exclusivo interés legal, sin perjuicio de la regla y excepciones de las moras procesales de los arts.576 LEC y 20 LCS, siendo intereses diversos y no excluyentes. Conforme a esta sentencia, la reparación íntegra de los daños exige aplicar los intereses legales desde las reclamaciones judiciales de los accidentes de trabajo, siendo una cuantía que indemniza a la víctima el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener si hubiera sido compensando debidamente en su momento por el daño causado. Los frutos, por el paso del tiempo, de la indemnización fijada deben repercutir en el patrimonio del demandante y no beneficiar a la parte que se opuso a la reclamación. La sala 4ª del TS aplica los criterios generales de la sala 1ª del TS en reclamaciones de deudas y proyecta los intereses legales en las reclamaciones judiciales por accidentes de trabajo, con notables consecuencias económicas, teniendo en cuenta los dilatados tiempos entre las reclamaciones y las sentencias. Como afirma la STS 30 de Enero de 2008, Rec.414/07, las deudas en favor del trabajador, y ésta es una de ellas, genera intereses desde la interpelación judicial y de manera automática, lo que obliga al juez a añadirlos en la indemnización definitiva.

Por su parte, la compleja aplicación del art.20 LCS a las entidades aseguradoras en las demandas de accidentes de trabajo ha sido resuelta en las SSTS, sala 4ª, 16 de Mayo de 2007, Rec.2080/05, y 17 de Julio de 2007, Rec.513/06. Antes de valorar estas sentencias se debe partir de la referencia de la STS, sala 1ª, 1 de Marzo de 2007 sobre esta cuestión, que abre dos criterios interpretativos. El primero, la teoría del tramo único, que aplica el 20 por 100 de interés automáticamente una vez transcurrido el segundo año tras el accidente. El segundo, la teoría de los dos tramos, que entiende que el interés que debe pagar la aseguradora es el legal más el 50 por 100 y el segundo año a partir del siniestro el 20 por 100 siempre que el tipo resultante en los dos años anteriores fuera inferior al 20 por 100. La sala 1ª del TS adopta la tesis de los *dos tramos* con la siguiente formulación : durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consiste en un pago del interés legal anual incrementado en un 50 por 100 y, a partir de esa fecha, el interés se devenga de la misma forma, siempre que supere un 20 por 100 con un tipo mínimo del 20 por 100 si no lo supera y sin modificar, por tanto, los ya devengados hasta dicho momento. El interés gravoso del 20 por 100 sólo se aplica a partir del segundo tramo, dos años desde la fecha del accidente, y no se proyecta retroactivamente en el retraso anterior. Pues bien, la sala 4ª del TS, en la STS de 16 de Mayo de 2007, Rec.2080/05, reproduce este debate, acoge la tesis civil de los dos tramos y afirma que durante los dos primeros años tras el siniestro se aplica el interés legal más el 50 por 100, cualquiera sea el tiempo de tardanza, y el interés del 20 por 100 sólo se abona, en su caso, a partir de los dos años del accidente. Los argumentos para esta solución se centran en una interpretación literal del art.20 LCS, que en ningún caso aplica el interés agravado del 20 por 100 en los dos años desde el accidente sino después del mismo.

De otro lado, la STS, sala 4ª, 17 de Julio de 2007, Rec.513/06, aplica, para las entidades aseguradoras, el art.20.4 LCS, dejando claro que no hay intereses antes de la sentencia de instancia porque su deber de indemnizar era incierto, tanto en la responsabilidad empresarial como en la cuantía, conforme la excepción del art.20.8 LCS, que declara que no ha lugar a la mora cuando la falta de pago esté fundada en causa justificada o no fuera imputable a la entidad aseguradora. La entidad aseguradora

asume el interés legal más el 50 por 100 exclusivamente desde la sentencia de instancia durante dos años y luego, conforme los dos tramos, del 20 por 100.

Esta solución resulta, a nuestro juicio insatisfactoria, porque el art.20.4 LCS expresamente declara que es innecesario para el cobro de intereses la reclamación judicial, siendo una medida que incentiva el cobro inmediato de las indemnizaciones por los asegurados, puesto que la entidad aseguradora intentará ahorrarse el coste de intereses, y que desjudicializa este tipo de conflictos, siendo el art.20.8 LCS una medida para casos excepcionales y no generales (entre otros, J. MARTINEZ SANCHEZ,; J. SALAS DARROCHA,, 2005, descartan que entre esos casos esté siempre la reclamación judicial). Si sólo corren los intereses del art.20.4 LCS desde la sentencia de instancia, y no desde el siniestro, pierden funcionalidad estos intereses, con enormes y desproporcionadas ventajas para las entidades aseguradoras, unida a la carga de la víctima de esperar un pronunciamiento judicial con una indemnización depreciada. La conjunción de la literalidad del art.20.4 LCS y del principio de reparación íntegra del daño exigen una solución más matizada, abriendo, como regla general, el cómputo de los intereses desde la fecha del accidente y no desde la sentencia de instancia. En cualquier caso, desde la STS, sala 4ª, 30 de Enero de 2008, Rec.414/07, hay que suponer que también en estos supuestos pueden ser aplicados los intereses por mora legales de los arts. 1108 y 1100 CC desde la reclamación judicial, sin espera de sentencia, corriendo a partir de entonces los dos tramos del interés específico para las entidades aseguradoras del art.20 LCS.

VI.2.4. LA ARTICULACIÓN ENTRE LAS INDEMNIZACIONES CIVILES Y LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Los accidentes de trabajo originan, en el marco de los arts. 115-117 LGSS, prestaciones de seguridad social con las singularidades de las contingencias profesionales. El concepto de accidente de trabajo con efectos sociales no coincide con el concepto de accidente de trabajo en su dimensión preventiva y de responsabilidad empresarial porque la protección social no se conecta con los incumplimientos empresariales de las normas de seguridad y 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. A pesar de esta diferencia, lo cierto es que 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. Las prestaciones sociales derivadas de accidente de trabajo pueden cubrir incapacidades temporales, incapacidades permanentes en sus diversos grados y la viudedad y orfandad en caso de fallecimiento del accidentado, siendo de aplicación las reglas singulares de las contingencias profesionales. La concurrencia de estas prestaciones sociales y de indemnizaciones civiles en los accidentes de trabajo con incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales plantea, por tanto, el problema de la articulación entre ambas cuantías económicas, siendo una cuestión de enorme trascendencia en la determinación judicial de las indemnizaciones civiles.

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 tres respuestas (J.MERCADER UGUINA,, 2001, pp.185-197;B. GUTIÉRREZ-SOLAR, 2004, pp.72-78) :

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.

2º 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. 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.

3º 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 civil o como un sistema público de sustitución de rentas salariales, que es un debate analizado previamente en este libro, por lo que nos limitamos a exponer sus consecuencias en la cuantificación de las indemnizaciones civiles.

- a) La protección social en accidentes de trabajo es un *seguro público de responsabilidad civil por daños*, en principio, de responsabilidad objetiva (sobre otras posibilidades interpretativas sobre la responsabilidad que podría estar cubriendo el sistema de seguridad social de concebirse como un sistema de aseguramiento de responsabilidad del empresario, vid. B. GUTIÉRREZ-SOLAR, 2004, pp.368 y ss.), de tal manera que el trabajador ve ya compensado 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 en el sentir mayoritario un inadmisiblemente 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. En todo caso, la admisión de este planteamiento –que asumimos como válido– creemos que debe ser presentado en su verdadera dimensión y así, ante los efectos de exoneración de responsabilidades que esta compensación limitada implica para el empresario o para terceros que hayan provocado el daño, es muy cuestionable “la extendida opinión de que el problema que acaba de analizarse encuentra una respuesta sencilla en el apotegma, solo aparentemente exento de juicios de valor, de que la indemnización en concepto de responsabilidad civil no debe producir un enriquecimiento injustificado del perjudicado. O se trata de una fórmula vacía, o ese “injustificado” esconde un profundo pozo de valoraciones alterante sofisticadas: ¿cuándo procede la *compensatio lucri cum damno*?”(F. PANTALEÓN PRIETO, (I), p. 18).
- b) 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 (M. LUQUE PARRA, 2005, propone detraer de la indemnización sólo la diferencia entre lo que recibiría de la seguridad social el trabajador si su accidente hubiese sido común y lo que recibe por haber sido profesional, construcción que, aunque paliaría los efectos negativos, que vamos a exponer a continuación, no creemos posible porque se sustenta sobre el juicio de qué perjuicios le causa al trabajador la mecánica legal de su resarcimiento y no directamente del examen de los perjuicios derivados directamente del accidente). Desde esta óptica, se admite también una externalización de la obligación del pago de la indemnización del empresario al sistema de seguridad social. Pero, desde la lógica de que éste es un sistema de socialización de los riesgos que implican actividades beneficiosas para la sociedad en su conjunto, creemos que el balance final sobre la legitimidad del sistema es más positivo que desde la lógica anterior. No se trata, como ocurría en aquel caso, de que el sistema, no olvidemos público, de seguridad social busque primordialmente la exoneración de responsabilidades empresariales, sino que, desde estas coordenadas, el objetivo es distribuir parcialmente los costes de una actividad socialmente beneficiosa. Es cierto que finalmente el resultado es el mismo, con independencia de la explicación teórica que se mantenga: en la medida en que el sistema de seguridad social sufraga en gran parte uno de los conceptos indemnizatorios más importantes, el lucro cesante salarial, el empresario se ve exonerado del pago de los mismos. No obstante, los juristas sabemos bien lo importante que son las diferencias entre unas

fundamentaciones teóricas y otras para defender la legitimidad de un sistema, más allá de su perspectiva económica.

La defensa de cada una de estas tesis tiene consecuencias económicas importantes para las víctimas de los accidentes de trabajo porque, si se asume la plena compatibilidad no se resta de la cuantía de la indemnización lo recibido por prestación social, si se parte de la plena incompatibilidad, se cobra sólo la prestación social, y si se argumenta la compatibilidad limitada, en sus dos variantes, de la indemnización se resta lo percibido dentro del sistema de protección social. Del modo de articulación entre las indemnizaciones civiles y las prestaciones 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 entre la sala 1ª y la sala 4ª del TS al respecto.

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, Ar.9143, 19 de Febrero de 1998, Ar.986, 30 de Noviembre de 1998, Ar.8785, 29 de Abril de 2004, RJ 2092 y 9 de Noviembre de 2005, RJ 7721, 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.

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, 2 de Febrero de 1998, RJ 3250, 10 de Diciembre de 1998, RJ 10501, 17 de Febrero de 1999, Rec.2085/98, 9 de Febrero de 2005, RJ 6358, 24 de Julio de 2006, Rec.776/05, 17 de Julio de 2007, Rec. 4637/05, 3 de Octubre de 2007, Rec.2451/06, 21 de Enero de 2008, Rec.4017/06 y 30 de Enero de 2008, Rec.414/07, a las que hay sumar las excepcionales SSTS, dentro de la sala 1ª, 8 de Octubre de 2001, RJ 7551, y 31 de Diciembre de 2003, RJ 367, 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. 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 en restar de la indemnización civil lo percibido como prestación social. La última jurisprudencia social, reflejada en las, antes citadas, importantes y bien armadas SSTS, sala 4ª, 17 de Julio de 2007, 3 de Octubre de 2007, 21 de Enero de 2008 y 30 de Enero de 2008, centra el problema en la compensación del *lucro cesante* con resultados satisfactorios a la hora de compensar cantidades homogéneas si se acude, como antes ha sido desarrollado, al baremo orientativo de los accidentes de tráfico o a la hora de calcular el capital-coste de la prestación para proceder al descuento. Como bien afirman estas sentencias, “las prestaciones de seguridad social se conceden por la pérdida de capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral...siendo lógico computar y deducir lo cobrado de las prestaciones sociales de la indemnización global ... pero descontando sólo de la indemnización reconocida como lucro cesante”. De la reparación íntegra del daño emergente, físico, material y moral, y del lucro cesante de la indemnización civil se descuenta la prestación social de, exclusivamente, lo calculado en calidad de lucro cesante, sin que puedan ser contrastables las cuantías recibidas como prestación social y el daño emergente. Esta renovada línea jurisprudencial, además de ser efectiva en la utilización de baremos orientativo, supera la muy discutible asociación por 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.

A nuestro juicio, este último enfoque jurisprudencial está razonado y es el adecuado para solucionar el alambicado problema de la articulación entre las indemnizaciones civiles y las prestaciones sociales. La tesis predominante de la sala 1ª 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 jurídica 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 en un mismo daño que evita el enriquecimiento injusto. Es difícil otorgar fundamento a la no deducción de una cuantía que, o bien compensa el daño o bien cubre el lucro cesante, pero que no transcurre con independencia del accidente de trabajo que origina la acción indemnizatoria. Descartada entonces la plena incompatibilidad, por aplicación literal de los arts.42.3 LPR y 127.3 LGSS, la única solución viable es la tesis de la *compatibilidad limitada* que viene manejando la jurisprudencia social. 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 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. 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 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 (con este planteamiento centrado en el lucro cesante, B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, 2004; en contra, defiende la presencia de un seguro público de responsabilidad objetiva en los accidentes de trabajo A. DESDENTADO BONETE, 2007, pp.417-435). Además, el matiz conceptual tiene un alcance práctico como se pone de manifiesto en estas sentencias de referencia. Las SSTS, sala 4ª, 17 de Julio de 2007, Rec.4637/05 y 3 de Octubre de 2007, Rec.2451/06, aplican esta diferenciación entre compensación de daño emergente o de lucro cesante para compensar las cuantías de prestaciones de incapacidad temporal y permanente de las tablas homogéneas correspondientes al lucro cesante en el baremo orientativo de accidentes de tráfico, lo que tiene dos consecuencias significativas. En primer lugar, en la operación judicial de cuantificación se deben compensar cantidades homogéneas, prestación social y tablas de lucro cesante, y, en segundo lugar, 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 el cálculo concreto de cantidades, ambas 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.

En definitiva, las prestaciones sociales de contingencias profesionales deben ser restadas de la indemnización civil íntegra pero teniendo en cuenta que compensan exclusivamente y, a veces no todo, el lucro cesante del accidentado. Esta técnica de complementariedad o *compatibilidad limitada* respeta los arts.42.3 LPR y 127.3 LGSS y logra integrar las acciones indemnizatorias en el sistema de seguridad social que cubre pérdidas de rentas salariales derivadas, en estos casos, del accidente de trabajo que origina las indemnizaciones civiles.

VI.2.5. LA ARTICULACIÓN ENTRE LAS INDEMNIZACIONES CIVILES Y LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

El sistema público de protección social en contingencias profesionales puede tener mejoras a través del convenio colectivo aplicable. La mejora convencional origina derechos económicos de la víctima del accidente de trabajo con el correspondiente coste empresarial. La articulación entre las indemnizaciones civiles y las mejoras convencionales de contingencias profesionales, al igual que sucede

con las prestaciones y los recargos, origina tesis diferentes, con consecuencias económicas en la definitiva cuantificación de la reparación íntegra del daño.

1ª Tesis de la *plena compatibilidad* : las mejoras voluntarias de la protección social de accidentes de trabajo son, como las prestaciones que mejoran, independientes 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, incluyendo sus mejoras convencionales. Conforme a este razonamiento, el juez no debe restar de las indemnizaciones civiles las mejoras voluntarias cobradas por el accidentado o sus causahabientes.

2ª Tesis de la *compatibilidad limitada* : las mejoras voluntarias, como las prestaciones que mejoran, cubren el lucro cesante derivado del accidente de trabajo, de tal manera que hay que descartar una duplicidad de indemnizaciones por un mismo lucro cesante, lo que obliga a restar de la indemnización la cuantía de la mejora convencional. Si se parte de la discutible perspectiva del seguro público de daños, al que se sumarían las mejoras voluntarias, la conclusión es la misma, porque no son compensables dos veces los mismos daños y habría que proceder a restar de la indemnización la cuantía de las mejoras voluntarias.

La solución a este problema entronca directamente con la, analizada anteriormente, articulación entre las indemnizaciones civiles y las prestaciones sociales porque las mejoras convencionales están inevitablemente asociadas a la naturaleza de éstas. Por ello no resulta extraña la divergencia, de nuevo, de criterios entre la sala 1ª y 4ª del TS. La sala 1ª del TS, en coherencia con su visión independiente e incomunicada de las prestaciones sociales por contingencias profesionales, proyecta la *plena compatibilidad* a las mejoras voluntarias mientras que la sala 4ª del TS, en coherencia con la adscripción de las prestaciones sociales a la compensación del lucro cesante, proyecta la *compatibilidad limitada* en las mejoras voluntarias que cubren un mayor margen de lucro cesante que el sistema público gracias a la labor de la negociación colectiva. Así, la sala 1ª del TS no resta de la indemnización civil estas cuantías mientras que la sala 4ª del TS sí lo hace. Es significativa, al respecto, la STS, sala 4ª, 2 de Febrero de 1998, Rec.124/97, que computa, a efectos de calcular la indemnización civil, las mejoras voluntarias derivadas de accidentes de trabajo. De igual modo, las SSTS, sala 4ª, 1 de Junio de 2005, Rec.1613/04 y 17 de Julio de 2007, Rec.4637/05, confirman que, al igual que las prestaciones sociales, las mejoras voluntarias sólo pueden compensarse con lo cobrado por lucro cesante, admitiendo una reducción de estas cuantías respecto de la indemnización total.

En coherencia con lo razonado en el apartado anterior, esta jurisprudencia social que conecta la mejora convencional con la compensación del lucro cesante derivado del accidente de trabajo está razonada y responde a una adecuada integración de las indemnizaciones civiles en el sistema, público y privado complementario, de protección social. La resta respecto de la indemnización calculada de estas cuantías económicas evita la duplicidad en la compensación de un mismo lucro cesante y, con ello, el enriquecimiento injusto de la víctima. No se puede olvidar sin embargo cómo admitir esta solución, separa el tratamiento jurídico de las mejoras voluntarias de lo que en puridad es la finalidad teórica original de las mejoras voluntarias, desnaturalizándolas o, visto desde otro punto de vista, aproximándose a su verdadera función en la realidad empresarial. La finalidad de gratificación conectada con un espíritu altruista de la mejora voluntaria se relativiza considerablemente en la medida en que la mejora voluntaria no va a acumularse a otras posibles compensaciones que pueda recibir la víctima, sino que se va a restar. En la planificación económica del empresario, la opción es positiva: se consigue seguridad en los costes; se elimina conflictividad y el coste final de la mejora voluntaria se neutraliza con la rebaja del pago de la indemnización. Si además la implantación de esta mejora voluntaria ha cumplido en la negociación del convenio colectivo, fuente común de estas mejoras, una función de frenar subidas económicas salariales o de otra índole, el resultado es muy beneficioso (Sobre este último aspecto M. LUQUE PARRA, 2005). Habría que estudiar si este resultado económico se compensa con las ventajas que indudablemente tiene para la potencial víctima del accidente de trabajo la seguridad en el pago de la compensación que corresponde a la mejora voluntaria.

VI.2.6. LA ARTICULACIÓN ENTRE LAS INDEMNIZACIONES CIVILES Y EL RECARGO DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

La articulación entre las indemnizaciones civiles y el recargo de prestaciones, pues un mismo accidente de trabajo puede originar ambas vías de compensación, es susceptible de recibir varias respuestas (ver M. GONZALEZ LABRADA, 1996, pp.567-570; F.J. CALVO GALLEGO, 1998, pp.98-106; M.A. PURCALLA BONILLA, 2000, pp.233-237; J. LAHERA FORTEZA, 2001; A. DESDENTADO BONETE, 2007, pp.483-499). La opción por cada una de ellas depende de la configuración jurídica del recargo de prestaciones como una sanción administrativa, una cláusula penal dentro del contrato de trabajo, una indemnización civil o como un recurso penalizador del sistema de seguridad social al empresario incumplidor, teniendo en cuenta siempre el art.123.3 LGSS, que estima independientes y compatibles las indemnizaciones y recargos derivados de un mismo accidente de trabajo.

1ª Tesis de la *plena compatibilidad* con tres variantes, si se parte del recargo como sanción administrativa, como cláusula indemnizatoria penal o como recurso penalizador del sistema de seguridad social al empresario incumplidor.

a) 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.

b) El recargo es una *cláusula indemnizatoria 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. 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. La víctima del accidente tiene derecho a una compensación económica del daño causado, mediante la indemnización civil, y a la activación de la pena privada integrada en su contrato, a través del recargo de prestaciones sociales. Una institución próxima a la cláusula indemnizatoria penal de nuestro Derecho civil español es la figura de la indemnización punitiva anglosajona. Dado el carácter esencialmente punitivo de la misma, con objetivos preventivos, no aporta nada esencialmente diferente a lo que ya nuestra figura de la cláusula penal implica, que, en lo que ahora nos ocupa, es el resultado de plena compatibilidad.

c) El recargo es un recurso del sistema de seguridad social para penalizar al empresario que, por el incumplimiento de las medidas de prevención, provoca el consumo de recursos del sistema público debido al pago automático de prestaciones al accidentado. En esta interpretación original, salvo error, que más tarde explicamos con detalle, se conjugan la finalidad principal preventiva del incumplimiento y la naturaleza compensatoria, dentro de la estricta lógica de un sistema de cobertura de riesgos sociales. El cuidado de los efectos preventivos de esta lógica penalizadora impone una relación con la indemnización civil de plena compatibilidad.

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 defensa de cada una de estas tesis tiene consecuencias económicas importantes para las víctimas de los accidentes de trabajo porque, si se asume la plena compatibilidad, en sus tres variantes, no se resta de la cuantía de la indemnización lo recibido por recargo, si se parte de la plena incompatibilidad, se cobra sólo alguna de las dos cuantías, y si se argumenta la compatibilidad limitada, de la indemnización se resta lo percibido por recargo. Del modo de articulación entre las indemnizaciones

civiles y los recargos de prestaciones 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 porque de la naturaleza sancionatoria, indemnizatoria o prestacional del recargo depende su plena o limitada compatibilidad o, en su caso, plena incompatibilidad. Los partidarios de la tesis sancionadora, y por tanto de la *plena compatibilidad*, 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, y por tanto de la *compatibilidad limitada o incluso incompatibilidad*, argumentan que el recargo es pagado al trabajador por un resultado dañoso, no está contemplado en la tipificación de sanciones, 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. Como tercera vía, la cláusula indemnizatoria penal, que conduce a la *plena compatibilidad*, absorbe los argumentos que niegan el carácter sancionador del recargo y que defienden su naturaleza indemnizatoria pero reclamando su independencia frente a la indemnización, al ser una pena privada dentro del contrato de trabajo que asegura un mayor cumplimiento de la prevención de riesgos laborales. A esta misma *plena compatibilidad* conduce la tesis anunciada de interpretación del recargo como prestación de seguridad social complementaria como recurso penalizador del sistema de seguridad social de los incumplimientos de las medidas de prevención de riesgos laborales en la medida en que éstos imponen un consumo de recursos económicos escasos del sistema. Esta interpretación original que defendemos rescata la interpretación de la naturaleza del recargo de prestaciones del dilema irresoluble entre sanción e indemnización, otorgándole la naturaleza propia de la norma que lo regula, la de una prestación adicional de seguridad social. Esta es la única naturaleza que puede tener una “penalización” de un comportamiento ilegal sin estar sometido a las garantías que la LISOS para imponer las verdaderas sanciones administrativas, por un lado, y que va a incrementar el patrimonio del accidentado, aunque sin calcularse sobre los daños efectivamente sufridos por el mismo, sino a través de porcentaje aplicado a la prestación, a la que precisamente viene a complementar, compartiendo creemos la misma naturaleza. Aquella falta de garantías impide que se pueda afirmar su naturaleza de sanción. Esta falta de atención a los perjuicios reales demostrados impide que se pueda calificar de indemnización.

Esta “prestación penalizadora” puede ser comprendida como la reacción del sistema de seguridad social ante la nociva externalización de costes para la prevención de accidentes que supone que, el empresario, cuando ha incumplido las medidas de seguridad y salud, se vaya a ver exonerado de pagar en gran medida uno de los conceptos más importantes de la indemnización, el lucro cesante salarial, puesto que la prestación de incapacidad que pague el sistema, al compensar el mismo, se ha de restar de la cuantía indemnizatoria para evitar el “enriquecimiento injusto” de la víctima, como analizamos en otro lugar. En Derecho comparado son frecuentes estas reacciones del sistema de seguridad social, en concreto la fórmula de repetir los costes de la prestación pagada por el sistema al empresario, cuando el accidente tuvo su origen en un incumplimiento de las medidas de prevención de accidentes. En nuestro ordenamiento, quizás consciente de la escasa cuantía de las prestaciones del sistema de seguridad social público y de la escasa tradición en la negociación de mejoras voluntarias, en comparación con las existentes en otros ordenamientos, se ha mantenido este recargo de prestaciones, transformando sus funciones desde un origen histórico, en consonancia con las transformaciones del sistema de protección social en que se integra. La conclusión es que la naturaleza del recargo se debe explicar desde la lógica interna de un sistema de seguro público de garantía de rentas a los beneficios, sin necesidad de acudir los esquemas de las responsabilidades públicas y privadas ajenas al mismo. La prestación social del recargo que complementa la prestación social de incapacidad es un mecanismo coherente con los siguientes objetivos de un sistema público de socialización del riesgo: a) de forma mediata, neutralizar los efectos negativos en la prevención de los accidentes de trabajo que pueda suponer el pago automático de las prestaciones ante el accidente; aunque, por ser éste un objetivo ajeno al sistema de seguridad social y atribuido básicamente al sistema sancionador público común de la LISOS, de forma inmediata lo que se busca es prevenir el accidente en la medida en que éste va a provocar la respuesta automática del sistema pagando las prestaciones; en definitiva, se busca velar por los recursos económicos escasos del sistema de seguridad social, aunque con una fórmula más tibia que la presente en otros ordenamientos consistente en la repetición íntegra al empresario de los costes de la prestación; b) penalizar el incumplimiento de las medidas de prevención, ya que un sistema público de protección social no puede asistir pasivo a sus efectos exoneración de responsabilidad privadas del empresario cuando ha existido infracción de las

exigencias legales de seguridad y salud, lo que no ocurre por tanto cuando el accidente se debió al margen de riesgo inevitable con las medidas de prevención.

En este debate, de enorme interés teórico y práctico, ha terciado la jurisprudencia, que se ha debatido hasta ahora únicamente entre las dos posibilidades expuestas de sanción-indemnización. En una primera fase, la jurisprudencia civil y social diferencian sus criterios porque la tesis de la *plena compatibilidad* era mantenida, en su variante *sancionadora*, por la sala 1ª del TS (Vid SSTS 2 de Enero de 1991, 27 de Noviembre de 1993, 7 de Marzo de 1994, 6 de Febrero de 1996, 27 de Febrero de 1996, 15 de Mayo de 1997 y 19 de Febrero de 1998) mientras que la tesis de la *compatibilidad limitada* era mantenida, en su expresión *indemnizatoria*, por la sala 4ª (vid SSTS 2 de Febrero de 1998, RJ 3250, 10 de Diciembre de 1998, RJ 1051, y 17 de Febrero de 1999, Rec. 2085/98). En una segunda fase, sin embargo, y tras la importante STS, sala 4ª, 2 de Octubre de 2000, Rec.2393/99, las salas 1ª y 4ª del TS convergen en la solución del problema sobre la tesis de la *plena compatibilidad*, que obliga a cualquier juez a no restar de la indemnización civil la cuantía recibida como recargo de prestaciones.

Efectivamente, la trascendental STS, sala 4ª, de 2 de Octubre de 2000, Rec.2393/99, sienta unificación de doctrina en este problema, optando por la tesis de la *plena compatibilidad* entre la indemnización y el recargo de prestaciones en los accidentes de trabajo. 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, sala 4ª, 8 de Marzo de 1993, Rec. 953/92, 7 de Febrero de 1994, Rec.966/93, 8 de Febrero de 1994, Rec.3760/92, 9 de Febrero de 1994, Rec.821/93, 12 de Febrero de 1994, Rec.293/93, 20 de Mayo de 1994, Rec.3187/93). 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, sala 4ª, 17 de Febrero de 1999, Rec.2085/98) 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”. 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 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. Esta plena compatibilidad ha sido consolidada posteriormente por, entre otras, las SSTS, sala 4ª, 9 de Octubre de 2001, Rec.159/01, 21 de Febrero de 2002, Rec.2239/01, 22 de Octubre de 2002, RJ 504, y 9 de Febrero de 2005, Rec.5398/03.

A pesar de ser una cuestión ya resuelta por el alto tribunal, la citada STS 2 de Octubre de 2000 contiene un voto particular de siete magistrados que acogen la tesis de la *compatibilidad limitada*, en la línea del criterio de las anteriores SSTS 2 de Febrero de 1998, 10 de Diciembre de 1998 y 17 de Febrero de 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.

La tesis de la *plena compatibilidad* es, a nuestro 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 jurisprudencia civil y social, que parte del recargo como sanción, es, desde este punto de vista, impecable, pero tiene el grave problema de la débil fundamentación de esta naturaleza jurídica y de la convivencia del recargo con el resto de sanciones públicas en materia de prevención de riesgos laborales, lo que vulnera el principio de *non bis in idem* y superpone finalidades punitivas idénticas (ver una síntesis de argumentación con este sentido en M. CARDENAL CARRO,; J.HIERRO HIERRO, 2005, pp.27-36 y las convincentes críticas a la tesis sancionadora de A.DESDENTADO BONETE, 2007, p.483-499).

Por ello, proponemos dos interpretaciones alternativas que consiguen, creemos, integrar de forma armónica los distintos rasgos con que el legislador configura el recargo desde la premisa de la plena compatibilidad:

- a) El recargo como “cláusulas penales del contrato de trabajo de origen legal” que activa, en caso de accidente laboral con incumplimiento empresarial, la pena privada de un 30 a 50 por 100 de la prestación social correspondiente, sin merma alguna de la indemnización compensatoria. La responsabilidad civil repara el daño en su integridad y el recargo de prestaciones es una indemnización adicional que, por la vía legal, está prevista en el contrato de trabajo en caso de incumplimiento del deber empresarial de seguridad y salud en el trabajo.
- b) El recargo como “prestación de seguridad social complementaria” impuesta por el sistema de seguridad social como penalización al incumplimiento empresarial que provoca, mediante un comportamiento antijurídico, el consumo de recursos del sistema, y que, al compartir la naturaleza de la prestación complementada, se concede al beneficiario, que podrá compatibilizarla con la indemnización, como exigencia para que el recargo pueda cumplir su función disuasoria.

Cualquiera de estas premisas concuerdan con la independencia de compensaciones de los arts 123.1, 123.3 LGSS y 42.3 LPR, salvaguarda el principio de *non bis in idem* en materia sancionatoria y permite, en la doble cuantía que recibe la víctima, la convivencia de la doble función, en el ámbito privado, reparadora y disuasoria en el cumplimiento de la prevención de riesgos laborales. No obstante la adopción de una u otra premisa tiene consecuencias teóricas y prácticas importantes, y sobre todo se sitúa de manera muy diferente ante los actuales debates sobre la procedencia del mantenimiento de esta figura y sobre los que se reflexiona en otro lugar de este trabajo.

a) Si se analiza el futuro del recargo desde su interpretación como una responsabilidad empresarial más dentro del sistema de reacciones jurídicas del ordenamiento ante el incumplimiento de los deberes de prevención de riesgos laborales dirigido a proteger los intereses públicos y privados que recaen sobre los bienes jurídicos de la salud e integridad física y psíquica, la única explicación que permite justificar su pervivencia, sin entender que otras vías de responsabilidad han usurpado su terreno, es la de que el recargo responde a la naturaleza de una cláusula penal de origen legal. Esta interpretación de la naturaleza del recargo se sitúa desde un punto de vista sistemático y teórico en el mismo terreno donde se sitúa la jurisprudencia con su dilema entre sanción-indemnización civil, el terreno de las responsabilidades empresariales que vulnera los bienes constitucionales más preciados del trabajador, abriendo un debate sobre el sentido de sus fines actuales. El voto particular de la citada STS 2 de Octubre de 2000 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 (A.SEMPERE NAVARRO; R.MARTIN JIMENEZ, 2001, p.21-27; A.DESDENTADO BONETE, 2007, p.411-416). 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 única salida coherente a este problema es, desde dentro del sistema de responsabilidades empresariales por los accidentes de trabajo, la adscripción del recargo a las penas privadas dentro de un contrato, con una función disuasoria en el cumplimiento de las normas de seguridad que resulta plenamente compatible con la función reparadora de la indemnización civil, sin perjuicio de que, como luego se apuntará, esta cláusula penal sea funcional o suponga un excesivo coste económico para las empresas.

b) Otra interpretación permite explicar la subsistencia del recargo en nuestro sistema, reforzado por la función exclusiva que presta en el mismo: el recargo como prestación de seguridad social complementaria y como recurso penalizador del sistema ante incumplimientos empresariales, que implican un consumo de recursos económicos escasos del sistema. El recargo así, no es una pieza más del sistema común de responsabilidades por accidentes de trabajo dirigidas a proteger los bienes de la vida e integridad física y psíquica de los trabajadores, es una pieza del sistema de seguro público de riesgos sociales, que pretende proteger el mismo, sin solaparse por tanto con aquellas responsabilidades. Frente a la respuesta de otros ordenamientos de repercutir la globalidad del coste de la prestación que paga el sistema en el empresario, cuando el accidente se ha debido a su incumplimiento, nuestro sistema habría optado por una solución híbrida, que ayudaría a elevar las cuantías de las prestaciones sin elevar las cotizaciones: repetición parcial de costes, al afectar sólo a los sanitarios, y complementación de las prestaciones económicas entre un 30 y 50 %.