

UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA-NAFARROAKO
UNIBERTSITATE PUBLIKOA

LA INTERACCIÓN DE LOS DISTINTOS
MECANISMOS COMPENSATORIOS Y
PREVENTIVOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y
ENFERMEDAD PROFESIONAL

Tesis doctoral

JULEN LLORENS ESPADA

Pamplona, 2016

UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA-NAFARROAKO
UNIBERTSITATE PUBLIKOA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

*LA INTERACCIÓN DE LOS DISTINTOS
MECANISMOS COMPENSATORIOS Y
PREVENTIVOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y
ENFERMEDAD PROFESIONAL*

Tesis doctoral

JULEN LLORENS ESPADA

DIRECTORES:

JOSE LUIS GOÑI SEIN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Pamplona, 2016

ÍNDICE GENERAL

Abreviaturas	11
Introducción	17
CAPITULO I.- EL DAÑO COMO FENÓMENO JURÍDICAMENTE CALIFICABLE	25
1.- Concepto	25
2.- Antijuridicidad de la conducta	27
3.- Daño reparable	28
4.- Teorías del daño en la doctrina	29
5.- Clasificación de los daños	30
5.1.- Daños patrimoniales	31
5.2.- Daño extrapatrimonial	35
6.- Daño corporal	38
7.- Daño por rebote	45
CAPÍTULO II.- TEORÍA GENERAL DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS: LA RESPONSABILIDAD COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA POLIVALENTE ..	49
1.- Concepto y naturaleza	49
2.- Función de la responsabilidad civil	52
2.1.- Consideraciones generales; la reparación como reequilibrio de intereses	52
2.2.- Función punitiva-preventiva	54
2.2.1.- Punitive Damages	55

2.3.- Funciones de la responsabilidad civil y “análisis económico del derecho” (AED).....	58
3.- Aproximación histórica a la responsabilidad civil y a sus criterios de imputación.....	63
3.1.- Desde el primitivo concepto de culpa del Derecho Romano a los albores de la Revolución Industrial.	63
3.2.- Revolución industrial y aparición de la responsabilidad civil empresarial: entre la responsabilidad y la reparación.....	66
3.2.1.- Riesgos laborales y accidente de trabajo, un nuevo escenario.	69
3.2.2.-Transformación jurídica del Derecho clásico.....	70
3.2.3.- La doctrina del riesgo.....	72
CAPÍTULO III.- INTERVENCIONISMO ESTATAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES ANTE LOS DAÑOS PROFESIONALES.....	77
1- Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900 y su desarrollo Reglamentario.....	79
2.1.1.- La responsabilidad empresarial; un nuevo paradigma.....	80
1.2.- Institucionalización del seguro de accidentes de trabajo.....	84
2.- Reformas de la L.A.T. en el período de la restauración monárquica y la dictadura de Primo de Rivera.	86
3.- La II República como hito en la seguridad y salud en el trabajo: un antes y un después.....	89
3.1.- Expansión y exigencia del seguro de accidentes de trabajo.....	91
3.2.- Entre el “sistema de responsabilidad” y el “sistema de seguro social”.	94

4.- La Dictadura franquista; el Fuero del Trabajo.	96
4.1.- Ley de 22 de junio de 1956.	98
4.2.- Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre 1963. ..	100
5.- Una evolución a la estela de los congéneres transpirenaicos	102
6- Marco normativo actual de la protección de los riesgos profesionales en el ordenamiento jurídico español	110
CAPÍTULO IV.- EL DAÑO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL	115
1.- Daños derivados del trabajo	116
1.1.- Concepto	116
1.2.- Elementos configuradores	118
1.3.- Daño derivado de trabajo y responsabilidad civil empresarial ...	119
2.- Daño derivado de contingencia profesional.....	122
2.1.- Accidente de trabajo	122
2.1.1.-Lesión corporal	124
2.1.2.- Concurrencia de la condición de trabajador en la persona que sufre el daño	137
2.1.3.- Nexo de causalidad	142
2.1.4.- Ampliaciones <i>ex lege</i> del concepto	148
2.2.- Enfermedades profesionales	153
2.2.1.- Sistemas de cobertura legal	154
2.2.2.- Sistema de protección social español: concepto de enfermedad profesional y sistema de lista.....	157

CAPÍTULO V.- MECANISMOS DE RESARCIMIENTO DEL DAÑO DERIVADO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EL ESPACIO EUROPEO 165

1.- The Employers Liability: ¿espacio supeditado o complementario a la protección social?..... 165

2.- Primeros embistes contra el Welfare State 167

3.- La normativa supranacional como elemento armonizador en materia de seguridad y salud en el trabajo 169

3.1.- Ámbito comunitario: marco normativo 171

3.1.1.- Fase 1ª..... 171

3.1.2.- Fase 2ª..... 174

3.1.3.- Fase 3ª..... 175

3.2.- Influencia del marco normativo comunitario sobre los mecanismos internos de los Estados para la compensación de los daños derivados de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales..... 177

CAPÍTULO VI.- DIFERENTES MODELOS DE ESTRUCTURACIÓN DEL ASEGURAMIENTO: FUNDAMENTO Y COBERTURA..... 185

1.- Funcionalidad y naturaleza 186

2.- Modelos de estructuración del aseguramiento (Tablas 1 y 2) 188

3.- Fundamento de los modelos teóricos de aseguramiento público de los accidentes de trabajo y enfermedad profesional 195

4.- Ámbito de cobertura: una compensación parcial de los daños. 200

4.1.- ¿Qué tipo de daños cubren los sistemas de *Workers' Compensation*? 204

4.2.- ¿Cuál es el grado de cobertura sobre esos daños? 209

CAPÍTULO VII.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL ADICIONAL Y SU RELACIÓN CON LOS MECANISMOS DE ASEGURAMIENTO SOCIAL DE LOS RIESGOS PROFESIONALES..... 215

1.- Espacio actual de los sistemas de responsabilidad civil por accidente de trabajo.....	215
1.1.- Modelos de (in)compatibilidad entre la protección de la seguridad social y el resarcimiento de la indemnización civil.....	215
1.2.- Auspicio de la responsabilidad civil y la influencia de las prestaciones derivadas del aseguramiento social como condicionantes para la configuración de sus cuantías.....	219
1.2.1.- La responsabilidad civil como campo abierto y sin límite	222
1.2.2.- Responsabilidad civil como “puerta trasera”	226
1.2.3.- Responsabilidad civil como espacio “extra muros”	229
2.- Principios guía para un modelo de interacción equilibrada	231
2.1.- Principio compensatorio	232
2.2.- Principio de distribución de costes: un juego de equidad	236

CAPÍTULO VIII.- LA COORDINACIÓN DE LA REPARACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL EN ESPAÑA..... 243

1.- Compatibilidad de las prestaciones de la Seguridad Social y la indemnización civil.....	244
2- Descuento de las prestaciones de Seguridad Social sobre la indemnización civil adicional: conceptos homogéneos.....	249
2.1.- Secuelas físicas.....	255
2.2.- Incapacidad Temporal	256

2.3.- Muerte, lesiones permanentes y el respectivo “factor corrector”	258
3.- La cuestión temporal en la determinación del importe: el dies a quo para la determinación del interés y el baremo de aplicación	264
3.1.- El interés legal de los arts. 1100 y 1108 CC	265
3.2.- Los interés procesales del art. 576 LECiv y el art. 20 LCS	266
3.3.- La actualización del baremo a fecha de la sentencia.....	267
3.4.- El devenir judicial de la Sala Social en el reconocimiento de intereses moratorios	268
4.- Descuento de las mejoras voluntarias sobre la indemnización civil adicional.....	273
5.- La compatibilidad del recargo de prestaciones respecto de la indemnización civil adicional	280
CAPÍTULO IX.- UNA ORIENTACIÓN EX LEGE DE LA INDEMNIZACIÓN CIVIL ADICIONAL HACIA EL ÁMBITO SOCIAL: JURISDICCIÓN, IMPUTACIÓN Y VALORACIÓN	295
1.- Determinación del orden jurisdiccional competente: el fin de la “peregrinación judicial”	295
1.1.- Sala 1ª del TS	296
1.2.- Sala de Conflictos de Competencia y Sala 4ª del TS.....	304
1.3.- La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, como elemento unificador	310
2.- La “deuda de seguridad” del empresario: carga probatoria y diligencia exigible	315
3.- Un sistema específico de valoración para daños derivados de AT y EP	322

3.1.- Disp. final quinta LRJS	322
3.1.1.- “Indemnizaciones actualizables anualmente”	324
3.1.2.- “Compensación objetiva”	325
3.1.3.- “No acrediten daños superiores”	326

CAPÍTULO X.- LEY 35/2015, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE REFORMA DEL SISTEMA PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN 333

1.- Criterios generales para la determinación de la indemnización por daños corporales.....	335
1.1.- La reparación íntegra de los daños, una verdad a medias	335
1.2.- Una valoración de los daños desglosada	337
1.3.- Nuevos sujetos beneficiarios	338
1.4.- Reconocimientos médicos, una barrera peligrosa.....	339
1.5.- La cuestión temporal en la determinación del importe: el <i>dies a quo</i> para el devengo de intereses y el baremo de aplicación.....	342
2.- Valoración del daño corporal.....	346
2.1.- Indemnizaciones por causa de muerte	346
2.2.- Indemnizaciones por secuelas	348
2.3.- Indemnizaciones por lesiones temporales.....	351
3.- El nuevo baremo y su aplicación a la reparación de daños por AT y EP: aplicación de la técnica del descuento	352
3.1.- Daño no patrimonial	354
3.2.- Daño emergente.....	358

3.3.- Lucro cesante.....	360
3.3.1.- Valoración del lucro cesante para casos de muerte.....	360
3.3.2.- Valoración del lucro cesante para secuelas y lesiones permanentes	365
3.3.3.- Valoración del lucro cesante para lesiones temporales	369
CAPÍTULO XI- VÍA DE REGRESO DE LOS COSTES (COST ALLOCATION) EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL O WORKERS' COMPENSATION	373
1.- Modelos teóricos.....	374
1.1.- La acción de regreso en una seguridad social como aseguramiento de la responsabilidad empresarial objetiva o por riesgo	374
1.2.- La acción de regreso en una seguridad social como “moderno sistema de seguridad social”	380
1.3.- La acción de regreso en una seguridad social como seguro de personas	382
2.- El objeto de la acción de regreso	383
2.1.- Perspectiva cuantitativa	383
2.2.- Perspectiva cualitativa.....	388
3.- Articulación y gestión de la acción de regreso en la visión comparada	393
4.- La acción de regreso de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y de las Entidades gestoras en el régimen español	400
4.1.- El encaje de la acción de regreso en nuestro sistema público de Seguridad Social.....	401

4.2.- Una acción de regreso indirecta ante determinadas infracciones preventivas de especial gravedad 406

4.3.- La acción de regreso como institución de viable y recomendable introducción..... 409

CAPÍTULO XII: ASIGNACIÓN DE LOS COSTES Y FINANCIACIÓN DE LOS SISTEMAS DE ASEGURAMIENTO DEL DAÑO PROFESIONAL: INCENTIVOS ECONÓMICOS 419

1.- Una figura de diverso acomodo..... 421

2.- Los incentivos económicos en los sistemas de aseguramiento social: ¿experiencia aislada o tendencia? 425

2.1.- Francia..... 425

2.2.- Alemania..... 427

2.3.- Italia 429

3.- Puntos clave para unos incentivos económicos eficaces 431

4.- Sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales en el régimen español 434

4.1.- Requisitos para acceder al incentivo 436

4.1.1.- Régimen general 436

4.1.2.- Régimen específico: pequeñas empresas beneficiarias..... 442

4.2.- La necesidad de una adaptación integral de los requisitos 445

4.3.- Retribución a un hacer: sistema de *bonus* 448

4.3.1.- Procedimiento general de cuantificación del incentivo 448

4.3.2.- La necesidad de una reformulación cuantitativa acorde a criterios individualizados 449

La interacción de los distintos mecanismos compensatorios y preventivos...

4.4.- La contraparte del binomio premio-castigo: el ausente sistema de *malus*452

CONCLUSIONES.....459

BIBLIOGRAFÍA.....475

Abreviaturas

AA VV.....	Autores varios
AED.....	Análisis Económico del Derecho
Aptad.....	Apartado
art. (arts.)	artículo (artículos)
AUE.....	Acta Única Europea
BI	Base Imponible
BO	Boletín Oficial
CA	Tratado de la Comunidad Europea para el Carbón y el Acero (a partir de 1 mayo 1999)
Cap. (Caps.) .	Capítulo (Capítulos)
CC	Código Civil
CC EE	Comunidades Europeas
CC OO	Comisiones Obreras
CCom	Código de Comercio
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil
CE	Comunidad Europea
CE	Constitución Española
CEF.....	Centro de Estudios Financieros
CES	Consejo Económico y Social (Español)
Coord. (Coords.)	Coordinador (Coordinadores)
CP	Código Penal
DG	Dirección General
DGT	Dirección General de Trabajo
dir. (Dir.).....	Director (Directores)
Dir.	Directiva
disp.	Disposición
disp. adic.	Disposición adicional
disp. derog. ..	Disposición derogatoria
disp. final ...	Disposición final
disp. supl.	Disposición supletoria
disp. transit. ..	Disposición transitoria
DLeg	Decreto Legislativo
Dley	Decreto-ley
EA	Tratado Euratom
ep.	epígrafe
E.M.	Exposición de Motivos
ET.....	Estatuto de los Trabajadores
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
FJ.	Fundamento Jurídico o de Derecho
HI	Hecho Imponible
Invest. ppal....	Investigador principal
JS.....	Juzgado de lo Social
LB	Ley de Bases
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LECiv.....	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGSS.....	Ley General de la Seguridad Social

LGSS/1974 ..	Ley General de la Seguridad Social de 1974
LGSS/1994 ..	Ley General de la Seguridad Social de 1994
LPRL.....	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LO	Ley Orgánica
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL.....	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LRJS.....	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
LRCSCVM	Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor
LRSVDPAC ..	Ley de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación
Mº	Ministerio
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
núm.	número
OIT.....	Organización Internacional del Trabajo
párr.	Párrafo
PE	Parlamento Europeo
PETL.....	Principios de derecho europeo de responsabilidad civil
p. ej.	Por ejemplo
pág. (págs.) ..	página (páginas)
PGE	Presupuestos Generales del Estado
PJ	Poder Judicial
RD (RR DD) ..	Real Decreto (Reales Decretos)
RDS	Revista de Derecho Social
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RDley	Real Decreto-ley
RDP	Revista de Derecho Privado
Rec.	Recurso
REDT	Cívitas Revista Española de Derecho del Trabajo
Regl.	Reglamento
RES	Revista Española de Seguros
Res.	Resolución
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RGD	Revista General de Derecho
RMTAS	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
Secc.	Sección
SS	Seguridad Social
ss.	Siguientes
ST	Sentencia del Tribunal Supremo
STC (SSTC) .	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS (SSTS) .	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
STSJ (SSTSJ)	Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia

TALGSS	Texto Articulado de la Ley General de la Seguridad Social
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Comunidad Europea (a partir de 1 mayo 1999)
TCEE	Comunidad Económica Europea
TCEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
TCECA	Tratado Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal(es) Superior(es) de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
TUE/1992	Tratado de la Unión Europea, versión original de 1992
TUE/1999	Tratado de la Unión Europea, versión consolidada por el Tratado de Amsterdam en vigor desde el 1 de mayo de 1999
UE	Tratado de la Unión Europea (a partir de 1 mayo 1999)
UE	Unión Europea
UGT	Unión General de Trabajadores
WC	<i>Workers' Compensation</i>

“Una sociedad que sustituye bienestar por beneficio es el exponente de una sociedad en grave decadencia”

José Luis Sampedro Sáez

Introducción

El acaecimiento de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, como incidente dentro de la relación laboral, obliga a indagar en la búsqueda de la causa generadora; así como en la forma de reparar el daño sufrido por el trabajador. Así, se busca evitar futuros siniestros y dar solución al daño ya producido.

En ese sentido, el objeto de estudio de este trabajo reside en analizar los diferentes instrumentos jurídicos que se despliegan como respuesta a un accidente de trabajo o enfermedad profesional que un trabajador puede sufrir.

Los altos índices de siniestralidad que lastran nuestra sociedad¹ obligan a una doble reflexión. En primer lugar, queda evidente la inoperancia del actual modelo preventivo, pero, el cómo corregirlo o complementarlo no resulta un trabajo fácil, y en ese hacer, este trabajo pretende mostrar propuestas para ello. En segundo lugar, queda manifiesto el elevado número de perjudicados que la siniestralidad laboral arroja y que, por ende, requieren de una compensación adecuada; en ese sentido, se idea en esta investigación un modelo viable para asegurar una correcta compensación de los daños y perjuicios padecidos por las víctimas.

Para ello, el trabajo se marca como objetivo la búsqueda de un sistema de reparación del daño derivado de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que consiga restablecer, en la medida de lo posible, la situación del accidentado al momento previo al acaecimiento del accidente. De esa

¹ Según datos registrados, cada día fallecen 2 trabajadores como consecuencia de un accidente de trabajo, 12 sufren accidentes graves y 1409 son víctima de accidentes leves. *Estadísticas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*. Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Datos Avance Enero-Diciembre 2015, Disponibles en:

http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/eat15dicAv/ATR_12_2015_Resumen.pdf

manera, la máxima presente cuando se analice de un modo crítico el actual sistema, no puede sino centrarse en la búsqueda de la reparación íntegra de los daños sufridos por la víctima.

Del mismo modo, se ahonda en la construcción de un modelo de prevención óptimo del daño. Todo aquel sistema de reparación que pretenda cumplir de un modo íntegro su objetivo debe, necesariamente, acompañarse de un sistema de prevención del daño, ya que el mejor de los sistemas compensatorios es aquél que nunca se acciona. Ahora bien, una vez actualizado el riesgo profesional y generado el daño, un modelo preventivo óptimo será aquel que trabaje para distribuir los costes derivados de ese accidente, haciendo partícipe de la carga de los costes a los diferentes agentes implicados. Se trata, en suma, de que el empresario sobre el que concurra una actuación u omisión que devenga en infortunio, tenga que asumir la responsabilidad de los costes generados por su conducta.

Dicho ello, a lo largo de esta obra se estudia y examina, por un lado, el nivel de cobertura del daño que presentan los diferentes instrumentos del sistema compensatorio del ordenamiento jurídico español, tanto desde una visión cuantitativa como cualitativa. Por otro lado, se hace necesario analizar la capacidad de los diferentes mecanismos preventivos para lograr una efectiva reducción de los siniestros, para lo cual, se mantiene una mirada constructiva atendiendo a parámetros acordes a la visión del análisis económico del derecho, donde se desarrolle una valoración de coste-beneficio con los que cada mecanismo logra realizar un reparto equilibrado de las cargas entre los diferentes agentes partícipes del entramado compensatorio-preventivo, atendiendo al rol que cada uno desempeña en la generación y asunción del riesgo profesional.

Como es propio de toda acción conjunta, se requiere que todos los instrumentos que sobre un mismo daño actúan, coordinen su nivel de acción en aquellos espacios donde confluyan. Por ello, se dirige el estudio a localizar

los puntos de acción controvertidos que a nivel interno presenta cada instrumento, aportando soluciones viables para su mejora. A su vez, como paso posterior al análisis individualizado de cada institución, se focaliza la investigación en el modo de coordinación que los diferentes instrumentos mantienen entre sí.

Como si de la construcción de un mecanismo de relojería se tratase, detectadas las disfuncionalidades y solapamientos indebidos que actualmente distorsionan el sistema, se propone una reordenación de éste en el que cada instrumento encuentre un concreto espacio de funcionamiento, un escenario de acción armónica en conjunto.

Para ello, la investigación navega por las diferentes aguas que confluyen en el sistema valorativo, enfrentándose al necesario estudio interdisciplinar al que obliga la materia. Así, se hará necesario un análisis transversal a través de instituciones propias del derecho privado, pertenecientes al ámbito Civil y de Derecho del Trabajo, así como del orden público, con el estudio de la Seguridad Social. La inherente dificultad que ello acarrea aporta, a su vez, un componente enriquecedor a la investigación, derivado del constante uso de principios y conceptos de las diferentes áreas jurídicas.

De esa manera, se adentra en la complejidad de instituciones como la responsabilidad civil y la consiguiente indemnización civil por daños y perjuicios; así como en la Seguridad Social, con la protección que ésta dispensa a las contingencias profesionales. En ello, para un estudio integral, se presenta necesaria la comparación de ambas instituciones, atendiendo a

la capacidad de cada una para responder a los objetivos del sistema de valoración y reparación del daño².

Asimismo, no quedarán fuera del análisis construcciones jurídicas como las mejoras voluntarias y el recargo, u otras más desconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, como pueden ser los mecanismos de incentivos económicos y la acción de regreso.

Como resulta propio a cualquier investigación científica del Derecho. La investigación trabaja con la normativa vigente, así como con la jurisprudencia que, en no pocas ocasiones, se ha visto obligada a interpretar a la primera y a colmar sus anomias. A su vez, dicha labor se verá acompañada de las interpretaciones y desarrollos que la doctrina científica ha alumbrado, bebiendo de la más básica y originaria doctrina para asentar los cimientos de nuestra investigación, así como nutriéndose de la más reciente para la construcción del nuevo modelo propuesto.

Todo ello, se realiza desde un espíritu constructivo, tratando de extraer los puntos comunes asentados doctrinalmente para poder aportar consistencia a las conclusiones que finalmente se expondrán. Siempre, con la objetividad y coherencia con la que se debe acompañar cualquier investigación.

A lo largo del trabajo, el estudio nacional será complementado por un cauteloso, pero no por ello tímido, recurso al derecho comparado. Con ello, se hace posible observar las deficiencias de nuestro sistema a la vez que se enriquece el análisis, al no anclar la mirada a construcciones jurídicas internas, y abordar así las controversias nacionales desde una perspectiva superior, en

2 CANE, P.: *Atiyahs's Accidents, Compensation and the Law*. Eighth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

definitiva, lo más despojada posible de clichés internos e ideas preconcebidas. No obstante, todo acercamiento al derecho transfronterizo se realizará con un riguroso escrúpulo, conscientes del peligro que conlleva adentrarse en otros ordenamientos, no siempre contruidos sobre los mismos cimientos que el nuestro.

El modo en el que a nivel transfronterizo se ha desenvuelto el conflicto que nos compete, en específica referencia al modelo interaccional de los diferentes instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional, permite diferenciar tres grandes sistemas, tomando como partida el espacio al que la responsabilidad civil queda relegada³. Ello es así ya que, la conformación del sistema reparador es ante todo, política pública, y deviene condicionada por el sustrato de cada sistema de aseguramiento del riesgo profesional, de su naturaleza y fundamento.

De todo lo anterior, atendiendo ya al esquema que se desarrolla en la investigación, parece oportuno reflejar la necesaria clasificación que acompaña a toda construcción social y jurídica de un conflicto, para diferenciar entre una faceta *naming*, respecto al encaje que un determinado hecho o suceso recibe dentro del arquetipo legal; una faceta *blaming*, en alusión al modo en el que nuestro sistema jurídico construye la atribución de la responsabilidad por la generación de las contingencias; y una faceta *claiming*, en referencia al modo en el que se acomete la reparación final de los daños⁴.

3 PARSONS, C.: “Liability Rules, Compensation Systems and Safety at Work in Europe”, en *The Geneva Papers on Risks and Insurance*, Vol. 27, núm. 3, 2002, págs.361 y ss.

4 OLIPHANT, K.: “The Changing Landscape of Work Injury Claims: Challenges for Employers’ Liability and Workers’ Compensation”, en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers’ Liability and Workers’ Compensation*. De Gruyter; European Centre of Tort and Insurance Law, Berlin, 2012, págs. 521 y ss.

En ese sentido, los Caps. I y II versarán sobre conceptos e instituciones generales, pertenecientes al ámbito común del derecho, como son el daño y la responsabilidad civil. Con el Cap. III se desarrollará el necesario estudio del *iter* histórico sobre la protección que a nivel público se ha brindado a la seguridad y salud en el trabajo y, abierta ya la puerta, el Cap. IV profundizará en el estudio del daño desde la perspectiva de la protección social actual, a través de un exhaustivo análisis y reconsideración de su ámbito delimitador.

A los Caps. V y VI se encomienda la investigación de la función social desempeñada por los sistemas de aseguramiento público de los riesgos profesionales, para desde una retrospectiva supranacional, comprender los diferentes sistemas de reparación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Se entiende entonces que el Cap. VII se dirija a analizar los modelos comparados de coordinación entre la seguridad social con la responsabilidad civil, donde se reflexionará sobre la idoneidad de cada sistema.

En los Caps. VIII y IX nos adentraremos en el análisis del modelo español actual de coordinación de los diferentes instrumentos compensatorios, y del más reciente devenir de la interacción entre la seguridad social y la responsabilidad civil, para la configuración del *quantum* indemnizatorio final. En ese orden, el Cap. X realizará un exhaustivo estudio de la reciente Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, donde se aportarán interesantes reflexiones y propuestas dirigidas a su aplicación en el ámbito social.

Finalmente, los Caps. XI y XII centrarán el análisis en dos construcciones de carácter preventivo y de distribución de costes, como son la acción de regreso y los incentivos económicos, para concluir con propuestas correctoras de las deficiencias actuales del sistema.

CAPITULO I.-
EL DAÑO COMO FENÓMENO JURÍDICAMENTE
CALIFICABLE

CAPITULO I.- EL DAÑO COMO FENÓMENO JURÍDICAMENTE CALIFICABLE

1.- Concepto

Si hablamos de “Daño” como fenómeno físico, acudiendo a las reiteradas concepciones dadas por la doctrina *iuscivilistas*. Según DE CUPIS, “no significa más que *nocimiento* o *perjuicio*, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”⁵. En palabras de LARENZ, concibiéndolo como fenómeno jurídico, “daño es el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”⁶, en términos similares, “por daño hemos de entender todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes, ya en su propiedad, o en su patrimonio, y del cual haya de responder otro”⁷. La amplia gama de daños que se nos muestran en la vida cotidiana obliga a que debemos desgranar cuáles de ellos tienen una relevancia jurídica y cuales no⁸.

La delimitación del daño en sentido jurídico se convierte en una

5 DE CUPIS, A.: *El daño*. Bosch, Barcelona, 1975, pág. 81.

6 LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 193.

7 DE LA ASUNCIÓN RODRÍGUEZ, M. T.: “Daños y perjuicios”, en *Enciclopedia Jurídica*. LA LEY (Grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2008-2009, vol. 7, pág. 3632.

8 “Si cada perjuicio, cada daño –en sentido vulgar- experimentado por un individuo, o por un grupo de individuos, pudiera fundar una acción de resarcimiento o de indemnización por daños a los intereses ajenos (principal consecuencia jurídica del daño entendido en un sentido tal), se paralizaría la comunicación social en muchas esferas de la vida”, véase BUSTO LAGO, J. M.: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 41.

compleja labor ya que con base en ello se estructura todo el sistema de reparación, lo cual conlleva que se deba lograr un “ámbito genérico” por el cual se consiga dar cabida a los diferentes problemas, dígame del daño patrimonial y no patrimonial, así como que comprenda las pérdidas sufridas y las ganancias dejadas de obtener como consecuencia de su acaecimiento⁹. La relevancia de lograr una conceptualización vendrá dada por su importancia a la hora de la compensación, siendo el eje para fundar la posterior indemnización de daños y perjuicios hasta el punto que “ésta no existe sin la concurrencia de un daño a resarcir”, requisito *sine qua non* que no vendrán a compartir la responsabilidad administrativa o penal¹⁰.

La distribución de la responsabilidad ante infortunios es un problema complejo al que todos los ordenamientos jurídicos deben hacer frente, si ante una calamidad o accidente se accionan sistemas de ayuda como consecuencia de la generación de un estado de necesidad sobre la víctima, como sucedería con la Seguridad Social, y/o el establecimiento de derechos subjetivos del perjudicado para reclamar los perjuicios sufridos, es decir, obtener una indemnización o reparación, será una de las arduas tareas del legislador. De modo que nos interesa acercarnos al daño como fenómeno físico susceptible de ser jurídicamente calificado, analizar así el tratamiento legislativo dispensado y seguir con la correspondiente valoración y cuantificación en aras de su resarcimiento.

Todo ordenamiento jurídico debe establecer un criterio de discriminación por el que se establezca sobre qué daños se considera que debe reaccionar el derecho. En ese sentido, como sostendría DE CUPIS, el daño tendrá la consideración de hecho jurídico cuando sea capaz de generar efectos jurídicos.

9 DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*. Civitas, Madrid, 1999, págs. 307 y ss.

10 LUQUE PARRA, M.: *La Responsabilidad Civil del Empresario en Materia de Seguridad y Salud Laboral*. Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2002, págs. 45-46.

“Los actos humanos pueden ofrecer la mayor variedad, cuando el hombre puede determinar su conducta en la vida social; y a esta variedad, a la que se yuxtapone el criterio discriminador del derecho, reagrupando la mayor parte de los actos humanos en las señaladas categorías de actos adecuados a derecho y de actos antijurídicos, cada una de ellas conteniendo una abundantísima gama, pero con la indicación de o ser conformes al derecho, o de su antijuridicidad”¹¹.

2.- Antijuridicidad de la conducta

“El daño o perjuicio que las normas jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra *expectativas aseguradas por el Derecho*”, esto es, el deviene contrario a “las leyes, la costumbre y los Principios Generales del Derecho” (art. 1 del CC)¹². Cuando una actuación, u omisión, sea ajustada a Derecho, hablaremos de actos lícitos, justos o jurídicos, y en contraposición, cuando nos encontremos con actos humanos contrarios a los intereses protegidos por el sistema normativo, de actos ilícitos, injustos y antijurídicos.

Como ha venido a señalar la doctrina, dentro de cada acto antijurídico se diferenciará un plano formal y otro material. Formal en el sentido de violación de una norma jurídica, mandato o prohibición recogida por el ordenamiento jurídico, y material, por producirse un menoscabo en los derechos o intereses ajenos jurídicamente protegidos, en alusión al *contenido*¹³.

11 DE CUPIS, A.: *El daño*, op. cit., págs. 82 y ss.

12 BUSTO LAGO, J. M.: *La antijuridicidad del daño resarcible...*, op. cit., pág. 45 y ss.

13 *Ibidem...*, pág. 51-52.

3.- Daño reparable

La distinción entre daño reparable y no reparable, en relación directa con la antijuridicidad, residirá precisamente en declarar como reparables aquellos daños que sean causados como consecuencia del menoscabo de derechos subjetivos absolutos, tutelados por el ordenamiento jurídico (vida, integridad física, honor,...), naciendo así una obligación de reparación de los mismos, que no reintegración¹⁴. El daño reparable, “constante vital del sistema” de responsabilidad civil¹⁵, será aquel jurídicamente relevante. Así, el daño no reparable se situará como aquel daño discriminado por el sistema jurídico al no contemplarse tutela jurídica que habilite al dañado a la obtención de una hipotética indemnización.

Para que se pueda catalogar a un daño como reparable o indemnizable, éste debe ser real, que efectivamente se haya producido, de modo que sea un daño cierto¹⁶ en su existencia y en su cuantía, requisito al cual habrá que sumar la nota de individualización. Es decir, el daño debe poder ser individualizado en una persona o grupo de personas sobre las cuales no recaiga un deber de soportar tal menoscabo de sus intereses, así mismo, deberá ser evaluable económicamente¹⁷.

14 REGLERO CAMPOS, L. F.: “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.): *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, 5ª edición (actualizado por PEÑA LÓPEZ, F.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 110 y 11.

15 VICENTE DOMINGO, E.: “El daño”, en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.): *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 319 y ss.

16 Respecto a la “certeza” como requisito del daño, con ello más bien se estará aludiendo al “campo de la prueba del mismo”, lo cual corresponde apreciar al Juez; *Ibídem...*, págs.316 y ss.

17 RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Manual sobre responsabilidad en el Derecho español*. Edisofer, Madrid, 2010, págs. 28-30.

4.- Teorías del daño en la doctrina

Tres son las principales teorías dadas por la doctrina en relación a la naturaleza, concepto y esencia del daño. Cronológicamente, la primera en aparecer es la denominada *Differenztheorie*, surgida en Alemania y acogida a su vez en Italia, según la cual la valoración del daño debería realizarse tras una ponderación entre la situación previa y la situación posterior del patrimonio de la víctima, una vez acaecido el hecho lesivo. Criticada por su abstractismo¹⁸, así como por su omisión en lo que a daños no patrimoniales se refiere, traerá causa de la aparición de la segunda, *Teoría del daño concreto* o *Teoría reale del danno*, creada por WALSMANN, que definirá el daño patrimonial como “el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, por la pérdida o el menoscabo de determinados bienes patrimoniales”.

Según esta segunda, el resarcimiento del daño debería corresponderse con la disminución del valor objetivo del bien en el momento posterior del hecho ilícito, teoría acorde a la *compensation lucri cum damno*, pero que al igual que su predecesora, será criticada por discriminar el daño no patrimonial¹⁹. La tercera, *Teoría del daño normativo*, parte del principio legalista de entender por daño aquel que sea catalogado como tal por cumplir los requisitos o condiciones preestablecidas por una norma²⁰.

La última de las doctrinas será la seguida por el legislador español. Muestra de ello es la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil

18 “Conduce a una concepción abstracta del daño en la medida en que no toma en consideración las singularidades que puede ofrecer el caso concreto, (...) conduce a un resultado contable o cuasi-contable” y en definitiva “no suministra en rigor un concepto jurídico suficiente”, en DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, op. cit., págs. 312-313.

19 CENDON, P.: *I danni risarcibili nella responsabilità civile: Il danno in generale*. UTET Professionale, Torino, 2005, págs. 5-6

20 VICENTE DOMINGO, E.: “El daño”, op. cit., págs. 310 y ss.

del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen, o la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados en el Anexo a la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, con las respectivas tablas de valoración del daño, y la reciente Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Igualmente se presenta, en relación directa con el tema de estudio, el sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, que el Gobierno debe elaborar, en virtud del mandato previsto en la Disposición final quinta de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

5.- Clasificación de los daños

El criterio principal utilizado por la doctrina para la clasificación se centrará en el tipo de interés sobre el que recaen y el objeto sobre el que se producen los daños²¹. De ese modo, se acude a una clasificación bipartita por la que se dividen daños patrimoniales y daños no patrimoniales, lo cual se presenta como trascendental para la valoración de los mismos, la correspondiente reparación y, en consecuencia, para la necesaria articulación o coordinación de las diferentes vías de compensación del daño

21 El utilizar como diferenciador principal el interés y no tanto el objeto sobre el que recae la lesión reside, por un lado, en el hecho de que en la práctica podamos encontrarnos con bienes patrimoniales que satisfacen intereses económicos, como será lo habitual, pero que del mismo modo pueden satisfacer intereses extrapatrimoniales, así mismo, bienes no patrimoniales que pueden ser aptos para satisfacer intereses económicos. Por otro lado, ya que nos referimos a la antijuridicidad como característica del daño en sentido jurídico, siendo que el Derecho tutela intereses y no objetos, resulta más adecuado centrarnos en el “interés afectado, y no en el bien sobre el que recae directamente el hecho dañoso”. En ese sentido, véase la Tesis Doctoral de NAVEIRA ZARRA, M. M.: *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Universidad de la Coruña, La Coruña, 2004, págs. 55 y 56.

que el propio ordenamiento jurídico habilita para los casos de accidentes de trabajo, como se verá en los Capítulos siguientes.

Ahora bien, no siempre resulta tan clara la delimitación de unos daños dentro de la presente bipartición, a pesar de lo que el antagonismo de ambos términos, daño patrimonial y daño no patrimonial, parece evidenciar²².

5.1.- Daños patrimoniales

Nos encontraremos ante daños patrimoniales cuando el interés sobre el que recae la lesión sea un interés privado patrimonial, entendiendo por ello una “necesidad económica (...), cualquier bien exterior respecto a sujeto, que sea capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material- y por esto mismo valorable, por su naturaleza y tradicionalmente, dinero-, idóneo para satisfacer una necesidad económica. Los bienes comprendidos en la riqueza material pueden intercambiarse, tanto ellos como sus frutos, con frutos de otros bienes; y en consecuencia su utilidad está sometida a la comparación valorada en relación con el dinero, que tiene por función la medida de utilidades económicas”²³. Serán daños patrimoniales aquellos que recaigan sobre el patrimonio (bienes y derechos de naturaleza patrimonial) del perjudicado y que, a su vez, reúnan la característica de ser evaluables económicamente e intercambiables en el mercado. Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, el factor determinante se focaliza en la disminución de utilidad generada por el daño patrimonial, disminución compensable económicamente con dinero²⁴.

22 “La presentación del daño patrimonial bajo el ropaje del daño moral es particularmente visible en los casos de reclamación por lucro cesante, es decir, de ganancias que, con menor o mayor grado de probabilidad, la víctima dejó de obtener como consecuencia de la lesión sufrida”, véase GÓMEZ POMAR, F.: “Daño moral”, en *InDret*, 20-10-1999, pág. 12

23 DE CUPIS, A.: *El daño*, op. cit., pág. 121.

24 GÓMEZ POMAR, F.: “Daño moral”, op. cit., pág. 1 y ss.

Se debe matizar cómo, a pesar de que pueda parecer que el daño patrimonial y el daño no patrimonial caminan por sendas separadas, “ambos pueden, *conjuntamente*, producirse dependiendo de un *hecho único*”²⁵, es decir, un mismo hecho podría generar a su vez daños de carácter patrimonial y no patrimoniales, dada la “*relación de inmediatez*” que los caracteriza. Piénsese en el supuesto de la destrucción de una medalla de oro obtenida en unos juegos olímpicos en el que un mismo hecho generaría un daño material, valorable económicamente según las reglas del mercado atendiendo al valor del oro en cuestión, y al mismo tiempo un daño inmaterial, con una trascendencia mucho mayor si cabe, representado por la destrucción del objeto que simboliza precisamente todas las horas de duro entrenamiento realizadas para llegar a ser el mejor deportista del mundo en la categoría.

De modo inverso, un hecho que lesione un bien no patrimonial es susceptible de generar una lesión sobre un bien patrimonial, dada la capacidad del bien no patrimonial para producir bienes patrimoniales; nos encontraremos entonces con lo que la doctrina ha venido denominando como “*daño patrimonial indirecto*”.

Será precisamente en los daños acaecidos en el entorno laboral donde los daños patrimoniales indirectos adquieren una relevancia trascendental, dado el bien no patrimonial sobre el que recaen la mayoría de los daños, la integridad psicofísica del trabajador, bien que “contribuye al desarrollo de su personalidad y también le permite desarrollar una capacidad de ganancias con sus energías y saber profesional acumulado, mediante su vinculación contractual, y la puesta a disposición evaluable económicamente”. Así, dentro del objeto del daño profesional diferenciamos,

25 DE CUPIS, A.: *El daño*, op. cit., pág. 124.

siguiendo tal esquema, unos *daños patrimoniales indirectos*, como serían los intereses generados de los gastos derivados de la curación, los salarios dejados de percibir por los días no trabajados a consecuencia de la lesión, así como las consecuencias patrimoniales derivadas de una reducción de la capacidad psicofísica, la reducción de la fuerza de trabajo personal y la capacidad para obtener rendimiento económico de ella²⁶. Del mismo modo, será frecuente encontrarnos con *daños patrimoniales directos*, representados en los bienes patrimoniales que hayan sufrido un menoscabo o destrucción y que fuesen portados por el trabajador en el momento de la lesión²⁷.

El daño patrimonial, siguiendo la tradición doctrinal²⁸, se conforma de dos bloques formados por el daño emergente (*damnum emergens*) y el lucro

26 En ese sentido, refiriéndose a las posibles consecuencias económicas de los daños sobre la persona: "the basic pecuniary loss may be said to be the plaintiff's loss of earnings or, more strictly, a sum representing his loss of future earning capacity", véase MCGREGOR, H: *On Damages*. Sweet & Maxwell Limited, London, 1997, pág. 71

27 GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*. Cedecs, Barcelona, 1996, págs.486 y ss.

28 Esta estructuración del daño patrimonial en pérdidas efectivamente sufridas y ganancias dejadas de percibir, como distribución para la obtención de la reparación íntegra del daño, será común tanto en los ordenamientos de tradición romana como en los de influencia francesa, véase CORTÉS, É.: "El daño patrimonial derivado de las lesiones a la integridad psicofísica. Notas sobre la jurisprudencia de la C.I.D.H", en *Revista de Derecho Privado*, nº 12-13, 2007, pág. 311.; VISINTINI, G.: *Trattato breve della responsabilità civile*. CEDAM, Padova, 2005, pág. 636; en el mismo sentido: "les préjudices causés au patrimoine de la victime s'analysent d'une part en dépenses et frais exposés du fait du dommage corporel ("damnum emergens") et d'autre parte en gains manqués et pertes de revenus professionnels ("lucrum cessans")", en LAMBERT-FAIVRE, Y.: *Le Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*. Dalloz, Paris, 1990, págs. 113 y ss; la diferenciación de las dos grandes manifestación del daño patrimonial se verán ya desde el Derecho Romano, como reflejaría el "texto de Paulo, en D. 46, 8, 13: "...in quantum mea interfuit: id est: quantum mihi abest, quantumque lucrari potui". En su pasaje del C. 7, 47, 2: "Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia ex eo veteres quod interest statuerunt". Dicha distinción ha llegado hasta los actuales Códigos Civiles, con el art. 1106 CC español, 1149 Code Civil francés ("[P]erte qu'il a faite"; "gain dont il a été privé"), 1223 Codice Civile italiano y en los § 1323 ABGB ("entgangenen Gewinn"), § 252 BGB y § 249 BGB en el caso alemán, como se apuntará en MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Editorial Aranzadi (Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 22 y ss.

cesante (*lucrum cessans*). Por el primero de ellos se entienden las “perdidas efectivamente sufridas” y compensables económicamente, así como las “disminuciones de valor económico” que sean generadas por las lesiones, respecto al lucro frustrado o ganancias dejadas de obtener, con ello se hará referencia a “los casos de lesiones personales. La pérdida o disminución de la capacidad de trabajo y, por consiguiente, de la capacidad de obtener la remuneración del mismo”²⁹, de modo que se trata de una pérdida de *chance*, en la medida que se trata de un tipo de daño proyectado en el futuro y, por lo tanto, sujeta a una mayor dificultad probatoria que la correspondiente al daño emergente³⁰. Como se puede observar el lucro cesante, como concepto hipotético³¹, y su indemnización se caracterizan por la necesaria casuística con la que deben ser tratados por el juzgador, de modo que se hace necesario establecer unos parámetros sobre el mismo para así, en la medida de lo posible, otorgar cierto grado de seguridad jurídica e intentar evitar demandas de indemnización exageradas o desorbitadas, a fin de que el deudor no se vea obligado a garantizar, indefinidamente, las futuras ganancias a las que puede acceder el acreedor.

Las dos principales problemáticas responderán, por un lado, a qué daños se enmarcan dentro del concepto de lucro cesante, y por otro lado, por ser precisamente un daño proyectado en el futuro, al espacio temporal a tener en consideración. En relación a la primera cuestión, se establece en nuestro derecho el criterio de la previsibilidad³² o probabilidad³³ para

29 DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, op. cit., págs. 322 y ss.

30 VISINTINI, G.: *Trattato breve...*, op. cit., págs. 635 y ss.

31 “El lucro cesante participa de las vaguedades e incertidumbre propias de los conceptos hipotéticos”, en DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, op. cit., pág. 323.

32 MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento...*, op. cit., págs. 34 y 35.

33 La jurisprudencia “es constante en exigir para la indemnización de perjuicios que sean ciertos y probados y por lo que hace al lucro cesante su acreditamiento con rigor al menos razonable, sin que baste la consideración de pérdidas dudosas o contingentes (STS de 30 junio de 1993 [RJ 1993, 5340])” (STS de 21 de abril de 2008 [rec. 442/2001]); “según reclama la jurisprudencia, debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o

determinar cuáles son los daños susceptibles de indemnización en concepto de lucro cesante. En lo que al límite temporal se refiere, no cabe duda para los supuestos transitorios, en los que se cubrirá el período contemplado, no resultando tan fácil para los casos en que los daños tengan una repercusión permanente, para los cuales se utilizarán “criterios extraídos de un despliegue de las posibilidades normales de actividad durante la vida media”³⁴. Como se puede ver, dada la subjetividad que conlleva, resulta un abanico abierto a todo tipo de interpretaciones, pero sin llegar a los criterios de discrecionalidad admitidos para la valoración de los daños morales³⁵.

5.2.- Daño extrapatrimonial

Los daños no patrimoniales, o *daños morales*³⁶, integran la otra parte del daño privado. Definidos por la doctrina, en expresión negativa, como aquellos daños que no se enmarquen dentro de los daños patrimoniales, “por tener por objeto un *interés no patrimonial*, o sea, que guarda relación a un *bien no patrimonial*”³⁷, serán aquellas lesiones sobre intereses no

hipotético, pero existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (SSTS de 6 de septiembre de 1991 [rec. 1598/1989], 5 de octubre de 1992 [rec. 909/1990], 31 de mayo 2007 [RJ 2007, 3431], 18 de septiembre de 2007 [rec. 4426/2000]) (STS de 31 de octubre de 2007 [rec. 3537/2000]).

34 DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, op. cit., pág. 324.

35 “El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros, sí admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, como si de éste se tratase, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado económico que se presenta como incierto. Esto ocurre cuando el daño ha consistido en la privación irreversible de la posibilidad de obtenerlo, es decir, en la pérdida de oportunidades para el que lo padece” (STS de 27 de julio de 2006 [RJ 2006/6548])

36 El término “daño no patrimonial” será el utilizado por el Código civil alemán (“*der nicht Vermögensschaden ist*”), no así, la doctrina francesa se decantará por el uso del término “*dommage moral*”, véase. DE CUPIS, A.: *El daño*, op. cit., pág. 124.

37 *Ibidem*..., pág. 122.

económicos, o que no se prestan a valoraciones monetarias de mercado³⁸. El Tribunal Supremo, ya desde la STS de 6 de diciembre de 1912, ha admitido la indemnización del daño moral como elemento integrante para la obtención de la reparación íntegra del perjudicado³⁹.

Al igual que apuntábamos cuando nos referíamos al daño patrimonial, el daño extrapatrimonial podrá ser directo o indirecto, al poder derivar de una lesión sobre bienes no patrimoniales o sobre bienes patrimoniales o materiales. El factor determinante no será la naturaleza del bien sobre el que recae la lesión, sino la naturaleza de las lesiones o consecuencias, es decir, de los perjuicios, ya sean producidos de modo directo o indirectamente⁴⁰.

Según la visión del análisis económico del derecho, por daño moral o no patrimonial se entenderá aquel daño que produce una “reducción del nivel de utilidad”, con la característica de que ésta no pueda ser reparada ni con dinero ni con bienes intercambiables por él⁴¹. Sin embargo, en aras de aproximarse, en la medida de lo humanamente posible, a la obtención de la compensación de los bienes y derechos lesionados, se realiza lo que DE CUPIS calificará como “fin superior de justicia reparatoria”, consistente en

38 RUGGIU, C.: “Danno ed oneri probatori”, en VIOLA, L. (a cura di): *Inadempimento delle obbligazioni: accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*. CEDAM, Lavis, 2010, pág. 510.

39 “El daño moral constituye una noción dificultosa, relativa e imprecisa. Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual, adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del «pretium doloris» y los ataques a los derechos de la personalidad. La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico. La reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente, impacto, quebranto o sufrimiento psíquico.” (STS de 3 de mayo de 2006 [RJ 2006/4070]).

40 PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Daño moral por incumplimiento de contrato*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 34.

41 GÓMEZ POMAR, F.: “Daño moral”, op. cit., pág. 1.

otorgar unos valores económicos, una medida pecuniaria, a aquellos intereses que por su naturaleza parecen repugnar a tal medida⁴².

La aceptación del daño moral como concepto indemnizatorio no ha tenido, ni mucho menos, una aceptación homogénea entre los diferentes ordenamientos jurídicos comunitarios, ni siquiera entre las propias doctrinas internas. Se diferencian así quienes abogan por una aceptación del concepto estricto del daño moral, reduciendo su contenido al *pretium doloris* (dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado), en definitiva, al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, y en contrapartida, quienes propugnarán por dar cabida en el daño moral a un contenido más extenso, viendo en él una parte social susceptible de indemnización, e introducir todo ataque a los derechos de la personalidad⁴³.

Fuera de nuestras fronteras, una mirada superficial nos lleva a situar a Alemania como ejemplo claro de país con una concepción restrictiva, según la cual únicamente serían daños morales los que así explícitamente fuesen catalogados por la ley⁴⁴, en el otro extremo, países como Francia,

42 DE CUPIS, A.: *El daño*, op. cit., pág.

43 DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, op. cit., pág. 328.

44 Según el § 253 BGB: “el daño no patrimonial sólo puede ser indemnizado en los casos establecidos por la ley”, que serán precisamente los casos de “lesión a la integridad física, la salud, la libertad y la autodeterminación sexual”, fuera de estos supuestos no se admitirá tal indemnización, como podría ser el caso de daños morales derivados de lesiones al patrimonio. Para una breve relación sobre los principales países catalogados como restrictivos o flexibles, en relación al daño moral por incumplimiento contractual, véase SOLÉ FELIU, J.: “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español”, en *InDret*, núm. 1, 2009, págs. 14 y ss.

Italia⁴⁵ o España se presentan con una visión flexible y extensa⁴⁶.

6.- *Daño corporal*

El hecho de dedicar un apartado exclusivo para abordar la temática referida a los daños corporales reside precisamente en que son daños que recaen sobre el bien supremo de toda persona, la salud y la integridad psicofísica, en definitiva, sobre el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral, es decir, sobre el primero de todos los derechos fundamentales, “el más importante y radical de los derechos en el orden existencial”⁴⁷ (art. 15 CE) sin el cual ningún otro podría ejercerse, de ahí que el Derecho a la protección de la salud sea considerado en nuestro ordenamiento como uno de los Principios rectores de la política económica y social (art. 43.1 CE).

Una característica del daño corporal residirá en la posibilidad de acudir a baremos a la hora de la valoración de los mismos para lograr, dentro de lo posible, una adecuada indemnización de daños y perjuicios, como ha admitido la jurisprudencia:

45 En el caso italiano, a pesar de ser considerado como uno de los países con un concepto flexible de daño moral, supeditará la indemnización del mismo a aquellos hechos lesivos para los cuales expresamente lo prevea la ley (art. 2059 Codice Civile), que precisamente los limitará a los casos de ilícitos penales (art. 185 Codice Penale). Se debe adelantar la peculiaridad italiana en la utilización del concepto de *danno biologico* (a traves de una labor interpretativa se integrará parte del contenido del mismo en el artículo 2043 Codice Civile, en referencia al daño patrimonial), véase MEDINA CRESPO, M.: “La doctrina judicial italiana sobre el daño biológico: un ejemplo de superación de los obstáculos legales: La experiencia española como término de comparación”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1819, 1998, págs. 863 y ss.; el daño biológico sobrepasa los contenidos de derecho patrimonial y derecho moral utilizados en España, “el daño biológico es la causa de la que se derivan ulteriores consecuencias: el daño moral y el patrimonial”, véase GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo...*, op. cit., pág. 499.

46 DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, op. cit., pág. 326 y ss.

47 MARÍN GAMEZ, J. A.: *Aborto y Constitución*. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pág. 149.

“Para realizar tal función el juzgador puede valerse del sistema de valoración del Anexo a la Ley aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004 (RCL 2004, 2310), donde se contiene un Baremo que le ayudará a vertebrar y estructurar el "quantum" indemnizatorio por cada concepto, a la par que deja a su prudente arbitrio la determinación del número de puntos a reconocer por cada secuela y la determinación concreta del factor corrector aplicable, dentro del margen señalado en cada caso. Ese uso facilitará, igualmente, la acreditación del daño y su valoración, sin necesidad de acudir a complicados razonamientos, ya que la fundamentación principal está implícita en el uso de un Baremo aprobado legalmente. (...) La aplicación del Baremo comportará un trato igualitario de los daños biológicos y psicológicos, así como de los daños morales, pues, salvo prueba en contrario, ese tipo de daños son similares en todas las personas en cuanto a la discapacidad y dolor que comportan en la vida íntima; en las relaciones personales; familiares y sociales (incluidas las actividades deportivas y otras lúdicas)” (STS de 17 de julio de 2007 [2007/8303]).

Los daños corporales cobrarán una importancia trascendental en el ámbito de la compensación íntegra de los daños consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales⁴⁸, concretamente en lo que a la valoración de los mismos se refiere y la correspondiente delimitación del *quantum* compensatorio, de ahí que el legislativo ya haya previsto, pero no

48 “La lesión de la integridad psicofísica del trabajador constituye un daño moral y del que también se deriva otro daño patrimonial indirecto, sin embargo, la disminución de la capacidad psicofísica consistente en la pérdida funcional de un órgano corporal, acompañada o no de un estado residual con incidencia limitativa, puede que no afecte, en algún caso, a la capacidad de ganancia porque el trabajador se reintegra a la empresa con la misma o diferente función”, véase GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo...*, op. cit., págs. 495-496.

efectuado, la elaboración de un baremo específico dirigido a los supuestos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En lo que a las posibles consecuencias derivadas del daño, divide la doctrina dos grupos en atención a las consecuencias pecuniarias o no pecuniarias que se puedan generar. Por un lado, no resulta difícil ver como una lesión sobre un bien extrapatrimonial como es el perjuicio corporal puede derivar en unos gastos que la propia víctima o normalmente la Seguridad Social o sistemas de previsión social equivalentes vendrán a sufragar, serán los denominados “gastos intrínsecamente necesarios” y harán alusión a gastos provocados principalmente por la asistencia sanitaria recibida. Al daño emergente del que hablamos se le deberá sumar la posibilidad de que el daño corporal genere una pérdida de ingresos, es decir, un lucro cesante sobre la víctima⁴⁹. Por otro lado, las consecuencias no pecuniarias del daño corporal, en referencia al daño moral provocado, nos adentran en un terreno pantanoso en el que en función de las teorías, según el grado de extensión o restricción del concepto que se tenga de daño moral, nos lleva a ampliar o restringir las consecuencias no pecuniarias derivadas del daño corporal. Por ello, a continuación procedemos a intentar dilucidar de un modo esquematizado el contenido del daño moral derivado del daño corporal⁵⁰.

Dentro del daño corporal como daño resarcible, remarcando las consecuencias no pecuniarias, su contenido ha ido extendiéndose desde el estricto concepto inicial de *pretium doloris* hasta conformar el siguiente abanico:

49 VICENTE DOMINGO, E.: “El daño”, op. cit., págs. 355 y ss.

50 Como ejemplo del desglose del daño moral que apuntamos, resulta interesante acudir a la reciente Sentencia del Tribunal de Derecho Humanos de 14 de junio de 2011 [JUR\2011\204830], sobre el caso Trevalect contra Bélgica, en la cual se realiza una esquemática valoración del contenido del daño moral, con sus diferentes ramificaciones.

- La vieja idea de *pretium doloris*, que insertará los sufrimientos morales y psíquicos, en referencia al “puro daño moral”, a la “esfera de lo puramente subjetivo” (pena, tristeza, sufrimientos etc.), y por otro lado, como sostendrán las teorías extensivas, las manifestaciones de dolor generadas como consecuencia de daños a la integridad física (sufrimientos físicos, molestias, dolores, etc.)⁵¹. El *pretium doloris* estará compuesto por los sufrimientos puramente morales, en referencia al sufrimiento o padecimiento psíquico que afectan a la parte espiritual, pero también por el dolor físico causado por el daño corporal. Habrá que remarcar la dificultad que caracteriza al *pretium doloris* a la hora de su valoración por afectar al ámbito subjetivo del individuo, lo cual se traducirá en una necesaria discrecionalidad del juzgador para su determinación.
- El perjuicio o daño estético, en alusión a las deformaciones corporales que puede sufrir la víctima. El daño estético responderá a los cánones de belleza que cada sociedad tenga, pudiendo variar según el momento y el lugar que se tome en referencia, reflejo del dinamismo que caracteriza a los daños. Si por contrario de belleza se entiende lo feo, estaremos hablando de daño estético en referencia a irregularidades físicas, “deformidades”, visibles y permanentes, o de “estigmas o taras fisiológicas”⁵². Por lo tanto, para que nos encontremos con un daño estético deberán concurrir ciertos requisitos como son el encontrarnos con un “afeamiento” producido por un menoscabo del “estado estético” y que, además, sea permanente y susceptible de ser percibido por los sentidos desde la perspectiva de un tercero observador⁵³, afeamiento que en una sociedad como la

51 *Ibidem...*, págs. 359 y ss.

52 *Ibidem...*, pág. 367.

53 Según la STS de 15 de noviembre de 1990 [RJ 1990/8919], el daño estético deberá ser “permanente”, con independencia de “eventuales mejoras obtenidas mediante ulteriores intervenciones reparadoras”, del mismo modo, deberá ser “física, es decir, somática”, al igual que “ostensible, o sea visible”, para lo cual se considerará “la generalidad del cuerpo”; En ese

actual en la que la imagen de la persona cobra una importancia trascendental, resulta clara la consecuencia negativa que puede generar un daño estético en el desarrollo de la personalidad de cada persona.

El daño estético se caracteriza por su “realidad y certeza”, lo cual otorgará la posibilidad de una objetivación del mismo en aras de su correcta valoración, admitiendo una graduación del mismo por el tamaño o localización del daño o, apuntando a las características personales, en función de las circunstancias personales de la víctima: edad, sexo⁵⁴, entorno social de la víctima etc. Los avances médicos han posibilitado que en gran parte de las ocasiones el daño estético pueda ser reparable mediante sistemas de cirugía reconstructiva o plástica, de modo que en el caso de que la víctima acceda a ellas, el coste de tales técnicas se sumaría al monto total de la indemnización⁵⁵

Finalmente, se debe remarcar como el daño estético cobra una relevancia especial en aquellos casos en los que la víctima resulta ser una persona que obtiene beneficios pecuniarios gracias a su imagen, imagínese el supuesto de un accidente en el que una presentadora de un programa televisivo de informativos, mientras se encuentra rodando el noticiero sufre unas lesiones a consecuencia de la rotura y caída de uno de los focos del plató, generándosele unas cicatrices o

sentido véase FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: “La problemática del perjuicio estético: especial referencia a su valoración”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 34, 2010, pág. 12.

54 Según el Anexo II del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, para estos casos no se podrá utilizar como parámetro de medición de la intensidad de los perjuicios estéticos ni la edad ni el sexo de la víctima.

55 FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: “La problemática del perjuicio estético...”, op. cit., pág. 19.

deformidades físicas en el rostro que acaban provocando el final de su carrera profesional.

- El “perjuicio sexual”, en referencia a la imposibilidad total o parcial de mantener relaciones sexuales o de procrear.
- El “*préjudice d’agrément*”, concepto extraído de la doctrina francesa⁵⁶ y que se referirá al “daño moral puro”, al daño moral estricto como impacto o sufrimiento psíquico o espiritual⁵⁷ producido por la incapacidad de la víctima para realizar actividades específicas, principalmente deportivas o culturales, como consecuencia de la lesión sufrida. Sin embargo, su contenido se habrá ido ampliando, por medio de la jurisprudencia y el ala doctrinal defensora de una visión extensa del mismo, hasta abarcar la pérdida de los “los goces legítimos que podemos esperar de la existencia”, incorporando así incapacidad para los placeres normales de la existencia, hasta el punto de llegar a defenderse la integración en él de los perjuicios fisiológico y funcionales⁵⁸. En ese sentido, resulta interesante la interpretación dada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 3 de febrero de 2003 [AC 2003/736] en el que reconoce por éste concepto una indemnización catalogándolo de “daño dependiente del funcional”⁵⁹.

56 Para un mayor ahondamiento en el concepto *préjudice d’agrément*, véase LAMBERT-FAIVRE, Y.: *Le Droit du dommage*, op. cit., págs. 133 y ss.

57 Se hará referencia expresa de tal término en la STJ Cataluña de 14 de noviembre de 2007 [rec. 8095/2006]: “el espinoso terreno del daño estrictamente moral, que a mayor abundamiento se concreta por la parte en dolor físico y psíquico (*prejudice d’agrément*) y en el que no cabe a la Sala sino realizar un cierto arbitrio judicial para determinar dicha cifra”.

58 KOTEICH KHATIB, M.: “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 18, 2010, págs. 172 y ss.; en contra de esa visión expansiva, defendiendo la visión restrictiva que integrará únicamente el “daño moral puro”, véase VICENTE DOMINGO, E.: “El daño”, op. cit., pág. 363.

59 La sentencia definirá el “«*prejudice d’agrément*»” como “la privación (...) por mucho tiempo o para el resto de su vida del disfrute pleno de las propias energías y del desarrollo de

La indemnización de incapacidades para realizar actividades específicas genera una situación especial cuando aquellas actividades puedan corresponderse con la actividad profesional de la víctima. Ello supondrá que el juzgador deba determinar a su prudente arbitrio cuáles se corresponden con “otras actividades” y cuáles responden a su actividad profesional, y así diferenciar dentro del factor corrector para la indemnización de las incapacidades laborales, que vendrán a compensar la pérdida o reducción de la capacidad de ganancia, la parte correspondiente al impedimento para realizar otras actividades y ocupaciones extralaborales⁶⁰.

No difiere en mucho de lo anterior el concepto de “*danno esistenziale*” de la praxis judicial italiana, con el que se denomina a la pérdida de la capacidad para la realización de actividades cotidianas. Un concepto de daño que como la doctrina italiana reconoce, se encuentra en una “*zona grigia*” entre el daño moral y el daño biológico, que no es sino la lesión de cualquier interés jurídicamente relevante de la persona, resarcible en sus consecuencias no patrimoniales⁶¹.

la personalidad en el medio social, en suma, un daño dependiente del funcional y condicionado por presupuestos personales, temporales y modales”.

60 En este sentido, siguiendo lo establecido por la unificación de doctrina al respecto, véase la STS de 8 de septiembre de 2009 [rec. 510/2009]: “El factor de corrección «abarca tanto el perjuicio que ocasiona la incapacidad para otras actividades de la vida, lo que supone valorar lo que la doctrina francesa denomina “préjudice d'agrément” [...]. Por ello, el capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por el factor corrector de la incapacidad permanente que establece el baremo, ya que éste repara diferentes perjuicios, entre los que se encuentra la incapacidad laboral. Así quedará al prudente arbitrio del juzgador de la instancia la ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima [...]»”.

61 BUFFA, F. y CASSANO, G.: *Il danno esistenziale nel rapporto di lavoro*. UTET, Torino, 2005, págs. 9 y ss.

7.- Daño por rebote

Se entenderá como daño por rebote, repercusión o indirecto (*dommage par ricochet* en la doctrina francesa), “el que nace a consecuencia del perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho ilícito, y que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado”⁶², es decir, se referirá a aquellos daños sufridos de forma mediata por terceros, normalmente familiares, como consecuencia del lazo que les une hacia la víctima que recibe de modo directo el daño, de ahí que sea un daño causalmente dependiente del daño inicial, pero a su vez, independiente en su certeza y realidad⁶³.

De modo que nos encontramos dos tipos de perjudicados, por un lado, la persona directamente afectada y que sufre de modo directo el menoscabo, por otro lado, la persona indirectamente perjudicada, que recibirá el daño sobre su esfera pecuniaria y, posiblemente, moral, pudiéndosele ocasionar tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales⁶⁴. Se trata entonces de limitar el círculo de aquellos terceros sobre los que puede extenderse el rebote, a fin de que no se convierta en una extensión que acabe por desvirtuar el concepto de daño por rebote, tal limitación podrá realizarse de modo expreso por el ordenamiento jurídico o de modo casuístico por medio del juzgador, en aquellos supuestos en los que existan cláusulas abiertas.

Una rápida mirada al derecho comparado posibilita clasificar tres tipos de sistemas. En el primero de ellos se situarían el caso español, francés y

62 ELORRIAGA DE BONIS, F.: “Del daño por repercusión o rebote”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, núm. 2, 1999, pág. 369; en la misma línea pero con la calificación de “daños indirectos”, SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, págs. 221 y ss.

63 VICENTE DOMINGO, E.: “El daño”, op. cit., pág. 383 y ss.

64 *Ibidem...*, op. cit., pág. 384.

belga, que por medio de cláusulas generales de responsabilidad habilitan a los terceros perjudicados a actuar *iure proprio*⁶⁵ para reclamar, en segundo lugar, el caso del “Common Law” que opta por la creación de normas específicas para la presente materia, o en tercer lugar, el Derecho alemán, que lo contempla y tipifica como pérdida del Derecho de alimentos o dentro de la interrupción de la prestación de servicios sufrida por los parientes terceros (parágrafo 844 del Código Civil alemán)⁶⁶.

En la práctica, el supuesto en el que más asiduamente se darán los casos de daños por rebote responde a los casos de lesiones o fallecimientos, teniendo como perjudicadas personas con vínculos familiares con la víctima. Consecuencia de ello es que se contemplase en el RDL 8/2004, de 29 de octubre, para los supuestos de accidentes de circulación (Tabla I), un listado con las personas habilitadas legalmente para reclamar los daños de rebote por considerarlas perjudicadas, limitándolo a casos de fallecimiento o lesiones graves. Del mismo modo, esa es la línea seguida por el nuevo Baremo LRSVDPAC al contemplar expresamente a los “allegados” a la víctima como sujetos perjudicados y con derecho a percibir indemnización por daños y perjuicios.

65 Como aclara la jurisprudencia, refiriéndose a los casos de daño por rebote en los que los perjudicados mantienen vínculos parentales con la víctima: “es doctrina consolidada desde hace decenios de esta Sala que las personas a quienes corresponde la indemnización por muerte ocurrida con motivo de accidentes de circulación son los perjudicados y no los herederos, teniéndose en cuenta para determinar su monto los detrimentos materiales y morales que les produjo tal pérdida. Las cantidades se otorgan, pues *iure proprio* no *iure hereditario*” (STS de 11 de junio de 1990 [RJ 1990\5261]).

66 VICENTE DOMINGO, E.: “El daño”, op. cit., págs. 384-385.

CAPÍTULO II.-
TEORÍA GENERAL DEL RESARCIMIENTO DE
DAÑOS: LA RESPONSABILIDAD COMO
INSTITUCIÓN JURÍDICA POLIVALENTE

CAPÍTULO II.- TEORÍA GENERAL DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS: LA RESPONSABILIDAD COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA POLIVALENTE

1.- Concepto y naturaleza

La dificultad que entraña el definir un concepto como el de la responsabilidad, como ya examinaría Hart⁶⁷, viene dada por su diversidad de usos y significados. Podremos hablar de responsabilidad cuando una persona incumple un deber u obligación, así como cuando causa un daño, de ahí que su presencia, en lo que a responsabilidad jurídica se refiere, se extienda a ámbitos como el civil, penal, administrativo, fiscal, social, etc., pero como común denominador, debe existir un determinado título de imputación. En la responsabilidad civil, el autor del ilícito causante del daño responderá por la transgresión de una norma, ya sea desde la clásica “*naeminen laedare*” o Aquiliana, por responsabilidad extracontractual; o en base a un incumplimiento de la *lex privata contractus*, por responsabilidad contractual⁶⁸.

67 HART, H. L. A.: *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Clarendon Press, Oxford, 1970, págs. 210 y ss.

68 En ese sentido, SANTOS BRIZ en la STS 287/1984, de 26 de enero 1984: “la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquella presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica procedente entre las partes, salvo el deber genérico, común a todos los hombres, del «alterum non laedere»; la segunda presupone una relación preexistente -generalmente un contrato, y de ahí su calificativo de contractual- entre el responsable y la víctima del daño”; a lo cual, la STS 3062/1991, de 10 de junio de 1991, añade que “por esto el deber de indemnizar por infracción del contrato se desenvuelve dentro del ámbito de la preexistente relación; en cambio, cuando la indemnización deriva del acto ilícito extracontractual, la relación obligatoria surge por primera vez al producirse el daño; en ambos casos el deber de resarcimiento se incluye en el marco de una relación obligatoria, pero en un caso se trata de una obligación derivada de acto ilícito, y en el otro de una relación contractual; no obstante su configuración exterior se atiende al esquema de relación obligatoria: un acreedor, un deudor, una exigencia de prestación”.

Así, puede traer causa de un incumplimiento del deber general de no causar daño a los demás, caso de ilícito extracontractual, así como de una obligación preexistente convenida entre deudor y acreedor, es decir, de un incumplimiento contractual. En la práctica, como se podrá ver, no es extraño encontrarnos con superposiciones de las anteriores situaciones al solaparse la obligación contractual y el deber general de cuidado, es el caso de deberes como la diligencia⁶⁹, la vigilancia o la propia deuda de seguridad, como ocurre en los deberes del empresario respecto de sus trabajadores.

La responsabilidad jurídica, institución jurídica vertebradora del sistema, ha experimentado múltiples manifestaciones en las diferentes ramas del derecho, con constantes reelaboraciones y matizaciones, hasta adquirir peculiaridades de cada una de ellas. Como se irá viendo, su dinamismo y versatilidad han dado nacimiento a diferentes teorías y doctrinas, sin que a día de hoy la búsqueda de su fundamento y naturaleza jurídica sea una cuestión baladí.

El concepto jurídico de responsabilidad encuentra una serie de similitudes o puntos en común en todas sus manifestaciones. Según la Real Academia Española, cuando hablamos de responsabilidad nos referimos a una “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”. Definición que ha sido tachada de ecléctica, al no abarcar la totalidad de las vertientes en las que se presenta, pero resulta esclarecedora para nuestro análisis dado su

69 BARROS BOURIE, E.: “Criterios de atribución de riesgos en materia contractual un contrapunto con la responsabilidad extracontractual”, en BARROS BOURIE, E.; GARCIA RUBIO, M^a P. y MORALES MORENO, A. M.: *Derecho de Daños*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 138 y ss.

carácter civilista⁷⁰, al recoger en su enunciado los casos de responsabilidad subjetiva (“culpa”) y objetiva (“de otra causa legal”).

La responsabilidad jurídica se asienta en el axioma de no causar daño a otro, siendo el instrumento que aporta esa función coactiva del Derecho mediante la cual se obliga a responder al trasgresor de la normativa, no tanto como sanción o reproche social, como sucedería desde los albores del Derecho romano escrito o posteriores concepciones guiadas por el individualismo filosófico y el liberalismo económico, amparadas en una perspectiva patrimonialista de la misma, sino más bien por justicia y equidad, haciendo de la misma un factor garante de la paz social⁷¹.

La responsabilidad civil, como medio idóneo para la reparación del daño, debe lograr una “reparación justa” del daño que, como se comprenderá, conlleva la elaboración de un no precisamente fácil juicio entre los diferentes intereses de cada parte resolviendo una situación de conflicto. En ello, debe de mantenerse “la *balanza* de la justicia en perfecto equilibrio”, desde una perspectiva integral, ya haya de responderse por una infracción contractual, acto ilícito o un riesgo; y reparar en ello en el momento de la determinación de la culpabilidad y de la relación causal, así como en la apreciación y valoración de los daños a reparar⁷². El modo en el que la responsabilidad actúa, y cómo se complementa con otros sistemas de reparación, dígame de la Seguridad Social, obliga a un examen profundo y global para determinar

70 SANZ ENCINAR, A.: “El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría General del Derecho”, en *Anuarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, pág. 28.

71 GHERSI, A. C.: *Teoría general de la reparación de daños*. Astrea, Buenos Aires, 1997, págs. 4 y ss.

72 HEDERMANN, J. W.: *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 130.

qué se considera “reparación justa” y el modo de distribución del coste entre los diferentes agentes o patrimonios implicados⁷³.

Compleja es la labor ya que el sistema de reparación del daño, con especial hincapié en el caso de los derivados de AT y EP, es una cuestión política y navega impulsada por los vientos que generan las tendencias o ideologías de cada sociedad. El daño aparece como una situación de conflicto irresuelto de poderes, falta u error de previsión, es ahí donde el Estado debe arbitrar entre los intereses confluyentes: la máxima protección del ser humano y los intereses privados de los agentes económicos que la ponen en peligro⁷⁴.

Desde la “Lex Aquilia”, manantial del cual beberán los modernos regímenes de responsabilidad por daños, tres son los factores que evidencian la transformación vivida en la responsabilidad civil: un predominio de la reparación como eje de la responsabilidad civil, un proceso de objetivación de la misma, así como la aparición y desarrollo de los diferentes sistemas de aseguramiento, tanto públicos como privados⁷⁵.

2.- Función de la responsabilidad civil

2.1.- Consideraciones generales; la reparación como reequilibrio de intereses

Ut supra se adelantaba, la responsabilidad civil se encarga de trazar la línea entre la libertad de actuar de cada individuo y los bienes e intereses a los que cada sociedad, con su ordenamiento jurídico, trata de tutelar⁷⁶. En la

73 REGLERO CAMPOS, L. F.: “Conceptos generales...”, op. cit., pág. 67.

74 GHERSI, A. C.: *Teoría...*, op. cit., págs. 30 y ss.

75 REGLERO CAMPOS, L. F.: “Conceptos generales...”, op. cit., págs. 66 y 67.

76 DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, op. cit., pág. 43; Cuando de responsabilidad extracontractual se trata, resulta curioso el sistema alemán por recoger en un listado aquellos intereses que son protegidos, quedando excluidos de protección los que no se encuentren

búsqueda de tal delimitación, aparece como contención de la libertad individual para mantener un equilibrio entre los intereses confluyentes. Tal función es lo que la doctrina habrá acuñado como *función demarcatoria*⁷⁷.

Cuando se transgrede dicha línea, con un resultado dañoso sobre la víctima, se genera la obligación de compensarla por los daños causados como consecuencia de la acción antijurídica. Estamos hablando de la función primaria de la responsabilidad civil, la *función compensatoria o resarcitoria*. “Todo sistema de responsabilidad civil es de naturaleza reparatoria o compensatoria: proporcionar a quien sufre un daño injusto los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación”⁷⁸,

De esa manera, la responsabilidad civil se ocupa del traspaso del daño, haciendo que la disminución del patrimonio sufrida por la víctima sea repercutida sobre el causante, o poniéndolo a cargo de otro. Es lo que en la doctrina se ha denominado como *distribución de los infortunios*⁷⁹. Se obliga al causante del daño a la reparación íntegra de los daños provocados con el objetivo de reponer a la víctima, en la medida de lo posible, al mismo estado en el que se encontraba *ex ante*, previa causación del daño.

Por ello, como más adelante se desarrollará, el elemento subjetivo aparece como un criterio de imputación y no como parámetro de determinación del resarcimiento integral adeudado a la víctima, es decir, si la

expresamente en la misma, véase MARTIN CASALS, M.: “La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2011, págs. 42 y 43.

77 SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M^a T.: *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 103-105.; DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, op. cit., pág. 43.

78 REGLERO CAMPOS, L. F.: “Conceptos generales...”, op. cit., pág. 81.

79 DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, op. cit., pág. 41 y ss.

función de la reparación es la restitución íntegra del daño causado, ésta no debe ser modulada en función de criterios culpabilísticos, sino por la gravedad del daño⁸⁰.

2.2.- Función punitiva-preventiva

Si bien la función punitiva se encuentra en los albores de la responsabilidad civil extracontractual, cierto es también el progresivo abandono de esa primitiva función en su proceso evolutivo, reservando tal encomienda a las normas penales y de Derecho administrativo sancionador, para centrarse en la función resarcitoria que la define en la actualidad⁸¹.

Junto a la finalidad compensatoria, se reconoce por la doctrina un efecto preventivo en la responsabilidad civil, no como otra función accesoria sino como consecuencia ineludible de la misma, es decir, puede suceder que el sujeto obligado a indemnizar se sienta “castigado”, de modo que la “amenaza” de tener que indemnizar tenga una influencia en su modo de actuar⁸². El influir sobre el impulso psicológico que puede experimentar el ciudadano, la llamada prevención general, no es discutida⁸³, pero se entiende su presencia como un “subproducto fáctico” de la compensación⁸⁴.

80 ANNUNZIATA, G.: *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*. CEDAM, Milan, 2010, pág. 5.

81 En referencia al *law of torts*, “the law is concerned chiefly with distributing losses which are an inevitable by-product of modern living, and, in allocating the risk, makes less and less allowance to ideas of punishment, admonition and deterrence”, véase FLEMING, J.G.: *The Law of Torts*. Law Book Company Limited, Sidney, 1987, pág. 2; DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, op. cit., pág. 44.

82 REGLERO CAMPOS, L. F.: “Conceptos generales...”, op. cit., págs. 66 y ss.

83 DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, op. cit., págs. 47 y 48.

84 PANTALEON PRIETO, A. F.: “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, págs. 167 y ss.

Sin embargo, cierto sector doctrinal ha defendido una finalidad preventiva como principio rector innato en la responsabilidad civil y el propio derecho de daños, función que sin ser la primordial, resultaría integral a la misma⁸⁵. Teoría no exenta de críticas al intentar separar el binomio sanción-prevenición, para defender así una finalidad preventiva en el Derecho civil⁸⁶.

En lo que a la función punitiva se refiere, considero un error el intentar extraer de la responsabilidad civil tal función. Para ello nuestro ordenamiento jurídico contiene una serie de instrumentos y mecanismos adecuados, de naturaleza penal y/o administrativas, que vienen a colmar tales exigencias, de modo que la asignación de una función punitiva conllevaría inevitablemente, una transgresión de principios basilares de nuestro ordenamiento como el *non bis in ídem* o el *doublé jeopardy*⁸⁷.

2.2.1.- Punitive Damages⁸⁸

Institución del *Common Law*, de corte anglosajón⁸⁹, encuentra asiento principalmente en los ordenamientos jurídicos norteamericanos. Se trata de una indemnización de carácter punitivo consistente en una cantidad pecuniaria superior a la que corresponde por la reparación de los daños y

85 SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M^a T.: *Prevenir y castigar...*, op. cit., págs. 117 y ss.

86 Crítica de la tesis planteada por CODERCH y CASTIÑEIRA, véase PANTALEON PRIETO, A. F.: "Cómo repensar la responsabilidad civil...", op. cit., págs. 167 y ss.

87 MARTIN CASALS, M.: "Notas sobre indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en *Centenario del Código Civil*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 1258 y ss.

88 También denominados *exemplary damages* o *vindictive damages*.

89 La aparición de los punitive damages se remonta a Inglaterra, año 1760, con la causa de John Wilkes y North Briton, y no será hasta 1960, en el caso *Rookes v. Barnard*, cuando la House of Lord realiza una reinterpretación de los mismos para limitarlos a tres "categorías": conductas opresivas, arbitrarias o inconstitucionales realizadas por funcionarios; conductas calculadas para obtener un beneficio mayor al que corresponde pagar como compensación por los daños y perjuicios; y autorizaciones estatutarias al respecto. Véase. MCGREGOR: *On Damages*, op. cit., págs.287-306.

perjuicios causados a la víctima, justificada por la especial gravedad que reviste la acción causante del perjuicio, generadora ésta de un alto grado de indignación en la sociedad⁹⁰.

Los motivos esgrimidos por la doctrina para la imposición de los mismos son: sancionar al causante; disuadir al causante de volver a repetir la ofensa o de reincidir en la causación del daño; disuadir a otros de cometer la acción sancionada; preservar la paz; inducir a la aplicación del *Civil Law*; compensar a las víctimas por pérdidas que de otro modo quedarían sin compensación alguna; y el pago de honorarios de los abogados demandantes⁹¹. De ese modo, en los daños punitivos concurre una función sancionadora, preventiva⁹² y simbólica, si bien algunos sectores doctrinales han hecho hincapié únicamente en alguna de las concretas facetas, se trata de un triángulo funcional que actúa en unísono y no debe ser entendido a nivel fraccionado⁹³.

Es una figura en principio ajena a la cultura jurídica europea continental, ya que en el *Civil Law* el juez civil no viene habilitado para la imposición de sanciones. Resulta incompatible con nuestros ordenamientos jurídicos la operatividad de una pena privada en un proceso civil⁹⁴, la habilitación para ejercer funciones punitivas viene reservada a las normas penales, así como al Derecho administrativo sancionador.

90 GARCIA MATAMOROS, L. V. y HERRERA LOZANO, M. C.: "El concepto de los daños punitivos o punitive damages", en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 5, núm. 1, enero-junio 2003, págs. 211 y ss.

91 ELLIS, D. D. Jr.: "Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages", en *Southern California Law Review*, vol. 56, núm. 1, 1982-1983, págs. 3 y ss.

92 SCHAWARTZ, G. T.: "Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: a comment", en *Southern California Law Review*, vol. 56, núm. 1, 1982-1983, págs. 134 y ss. (todo el artículo 133-153); REGLERO CAMPOS, L. F.: "Conceptos generales...", págs. 89 y ss.

93 SALVADOR CODERCH, P.: "Punitive damages", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, pág. 146.

94 *Ibidem...*, pág. 140.

A pesar de ello, se pueden encontrar en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, de modo aislado, figuras híbridas que sin ser calificables como *punitive damages* oscilan de modo funambulesco entre la naturaleza reparadora y punitiva. Se caracterizan por estar amparadas por “instancias estatales muy centralizadas”, sea el caso de tipificación legal o sentencia de tribunal estatal, y por el acotamiento del campo de actuación de aquél que debe delimitar la cuantía, para limitar así la respectiva consecuencia de derecho⁹⁵. Ello hace que se diferencien de los *punitive damages* del derecho estadounidense donde su imposición viene determinada por los jurados, y la cuantía a la discreción de los mismos⁹⁶.

En el caso español, aunque más adelante se ahondará en la temática, cabe adelantar como el recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social (art. 164 LGSS), prevé el incremento de entre un 30 a un 50 por 100 de dichas prestaciones para aquellos supuestos en los que el empresario haya incurrido en faltas graves en el cumplimiento de medidas de seguridad y salud del trabajador. En la línea de la inclusión de funciones punitivas en la responsabilidad civil, resulta por lo menos anecdótico cómo el Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés de 2005, a día de hoy todavía pendiente de aprobación, proyecta la inserción de un artículo relativo a los daños punitivos⁹⁷.

95 Estas subclases de *punitive damages*, en ocasiones denominadas “*múltiple damages*”, mantienen “un ropaje diferente”, se suelen identificar con el daño moral o extrapatrimonial. Véase. *Ibidem...*, pág. 140-142.; REGLERO CAMPOS, L. F: “Conceptos generales...”, págs. 89 y ss.

96 ELLIS, D. D. Jr.: “Fairness and Efficiency...”, op. cit., 12 y ss.

97 Tal previsión viene dada en el artículo 1.371, según el cual: “el autor de una culpa manifiestamente deliberada, especialmente de una culpa lucrativa, puede ser condenado, a más daños y perjuicios compensatorios, a daños y perjuicios punitivos, con facultad para el juez de beneficiar parcialmente al Tesoro público. La decisión del juez de otorgar tales daños y perjuicios debe ser especialmente motivada y su cuantía desglosada de los demás daños y perjuicios concedidos a la víctima. Los daños y perjuicios punitivos no son asegurables”; VINEY, G.: “De la responsabilidad civil (arts. 1340 a 1386)”, en HINESTROSA, F.: *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción: Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Libro III, títulos III y XX*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, págs. 256; 274 y 275.

En esa línea, el art. 183.2 LRJS, en relación a las indemnizaciones derivadas de vulneraciones de derechos fundamentales, preceptúa la capacidad del tribunal para pronunciarse sobre la cuantía que se considere suficiente para resarcir los daños de la víctima, “así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”. Así las cosas, no creo que pueda interpretarse de ello una admisión de daños punitivos dentro de nuestro sistema, sino más bien, la posibilidad de hacer una valoración con fines preventivos, pero sin que la compensación pueda, en ningún caso, exceder del daño total de la víctima.

Considero desacertada la inserción de *punitive damages* en nuestro ordenamiento como mecanismo en aras de colmar espacios vacíos, como puede ser una infracompensación de daños, o la atribución de una mayor función disuasoria a la responsabilidad civil, si bien *a priori* puede parecer una causa justificable, acabaría generando una incoherencia en el sistema al generar solapamientos entre los diferentes cauces accionados ante infortunios, duplicidades, y posibles situaciones de enriquecimiento injusto de las víctimas. Por ello, considero que la cuestión a analizar no es tanto la búsqueda de una figura ajena a nuestro ordenamiento jurídico como son los *punitive damages*, sino más bien la correcta aplicación del sistema resarcitorio, con una adecuada calificación y valoración de daños, compaginado con un adecuado sistema de incentivos económicos y una acción de regreso que sirva para redistribuir costes para con los empresarios infractores.

2.3.- Funciones de la responsabilidad civil y “análisis económico del derecho” (AED).

El AED se nos muestra como un pensamiento que propugna un análisis del derecho desde el punto de vista económico, aplicando a las ramas jurídicas interpretaciones y evaluaciones económicas, aplicando una racionalidad económica. Con el AED se asiste a un “esfuerzo por establecer

una *norma de responsabilidad* coherente o alineada a la lógica peculiar del mercado”⁹⁸

Se defiende una necesaria colaboración técnica entre el derecho y la economía, parte de una visión del derecho como mecanismo normativo que establece y regula las condiciones del mercado, debiendo lograr una adecuada asignación de los recursos, a la vez que una optimización de los costes, para alcanzar así la eficiencia. Dentro de sus pilares básicos se sitúan COASE, R., con la publicación de *The Problem of Social Cost* (1960); CALABRESI, G., con *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961), y siguiendo la estela de ellos, pero generando un punto de inflexión, POSNER, R., con *Economics Analysis of Law* (1973).

El AED, como fenómeno homogéneo, ha dado lugar a unas ramificaciones complejas, diversas tendencias alejadas ya de la inicial concepción “conservadora” de la Escuela de Chicago. Resulta de especial interés para el presente estudio la posición de CALABRESI en referencia directa a la responsabilidad civil, quien junto al usual papel conferido a la eficiencia, sostendrá la necesidad de tener en consideración otros factores como son la distribución, la justicia o la igualdad⁹⁹.

98 PAZ-ARES, C.: “La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del derecho)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 34, núm. 3, 1981, pág. 654 y ss.

99 CALABRESI, G.: *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Ariel, Barcelona, 1984.

Todo sistema de responsabilidad civil debe guiarse por unas funciones y fines determinados: la búsqueda de la justicia¹⁰⁰ y la reducción de los costes de los accidentes¹⁰¹.

Como el autor reconoce, la justicia no es tanto una función sino un “imperativo” con el cual corregir estructuras o instrumentos de un sistema determinado, siendo consciente de la variabilidad del concepto dependiendo del sistema en cuestión. Respecto a la reducción de los costes de accidentes, se hace una tripartición de los costes derivados de todo daño, costes sobre los que la responsabilidad civil, dentro de un estado del bienestar, debería influir. Estos costes son denominados *primarios*, *secundarios* y *terciarios*.

Los costes *primarios* engloban todos aquellos daños que la víctima del perjuicio sufre¹⁰², por lo tanto, los daños vistos en el Capítulo I; el objetivo de la responsabilidad civil en relación con éstos será la reducción del número y de la gravedad de los accidentes. Con *secundarios*, se hace referencia a los costes de prevención y a la distribución o dispersión de los mismos, de modo que haciendo una lectura económicamente racional de ambos costes, el objetivo de una economía del bienestar sería la reducción de la suma de los costes primarios por daños, sin llegar a superar la suma de los costes de los daños y los de su prevención¹⁰³, se lograría así la reducción de los costes sociales derivados de los accidentes. La racionalidad económica que guía al

100 “Un sistema particular de responsabilidad civil, ya sea el de la culpa, el de seguridad social o el de responsabilidad empresarial, se apoya en su respectivo sentido de la justicia o de la equidad”; *Ibidem...*, pág. 42.

101 “Sin perjuicio de la necesidad de justicia, consideraré axiomático que la función principal de la responsabilidad civil es la de reducir la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos”; *Ibidem...*, pág. 44.

102 Desde la perspectiva económica, los costes no solo hacen referencia a gastos, sino también a valores de utilidad perdidos, incluyéndose tanto daños materiales como daños inmateriales, véase SCHÄFER, H. B. y OTT, C.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*. Tecnos, Madrid, 1991, págs. 98 y ss.

103 *Ibidem...*, pág. 100.

homo oeconomicus nos permite prever la elección óptima, al ser la más eficiente, por la cual se optará:

CUADRO 1. *Importe de los daños y gastos de prevención*

Importe de daños	Gastos de prevención	Coste total
2.000	0	2.000
1.000	100	1.100
500	200	700
450	300	750
400	400	800

El cuadro anterior recoge, por un lado, el “importe de los daños”, en otra columna los “gastos de prevención” y, en la última de las columnas, la suma de las dos con la denominación de “coste total”. La suma de las dos primeras partidas es posible ya que ambas son consideradas pérdidas de bienestar. Como se puede observar, el nivel de equilibrio perfecto se nos ofrece en la tercera de las opciones, al ser los costes sociales minimizados a 700, con un gasto óptimo de prevención de 200 y un importe de daños de 500.

De esa manera, se sostiene que “en la protección contra un daño sólo debe gastarse una unidad complementaria de recursos cuando el valor de

este recurso sea más bajo que el valor del daño evitado”¹⁰⁴, sin embargo, cierto es que a pesar de la racionalidad económica que se nos plantea, sea por la dificultad en su aplicación (valoración y calificación de los costes primarios etc.) o por su necesaria contextualización, parámetros como la optimización de costes confluyen y se ven condicionados por factores como la política social y económica, la disposición de recursos o la presión social¹⁰⁵.

Finalmente, los costes *terciarios*, resultantes de administrar el tratamiento de los accidentes, engloban todos aquellos gastos originados en la liquidación y distribución del daño producido (gastos de abogados, judiciales, transacciones etc.), recursos que podrían redirigirse hacia la consecución de objetivos alternativos socialmente más útiles¹⁰⁶.

Lo dicho reviste un especial interés a la hora de examinar el actuar del sujeto responsable, ya que nos aporta parámetros por los que medir los grados de negligencia en los que se puede incurrir, para valorar con criterios de proporcionalidad la falta, siendo conscientes de la “inexigibilidad de sacrificios desproporcionados de los deberes de prevención de accidentes”¹⁰⁷. Asimismo, sobre lo que se volverá más adelante, las pautas para la dispersión del riesgo y la distribución de los costes serán temas clave cuando nos sumerjamos en los instrumentos de compensación y el papel de cada agente dentro del sistema de reparación del daño en los accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

104 *Ibidem...*, pág. 109.

105 REGLERO CAMPOS, L. F.: “Conceptos generales...”, op. cit., pág. 85.

106 SCHÄFER, H. B. y OTT, C.: *Manual...*, op. cit., pág. 105.

107 REGLERO CAMPOS, L. F.: “Concepto generales...”, op. cit., pág. 85; DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, op. cit., pág. 217.

3.- Aproximación histórica a la responsabilidad civil y a sus criterios de imputación.

Cuando hablamos de criterios de imputación nos referimos a la regla por la que se establece que una persona debe reparar los daños causados a otra, es decir, cuándo podemos hacer imputable al causante del daño, obligarlo a su reparación. Para ello, resulta necesaria una mirada retrospectiva que recorra el proceso evolutivo seguido por la responsabilidad civil y su fundamentación, para en última instancia, situarnos en la aparición de la responsabilidad civil empresarial.

El factor en el que tradicionalmente se ha fundamentado la pretensión de reparación de los daños ha sido la culpa, pero cierto es que su concepto ha ido evolucionando como si de una obra de alfarería se tratase, en la que el rodar de la historia, la sociedad y la economía han generado un constante moldeamiento de su figura.

3.1.- Desde el primitivo concepto de culpa del Derecho Romano a los albores de la Revolución Industrial.

Los primeros pasos de la responsabilidad por daños se remontan al Derecho romano, con la “Lex Aquilia”, al sustituir ésta las anteriores previsiones de *damni iniuriae* y posibilitar la sustitución de la pena de daños por su reparación. El supuesto de hecho iría dirigido a aquellas acciones que con *iniuria* causasen “cualquier daño” sobre “cualquier cosa”, con el objetivo así de tutelar la propiedad¹⁰⁸. Será en el período de Severo cuando la culpa

108 *Ibidem...*, pág. 65-67.

adquiere el título de imputación de la responsabilidad otorgándosele una función sancionatoria, a la vez que reparadora¹⁰⁹.

Con el transcurrir del tiempo y la labor interpretadora, pasando por glosadores, postglosadores, y continuando con el Derecho común, harían que la culpa progresivamente fuese desprendiéndose de ese carácter penal, desligándose del concepto romano de “pena privada”, por resultar ya entonces un lastre con difícil encaje en los nuevos ordenamientos¹¹⁰.

La posterior influencia, de manos del Derecho canónico, impregnó de reglas morales la responsabilidad, con la imputación por culpa, de modo que ésta respondería a juicios morales de reprobabilidad en los que la reparación del daño se entendía más como una penitencia por los pecados cometidos que como un instrumento compensatorio¹¹¹. El reproche estaba patente en una responsabilidad civil que respondía a una concepción de justicia retributiva.

Toda esa labor culminaría con los procesos de codificación en los que la máxima de “no hay responsabilidad sin culpa” se elevó a la categoría de orden público. La lógica del *laissez faire* empezaba a florecer con la sociedad burguesa, de modo que el espíritu de la economía capitalista exigía una responsabilidad acorde a los principios individualistas y de libertad de actuar del individuo.

La obra cumbre de la codificación será el “*Code*”, Código civil francés o Código de Napoleón (1804). En él se establece la culpa como título de imputación, al prever que “cualquier hecho del hombre, que causa a otro un

109 REGLERO CAMPOS, L. F.: “Los sistemas de responsabilidad civil”, en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.): *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, 5ª edición (actualizado por PEÑA LÓPEZ, F.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 270 y 271.

110 DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daño*, op. cit., págs. 72 y ss.

111 *Ibidem...*, págs. 84-85; REGLERO CAMPOS, L. F.: “Los sistemas...”, op. cit., págs. 270 y ss.

daño, obliga a repararlo a aquél por cuya culpa a ocurrido” (art. 1.382). De esa manera, se obliga a la reparación incluso en aquellos casos en los que a falta de malicia por parte del causante, hubiera mediado negligencia o imprudencia en la acción u omisión (art. 1382)¹¹².

Otra línea será la seguida por la codificación alemana, que desligándose de las interpretaciones realizadas por los iusnaturalistas, entre ellas la generalización de la responsabilidad por culpa, es fruto de las interpretaciones del derecho romano realizadas por la Escuela Histórica y, posteriormente, por los pandectistas¹¹³.

Cómo tercera vía, la mención del caso inglés y su Derecho de *torts* resulta necesaria por su peculiaridad. Herederos también del derecho romano y de la tradición del *damnum injuria datum*, los juristas ingleses desarrollaron el concepto de *trespass*, inicialmente de carácter semi-criminal, lo que se convertiría en el remedio utilizado para todos los casos de *forcible, direct and immediate injury*, recaigan sobre una persona, bienes o propiedades del demandante¹¹⁴. Los primeros pasos del Common Law en la materia reparaban principalmente en los casos de *intentional wrongdoer*, relegando a un nivel residual, sólo para algunos supuestos concretos, las imputaciones por daño accidental o inintencionado. Será a partir del Siglo XIX cuando empezará a madurar el concepto de negligencia, hasta llegar a los actuales estándares en

112 La percepción según la cual la ley no puede vacilar entre quien se equivoca y el que padece, hará que la culpa, como “una culpa cualquiera”, se convierta en elemento central para la exigencia de responsabilidad, sea ésta delictual, cuasidelictual o convencional; PASCUAL ESTEVILL, L.: *Derecho de daños: principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual*. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 71 y ss.; DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, op. cit., págs. 81 y ss.

113 Con unas interpretaciones más estrictas, sitúan el elemento de antijuridicidad como eje para el nacimiento de la obligación de reparar. La responsabilidad por culpa se establece por ley para la protección de unos determinados derechos merecedores de especial protección, como son los derechos absolutos, pero fuera de ellos no regirá una responsabilidad general por culpa, sino por dolo; *Ibidem...*, pág. 86 y ss.

114 FLEMING, J. G.: *The Law...*, op. cit., pág. 15.

los que se presenta como el principal instrumento de imputación para los casos de pérdidas por accidentes¹¹⁵.

En resumen, todos los Ordenamientos, hasta finales del Siglo XIX, vienen a establecer en común unas reglas fundamentales: no habrá responsabilidad sin culpa o dolo del agente; el concepto de culpa repara en el elemento subjetivo, integrado por la negligencia, imprudencia e impericia, todo ello impregnado de un cariz moral; se sigue manteniendo una percepción de “sanción” de la culpa; por último, queda latente en ellos la percepción de la sanción como consecuencia de un acto o hecho perpetrado por un sujeto en el ejercicio de su libertad de actuar, “cada uno actúa a su propio riesgo”, de ahí que la cantidad a indemnizar por los daños generados respondiese más a criterios de intensidad del reproche que al propio daño sufrido por la víctima.

La responsabilidad civil se asentaba sobre un modelo ideológico basado en el individualismo filosófico y el liberalismo económico. El *libre albedrío* debía ser protegido, de modo que el derecho actuase ante ataques precisamente a ésta autonomía de la voluntad, en la cual, se sancionaba a la persona que causase un daño antijurídico y culpable dentro de su libre actuar, sobre el libre actuar ajeno¹¹⁶.

3.2.- Revolución industrial y aparición de la responsabilidad civil empresarial: entre la responsabilidad y la reparación.

La percepción vigente en la época, de toda disciplina de responsabilidad civil como instrumento moralizador de conductas individuales, se verá envuelta en un proceso de evolución acorde a las nuevas exigencias

115 *Ibidem...*, págs. 93 y ss.

116 GHERSI, A. C.: *Teoría...*, op. cit., págs. 4 y ss.

económicas y sociales, para conceder a la reparación e indemnización de los daños y perjuicios sufridos por las víctimas el valor central del que carecían. Ello da comienzo a lo que la doctrina ha venido a denominar como la crisis del sistema culpabilista.

La revolución industrial supuso el punto de inflexión para el replanteamiento de la responsabilidad civil y su papel ante el escenario emergente, los nuevos riesgos y amenazas. La innovación tecnológica, con la aparición de la máquina de vapor; la aparición del sistema fabril de producción; la revolución agrícola; el crecimiento de la población; el despegue de sectores como el textil con la industria del algodón, y los ferrocarriles, con el consiguiente desarrollo de la siderurgia y el carbón, dibujaban una nueva era, la “era del capital”¹¹⁷. La revolución en las relaciones de producción generaría, a su vez, una revolución en las relaciones sociales con la aparición de una nueva “lucha de clases”, representada por la relación dialéctica entre patronos y obreros, burguesía contra proletariado¹¹⁸.

En este contexto, aparecen nuevas exigencias sociales sobre la reparación de daños generados, provocados, por el fenómeno del maquinismo ¹¹⁹, o en definitiva, por la propia revolución industrial. La responsabilidad civil requería de una adaptación que la hiciese funcional ante esos riesgos desconocidos en la sociedad preindustrial. La enorme potencialidad lesiva del maquinismo, reflejada en el aumento del número de accidentes y la gravedad de sus consecuencias, exigían una regeneración

117 HOBBSAWM, E.: *La era del capital*, 1848-1875. Crítica, Barcelona, 1998; FÖHLEN, C.: *La revolución industrial*. Vicens-Vives, Barcelona, 1981.

118 MARX, K. y ENGELS, F.: “Manifiesto del Partido Comunista”, en MONEREO PEREZ, J. L. (dir.): *Obras escogidas de Karl MARX y Friedrich ENGELS*. Comares, Granada, 2012, págs. 32-68.

119 A la influencia del “maquinismo y la gran industria” sobre la clase trabajadora dedicaría KARL MARX un capítulo de su obra maestra; MARX, K.: *El Capital*. Orbis, Barcelona, 1984, págs. 163-255.

que dotase a la responsabilidad civil de un carácter “más equitativo”¹²⁰, ante un sistema de culpa que resultaba inadecuado, disfuncional, al condenar al fracaso la mayoría de las reclamaciones por daños, dada la dificultad que entrañaba la demostración de “una prueba palmaria de la imprudencia” o negligencia de los productores del riesgo¹²¹.

Las indemnizaciones de los daños producidos como consecuencia de los incendios generados por las chispas de los ferrocarriles, darían lugar a la primera de las leyes en “romper el tradicional principio de la culpa”¹²², para dar inicio a lo que posteriormente sería conocido como la doctrina del riesgo. Sin embargo, no sería hasta la aparición de las primeras leyes de accidentes de trabajo cuando se crea una concepción sólida de una responsabilidad sin culpa.

La percepción de los avances tecnológicos y de las técnicas de fabricación como un interés general pero que, simultáneamente, concentra los perjuicios sobre un sector concreto de la población, generarían en la doctrina científica y jurisprudencial una corriente *prodamnato*, que sostendrá “la atribución del daño causado en la materialidad de la propia existencia del perjuicio, o el riesgo creado y relacionado con éste”¹²³. De esa manera, se produce una alteración de base para fortalecer la idea de la *reparación* del daño, en detrimento de la idea de *responsabilidad* como acto de reprochabilidad.

120 REGLERO CAMPOS, L. F.: “Los sistemas...”, op. cit., págs. 273.

121 DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial. V La responsabilidad civil extracontractual*. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 101 y ss.

122 Ley prusiana sobre el transporte ferroviario de 30 de noviembre de 1838; REGLERO CAMPOS, L. F.: “Los sistemas...”, op. cit., pág. 274.

123 PASCUAL ESTEVILL, L.: *Derecho de daños...*, op.cit., págs. 74 y ss.

3.2. 1.- Riesgos laborales y accidente de trabajo, un nuevo escenario.

Hablar aquí de accidente de trabajo no significa que en épocas anteriores no los hubiera, qué duda cabe que el laboreo agrícola, doméstico, las actividades militares, la minería o el trabajo del obrador agremiado de los tradicionales oficios urbanos, eran focos de accidentabilidad laboral, pero la cuestión reside en delimitar el momento en el que se comienza a adquirir una concepción de tales siniestros como consecuencias del riesgo laboral, lo cual conllevaría la asunción de un nuevo tipo de responsabilidad, acorde a las nuevas exigencias.

Se pasa a percibir el riesgo laboral como consecuencia de un cúmulo de factores sin parangón previo: la proletarización masiva de mano de obra tras la industrialización, la masificación de las relaciones subordinadas, las jornadas de trabajo ilimitadas, el maquinismo, las nuevas energías, la toxicidad de nuevos elementos y materias de producción, los sistemas de explotación intensiva, la explotación cualificada del trabajo de la mujer y de los menores, y un largo etcétera¹²⁴.

De esa manera, será en el ochocientos cuando se empiece a generar un discurso mínimamente organizado sobre los peligros, principalmente derivados del trabajo fabril, que para la salud se derivan del trabajo, relacionando así la siniestralidad con las condiciones de trabajo. El estandarte de estas nuevas reivindicaciones aparecerá con la Primera Internacional (1869), para situarse como una de las proclamas del movimiento obrero sindicalista, y a su vez, con reflejo también en el estamento médico y en los *higienistas* de cátedra del período¹²⁵.

124 SEMPERE NAVARRO, A. (et al.): *Derecho de la seguridad y salud...*, op. cit., págs. 32 y 33.

125 DE FRANCISCO LOPEZ, R.: "La construcción en España de las primera estrategias preventivas con relación a enfermedades de trabajo y riesgos en el trabajo", en ASENJO, A.

Florecen entonces las simientes de las que crecerá el Derecho del Trabajo, con dos fuertes raíces: la primera, representada por el *movimiento obrero*, su organización y movilización, que mediante una reacción de autotutela colectiva se sitúa como adalid frente a la injusta situación y condiciones laborales de los trabajadores; y la segunda de ellas, la intervención del Estado con las primeras políticas legislativas protectoras del trabajo asalariado (*la legislación obrera*)¹²⁶.

3.2.2.-Transformación jurídica del Derecho clásico

En un inicio, las primeras respuestas jurídicas al respecto entendían que la responsabilidad por el daño derivado del trabajo recaía sobre el propio trabajador, ya que éste, como sujeto libre que se le consideraba, en el momento que decidía arrendar sus servicios mediante el contrato de trabajo realizaba una aceptación tácita de los riesgos de la empresa. Esta teoría de la *assumption of risk* tubo acogida en los Tribunales ingleses, no así en el Derecho continental europeo, que tras la estela francesa vería en la responsabilidad empresarial una “responsabilidad por daño a otro”, caso del art. 1.902 del Código Civil español, y por lo tanto, situaba la culpabilidad como elemento determinante, exigiendo la carga de la prueba a aquel que reclamaba el incumplimiento de una obligación, en este caso el trabajador¹²⁷.

(dir. y coord.): *Trabajo y Salud. Desde la protección a la prevención*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene (INSS); Fundación Largo Caballero y Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2010, págs. 72 y ss.

126 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, págs. 48 y ss.

127 BORRAJO DACRUZ, E.: “Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva. (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000, págs. 82 y 83.

Pero el Derecho clásico y los principios por los que se regía la responsabilidad civil hasta la fecha se presentaban a todas luces inapropiados ante el nuevo marco de riesgos profesionales, de tal desequilibrio entre el derecho inadecuado y el hecho exigente es reflejo, en el caso español, que entre el año 1838 -año en el que el Tribunal Supremo se convierte en órgano de casación- y 1900- año de promulgación de la primera Ley de Accidente del Trabajo- únicamente se concediese por el Tribunal Supremo una sentencia estimatoria de indemnización por la muerte de un obrero en el trabajo¹²⁸.

Ante tales situaciones, se alzan voces doctrinales en Francia y Bélgica que verán por primera vez una “deuda de seguridad” en el contrato de trabajo, de modo que el empresario estaría obligado a proteger la integridad física de sus asalariados mientras éstos prestan los servicios en su empresa, y en caso de accidente, se le encontraría responsable por faltar a dicho deber. Sin embargo, dicha doctrina no obtuvo respaldo en los Tribunales, por resultar extraña, e incluso abusiva, a los principios civilistas¹²⁹.

Otra teoría de finales del Siglo XIX, también de descendencia francesa, fue la denominada “responsabilidad de hecho”, que buscaría la objetivación de la imputación bajo la técnica de responsabilizar al empresario en base a los daños provocados por las cosas que estaban bajo su custodia, lo cual vendría a solventar el obstáculo de la carga de la prueba, pero en contrapartida, permitía al empresario exonerarse si probaba la intervención de fuerza mayor o culpa del accidentado¹³⁰.

128 GARCÍA ORMAECHEA, R.: *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1933, págs. 6 y ss.

129 BORRAJO DACRUZ, E.: “Fundamento...”, op. cit., págs. 84 y ss.

130 *Ibidem*..., pág. 85.

Finalmente, el ciclo de transición se cierra con las Leyes de accidentes de trabajo, con las que se acabaría adoptando el principio de riesgo profesional como único medio idóneo de garantizar la protección y la reparación de los daños de los trabajadores, según las cuales el patrono era responsable de los accidentes de trabajo acaecidos sin su culpa, inclusive los casos fortuitos, con la única excepción de fuerza mayor extraña al trabajo¹³¹.

La nueva concepción es fruto de un cambio de base denominado como *la cuestión social*¹³². El sustrato liberal sobre el que se asentaba la legislación civilista, donde la relación entre empresarios y trabajadores era vista desde una situación de igualdad en la que el derecho no debía inmiscuirse sino más que para la protección de la propiedad y para “extender el derecho absoluto del propietario”, se rompe ante el escenario de las nuevas relaciones de trabajo para aceptar la relación desigual entre patrono-empresario; surge entonces el contrato de trabajo como figura de reequilibrio¹³³. Con esta nueva perspectiva se pone fin a la tesis liberal y a diez años de vigencia del Código Civil como única norma reguladora de la responsabilidad del empresario, y a las trágicas situaciones de desamparo provocadas por la misma.

3.2.3.- La doctrina del riesgo

Como hemos visto, el progreso técnico y la inherente aparición de nuevos riesgos con altas potencialidades lesivas, como los riesgos profesionales, provocaron la aparición de la teoría del riesgo. La

131 GARCÍA ORMAECHEA, R.: *El accidente de trabajo...*, op. cit., págs. 7-8.

132 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo e Ideología*. Tecnos, Madrid, 2011, págs. 22 y ss.

133 BILBAO, A.: *El accidente de trabajo: entre lo negativo y lo irreformable*. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1997, págs. 37 y ss.

responsabilidad civil ya no se fundamentaría necesariamente en el elemento de culpa, sino también en la creación de un riesgo o peligro. Nace así la responsabilidad por riesgo, hermana de la responsabilidad subjetiva por culpa, con la que cohabitará en el ordenamiento jurídico hasta nuestras fechas.

Según la doctrina del riesgo, se hace responsable a aquel sujeto que en el desarrollo ciertas actividades o conductas generadoras de riesgos o peligros, provoca daños o perjuicios sobre terceros. El fundamento reside en que quien controla un riesgo o peligro, el cual ha generado y del que además se está beneficiando o lucrando, viene obligado a la reparación o indemnización de los daños provocados, indiferentemente de la licitud o ilicitud de su actividad. En otras palabras, “es la imputación de un daño a la esfera de responsabilidad del obligado a resarcirlo en virtud del principio del control del peligro y de las características de los riesgos específicos inherentes”¹³⁴.

De esta manera, se realiza una imputación objetiva sustentada no ya en una justicia conmutativa, propia de la responsabilidad subjetiva, sino en una justicia distributiva¹³⁵, más acorde con los nuevos tiempos en los que la reparación del daño se alza en la balanza, en detrimento de imputaciones basadas únicamente en la conducta y la consiguiente reprochabilidad de la misma.

134 GONZÁLEZ POVEDA, P.: “La responsabilidad por riesgo”, en SIERRA GIL de la CUESTA, I. (coord.): *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*. Bosch, Barcelona, 2008, págs. 699 y ss.

135 PANTALEON PRIETO, A. F.: “Cómo repensar la responsabilidad civil...”, op. cit., pág. 171.

CAPÍTULO III.-
INTERVENCIONISMO ESTATAL EN LA
PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES ANTE
LOS DAÑOS PROFESIONALES

CAPÍTULO III.- INTERVENCIONISMO ESTATAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES ANTE LOS DAÑOS PROFESIONALES

Se decía que una de las consecuencias de la industrialización fue la desaparición del trabajo gremial por una nueva clase trabajadora, *proletariado*, donde el trabajador se convierte en un eslabón de la cadena productiva, pierde la propiedad de los medios de producción para convertirse en capital humano de la empresa, en definitiva, “se consuma la separación final entre el productor final y su propiedad sobre los medios de producción, estableciéndose una relación directa entre capitalista y asalariados”¹³⁶. Consecuentemente, desaparece la estructura en la que se asentaban los gremios y las corporaciones, y con ello, las funciones de socorro mutuo con las que se compensaban las situaciones de muerte, incapacidad para el trabajo, enfermedades, o cualquier otro devenir que se ocasionase como consecuencia del trabajo¹³⁷.

Ante esa situación de indefensión aparecerían las primeras intervenciones normativas de finalidad tuitiva, con carácter protector y preventivo. Bajo el período de la Primera República, se promulga en España la Ley de 24 de julio de 1873¹³⁸, cuyo objetivo era la protección del trabajo de

136 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho...*, op. cit., pág. 48.

137 BILBAO, A.: *El accidente de trabajo...*, op. cit., págs. 38 y ss.

138 En la línea de la protección de la invalidez del trabajador se crearían posteriormente las “Cajas de retiros y de socorro para enfermos e inválidos del trabajo”, junto a dos proyectos, el de Albareda y Aguilera, en relación a las responsabilidades y el sistema de indemnización en la materia. El segundo de estos proyectos adoptará por primera vez los principios doctrinales de “riesgo profesional” y “responsabilidad industrial”; SOTO CARMONA, A.: “La higiene, la seguridad y los accidentes de trabajo. España (1874-1936)”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 23 (julio/septiembre), 1985, pág. 393; El artículo 6 de la conocida también como Ley Benot, preveía la obligación de tener un botiquín para atender a “los accidentes desgraciados que por efecto del trabajo puedan ocurrir”, así como la obligación de celebrar “contratos de asistencia con un Médico-cirujano”; para ver una

las mujeres y niños¹³⁹, que seguirá el camino iniciado años antes por sus homólogos de Europa occidental¹⁴⁰, pero no será hasta la primera década del Siglo XIX cuando el proceso de “juridificación del conflicto industrial” alcance su cúspide, y el “intervencionismo científico” del Estado dé como resultado la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900 (Reglamento aprobado por Real Decreto de 28 de julio), que establecería la responsabilidad del patrono por los “accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen”¹⁴¹, basada en la teoría del riesgo profesional.

La sensibilidad de los legisladores por los accidentes de trabajo ya se había materializado en diversas Leyes anteriores en Inglaterra (1880) Suiza (1881 y 1899), Alemania (1884), Austria (1887), Noruega (1887), Dinamarca (1898), Italia (1898) y Francia (1898). Aparecía en ellas un nuevo fenómeno inherente a la responsabilidad por riesgo: el seguro para los accidentes de trabajo. La justificación del aseguramiento era clara, a la vez que protegía al empresario de posibles indemnizaciones que le llevasen a la ruina, suponía

recopilación de las primeras previsiones, dispersas en por el ordenamiento jurídico, con referencias preventivas y/o reparadora de los daños en el trabajo, véase GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo...*, op. cit., pág., págs. 252-255.

139 A pesar de la indiscutible importancia que tiene la Ley Benot, considerada como origen de la normativa jurídico-laboral, ello no es óbice para ver junto a su carácter protector un sustrato discriminatorio de la mujer respecto al hombre, “de la desigualdad por razón de sexo (unas veces plenamente justificada como es el caso de las normas que atienden a la protección de la maternidad; otras no tanto, como inspiradas en el prejuicio de la debilidad física, intelectual y moral de la mujer, que lleva a tratamientos sui generis)”; MONTOYA MELGAR, A.: “El Derecho del Trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres”, en CASAS BAAMONDE, M. E.; DURAN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (coord.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. La Ley, Madrid, 2006, págs. 416-417.

140 SUÁREZ GONZALEZ, F.: *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*. Estudios de Trabajo y Previsión, Madrid, 1967, págs. 18 y ss.

141 La Ley de accidentes de trabajo de 1900, es la primera de una larga lista de la legislación obrera, seguida por las Leyes de mujeres y menores (1900) y de descanso dominical (1904), para continuar con la nada desdeñable cifra de quinientas treinta y una disposiciones de carácter social y laboral; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho...*, op. cit., págs. 58 y ss.

una garantía para los trabajadores ante hipotéticas situaciones de insolvencia de los patronos¹⁴².

1- Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900 y su desarrollo Reglamentario.

La Ley de accidentes del trabajo de 30 de enero de 1900 (en adelante, L.A.T.), también conocida como Ley Dato, inspirada en la Ley francesa de 1898, se separa de los principios y disposiciones insuficientes del Derecho común¹⁴³, para incorporar las doctrinas de la teoría del riesgo. No se trata ya de lograr una adaptación o reinterpretación del Derecho Civil, sino de la consagración de una Ley laboral, autónoma y ajena a los conceptos privatistas y patrimonialistas del Derecho común¹⁴⁴.

El desarrollo de los innovadores principios y conceptos de la Ley se realizaría mediante el Reglamento de 28 de julio de 1900 para la aplicación de la Ley de Accidentes del trabajo, y como institución garante del nuevo espacio, mediante la Ley de 19 de mayo de 1908, se establecieron los Tribunales industriales, con el objetivo de que las Leyes que protegían al

142 La materia del seguro no fue tratada desde los inicios de manera uniforme por los diferentes Estados; mientras Noruega, Dinamarca y Austria exigían de modo obligatorio el aseguramiento, gestionado éste públicamente; en Alemania, donde el accidente de trabajo era considerado como un riesgo social, vendría gestionado por “Corporaciones Patronales” que determinaban una renta; en Francia, el patrono respondía mediante el pago de un capital; y en Inglaterra, a falta de un sistema específico de aseguramiento de accidentes de trabajo, corría a cargo de las Sociedades de Socorros mutuos, Sindicatos y Cajas de socorro; SOTO CARMONA, A.: “La higiene...”, op. cit., pág. 392 y ss.

143 Preámbulo del proyecto de ley sobre accidentes de trabajo.

144 GARCÍA GONZÁLEZ, G.: *Orígenes y fundamentos de la Prevención de Riesgos Laborales en España (1873-1903)*. Bomarzo, Albacete, 2008, págs. 132 y ss.

obrero tuviesen en la vida jurídica una “efectividad real, positiva, de resultados beneficiosos para el que se ampare a ellas y reclame su auxilio”¹⁴⁵.

2.1.1.- La responsabilidad empresarial; un nuevo paradigma.

Mediante el artículo 2º de la Ley se estableció la responsabilidad del patrono por “los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen”, con la única exclusión de los supuestos de “fuerza mayor” que resultasen extraños al trabajo en lo que se produjese el accidente. De esa manera, la imputación quedó vinculada a la relación de causalidad trabajo-lesión corporal, por entender que el empresario debía reparar los daños generados por los riesgos de su explotación, lo cual a la inversa, le eximía de la reparación en aquellos siniestros producidos por “fuerza mayor” ajena a sus sistema de producción¹⁴⁶, poco después se empezó a diferenciar dentro de la normativa entre “fuerza mayor” y “caso fortuito”¹⁴⁷. Esta responsabilidad objetiva daba lugar a las indemnizaciones tasadas contempladas en los artículos 4 y 5 de la L.A.T.

El reconocimiento legal de la teoría del riesgo que el artículo 2º cristalizó, supuso reconocer el riesgo profesional como algo inherente al sistema de producción y, por lo tanto, ajeno al tipo de conducta dolosa o culposa del patrono. De esa manera, se asentó la idea del riesgo profesional como un riesgo social, superior a la voluntad del individuo, para entenderlo como una ineludible consecuencia de la producción industrial y de la relación

145 Nota introductoria de PUIG MARTINEZ, C. y MASCARELL LLACER. L., en la compilación *Tribunales Industriales. Accidentes de Trabajo*. F. Sempere y Compañía, Valencia, 1909.

146 GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y Salud en el trabajo...*, op. cit., págs. 257 y 258.

147 BORRAJO DACRUZ, E.: “Fundamento...”, op. cit., págs. 88.

entre patronos y trabajadores; una relación entre diferentes, entre directivos y dependientes¹⁴⁸.

Junto a esa responsabilidad objetiva, coexistió una responsabilidad empresarial por culpa, en virtud del artículo 5.5 de la L.A.T., según el cual “las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentarán en una unidad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución a que se refieren los artículos 6-9”, responsabilidad a la que el artículo 64 del Reglamento reconocía la compatibilidad con “toda clase de responsabilidades”. Se siguió utilizando un criterio culpabilista pero no como base de la responsabilidad empresarial básica, sino para la imposición de un recargo sobre las indemnizaciones tasadas que la propia ley contemplaba (incapacidad temporal, permanente y absoluta, parcial y por fallecimiento). Al compaginar ambas modalidades de imputación se buscó garantizar las compensaciones económicas de las víctimas, evitar así la judicialización y la inseguridad jurídica en la reclamación de las mismas, poniendo de contrapunto de la balanza la garantía de inmunidad para el patrono¹⁴⁹.

La sustracción de este espacio laboral al derecho común¹⁵⁰, dejó un pequeño resquicio en el que determinados siniestros se someterían al Código Civil. Todos aquellos accidentes que quedasen fuera del ámbito objetivo de actuación de la ley, es el caso de los accidentes producidos en industrias o trabajos no mencionados en el artículo 3º, no daban lugar a responsabilidad

148 BILBAO, A.: *El accidente de trabajo...*, op. cit., págs. 92 y ss.

149 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: “Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900”, en GARCIA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M^a. A. (dirs.): *Legislación histórica de previsión social*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 43 y 44.

150 “El precepto civil que invoca (art. 1902 CC) fue reemplazado por las disposiciones especiales de la Ley de Accidentes, y de aplicar los dos sistemas con ocasión de esta clase de juicios equivaldría a imponer al patrono una doble responsabilidad o gravamen que las leyes no pueden autorizar”; STS de 30 de mayo de 1916.

específica de la L.A.T.¹⁵¹, tal era el caso de las labores agrícolas o forestales que no estuviesen expuestas al peligro de la maquinaria¹⁵². Del mismo modo, la responsabilidad de los terceros en el acaecimiento del siniestro, agentes externos a la relación contractual, quedaban fuera de la regulación de accidentes de trabajo. En ese sentido, el artículo 16 de la Ley estableció que “todas las reclamaciones de daños y perjuicios por hechos no comprendidos en las disposiciones de la presente ley, quedan sujetos a las prescripciones de derecho común”.

La tutela reparadora de Derecho privado explicada fue complementada para los casos de dolo, imprudencia o negligencia, que constituyesen delito o falta con arreglo al Código Penal¹⁵³, con una tutela de Derecho público que reforzó la tutela preventiva del recargo, quedando sometidos estos casos a la Jurisdicción Penal, con una supremacía y preferencia de ésta sobre la Civil, que se relegó para los casos de absolución o sobreseimiento de la causa criminal¹⁵⁴.

151 Quedaban sujetas a “la responsabilidad jurídica de derecho común que la Real Orden de 6 de noviembre de 1902, interpretada por otra de 14 de enero de 1903, impone a los “Directores de obra” o “directores técnicos”, ex art. 1591 Cc, liberándoles a cambio de la responsabilidad especial”, véase DE LA VILLA GIL, L. E.: “La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000, pág. 9.

152 Sobre la identificación del riesgo profesional con el maquinismo, y la consiguiente exclusión del sector agrícola, a excepción de los obreros agrícolas, de su ámbito de aplicación, véase GALÁN GARCÍA, A.: “Los accidentes de trabajo en la agricultura española durante el primer tercio del S. XX”, en *Revista Digital de Prevención*, 28 de abril, núm. 1, 2010, págs. 10 y ss.

153 Según el artículo 17 de la L.A.T: “Si los daños y perjuicios fueran ocasionados con dolo, imprudencia o negligencia, que constituyan delito o falta con arreglo al Código Penal, conocerán en el juicio correspondientes los Jueces y tribunales de lo Criminal”.

154 Resulta ilustrativo de lo dicho reparar en una sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1927, que a pesar de ampararse en la posterior Ley de Accidentes de Trabajo de 1922, en la materia que nos concierne es perfectamente trasladable al caso por la identidad de la regulación en lo que a responsabilidad se refiere. El Tribunal se pronunció de la siguiente manera:

Junto a ello, el Gobierno inició una serie de normativa protectora de carácter técnico en materia de prevención, para el desarrollo del “deber” genérico que el artículo 53 del Reglamento establecía sobre el patrono, de emplear “todas las medidas posibles para la seguridad de sus operarios”, medidas de prevención que en caso de no adopción, en base al artículo 56 del Reglamento, daban lugar a la responsabilidad empresarial de carácter administrativo¹⁵⁵.

En suma, se creó un entramado jurídico de responsabilidades que, en “conurrencia objetiva”, hacían funcionar la responsabilidad específica derivada de la L.A.T., el Derecho civil, el Derecho penal y/o la normativa de carácter administrativo, desarrollando así un aspecto reparador a la vez que preventivo, mediante una doble dimensión: pública y privada¹⁵⁶.

“CONSIDERANDO que encaminada la Ley de Accidentes de trabajo a asegurar en beneficio del obrero y su familia el riesgo profesional que con ocasión de aquél puede sufrir, sin consideración alguna a los actos culposos del patrono a quién prestan sus servicios, señalando al efecto para los casos de contienda un procedimiento especial, sencillo y breve ante los Tribunales industriales, no quiso extender la esfera de su acción a aquellos otros casos en que por concurrir lesión injusta del derecho del perjudicado, originado por el quebrantamiento o infracción de un deber, han de decidirse por los Tribunales comunes u ordinarios, ya de la jurisdicción civil si atendida la intención del infractor de la culpa por acción y omisión no excede de los límites del Código de igual índole, o ya de la criminal si estuviere comprendida en el Penal, y buena prueba de ello son los artículos 13 y 14 de dicha Ley de Accidentes (arts. 16 y 17 en la L.A.T), en relación con el 15 (art. 18 en la L.A.T.), al sujetar aquél en el caso de culpa o negligencia civil a las reclamaciones a las prescripciones del derecho común; prevenir el segundo que, de existir delito o falta, con arreglo al Código Penal, conozcan los Tribunales ordinarios, refiriéndose a los criminales; disponer el tercero que si éstos acordaren el sobreseimiento o la absolución en la causa, quedará expedito el derecho que al interesado corresponda para reclamar la indemnización de daños y perjuicios, según las disposiciones de la misma ley; aplicándose dichos tres artículos tanto a patronos como obreros”.

155 GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y Salud en el trabajo...*, op. cit., págs. 261 y ss.

156 *Ibidem...*, pág. 266 y ss.

1.2.- Institucionalización del seguro de accidentes de trabajo.

El artículo 21 de la L.A.T. dispuso:

“Los patronos podrán sustituir las obligaciones definidas en los artículo 4º, 5º y 10, o cualquiera de ellas por el seguro hecho a su costa en cabeza del obrero de que se trate, de los riesgos a que se refiere cada uno de esos artículos respectivamente o todos ellos, en una sociedad de seguros debidamente constituida, que sea de las aceptadas para este efecto por el Ministerio de la Gobernación, pero siempre a condición de que la suma que el obrero reciba no sea inferior a la que correspondiera con arreglo a esta ley”.

De esa manera, se reconoce el seguro por accidentes de trabajo como un seguro facultativo de carácter mercantil, con el que se añade un segundo responsable para reforzar la posibilidad de cobro por el trabajador de las indemnizaciones previstas en la ley, de modo que la Compañía aseguradora se subrogaba en los derechos y obligaciones del empresario. Se opta por el seguro voluntario como forma ideal para garantizar la indemnización del obrero accidentado.

Los Congresos Internacionales de Accidentes del Trabajo y de Seguros Sociales del momento demuestran la preocupación por esta materia, con especial trascendencia e impulso tras el Congreso Internacional de París de 1889, donde afloraron las discusiones acerca de la idoneidad de un seguro libre, obligatorio u obligatorio con libre elección del asegurador. El Informe presentado por Delás al Congreso de Milán de 1894, realizando una radiografía de la situación española, nos aporta la concepción de la época en una España retrasada respecto de sus vecinos en lo que a seguros sociales se refería, por carecer de seguros públicos o privados, en un marco en el que las Cajas de Socorro y Previsión, los

Montepíos Nacionales o las Sociedades de Socorro (1839)¹⁵⁷, marcaron el precedente más semejante, a pesar de que presentaban carencias como una limitada capacidad de cobertura, tanto cualitativa como cuantitativamente, una ausencia de técnicas actuariales del seguro (se prescindía de estudios de morbilidad o tablas de mortalidad para el cálculo de primas) y una total dependencia de los ciclos económicos (un fondo común variable en función de las coyunturas económicas)¹⁵⁸.

Ante el carácter claramente benéfico-caritativo de las primeras de estas instituciones, desde una vía alternativa al Estado, los socorros mutuos consiguieron aportar por medio de la solidaridad obrera, al estilo gremial, cierta dignidad a la clase trabajadora¹⁵⁹, pero difícilmente llegaban a sacar del pauperismo a los trabajadores incapacitados¹⁶⁰.

Hasta la L.A.T, el tipo de cobertura dispensado por el Estado respondía, en cierta medida, al estilo de “seguro de reparación” implantado ya en 1881 por Bismarck en Alemania. No había todavía conciencia del “riesgo profesional” o de la “responsabilidad industrial”, ni por consiguiente, una exigencia real de un “seguro de responsabilidad” como respuesta¹⁶¹.

Tal percepción, y la consiguiente necesidad de un seguro obrero, se cristalizaron finalmente por Eduardo Dato, Ministro de la Gobernación,

157 MONTERO GARCIA, F.: *Los Seguros Sociales en la España del Siglo XX. Orígenes y antecedentes de la previsión social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, págs. 47 y ss.

158 VILAR RODRÍGUEZ, M.: “La cobertura social a través de los socorros mutuos obreros, 1839-1935. ¿Una alternativa al Estado para afrontar los fallos del mercado?”, en PONS PONS, J. y SILVESTRE RODRÍGUEZ, J. (ed.): *Los orígenes del Estado del Bienestar en España (1900-1945): los seguros de accidentes, vejez, desempleo y enfermedad*. Pressas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2010, pág. 90.

159 *Ibidem...*, pág. 89.

160 MONTERO GARCIA, F.: *Los Seguros Sociales...*, op. cit., págs. 93 y ss.

161 *Ibidem...*, 119 y ss.

en la Ley de Accidentes de 1900. Sin embargo, se optó por el modelo menos intervencionista: mientras el modelo alemán o el austriaco apostaron por un seguro obligatorio, intervencionista y regido por Mutuas; en España, a semejanza del modelo italiano y belga, predominó el “aseguramiento privado” y facultativo con empresas (Compañías de Seguros o Mutualidades Patronales), en el que el papel del Estado se limitaba a la promoción y a una tímida subvención del mismo¹⁶². Esta política, pronto se vería frustrada ante la escasa capacidad de ahorro de los obreros y, principalmente, por la falta de colaboración empresarial, un sector que no llegaba a divisar en el seguro la finalidad lucrativa que ansiaba¹⁶³.

2.- Reformas de la L.A.T. en el período de la restauración monárquica y la dictadura de Primo de Rivera.

El carácter innovador y revolucionario de la L.A.T. con la creación de una nueva esfera de protección de los riesgos profesionales, como es de entender, no quedó exento de críticas. El Instituto de Reformas Sociales (1903), sucesor del Comité de Reformas Sociales (1883), fue el encargado de analizar, arbitrar y trasladar a un nivel legislativo las demandas de los diferentes agentes afectados por la ley.

Las principales críticas provinieron del movimiento obrero, focalizando la atención en el carácter voluntario del seguro, en pro de un sistema con mayor intervención del Estado y de un seguro obligatorio. Entre

162 COMÍN COMÍN, F.: “Los seguros sociales y el Estado del Bienestar en el Siglo XX”, en PONS PONS, J. y SILVESTRE RODRÍGUEZ, J. (ed.): *Los orígenes del Estado del Bienestar en España (1900-1945): los seguros de accidentes, vejez, desempleo y enfermedad*. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2010, págs. 25 y 26.

163 MONTERO GARCIA, F.: *Los Seguros Sociales...*, op. cit., págs. 164 y ss.

las proclamas se encontraban también, con un fuerte respaldo, la extensión del seguro a los trabajadores agrícolas y las pequeñas industrias, discriminadas del ámbito de cobertura legal, así como la inclusión de los supuestos de enfermedad profesional, y la denuncia de la falta de un sistema de garantías del pago de las indemnizaciones ante hipotéticos supuestos de insolvencia empresarial¹⁶⁴.

Hubo que esperar para ver en el Instituto de Reformas Sociales y en el Proyecto de Reforma de la Ley de Accidentes de Trabajo (28 de junio de 1907), cierta toma en consideración de las principales reivindicaciones: la extensión al laboreo agrícola y el seguro obligatorio. Sin embargo, a pesar de vislumbrarse ya la tendencia hacia el seguro obligatorio, se prefirió optar por la continuidad en la libertad patronal pero introduciendo el principio de responsabilidad subsidiada por el Estado. La instauración de ese régimen de “libertad subsidiada”, en el que el Estado debía bonificar las imposiciones realizadas, se le encomendó al Instituto Nacional de Previsión, creado por Ley de 27 de febrero de 1908¹⁶⁵.

La Ley de 10 de enero de 1922 y su Reglamento de 29 de diciembre de 1922, derogaron la legislación anterior e introdujeron mejoras de contenido y aplicación de la normativa sobre accidentes, empero, mantuvieron el carácter voluntario del seguro, así como el mismo criterio en lo que a responsabilidad empresarial se refiere¹⁶⁶. La principal novedad de dicha normativa fue la creación de un fondo especial de garantía que vendría a sufragar de modo inmediato las indemnizaciones por muerte o

164 *Ibidem...*, págs. 161 y ss.

165 RODRÍGUEZ RAMOS, M^a J.: “Concepto y antecedentes de la Seguridad Social. Las fuentes del Derecho de la Seguridad Social”, en RODRÍGUEZ RAMOS, M^a J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistemas de Seguridad Social*. Tecnos, Madrid, 2009, pág. 29.

166 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*. La Ley, Las Rozas, Madrid, pág. 85.

incapacidad permanente, siempre que la empresa o compañía de seguros fuesen insolventes y que así se dictase por orden judicial o arbitral (art. 28)¹⁶⁷.

El posterior impulso de la Ley vino dado durante la Dictadura de Primo de Rivera, por el Código de Trabajo de 26 de agosto de 1926, en el que una selectiva retrospectiva nos muestra como principales novedades la puesta en funcionamiento del ya previamente creado Fondo de Garantía y la instauración del seguro obligatorio de accidentes de trabajo, de modo sectorial, para las compañías de navegación y toda entidad, individual o colectiva, propietaria de buques (arts. 292 y ss.), por el que se estableció una dotación para aquellos individuos a los que acaeciese el infortunio, incluidos sus causahabientes, con resultado de muerte, e incapacidad permanente o temporal, ya fuese absoluta o parcial¹⁶⁸.

En orden al valor jurídico del Código de Trabajo, resultó una normativa con mayor valor simbólico que institucional o normativo, que a pesar de su denominación formal de “código”, no distaba en mucho de una recopilación o compilación, como sucede con la materia relativa a los accidentes de trabajo o “tribunales industriales”, donde se limitaba a la “reproducción y ordenación, sin modificaciones o con modificaciones de no mucha entidad, de lo dispuesto en las leyes y reglamentos anteriores”¹⁶⁹.

167 DE FRANCISCO LOPÉZ, R.: “La construcción en España...”, op. cit., pág. 92.

168 En la misma línea, se dictó posteriormente el Real Decreto-Ley de 5 de abril de 1929, para la extensión del seguro de accidentes en el mar a los tripulantes de embarcaciones pesqueras contratados a la parte.

169 MARTÍN VALVERDE, A. (et. al.): *La legislación social en la historia de España, de la revolución liberal a 1936*. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. LXXII y ss.

3.- *La II República como hito en la seguridad y salud en el trabajo: un antes y un después.*

Ante un contexto de coyuntura socioeconómica difícil¹⁷⁰, el período de la II República supuso un despegue de la legislación laboral, tanto en calidad como en cantidad¹⁷¹, acometida en su gran mayoría dentro del bienio reformista y bajo las directrices de Francisco Largo Caballero y su “proyecto social”, que en suma, siguiendo las palabras del Ministerio de Trabajo y Previsión Social del cual era ministro, se encaminó a restar influencia del caciquismo del campo, a la vez que fortalecía a los trabajadores mediante concesiones compatibles con la delicada situación económica del país, logrando en ello una sistematización y ordenación jurídica de las relaciones laborales¹⁷².

Es tal el punto de inflexión de la legislación obrera de la Segunda República que la doctrina, prácticamente de modo unánime, ha visto en ella el momento de tránsito de la noción previa de “derecho laboral” a la actualmente en vigor noción, en sentido riguroso, de “Derecho del Trabajo”. Supuso un cambio radical al agrupar y sistematizar lo que hasta el momento eran regulaciones *ad hoc*, y desplazar “el eje de rotación del ordenamiento laboral de los sujetos al objeto”, para situar así el tipo

170 SAMANIEGO BONEU, M.: *Los Seguros Sociales en la España del Siglo XX. La unificación de los seguros sociales a debate: La Segunda República*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, págs. 21 y ss.

171 DE LA VILLA GIL, L. E.: “El Derecho del Trabajo en España, durante la Segunda República”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIII., núm. 34-35-36. 1969, pág. 243.; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho...*, op. cit., pág. 64

172 VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El derecho del trabajo en la Segunda República”, en ARÓSTEGUI SANCHEZ, J. (coord.): *La República de los trabajadores: la Segunda República y el mundo del trabajo*. Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2006, pág. 184.

contractual, determinado por los elementos de ajenidad y dependencia, como requisitos determinantes para su aplicación¹⁷³.

La apertura de ese nuevo espacio vino con la constitucionalización de los derechos sociales y laborales¹⁷⁴. El nuevo modelo de Estado venía determinado en el artículo 1 de la Constitución, de 9 de diciembre de 1931, al declarar a España una “República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y Justicia”, y desarrollado en los artículos 44, 45, 46 y 47, donde se presentó ya la opción de un modelo de Estado social avanzado en el que el trabajo resultaba una obligación social, dentro de una República que debía asegurar a todo trabajador la condiciones necesarias de una existencia digna¹⁷⁵.

De esa manera, se estableció el marco a seguir por la legislación social, con referencia expresa al seguro de enfermedad y accidentes (art. 46¹⁷⁶), debiendo acomodarse a los Convenios internacionales ratificados

173 Tránsito de la legislación laboral por el que se pasa “de un conjunto de disposiciones que establecen restricciones al juego de la autonomía contractual en las relaciones en las que ciertos individuos o en ciertas actividades económicas intercambian la realización de una actividad o servicio por un salario”, a una noción nueva que lo identifica “como objeto inclusivo y excluyente del ámbito de imputación de unas normas de una concreta realidad social”; *Ibidem...*, págs. 179 y ss.; 195 y 196; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho...*, op. cit., pág. 64; MARTÍN VALVERDE, A. (et. al.): *La legislación...*, op. cit., págs. LXXVII y ss.; VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Comares, Granada, 2011, pág. 30. En otro sentido, reconociendo tal sistematización y racionalización de las leyes laborales al período de la Dictadura de Primo de Rivera, véase MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Civitas, Madrid, 1992, págs. 135-136.

174 La elevación al plano constitucional de los derechos sociales y económicos, no tanto como referencia explícita sino como sus ideas básicas, evidencia la clara influencia recibida de la Constitución alemana de Weimar y de la Constitución mexicana de 1917.

175 OLIVER ARAUJO, J.: *El sistema político de la Constitución española de 1931*. Universitat de les Illes Balears, Servei de Publicacions i Intercanvi Científic, Palma (de Mallorca), 1991, pág. 85.

176 Según el párrafo segundo del artículo 46: “La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, de accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección de la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación, la relación económico-

por España (art. 65) desde la Conferencia de Washington de 1919, entre los que se deben destacar dada nuestra materia objeto de estudio, el Convenio de Ginebra de 1925 sobre reparación de accidentes de trabajo, y el Convenio de la OIT de 1921, relativo a la indemnización de los accidentes de trabajo en la agricultura¹⁷⁷.

3.1.- Expansión y exigencia del seguro de accidentes de trabajo

Fiel al artículo 1 de la Constitución, según el cual España era una República de trabajadores “de toda clase”, y haciéndose eco de una de las demandas de mayor clamor social en una España en la que la revolución industrial se encontraba todavía retrasada y localizada principalmente en las grandes ciudades, la extensión del seguro de accidentes de trabajo a los trabajadores agrícolas era una de las tareas primordiales del ideario del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

De esa manera, pocos días después de la proclamación de la República, mediante Decreto de 9 de mayo de 1931, se ratificó el Convenio de la OIT núm. 12, de 1921, según el cual se establecía “la obligación de extender a todos los asalariados agrícolas el beneficio de las leyes y Reglamentos cuyo objeto sea indemnizar a las víctimas de accidentes sobrevenidos por el hecho del trabajo o con ocasión del trabajo”, y acto seguido, se dictó el Decreto de 12 de junio de 1931, Bases para la aplicación a la Agricultura de la ley de accidentes de trabajo, seguido del Reglamento en la misma materia, por Decreto de 28 de agosto del mismo año.

jurídica de los factores que integran la producción, la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores” (cursiva nuestra).

177 GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y Salud en el trabajo...*, op. cit., págs. 286 y ss.

En orden a la ley de accidentes en la industria, y su necesaria adaptación a los principios del Convenio de la OIT núm. 17, de 1925, en un primer paso la Ley de 4 de julio de 1932 se ocupó de modificar el art. 168 del antiguo Código de Trabajo, sustituyendo la indemnización en forma de capital por la indemnización en forma de renta calculada mediante un baremo acorde a las circunstancias y el tipo de incapacidad (Base 1.^a), se estableció la obligatoriedad a todo patrono de estar asegurado contra el riesgo de accidente de sus obreros para casos de muerte o incapacidad permanente (Base 2.^a), sobre lo cual se previno que “todo obrero de tales Empresas se considerará de derecho asegurado, aunque no lo estuviera su patrono”, de modo que el Estado, valiéndose un fondo de garantía, se posicionaba como responsable subsidiario de las indemnizaciones para los casos de impago empresarial.

Se requería una nueva ley de accidentes de la industria que recogiese las disposiciones fundamentales del título I del libro III del Código de Trabajo, junto a las modificaciones contempladas en las Bases de la Ley de 4 de julio de 1932, así como el consiguiente reglamento de desarrollo. En suma, se trataba de cambiar los principios básicos de la ley, lo cual requería de una revisión de su conjunto¹⁷⁸. Para lo cual se dictó el Decreto de 8 de octubre de 1932, texto refundido sobre accidentes de trabajo en la industria, y el Reglamento, de 31 de enero de 1933, de desarrollo de la misma.

El artículo 38 del texto legal recogió, con carácter general, la obligatoriedad de aseguramiento de todo patrono para los casos de muerte o invalidez permanente, dejando a la voluntariedad el período de curación o incapacidad temporal, matizando que si excedido el plazo no se cumplía con el deber de indemnizar, correspondería su cobertura al fondo de

178 *Ibidem...*, pág. 288.

garantías. Dicho seguro, seguía el párrafo segundo, debía concertarse con la Caja Nacional, con una Mutua Patronal, o con una sociedad de seguros, pudiendo concertarse el voluntario únicamente con estas dos últimas¹⁷⁹.

Como era de esperar, la Ley recogió toda la teoría legislada hasta el momento, y creó como institución gestora la Caja Nacional del Seguro de Accidentes del Trabajo (art. 45 y ss.), dotándola con personalidad jurídica, autonomía y estatutos propios. La Caja funcionaba como una entidad financiera, donde se recogían las cantidades aportadas por los empresarios, las cuales variaban en función del riesgo de la actividad, número de obreros y el importe del salario de éstos, y a su vez, hacía las labores de entidad aseguradora (junto a las mutuas o compañías aseguradoras)¹⁸⁰.

Dentro de la regulación jurídica relativa a la responsabilidad empresarial, los artículos 88, 222 y ss. del Reglamento establecían las sanciones por incumplimiento empresarial de las obligaciones de aseguramiento, de modo que se les hacía responsables de todas las prestaciones debidas a las víctimas, a lo cual se le sumaba una multa pecuniaria, con posible agravación por reincidencias.

179 Con una recopilación de la legislación creada posteriormente para instrumentalizar el seguro de accidentes de trabajo, véase DE LA VILLA, L. E.: "El Derecho del Trabajo en España...", op. cit., págs. 296-298.

180 Tal Caja Nacional reunía como funciones basilares: "la elaboración de tarifas de indemnización de accidentes, la preparación del seguro directo contra los riesgos que cubría el seguro, el pago de las rentas a que hubiere lugar, la formación de un fondo especial que garantizase al beneficiario sus derechos en el caso de insolvencia patronal, la puesta a punto de los servicios médicos de inspección, la organización de un registro de inválidos laborales y el fomento de Mutualidades de seguro por accidentes". Para un análisis profundo al respecto, véase SAMANIEGO BONEU, M.: *Los Seguros Sociales...*, op. cit., págs. 316 y ss.; REGA RODRÍGUEZ, A. L.: "La Ley de accidentes de trabajo de 8 de octubre de 1932", en GARCIA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M^a A. (dirs.): *Legislación histórica de previsión social*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 127.

Por otra parte, el artículo 44 del Reglamento vino a colmar la ausencia de mención expresa de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, en lo que al “deber de seguridad” del empresario se refería. En virtud del precepto señalado, se imponía a los patronos “el deber de emplear todas las medidas posibles de seguridad e higiene del trabajo en beneficio de sus obreros”, acompañado ello por un régimen de responsabilidades graduables para los supuestos de incumplimiento de las medidas de prevención (arts. 47 y ss.)¹⁸¹. En definitiva, la Sección 1ª del Capítulo III del Reglamento (arts. 44-51), al recoger dentro de las obligaciones patronales aspectos básicos relativos a la prevención de los accidentes de trabajo, convirtió a este texto legal en el “primer documento institucional español sobre medidas preventivas”, desde un sentido normativo estricto y directo¹⁸².

3.2.- Entre el “sistema de responsabilidad” y el “sistema de seguro social”.

El nuevo estadio, caracterizado por una *responsabilidad objetiva asegurada obligatoriamente*¹⁸³, supuso un salto cualitativo importante al generar una nueva corriente en la que la reparación del accidente de trabajo pasó de concebirse como una responsabilidad privada del empresario, a ser un riesgo social que, como tal, requería de protección

181 GONZÁLEZ SANCHEZ, J. J.: *Seguridad e higiene en el trabajo: formación histórica y fundamentos*. Consejo Económico Social, Madrid, 1997, págs. 109 y ss.

182 DE FRANCISCO LÓPEZ, R.: “Los orígenes de la Prevención de Riesgos Laborales y el comienzo del intervencionismo del Estado hasta 1939”, en CASTELLANOS MANTECON, F. y SARACÍBAR SAUTÚA, A. (dir. y coord.): *Historia de la prevención de riesgos laborales en España*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo; Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2007, pág. 62.

183 DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario”, en *Seguridad Social: una perspectiva histórica*. Subdirección General de Publicaciones; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 277.

pública. La publicación de la protección se asentaba en un principio pro operario, en el que el verdadero asegurado era el obrero, y así lo demostraba el innovador “principio de automaticidad de las prestaciones”, en el que el Estado se hacía cargo de la protección de los trabajadores incluidos los casos de incumplimiento empresarial en las obligaciones hacia el sistema¹⁸⁴.

Se inició entonces un proceso de superación del riesgo profesional en el que se integraron nuevos factores como causantes de los accidentes de trabajo, los cuales escapaban ya de los supuestos típicos con origen en el funcionamiento de la empresa, y encontraban su fundamento en un desarrollo de la “ocasionalidad”, más que en la “causalidad”¹⁸⁵. En ese sentido, el artículo 6 del Reglamento previó la exclusión de los accidentes de trabajo que tuviesen “por causa el rayo, la insolación y otros fenómenos análogos de la Naturaleza”, del concepto de fuerza mayor.

En el proceso de *socialización* del riesgo, el fundamento de la reparación del daño por los accidentes de trabajo residía en un deber de *asistencia* por parte del Estado y de la Sociedad, para paliar una situación de necesidad, de modo que la indemnización económica pasaba a ser un derecho o deber social¹⁸⁶, lo cual venía previsto en el principio de solidaridad social constitucionalizado en el artículo 46 de la Constitución¹⁸⁷. Sin embargo, no sería hasta la siguiente fase o etapa cuando se diese la incorporación del seguro de accidentes de trabajo dentro de los seguros

184 ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “Los orígenes de la Seguridad Social en España”, en *Seguridad Social: una perspectiva histórica*. Subdirección General de Publicaciones; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 33.

185 Sobre la superación de la doctrina del riesgo, véase ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 2002, págs. 19 y ss.

186 GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y Salud en el trabajo...*, op. cit., págs. 290 y 291.

187 ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “Los orígenes...”, op. cit., pág. 35.

sociales obligatorios integrantes de la Previsión Social¹⁸⁸, sin dejar por ello de mantener como principio jurídico fundamental el principio de responsabilidad objetiva¹⁸⁹.

4.- La Dictadura franquista; el Fuero del Trabajo.

El 17 de julio de 1936, se inició el sublevamiento militar por el que, tras tres años de *Guerra Civil*, se acabaría con el régimen republicano. Durante este período bélico, en lo que a materia laboral se refiere, la República no pudo sino limitarse a un mantenimiento con reformas parciales de las normas inicialmente promulgadas, dadas las características de excepcionalidad del contexto bélico¹⁹⁰.

El modelo franquista, Dictadura de oligarquía con formulación en la autocracia de Franco¹⁹¹, caracterizado en sus inicios como *fascismo rural*, se dedicó en sus albores al restablecimiento de la situación anterior a la Segunda República, donde la función hegemónica correspondía primordialmente a la gran burguesía agraria, clase dominante en una España todavía “protoindustrial”¹⁹². En ese sentido, todavía en plena guerra, el 9 de marzo de 1938, se aprobó el Fuero de Trabajo inspirado en la “*Carta di Lavoro*” del fascismo italiano, donde se contenían los principios básicos a seguir en materia laboral¹⁹³.

188 GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y Salud en el trabajo...*, op. cit., pág. 295.

189 ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “Los orígenes...”, op. cit., pág. 35.

190 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho...*, op. cit., pág. 69.

191 TAMAMES, R.: *La República; La era de Franco*. Alianza, Madrid, 1988, pág. 231.

192 TUÑÓN DE LARA, M.: *Historia de España*. Labor, Barcelona, 1991, pág. 572.

193 Un texto de mayor significación política que jurídica. Para un análisis sobre el modelo “propio y singular” de relaciones laborales creado por el primer período de la Dictadura

El Fuero de Trabajo recogía el discurso *nacionalsindicalista*, según el cual se veía a “la sociedad como un todo armónicamente compuesto en torno a la jerarquización del trabajo”, un ideario en el que el Derecho del trabajo cumplía una labor armonizadora, en la que no cabía atisbo alguno de “lucha de clases” ni “emancipación obrera” que resquebrajasen el bien supremo de la nación¹⁹⁴, de ahí que se prohibiesen derechos como la huelga, la libre sindicación o la negociación colectiva¹⁹⁵.

En lo que nos ocupa, el Fuero recogía la doble misión preventiva y reparadora del Estado, si bien el deber de seguridad del empresario aparecía de modo implícito como deber contractual¹⁹⁶, sí que se hacía referencia expresa al seguro de accidentes de trabajo y a la implantación un sistema unificado de seguros que cubriese la totalidad de los riesgos (Declaración X, números 1 y 2). En esa línea, el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, documento con “carácter de esquema constitucional”, esbozó el sistema genérico de seguridad social en su artículo 28, que en su tenor literal decía: “el Estado español garantiza a los

franquista, véase SOTO CARMONA, A.: “Rupturas y continuidades en las relaciones laborales del primer franquismo (1938-1958)”, en BARCIELA LÓPEZ, C. (coord.): *Autarquía y mercado negro: el fracaso económico del primer franquismo, 1939-1959*. Crítica, Barcelona, 2003.

194 “La empresa, como unidad productora, ordenará los elementos que la integran en una jerarquía que subordine los de orden instrumental a los de categoría humana y todos ellos al bien común. (...) La dirección de la empresa será responsable de la contribución de ésta al bien común de la economía nacional” (Declaración VIII, 2-4 del Fuero de Trabajo).

195 RUIZ RESA, J. D.: “Franquismo y trabajo: el nacionalismo y los derechos de los trabajadores”, en FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F. (ed.): *Franquismus and Salazarismus Legitimation durch Diktatur?*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2008, pág. 237.

196 El deber de protección el empresario se derivaba del deber de asistencia y protección que se preveían en la Declaración III. 4 del Fuero de Trabajo. La referencia expresa hacia este deber se encontraría años más tarde en el artículo 1.1 del Reglamento de Seguridad e Higiene de 1940; GONZÁLEZ SANCHEZ, J. J.: *Seguridad e higiene...*, op. cit., págs. 122 y ss.

trabajadores la seguridad de amparo ante el infortunio y les reconoce el derecho a la asistencia en los casos de (...) accidentes de trabajo”¹⁹⁷.

El camino hacia el “seguro total” se emprendió mediante el Decreto de 23 de diciembre de 1944, con la intención de implantar dicho seguro y lograr la reorganización de la administración del Instituto Nacional de Previsión, sin embargo, tras varios intentos infructuosos, se acabaron fijando las bases para la coordinación de los seguros sociales mediante el Decreto de 29 de diciembre de 1948, pero como en él se advertía, dejando fuera al seguro de accidentes de trabajo “dadas las circunstancias especiales que concurren” en el mismo, lo cual obligaba a que fuese regulado “con independencia de los demás”¹⁹⁸.

4.1.- Ley de 22 de junio de 1956.

Por Ley de 22 de diciembre de 1955, se acabó con la desigualdad de trato entre los trabajadores agrícolas e industriales¹⁹⁹, unificando la legislación de ambos sectores, y se ordenó la refundición de la legislación de accidentes de trabajo. Fruto de ello fue el Decreto de 22 de junio de 1956, Texto refundido regulador de la Ley y del Reglamento de accidentes de trabajo.

197 HERNAINZ MARQUEZ, M.: *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, págs. 5 y 6; 83.

198 TORTUERO PLAZA, J. L.: “El Texto refundido de accidentes de trabajo de 1956 y la formación del sistema de seguridad social”, en GARCIA MURCIA, J. (dir.): *Legislación histórica de previsión social*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 242.

199 “La Ley de 22 de diciembre de 1955, unificó la legislación de accidentes de trabajo, ampliando a los trabajadores agrícolas los beneficios de que disfrutaban los industriales e introduciendo determinadas mejoras en este último régimen, esencialmente en cuanto a la reparación de aquellas lesiones que, sin influir en la capacidad laboral, suponen una mutilación o deformación de quien sufrió el accidente” (Exposición de Motivos del Decreto de 22 de junio de 1956).

Una Ley acomodada en mayor medida sobre la idea de los seguros sociales, parte de la Previsión Social, que sobre la responsabilidad empresarial²⁰⁰. De esa manera, ahondaba en la idea de la reparación del accidente de trabajo no como en una mera compensación de perjuicios, propio de la indemnización civil, sino como “un auténtico sustitutivo del salario que a resueltas de la incapacidad que el accidente ha supuesto, deja el trabajador de percibir”; una renta que ya no buscaba la compensación efectiva de todos los daños y perjuicios, ya que respondía a un deber de asistencia al que el Estado y la Sociedad venían obligadas respecto de aquellos que se incapacitaban, precisamente, en el cumplimiento del deber que les corresponde hacia el Estado²⁰¹.

En esa línea, bajo la influencia de las corrientes de la socialización del riesgo, el artículo 55 del Reglamento incidió en la naturaleza sancionadora *ex lege* del recargo de prestaciones, visto éste como una sanción atípica²⁰².

Como ha puesto de relieve la doctrina, entre los puntos más relevantes de la nueva regulación se encontraban los siguientes²⁰³:

- Posibilidad de asumir, como autoaseguradoras, la cobertura de la incapacidad temporal y de la asistencia sanitaria para aquellas empresas que cuenten con más de 250 trabajadores.

- Revisión de los porcentajes de las prestaciones de incapacidad temporal, invalidez permanente en sus diferentes grados y supervivencia.

200 GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y Salud en el trabajo...*, op. cit., pág. 298.

201 HERNAINZ MARQUEZ, M.: *Accidentes del trabajo...*, op. cit., págs. 18 y ss.

202 GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y Salud en el trabajo...*, op. cit., pág. 300.

203 DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*. Aranzadi, Pamplona, 1977, pág. 122.

- Limitación de los supuestos de lesiones definitivas no constitutivas de incapacidad y fijación de las indemnizaciones.

- Sustitución del término “operario” por el de “trabajador” en la determinación del concepto de accidente de trabajo.

- Revisión del concepto de salario base, lo cual revestía especial relevancia en lo que al pago de las primas y el cálculo de las prestaciones se refería.

4.2.- Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre 1963.

Con la Ley de Bases de 1963, se culmina el proceso de coordinación y unificación de los seguros sociales²⁰⁴, para pasar del modelo bismarckiano a un nuevo *concepto unitario e integrado de protección social*, aproximándose al sistema de Seguridad Social alumbrado por William Beveridge en 1944, e introducir como principios informadores los de “publicación, universalidad subjetiva y generalidad objetiva”²⁰⁵. Se anticipan ya conceptos de posterior encaje Constitucional como la asistencia social interna “para paliar *estados de necesidad* en que puedan

204 La Ley de Bases presentaba un compromiso de establecer un sistema de Seguridad Social, a la par que una “revisión, planificación y reforma de los Seguros sociales existentes; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “El Estado y la Seguridad Social (notas a la Base Preliminar de la Ley de Bases de la Seguridad Social)”, en *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964, pág. 54.

205 A pesar de las buenas intenciones de la Ley de Bases, el marco previo a la Constitución Española se correspondía en mayor medida a un conjunto de “Seguros Sociales sistematizados” que a un verdadero “sistema de Seguridad Social”, ya que ni programáticamente, ni desde su realidad empírica, reunía las características marcadas por Beveridge como bases de la Seguridad Social; ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La Seguridad Social en España*. Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 40 y ss.

incidir las personas incluidas en el campo de aplicación de la Ley”, si bien no se establecía todavía el carácter universal de la protección²⁰⁶.

Estos nuevos principios rectores, de cierta impronta internacional²⁰⁷, pretendían dar solución a los dos grandes problemas que se planteaban. Por un lado, la protección misma y su entidad material, en referencia a las prestaciones y la posibilidad de una conjunta consideración de las contingencias; y por otro, el tema de la gestión, para dirigirla a una gestión estatalizada y excluir, por ende, la gestión privada.

Sin embargo, la fuerte oposición ante medidas más valientes propició que se cambiase el discurso inicial y en el texto final, se hablase de “tendencia hacia la unidad” (punto 3º del Preámbulo) en vez de “unificación”, manteniendo las diferencias de cada régimen, y en lo que a la gestión se refiere, se pasase de la pretensión de “nacionalización” a una “mutualización”, remarcando la supresión del “ánimo de lucro” en ella²⁰⁸. Finalmente, tales principios encontraron plasmación en el Texto Articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, con vigencia de 1 de enero de 1967.

206 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 49, 2004, pág. 127.

207 Sobre qué textos legales internacionales pudieron suponer una “influencia ambiental” para la Ley de Bases, GARCIA PERROTE identifica la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 22 y 25); la Recomendación núm. 67, de 1944, de norma mínima en materia de Seguridad Social de la OIT; la Carta Social Europea; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; así como la influencia del padre de la Seguridad Social: William Beveridge; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Antecedentes normativos y aparición del sistema de Seguridad Social en España. La Constitución Española”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (dir.): *Derecho de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 52.

208 VIDA SORIA, L.: “Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de Seguridad Social”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000, págs. 38 y ss.

Sobre el aspecto preventivo y reparador de la regulación del accidente de trabajo, en su esencia, se asiste a un acomodo sin mayores ampliaciones de ésta dentro de la normativa de Seguridad Social, hasta llegar al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social²⁰⁹.

5.- Una evolución a la estela de los congéneres transpirenaicos

A grandes rasgos, el recorrido seguido por el sistema de compensación del daño en España resulta un reflejo de lo que al respecto ha acontecido siempre fuera de nuestras fronteras. El funesto sometimiento inicial a las pautas civilistas, la aparición de la tuitiva regulación con las primeras leyes de accidentes trabajo en desarrollo de la responsabilidad empresarial, y las posteriores técnicas de aseguramiento de los riesgos profesionales, en lo que finalmente daría origen a la Seguridad Social, son pasos en los que España no ha hecho sino seguir las huellas de sus congéneres transpirenaicos.

En esa línea, aparecen en el marco internacional las primeras leyes de accidentes de trabajo para poner fin a los desmanes generados por un sistema civilista en el que los trabajadores difícilmente lograban obtener una reparación de los daños generados por los riesgos profesionales²¹⁰. La exigencia de la culpa como elemento de imputación, con el consiguiente escollo de su prueba, disipaba cualquier propósito compensatorio y sometían al trabajador a un gravoso y tortuoso proceso judicial en el que el único resultado previsible eran las posteriores represalias empresariales.

209 GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y Salud en el trabajo...*, op. cit., pág. 302.

210 WILLIAMS, C. A.: *An International Comparison of Workers' Compensation*. Kluwer Academic, Boston, 1991, págs. 4 y 5.

Se hacía necesaria la superación de las acuñadas como *unholy trinity of defences*, las tres defensas que la parte empresarial encontraba en las doctrinas del common law para rehuir así cualquier género de responsabilidad. De esa manera, la parte patronal quedaba exenta de responsabilidad consecuencia de principios como la *contributory negligent* – que hubiese mediado culpa del trabajador en la causación del siniestro-, la *fellow servant* –si se demostraba que el accidente era consecuencia del actuar negligente de algún compañero-, o la *assumption of risk* –si el trabajador es libre para aceptar el trabajo, acepta trabajar bajo determinados riesgos profesionales inherentes al proceso productivo y, por lo tanto, asume las consecuencias perniciosas que de ello pudiesen derivarse-²¹¹.

El primer ministro de Prusia y canciller Otto Von Bismarck fue el encargado de trasladar las primeras reformas legislativas dirigidas a reforzar la protección de la clase trabajadora ante los riesgos profesionales, motivado principalmente por apaciguar a un proletariado demandante de reformas sociales. De esa manera, el año 1871 se promulgó en Alemania la primera ley sobre responsabilidad empresarial derivada de los riesgos profesionales - Reichshaftpflichtgesetz (*Reich Liability Act*)-, que posteriormente seguirían sus homólogos europeos, en lo que destaca la *English Employers Liability Act* de 1880, que a semejanza de su predecesora, acercó el régimen hacia tendencias objetivadas de la responsabilidad (*strict liability*), pero acercándose ésta última a posiciones más pro-empleador que su antecesora²¹².

211 GURTLER, P. R.: “The Workers’ Compensation Principle: A Historical Abstract of the Nature of Workers’ Compensation”, en *Hamline Journal of Public Law and Policy*, vol. 9, 1988-1989, págs. 286 y ss.

212 ENGELHARD, E. F. D.: “Shifts of Work-Related Injury Compensation. Background Analysis: The Concurrence of Compensation Schemes”, en KLOSSE, S.: *Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases*. Springer-Verlag/Wien, Vienna, 2007, págs. 20 y ss.

Poco después, con el mismo estilo abanderado y en respuesta a las ineficiencias de las últimas soluciones legislativas, el 6 de julio de 1884 se promulgó la denominada *Unfallversicherungsgesetz* (Industrial Accidents Insurance Act) para establecer un sistema público y obligatorio de cobertura de los riesgos industriales, financiado a cargo únicamente de los empresarios y gestionado por el *Berufsgenoseenschaften* (BG) –órgano semi-público compuesto por ambas partes de la relación laboral- y supervisado por el Estado²¹³. Se abrió el paso a una nueva era de socialización del riesgo industrial en la que se instauraron sistemas de aseguramiento obligatorio de los riesgos profesionales, asentados sobre la base de la responsabilidad sin culpa.

Se vislumbraron ya dos tendencias dentro de las políticas relativas a la cobertura de los riesgos profesionales. Si bien todas las políticas internas de los Estados conllevaron un reforzamiento de la protección de las víctimas de los accidentes de trabajo, mientras países como Alemania (*Deutsches Unfallversicherungsgesetz*, 1884), Austria (*Österreichisches Unfallversicherungsgesetz*, 1887), Dinamarca (*Arbejdsskadeloven*, 1897), u Holanda (*Ongevallenwet*, 1901) apostaron por una protección social “previsional” mediante un aseguramiento público de los riesgos profesionales basado en la responsabilidad sin culpa; la contra parte vino representada por las políticas de Inglaterra (*Workmen’s Compensation Act*, 1897), Francia (1898) o Bélgica (1903), todavía sustentadas en una responsabilidad directa del empresario, fundamentada en el riesgo profesional y de voluntario aseguramiento²¹⁴.

No difiere el caso de Estados Unidos, donde a partir de 1910 se inició una importación del modelo alemán, que pronto encontraría acomodo en las

213 *Ibidem...*, págs. 17-19.

214 *Ibidem...*, págs. 34.

políticas de los diferentes Estados Federales²¹⁵. De esa manera, se desplazan las anteriores leyes de responsabilidad empresarial para avanzar hacia un sistema de seguridad social, tal avance hacia sistemas de *Workers' Compensation* era auspiciado tanto por la parte empresarial, la clase trabajadora, y las propias aseguradoras privadas, al ver en ello el único modo de solventar las deficiencias del sistema de responsabilidad empresarial previo y de la propia "crisis" que ésta sufría²¹⁶.

El desarrollo experimentado por la cobertura de los accidentes de trabajo durante la primera mitad del siglo XX se focaliza en el aseguramiento de los riesgos, mediando una transición, a menudo coexistencia, de los antiguos seguros privados hacia una cobertura obligatoria y de corte público, de gestión y supervisión por parte del Estado, y financiada mediante primas o impuestos de carácter legal²¹⁷. Se asistió entonces a una toma de conciencia de la necesidad de proteger los riesgos mediante una socialización de los mismos, y desplazar así el elemento determinante previo, referido a la causa y modo de desenlace del infortunio (*ex ante*), por una nueva concepción que reparase sobre la propia entidad de los daños sufridos (*ex post*)²¹⁸. En este nuevo marco, el empresario se convertía en responsable siempre que el infortunio "surgiera en el desarrollo del trabajo" (*arising in the course of work*)

215 Tras la resolución del famoso caso *Borgnis v. Falk Co.* Se reconoce la constitucionalidad de la *Wisconsin Workers Compensation Act* de 1911, para situarse ésta como la primera de una larga lista, de modo que para el año 1920, únicamente restaban ocho Estados norteamericanos en el desarrollo de leyes federales al respecto. Véase GURTNER, P. R.: "The Workers' Compensation...", op. cit., pág. 293.; CLAYTON, A.: "Workers' Compensation: A Background for Social Security Professionals", en *Social Security Bulletin*, vol. 65, núm. 4, 2003/2004, págs. 8 y ss.

216 Para un análisis sobre la "crisis" de los sistemas de responsabilidad civil previos, y el marco coyuntural en las primeras décadas del Siglo XX en Estados Unidos, véase FISHBACK, P. V. y KANTOR, S. E.: "The adoption of Workers' Compensation in the United States, 1900-1930", en *National Bureau of Economic Research Working Paper*, núm. 5840, noviembre 1996.

217 ENGELHARD, E. F. D.: "Shifts...", op. cit., págs. 35 y ss.

218 *Ibidem...*, pág. 48.

o causado por el mismo (*out of*)²¹⁹, indiferentemente de su conducta en la gestación del suceso, con la salvedad de casos de culpa grave o intencional.

Esta expansión de los Seguros Sociales se prolongó hasta los años posteriores de la Segunda Guerra Mundial, período de posguerra en el que un nuevo amanecer comenzaba a elevarse. No es de extrañar la rápida implantación de las teorías económico-políticas de Keynes en una Europa necesitada de una rápida reconstrucción económica y en la que cuantiosas inversiones extranjeras tenían entrada²²⁰.

El impulso de la Seguridad Social, allende las fronteras europeas, venía cristalizado en una triple manifestación. Primero, con la Carta atlántica de 12 de agosto de 1941, por la que el Presidente Roosevelt y W. Churchill situaban como objetivo de las nuevas políticas el modelo de Seguridad Social británico, como sistema para garantizar una adecuada cobertura de los estados de necesidad de una población asolada por la guerra; en segundo lugar, con la labor desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo²²¹, máxima

219 HEPPLÉ, B.: *La Formación del Derecho del Trabajo en Europa: análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, págs. 182 y ss.

220 VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L. [et. alt.]: *Manual de Seguridad Social*. Tecnos, Madrid, 2012, págs. 31 y 32; BRUUN, N. y HEPPLÉ, B.: "Economic Policy and Labour Law", en HEPPLÉ, B. y VENEZIANI, B. (ed.): *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*. Hart, Portland (USA), 2009, pág. 32 y ss.

221 Cuyo alumbramiento se incardinó al Tratado de Versalles (28 de junio de 1919), quedando inserta su institucionalización en las secciones I y II de la Parte XIII (arts. 387-427), en lo que se hizo expresa mención a la "protección de los trabajadores contra las enfermedades generales o profesionales y los accidentes resultantes del trabajo". En esa línea, se desarrollaron multitud de trabajos posteriores, entre otros: el Convenio de Accidentes en la Agricultura, de 1920 (núm. 12); los tres Convenios de la Conferencia de Ginebra de 1925, sobre la Reparación de los Accidentes de Trabajo (núm. 17), la Reparación de las Enfermedades Profesionales (núm. 18), la Igualdad de Trato a Trabajadores Extranjeros y Nacionales en Accidentes de Trabajo (núm. 19); los Convenios relativos al Seguro de Enfermedad de los Trabajadores de la Industria, del comercio y del Servicio Doméstico (núm. 24) y al Seguro de Enfermedad de los Trabajadores Agrícolas (núm. 25), de 1927; los Seguros de Vejez, Invalidez y Muerte en la Industria y en la Agricultura, de 1933 (números del 35 al 40, respectivamente); Convenio para establecer un Régimen Internacional de Conservación de Derechos en los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte que protegiese a aquellos trabajadores que trasladasen su residencia de un país a otro, de 1935 (núm. 48); sobre las

plasmación con la posterior *Declaración de Filadelfia* de 1944, al recoger entre los objetivos y principios de la organización precisamente las bases preconizadas por la Seguridad Social; y como tercera manifestación, la en absoluto secundaria acción acometida por los Estados de América del Sur, que en sus albores alumbró el *Comité Interamericano para el Progreso de la Seguridad Social*, y ya en 1942 celebró la primera *Conferencia interamericana de Seguridad Social*²²².

En este contexto, aparecen en Reino Unido dos Informes elaborados por William Beveridge: *Social Insurance and Allied Services* (1942) y *Free Employment in a Free Society* (1944), dentro de lo que vino a denominarse el *Plan Beveridge*. Creador e inspirador de los actuales sistemas de Seguridad Social, lograría aunar la tradición escandinava y la del propio R.U., con los seguros sociales de tradición germánica, para dar como fruto un nuevo sistema de unificación asentado en los principios de publicación, universalidad subjetiva y generalidad objetiva²²³.

En este entramado, los seguros de accidentes de trabajo y enfermedad social se insertan como un asunto más de política social, una rama más dentro del Plan de Seguridad Social unificado. Con ello, en palabras de Beveridge, se trataba de “trasladar la provisión por la consecuencia de los peligros industriales desde el terreno del litigio y conflicto entre las partes, al de la producción”²²⁴. En esa línea, se criticaba por deficiente²²⁵ el sistema anterior

Obligaciones del Naviero en caso de Enfermedad o Accidente de la Gente del Mar, de 1936 (núm. 55); y el más relevante, el relativo a las Prestaciones de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, de 1967 (núm. 121).

222 DURAND, P.: *La Política Contemporánea de Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, págs. 168-172.

223 ALARCON CARACUEL, M. R.: *La Seguridad Social en España*. Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 40 y ss.

224 BEVERIDGE, W.: *Seguro Social y Servicios Afines*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, págs. 72 y 73.

225 *Ibidem...*, págs. 56-60.

de responsabilidad directa del patrono, derivado de la *Workmen's Compensation Act 1897*, al no lograr una proporción adecuada de compensación del daño ni en su "método" ni por lo escaso de sus cuantías²²⁶.

Como aplicación de las nuevas teorías que convertirían en pionera a Inglaterra, se dictó la *National Insurance (Industrial Injuries) Act* de 1946, de entrada en vigor el 5 de julio de 1948. La introducción de la nueva regulación supuso modificaciones sustanciales que pronto serían seguidas en el plano internacional. De esa manera, la Seguridad Social extendió su cobertura para proteger tanto los gastos médicos como las pérdidas de rentas de los trabajadores víctimas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales; víctimas insertas dentro de un régimen especial integrado en la seguridad social unificada, bajo un tratamiento favorable por encontrar causa en el riesgo profesional, y que sería financiado tanto por los empresarios, trabajadores, y el Ministerio de Finanzas, en un sistema controlado ahora por el Estado²²⁷.

Ejemplo de ésta impronta vino representado por Francia, dando lugar en 1945 a la creación de un sistema de Seguridad Social en el que se integraría, el 30 de octubre de 1946²²⁸, el aseguramiento obligatorio del accidente de trabajo²²⁹. Por su parte, en Italia tal cobertura recibió acomodo constitucional en 1948.

226 *Ibidem...*, págs. 73 y ss.

227 ENGELHARD, E. F. D.: "Shifts...", op. cit., pág. 38.

228 Loi n° 46-2426 du 30 octobre 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles.

229 Sobre la influencia del modelo de Beveridge en la creación de la Seguridad Social francesa, véase KERSCHEN, N.: "L'influence de du rapport Beveridge sur le plan français de sécurité sociale de 1945", en *Revue Française de science politique*, 45 année, núm. 4, 1995, págs. 570-595.

Singular resulta el caso de Holanda, en el que los años de posguerra alumbraron multitud de legislación influenciada por las ideas de Beveridge, si bien un nuevo sistema de seguridad social (*Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering*, 1967) vino a suceder a la cobertura por “riesgo profesional” para crear un nuevo sistema de asunción total del “riesgo social” en el que cualquier ciudadano trabajador recibe el mismo tipo de cobertura, indiferentemente del modo de origen del siniestro, sin distinción entre contingencias profesionales y comunes²³⁰.

En suma, la política de los Estados en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial se encaminó a la consecución del necesario crecimiento económico dirigido éste, a su vez, hacia la culminación del Estado del Bienestar. Dentro del naciente Estado Social, “a los sistemas de seguridad social, instrumentos de la justicia social, se les atribuyó tanto funciones económicas, debido a su incidencia en la conservación del poder adquisitivo, como funciones políticas, puesto que coadyuvan a asegurar la paz social”²³¹.

En esa línea, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957²³², dictó varias disposiciones sociales, en las que expresamente se determinó la necesidad de “los Estados miembros de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores” (art. 117), con específica atención a la “seguridad social” y a “la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades de trabajo” (art. 118). A pesar de las tendencias liberales en las que poco lugar se reservaba a las cuestiones sociales, poco después se elaboró y publicó el

230 LINDENBERGH, S. D.: “Employers’ Liability and Workers’ Compensation: The Netherlands”, en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers’ Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, págs. 352 y ss.

231 RUBIO LARA, M^a J.: *La Formación del Estado Social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 206.

232 Ratificado por España y publicado en el «BOE» núm. 1/1986, de 1 de enero de 1986.

Convenio Europea de Seguridad Social el 9 de diciembre de 1957, que finalmente adquiriría la forma de Reglamento comunitario (núm. 3).

6- Marco normativo actual de la protección de los riesgos profesionales en el ordenamiento jurídico español

Actualmente, el entramado tuitivo que configura nuestro ordenamiento jurídico encontrará amparo en la Constitución Española de 1978 y su configuración de Estado como “Estado social y democrático de Derecho”. El texto constitucional establece como derecho fundamental la vida e integridad física de las personas (art. 15 CE) y, en ese sentido, determina la obligación de que los poderes públicos velen por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE), garantizando a través de la Seguridad Social unas prestaciones públicas suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE), erigiendo la protección de la salud como principio rector del sistema (art. 43 CE). De esa manera, se configura el modelo constitucional de la Seguridad Social, alineado con un modelo fuertemente asistencial²³³.

Una vez establecidos los principios básicos o directrices generales, ha sido tarea del legislador desarrollar, de forma coherente con dichos principios, el cuerpo normativo de la acción protectora de la Seguridad Social²³⁴ y la normativa específica para la protección que de los riesgos profesionales. Esa labor se cristalizaría en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por medio del cual conseguiría dar una ordenación al Sistema

233 GOERLICH PESET, J. M.: “El derecho de la Seguridad Social”, en ROQUETA BUJ, R. y GARCIA ORTEGA, J. (dirs.): *Derecho de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 40 y ss.

234 ALARCON CARACUEL, M. R.: *La Seguridad Social...*, op. cit., págs. 47 y ss.

normativo entero de la Seguridad Social²³⁵. Transcurridos 25 años desde su entrada en vigor, a fin de dar unidad a la dispersión normativa de la que adolecía el Sistema, recientemente habrá sido derogado como consecuencia de la refundición acometida por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

A su vez, el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene vendría ya plasmado como derecho inserto al contrato en el art. 19 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores²³⁶. Así ha sido mantenida, con una única adaptación terminológica a “seguridad y salud en el trabajo”, de concepción más acorde a los tiempos contemporáneos²³⁷, en la más reciente modificación con el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, en relación al cuerpo básico de garantías y responsabilidades derivadas de la necesaria acción preventiva del daño específico en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se puso en práctica el mandato que a los poderes públicos encomendaba el art. 40.2 CE, mediante el desarrollo de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a través de la cual, se adecuaría la

235 MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*. Tecnos, Madrid, 2015, págs. 70 y ss.

236 GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo...*, op. cit., pág. 305 Y ss.

237 La superación del término “seguridad e higiene” responde a una concepción más adecuada en la que se identifica ahora al conjunto de disposiciones y elementos normativos y extranormativos relacionados con al prevención de riesgos laborales. VALDEOLIVAS Y. y MORÓN, R.: “La seguridad en el trabajo: de la ley de Accidentes de Trabajo a la vigente Ley de Prevención de Riesgos laborales”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, págs. 679 y ss.

legislación española a la legislación comunitaria sobre seguridad y salud en el trabajo²³⁸. En ese hacer, la política preventiva buscará la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigida a elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo (art. 5.1 LPRL).

Se recogió en el texto legal un capítulo expresamente dedicado a las “responsabilidades y sanciones”, lo cual resulta especialmente relevante por su “significado”, ya que encuentran reflejo en él las diferentes responsabilidades, tanto de carácter público como privado²³⁹, que concurren dentro de la prevención de riesgos laborales²⁴⁰. Sobre el análisis de estos mecanismos, normalmente de un carácter y ámbito que excede del terreno de la seguridad y salud en el trabajo, se profundizará a los largo de este trabajo.

Dicho lo anterior, no cabe ahondar todavía en el estudio pormenorizado del cuerpo normativo de cada texto legal, por ser éstos objeto de análisis posterior en los Capítulos consiguientes.

238 MERCADER UGUINA, J. R.: “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, veinte años después”, en *revista de Información Laboral*, núm. 8, 2015, pág.25.

239 Sobre la protección de la seguridad y la salud del trabajador, como deber público y privado, véase GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*. CES, Madrid, 1999, págs. 125 y ss.

240 GARCIA MURCIA, J.: “Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en *CEF.- Trabajo y Seguridad Social*, núm. 395, 2016, págs.90 y ss.

CAPÍTULO IV.-
EL DAÑO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL

CAPÍTULO IV.- EL DAÑO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Se ha visto que el trabajo, como toda actividad humana, acarrea determinados riesgos para la salud y la seguridad del trabajador, es decir, conlleva una probabilidad de que un fenómeno epidemiológico no deseado sobrevenga al trabajador²⁴¹. Como proceso de producción y transformación de bienes y servicios, conlleva una relación entre el hombre y el entorno que puede suponer en ocasiones una consecuencia negativa para su salud, reuniéndose en el riesgo profesional unas características que permiten individualizarlo y mantenerlo como categoría autónoma²⁴².

La especial situación en la que el trabajador interacciona con dichos peligros, al encontrarse inmerso en una situación de dependencia respecto de su empresario, prestando unos servicios bajo el ámbito de organización y dirección determinados por éste, serán factores que otorgarán mayor consistencia, si cabe, al tratamiento específico de los riesgos y, en definitiva, dada la sustantividad propia de la que están dotados, a la singularización de los daños provocados.

Ello ha sido plasmado en las “instituciones jurídico-laborales” de accidente de trabajo y enfermedad profesional, con un origen casi paralelo al del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social²⁴³, tipificadas actualmente en los artículos 156 y 157 de la LGSS (antiguos arts. 115 y 157). A lo anterior habrá que añadir la nueva formulación presentada por la LPRL con la

241 VAQUERO PUERTA, J. L y CEÑA CALLEJO, R.: *Prevención de riesgos laborales: seguridad, higiene y ergonomía*. Pirámide, Madrid, 1996, pág. 15.

242 SEMPERE NAVARRO, A. V; GARCÍA BLASCO, J; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*. Cívitas, Madrid, 2001, pág. 19.

243 *Ibidem...*, op. cit., págs. 23.

denominación de “daños derivados del trabajo” (art. 4.3), con la matización expuesta en la disposición adicional Primera, por medio de la cual se mantiene a su vez la vigencia de los conceptos de accidente de trabajo, enfermedad común, accidente no laboral y enfermedad no común, así como el régimen jurídico aplicable a los mismos dentro de la normativa de la Seguridad Social.

El concepto de accidente de trabajo, ya recogido en la Ley de 30 de enero de 1900, de accidentes de trabajo, ha mantenido prácticamente inalterado su contenido inicial, al cual se le habrán ido adhiriendo nuevos contenidos por medio de la labor de interpretación flexible y extensiva de la jurisprudencia española (amparada en el art. 3.1 CC), hasta finalmente reflejar tales figuras en los propios textos legales, como es el caso de los accidentes *in itinere*. Así mismo, contingencias como las enfermedades profesionales, que en un primer momento eran catalogadas como accidentes de trabajo, actualmente encuentran una regulación específica dentro de la normativa de la Seguridad Social²⁴⁴. Por lo expuesto, resulta necesario adentrarnos en dichos conceptos para una mayor comprensión de sus contenidos.

1.- Daños derivados del trabajo

1.1.- Concepto

Más allá del daño como factor modulador de la noción de riesgo²⁴⁵, el legislador, desde la normativa preventiva, ha aportado una definición exclusiva para el concepto de daño derivado del trabajo, de modo que “se considerarán como *daños derivados del trabajo* las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo” (art. 4.3 LPRL).

244 ROMERO RODENAS, M^a J.: “Conceptos y elementos integrantes del accidente de trabajo en la doctrina judicial”, en ROMERO RODENAS, M^a J. (coord.): *Accidentes de trabajo y sistema de prestaciones*, Bomarzo, Albacete, 2009, pág.8.

245 “Se entenderá como *riesgo laboral* la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo” (art. 4.2 LPRL).

Concepto con un alcance general y amplio, parece superar las limitaciones de los conceptos restrictivos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales tal y como los concibe el sistema de la Seguridad Social, por resultar éstos ligados, y limitados, a las prestaciones económicas generadas por dichas contingencias, discriminando situaciones de daño personal sufridas por trabajadores a causa del ejercicio de su profesión. Cierta doctrina ha resaltado el “carácter integrador” del nuevo concepto introducido por la LPRL²⁴⁶, y se ha llegado a decir al respecto “que es una de las grandes adquisiciones o virtudes de la LPRL”²⁴⁷. No obstante, cierto es que no se produce una extensión de este concepto al área de la Seguridad Social, sino todo lo contrario²⁴⁸.

Tal concepción estará compuesta por las “enfermedades”, por lo cual se entenderán las perturbaciones del organismo que sean producidas por la exposición a agentes ambientales nocivos del lugar de trabajo o consecuencia de las técnicas productivas u organizativas del mismo; las “lesiones” en alusión a las lesiones corporales, que guardarán relación con los accidentes; y las “patologías”, como cajón de sastre para aquellas alteraciones, menoscabos o síntomas que no sean susceptibles de enmarque en los dos supuestos anteriores²⁴⁹.

246 BLASCO MAYOR, A.: “Daños derivados del trabajo”, en *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2001, págs. 174 y ss.

247 MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 4.- Definiciones”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dir.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*. Comares, Granada, 2004, pág. 59.

248 GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. Trotta, Madrid, 1996, págs. 66 y 67.

249 MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 4.-...”, op. cit., pág. 178.

1.2.- Elementos configuradores

Los elementos que integrarán los daños derivados del trabajo mantendrán una semejanza casi total con los del accidente de trabajo, con alguna matización que irá siendo apuntada. De esa manera, se construye sobre tres elementos que son: la alteración de la salud, la actividad profesional y la conexión entre el daño y el trabajo.

- Alteración de la salud. En cuanto a alteración de la salud, tres son las notas de singularidad que se presentan en el daño derivado del trabajo. En primer lugar, la posible potencialidad del daño, al no exigir la efectividad del mismo, su materialización, sino la posibilidad de que se genere, lo cual es una obvia consecuencia de la política preventiva; en segundo lugar, la limitación del objeto al componerse “exclusivamente” de los daños a la salud de las personas generados por la actividad productiva desarrollada; y en tercer lugar, el carácter integral en lo que a los tipos de daños derivados del trabajo se refiere, dada la amplia gama que puede llegar a abarcar (dolencias físicas, enfermedades sensoriales, patologías que afecten al sistema inmunológico, enfermedades mentales, alteraciones psicósomáticas, etc.)²⁵⁰.
- Actividad profesional. Se requiere que el daño sufrido se enmarque en una “actividad de trabajo”, de modo que la persona que lo sufre o que lo transmite reciba un daño de origen profesional. La peculiaridad que marca la diferencia en este punto respecto al concepto de accidente de trabajo será la posibilidad de que quien lo sufra no sea un trabajador, sino una persona que los sufra a consecuencia de la transmisión de un

250 En este sentido, y con un detallado listado, véase LUQUE PARRA, M.: *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., págs. 180 y ss.

trabajador expuesto al riesgo laboral²⁵¹. Ejemplo de lo anterior, piénsese en la persona fallecida como consecuencia de contraer una enfermedad que guarde origen profesional, en la que el trabajador expuesto en primer grado, actúa de trampolín del riesgo hacia el tercero afectado²⁵².

- La conexión daño-trabajo. Se trata aquí de la vinculación entre los dos elementos anteriores, de forma que la alteración de la salud sobrevenga “con motivo u ocasión del trabajo”, es decir, debe mantener una mínima conexión con la actividad profesional desempeñada, sin necesidad de que concurra el elemento topográfico del lugar de trabajo, pero sí que el elemento causante sea un factor de riesgo localizado en el mismo, como lo demuestran las alteraciones de la salud que se manifiestan fuera del puesto de trabajo pero que son generadas por exposiciones a factores de riesgo localizados en él, existiendo esa conexión que se convierte en un requisito inexcusable que en la práctica no siempre será fácilmente demostrable, más aun al no recogerse por la LPRL métodos de presunción para facilitar dicha labor²⁵³.

1.3.- Daño derivado de trabajo y responsabilidad civil empresarial

La tendencia expansiva del término responderá al carácter preventivo con el que se configuró, para deslindarlo así del carácter reparador de las

251 BLASCO MAYOR, A.: “Daños...”, op. cit., págs. 182-183.

252 Es el caso de la mujer fallecida tras contraer una enfermedad derivada del amianto, como consecuencia de una “sobreexposición incontrolada y continua a las fibras de amianto durante 21 años”, al ocuparse de la limpieza, sacudida y planchado de la ropa de trabajo del cónyuge. ST del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Bergara (Provincia de Guipúzcoa), de 22 de octubre de 2015 [JUR\2015\251236].

253 *Ibidem...*, op. cit., pág. 183.

contingencias profesionales de Seguridad Social, desplazando la perspectiva desde el punto de vista de la tutela reparadora a la tutela preventiva²⁵⁴. De esa manera, si con la prevención se pretende eliminar o reducir las posibilidades de que un trabajador sufra un daño²⁵⁵, se extrae de la naturaleza de los daños derivados del trabajo la necesaria extensión del mismo para abarcar a todos aquellos daños, consecuencia de los riesgos laborales, que puedan presentarse con motivo u ocasión del trabajo.

Sin embargo, se trata de una definición que no excede del plano virtual, si teóricamente encuentra determinado sentido y relevancia, por su previsión expansiva en cuanto a alteraciones de salud se refiere²⁵⁶ y respecto a los sujetos extracontractuales a los que puede integrar, no resulta así en la práctica. Cuando de la compensación de daños se trata, atendiendo a los principios propios del derecho común, la responsabilidad civil buscará la reparación de los daños en su integridad, a expensas de la catalogación que de éstos pueda la LPRL hacer²⁵⁷.

El incumplimiento del deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14 LPRL), al no aplicar o aplicar defectuosamente las medidas que integran el deber general de prevención al que viene obligado

254 GONZÁLEZ LABRADA, M.: “Artículo 4. Definiciones”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.); CARDENAL CARRO, M. (coord.) y ALZAGA RUIZ, I. (coord.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 90.

255 Como se definirá en la propia LPRL, “se entenderá por *prevención* el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo” (art. 4.1).

256 Entrarían dentro de esta definición alteraciones de salud que el trabajador sufra pero que, por no tener repercusión sobre la capacidad productiva del trabajador, o por no revestir la gravedad necesaria para su reconocimiento ante los parámetros protectores de la Seguridad Social, quedan fuera de reconocimiento.

257 Si en alteraciones de salud, esta terminología resulta expansiva, en lo que a daños patrimoniales se refiere, se dejan fuera de la concepción aquellos daños pecuniarios, como la pérdida de rentas, por entenderse que no resulta daños atendibles desde una perspectiva de prevención de riesgos laborales, mientras que si lo son para la cobertura pública de la Seguridad Social.

(art. 15 LPRL)²⁵⁸, tendrá así una repercusión desde una perspectiva global de prevención de riesgos, pero no sobre la debida compensación a través de la responsabilidad civil.

Ciertamente, podría defenderse la repercusión de estos conceptos extensivos para reorientar determinados supuestos de hecho para convertirlos en susceptibles de admisión dentro de la aplicación del futuro baremo específico de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Ahora bien, la diferencia no radica tanto en el daño sino en la institución accionada para su compensación ya que, como se verá a continuación, ni todo daño derivado del trabajo es catalogable como accidente de trabajo o enfermedad profesional, ni recíprocamente todo accidente de trabajo o enfermedad profesional resulta ser un daño derivado del trabajo.

En otras palabras, “ni todo accidente de trabajo implicará la responsabilidad civil del empresario por incumplimiento de la normativa en

258 Dentro de las medidas que integran el deber general de prevención a las que se refiere la LPRL, se recoge un listado de principios generales conforme a los cuales deberán aplicarse:

1. Evitar los riesgos.
2. Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.
3. Combatir los riesgos en su origen.
4. Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.
5. Tener en cuenta la evolución de la técnica.
6. Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro.
7. Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.
8. Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual.
9. Dar las debidas instrucciones a los trabajadores.

materia de seguridad y salud laboral, pues hay un ámbito de accidentes calificados jurídicamente como de trabajo de cuya producción no es posible responsabilizar al empresario; ni toda responsabilidad civil del empresario requiere como elemento configurador la existencia de un accidente de trabajo”²⁵⁹.

Es esta una consecuencia directa de la diferente naturaleza y funcionalidad de la Seguridad Social, como institución para la cobertura de un estado de necesidad y de imputación objetiva, y la responsabilidad civil empresarial, como institución para la compensación íntegra de los daños cuando pueda atribuirse una imputación de culpabilidad sobre el empresario.

2.- Daño derivado de contingencia profesional.

Entre los elementos que integrarán el daño derivado de contingencia profesional, resulta necesaria la previa comprensión de las dos figuras por medio de las cuales la Seguridad Social institucionaliza los perjuicios o menoscabos sufridos por los trabajadores: accidente de trabajo y enfermedad profesional.

2.1.- Accidente de trabajo

El actual concepto de accidente de trabajo traerá origen del artículo 1 de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, el cual lo definiría como “toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena”, definición que no experimentaría modificación alguna hasta la entrada en vigor del texto

259 LUQUE PARRA, M.: *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., págs. 46-47.

refundido de la Ley de accidentes de trabajo aprobado por el Decreto de 22 de junio de 1956, con la actualización de un término como el de “operario”, dirigido al “trabajador manual”, por uno más acorde a la realidad del momento como es el de “trabajador”²⁶⁰. Resulta por lo menos curiosa la longevidad de una definición como la de accidente de trabajo que habrá conseguido perdurar hasta nuestros días sin sufrir desgaste aparente, como declara la doctrina, dada su “buena técnica legislativa” y su carácter flexible, reforzado todo ello por las diversas “inclusiones o exclusiones concretas” que se habrán realizado mediante la labor legislativa y jurisprudencial²⁶¹.

Actualmente, el concepto de accidente de trabajo se recoge en el artículo 156 LGSS según el cual “se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. Una descomposición de dicha definición nos lleva a identificar los tres elementos en la composición del accidente de trabajo. Adelantados brevemente al hablar de los elementos constitutivos de los daños derivados de trabajo, nos adentramos ahora en mayor profundidad sobre ellos, es decir, sobre la existencia de lesión corporal (elemento objetivo), la condición de trabajador de la persona que sufra el accidente (elemento subjetivo) y la necesaria relación de causalidad entre el daño y el trabajo realizado (elemento causal)²⁶². Sólo cuando nos

260 En referencia al concepto de *operario* como “persona física que realiza una actividad manual, habitual, fuera de su domicilio, por cuenta ajena, con retribución, bajo cualquier modalidad, o incluso sin ella”, véase DE LA VILLA GIL, L. E.: “La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, págs. 12 y ss.

261 MARTIN VALVERDE, A.: “Accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, págs. 219 y ss.

262 Cierta doctrina añadirá un cuarto elemento constitutivo a la usual tripartición doctrinal: el *agente lesivo*. CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *La*

encontremos con la concurrencia de los tres elementos podremos hablar de accidente laboral.

2.1.1.-Lesión corporal

El hecho de que el legislador haya empleado la terminología “lesión corporal”, sin incorporar referencia alguna a la forma de aparición de la misma, reforzará que, como continuamente nos recuerda la jurisprudencia²⁶³, se deban entender dentro de su contenido tanto las lesiones traumáticas, generadas de forma “violenta, súbita y externa”, como las lesiones de evolución progresiva que tengan origen en la realización del trabajo, de modo que produzcan un daño funcional, sensorial o psíquico de etiología laboral²⁶⁴. Esa “elasticidad”²⁶⁵ que caracteriza al contenido del accidente de trabajo y más concretamente de la lesión corporal, será una de las principales características de nuestro sistema desde una perspectiva comparada, ya que la no inclusión de las lesiones no traumáticas, así como de las enfermedades relacionadas con el trabajo, es la tónica seguida por la mayoría de Estados europeos, como es el caso de los ordenamientos de Alemania, Bélgica,

cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 29-30.

263 Trayendo a colación las lesiones corporales que gozarán de la calificación de accidente laboral mediante la presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS, dicha presunción, y por lo tanto calificación, se extiende “no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las Sentencias de 22 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1374), 25 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 5175) y 4 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8529) y más recientemente la Sentencia de unificación de doctrina de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7844). Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trata de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal” (STS de 27 de diciembre de 1995 [rec. 1213/1995]); en el mismo sentido, STSJ Cataluña de 16 de julio de 2002 [rec. 6642/2001].

264 ROMERO RODENAS, M^a J.: “Conceptos y elementos...”, op. cit., pág. 8.

265 MARTIN VALVERDE, A.: “Accidente de trabajo...”, op. cit., págs. 227 y ss.

Austria, Grecia, Italia, Irlanda, Portugal (excluirá únicamente las lesiones no traumáticas), los Países Bajos, Reino Unido y Suecia. Resaltable es el caso de Francia que, al igual que España, sí tendrá en consideración las lesiones no traumáticas en su concepción de accidente de trabajo²⁶⁶.

El término *lesión* puede ser entendido como hecho o acontecimiento generador de daños corporales y, con una segunda acepción, referirse a la consecuencia o situación de daño corporal provocado por ese hecho o acto. De modo que debemos atender a la lesión no sólo como suceso, sino también como resultado, y aceptar así dentro del accidente de trabajo a aquellas patologías generadas en el ámbito laboral pero que no se manifiestan de un modo súbito, sino que se dilatan en el tiempo, con una evolución lenta o progresiva, sería el caso de las dolencias cardiovasculares y las dolencias generadas como consecuencia del factor esfuerzo²⁶⁷. Así, las letras e)²⁶⁸, f)²⁶⁹ y g)²⁷⁰ del artículo 156.2 LGSS hacen referencia a las enfermedades de trabajo que son calificadas como accidentes de trabajo, conocidos también como “accidentes impropios”. Son los siguientes:

266 Para una visión comparada del concepto de daño laboral y accidente de trabajo, tanto a nivel europeo como hispano-americano, véase VICENTE HERRERO, M. T., RAMIREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M. V. (et al.): “El concepto de daño laboral en España y su comparativo internacional: revisión legislativa española, hispano-americana y europea”, en *Revista CES Salud Pública*, vol. 3, núm. 1, 2012, págs. 81 y ss.

267 MARTIN VALVERDE, A.: “Accidente de trabajo...”, op. cit., págs. 234 y ss.

268 “e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.”

269 “ f) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.”

270 “ g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.”

- Enfermedades de manifestación súbita encuadrables en el concepto de accidente de trabajo.

Adquiere aquí vital importancia la presunción establecida por el art. 156.3 LGSS, en virtud de la cual, salvo prueba en contrario, se entenderá como accidente de trabajo toda lesión que sobrevenga al trabajador en el lugar y tiempo de trabajo, ya sea súbita y violenta, o alguna de las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo. De esta manera se concede una presunción ante la dificultad que en ocasiones puede suponer la prueba del requisito causal entre la lesión y el trabajo²⁷¹, especialmente relevante en el marco de desigualdad en el que actúan las partes de la relación laboral²⁷². Se tendrá en consideración el momento en el cual se manifiesta la “crisis” sobre el trabajador, siendo indiferente que éste sufriera dolencias previas, ya que el eje para la imputación residirá en si las dolencias o la indisposición se exteriorizan en el lugar y tiempo de trabajo, lo cual obliga a reparar necesariamente en las peculiaridades fácticas de cada caso²⁷³.

Los supuestos más comunes nos los encontraremos en las lesiones cardiacas, con especial relevancia en los infartos de

271 CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F.: “Presunción de laboralidad de los accidentes acaecidos en el lugar y tiempo de trabajo (art. 156.3 LGSS)”, en ROMERO RODENAS, M. J. (coord.): *Accidentes de trabajo y sistemas de prestaciones*. Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 166 y ss.

272 STS de 18 de marzo de 1999 [rec. 5194\1997].

273 “La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, dese luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardiaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesión. Lo que se valora es la acción del trabajo (...) como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida” (STS de 22 de julio de 2010 [rec. 4049/2009]).

miocardio, dada su abundante jurisprudencia²⁷⁴. Del mismo modo, tendrán esa calificación de accidente de trabajo las lesiones vasculares y circulatorias²⁷⁵ siempre que se cumplan los requisitos de tiempo y lugar de trabajo²⁷⁶. Ejemplos de enfermedades de súbita aparición o desenlace son:

“La parada cardio-respiratoria de origen central a resultas de una hipoxiacerebral..., encefalopatía postanóxica por parada cardio-respiratoria por FV primaria en el contexto de angina de pecho..., el infarto de miocardio..., la angina de pecho..., el accidente cardiovascular activo con hemiparesia derecha..., la dolencia vascular cerebral..., la hemorragia cerebral, trombosis venosa... y aneurisma comunicante anterior con arterieesclerosis cerebral generalizada”²⁷⁷.

- Enfermedades de evolución lenta o progresiva encuadrables en el concepto de accidente de trabajo.

Se adelantaba cómo dentro del concepto de accidente, una especie del mismo se compone de aquellas enfermedades del trabajo que se generen de un modo “lento” (no necesariamente, siempre que se acredite la “causalidad laboral del morbo”) e “interno”, siempre que el trabajador la contraiga con motivo de la realización de su trabajo como consecuencia de la exposición a agentes físicos, químicos o

274 STS de 27 de febrero de 1997 [rec. 2941/1996]; STS de 30 de junio de 2004 [rec. 3221/2002]; STS de 27 de septiembre de 2007 [rec. 853/2006]; STS de 20 de octubre de 2009 [rec. 1810/2008]; TS Auto de 18 de enero de 2012 [rec. 1465/2011].

275 STS de 10 de abril de 2001 [rec. 2200/2000].

276 Respecto al concepto de lugar de trabajo en relación con los infartos de miocardio, uno de los supuestos más controvertidos jurisprudencialmente vendría dado por los acaecidos en los vestuarios de empresa, lugar insertado por el TS dentro del mismo (STS de 20 de diciembre de 2005 [rec. 1945/2004]; STS de 20 de noviembre de 2006 [rec. 3387/2005]; STS de 14 de marzo 2007 [rec. 4617/2005]).

277 STSJ de Galicia de 25 de junio de 2012 [rec. 694/2009].

bilógicos, extensión que aparecerá ya con la célebre STS de 17 de junio de 1903 que introduciría las enfermedades profesionales (en la sentencia citada, con referencia a la pérdida gradual de vista por manejo de compuestos de plomo) dentro de la calificación de accidente de trabajo²⁷⁸.

Actualmente, la diferencia entre que una enfermedad de trabajo sea calificada jurídicamente como “enfermedad profesional” o como “accidente de trabajo” estribará en su inclusión expresa dentro del listado recogido en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de la Seguridad Social, de modo que aquellas dolencias no inclusas, en virtud del art. 156. 2 e) LGSS, tendrán la consideración de accidente de trabajo “siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la realización del trabajo”²⁷⁹.

No entrará en juego para estos casos la presunción de laboralidad del apartado anterior de la que se beneficiaban las enfermedades de manifestación súbita en tiempo y lugar de trabajo, de modo que no basta con que la enfermedad se exteriorice con ocasión del trabajo, se hace depender su calificación como accidente de trabajo

278 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (su contradictorio proceso de institucionalización jurídica). Atelier, Barcelona, 2007, págs. 123 y ss.

279 La doctrina definirá la enfermedad de trabajo como “el síndrome o conjunto de síndromes que se producen en el organismo de un trabajador, que sufre la acción de una causa morbosa, causa que, sin estar incluidos en el catálogo de enfermedades profesionales, sin responder tampoco al concepto de accidente de trabajo o común, por tener como ocasión y/o causa la realización de la actividad profesional, se integra en el concepto de accidente de trabajo”, véase MARÍN CORREA, J. M.: “Accidente de trabajo. Ampliación del concepto”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, pág. 260.

a la “prueba expresa de causalidad con carácter de exclusividad”²⁸⁰.

- Enfermedades psíquicas

Entre las enfermedades de evolución lenta o progresiva, las enfermedades psíquicas cobrarán una especial relevancia dado el incremento que se viene dando en dichas lesiones no traumáticas, al contrario de lo que sucederá con las lesiones traumáticas ²⁸¹ . Consecuencia de las innovaciones tecnológicas y los nuevos sistemas productivos, asistimos a una intensificación del trabajo basada no tanto en la energía física, sino en las cargas mentales. La influencia de las nuevas tecnologías tanto en los sistemas productivos como en la estructuración de los mismos, junto a otros factores inherentes al sujeto (medio ambiente extralaboral, modo de vida, sensibilidades etc.) pueden conllevar tanto consecuencias positivas como negativas, en las cuales nos centraremos, dado que pueden ser causa de enfermedades crónicas de los sistemas locomotor, respiratorio y cardiovascular, así como de trastornos del comportamiento o de la conducta.

Es así que la OIT definirá los factores psicosociales como aquellos que “consisten en interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la

280 “El hecho de que una enfermedad de etiología común se revele exteriormente con ocasión del ejercicio de la ocupación laboral no dota a la misma, sin más, de la característica jurídica de accidente de trabajo, en tanto en cuanto no se demuestre la efectiva influencia de aquel ejercicio laboral en la aparición de la patología de referencia”, “la norma requiere prueba expresa de causalidad” (STS 24 de junio de 1990; STS 27 de febrero de 2008 [2008\1546]). Un claro ejemplo de lo expuesto puede verse en la STSJ de Madrid, de 25 de junio de 2010 [JUR 2010\312097], en la que un piloto ve agravada una enfermedad, otosclerosis bilateral como consecuencia de la exposición, durante los vuelos, a los cambios de presión y a los ruidos existentes en el ambiente aeronáutico, con el matiz de encontrarnos en el presente supuesto con un caso de enfermedad de tipo hereditaria y generalmente progresiva, lo cual excluye a dicha contingencia de la protección otorgada por la Seguridad Social a los accidentes de trabajo, precisamente por no concurrir el elemento de causalidad exclusiva que exige el la ley.

281 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El accidente de trabajo...*, op. cit., pág. 138.

satisfacción en el trabajo y las condiciones de su organización, por una parte, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, pueden influir en la salud y en el rendimiento y la satisfacción en el trabajo”²⁸².

Un incremento de los procesos de flexibilización (interna y externa) y de precarización laboral, precisamente en momentos de crisis económicas en las cuales el paro, principal lacra de nuestro mercado laboral, asciende a tasas desorbitadas tendrá también su repercusión sobre las enfermedades psicológicas.

Así las cosas, aparecen nuevos riesgos laborales causados por “las grandes tensiones acumuladas ante la perspectiva del desempleo y, en innumerables ocasiones, a que los trabajadores pierdan su capacidad, siempre limitada por el sistema, de controlar e intentar planificar sus procesos vitales”, en su mayor parte, incrementándose así el riesgo de sufrir enfermedades de carácter psicosocial como la ansiedad y el estrés²⁸³, con una clara influencia sobre trastornos cardiovasculares, alteraciones del sueño, hipertensión etc.²⁸⁴. Éstas, no sólo constituirán patologías por sí mismas, sino que a su vez serán desencadenantes de agravaciones de los riesgos laborales clásicos.

282 Factores psicosociales en el trabajo: naturaleza, incidencia y prevención. Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Ginebra, 1984, págs. 3 y ss.

283 En virtud del comunicado de prensa emitido por UGT el 20 de agosto de 2011, la última encuesta realizada por el Observatorio de Riesgos Psicosociales de UGT alerta de que el 75% de los trabajadores presenta estrés, derivado de unas deficientes condiciones ambientales de trabajo; el 87% reconocen tener una carga mental alta, y el 71% siente inseguridad respecto a las condiciones de su trabajo. Disponible en www.ugt.es

284 LINARES RODRÍGUEZ, P. J.: “Reflexiones en torno a la crisis y la salud laboral”, en *Revista de la Fundación 1º de mayo*, Revista de Estudios 14, 20-06-2010, págs. 10-15.

El propio Tribunal Constitucional habrá tenido ocasión de pronunciarse acerca de la conexión directa entre la situación laboral de una trabajadora a la cual se le había realizado un diagnóstico ansio depresivo derivado de sus condiciones laborales adversas, dentro de lo cual reconoce la posibilidad de que ciertas condiciones laborales puedan suponer un riesgo o daño psicológico como en el caso juzgado, lo cual afectará al ámbito protegido por el art. 15 CE, conectado con el art. 43.1 CE (derecho a la salud), para concluir en la necesidad de otorgar protección constitucional a la prevención de éstos supuestos²⁸⁵.

Sin embargo, la desactualización de que adolecerá el listado de enfermedades profesionales del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, queda latente al dejar fuera, por no realizar mención expresa, multitud de enfermedades y trastornos psicológicos y psíquicos, de modo que muchas patologías psíquicas y físicas de etiología laboral deban derivarse al contenido de accidente de trabajo por no estar incluidas en el concepto de “enfermedad profesional”²⁸⁶, lo cual conlleva una negativa consecuencia sobre el trabajador lesionado el cual se tendrá que enfrentar a la ardua y difícil labor de probar que la etiología viene exclusivamente inducida por el contexto laboral²⁸⁷.

En ese sentido, la STS de 18 de enero de 2005 [rec. 6590/2003], referida a un caso de trastornos de adaptación por estrés con

285 STC 160/2007 de 2 de julio de 2007; en el mismo sentido, STC 62/2007 de 27 de marzo de 2007.

286 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El accidente de trabajo...*, op. cit., pág. 141.

287 Desde su instauración en el año 2010, el sistema de comunicación sobre patologías no traumáticas-PANOTRATSS “obtiene información sobre las enfermedades no incluidas en la lista de enfermedades profesionales que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo, así como, las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”. Informe anual de marzo de 2015, disponible en (última consulta el 01/01/2016):

<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/145097.pdf>

alteraciones emocionales y de la conducta, ha reconocido la calificación de accidente de trabajo al probarse el origen exclusivo de unas lesiones como derivadas del ejercicio de las funciones correspondientes a su profesión. En sentido contrario, la STS de 20 de septiembre de 2007 [rec. 3566/2005], que mantendrá ciertas similitudes con la anteriormente citada sentencia, al ser ambos casos derivados de las agresiones y amenazas sufridas por agentes del Cuerpo de Policía Autónoma Vasca-Ertzaintza, en este supuesto los trastornos adaptativos generadores de un estado de ansiedad, llegando a rasgos paranoides, no serán declarados accidente de trabajo al no conseguir probar la parte demandante la causa exclusiva de los mismos en la relación laboral, entendiendo la sentencia que concurre una predisposición a sufrir cuadros paranoides en la personalidad del trabajador lesionado, los cuales no derivan en exclusiva de la ejecución de su profesión, ni tan siquiera de ataques contra “la fidelidad de su profesión”²⁸⁸.

Si acudimos a la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia, no resultaran extraños los casos de estrés

288 Ambas sentencias realizan una interpretación extensiva sobre la “causa exclusiva en la ejecución” del trabajo, al negar una interpretación limitada a la ejecución del trabajo, al entender que “hace relación no sólo a la represalia contra una determinada y concreta actuación policial sino también a la habida contra la fidelidad a la profesión policial mediante el cabal cumplimiento de los deberes y de las funciones que tal profesión impone a través de su ejercicio diario”.

laboral²⁸⁹ o crisis de ansiedad²⁹⁰ y depresión²⁹¹, variación de lo último serán los casos conocidos por el término de *burn-out* o síndrome del quemado²⁹². Del mismo modo, la jurisprudencia calificará como AT, siempre que se cumplan los requisitos de causalidad exclusiva, cualesquiera casos de acoso laboral o *mobbing*²⁹³, de acoso sexual y de acoso por razón de sexo²⁹⁴, los cuales, a su vez, se convierten en

289 En una escala gradual, el estrés será considerado como el primero y más global de los riesgos psicosociales, al actuar como “respuesta general ante los factores psicosociales de riesgo”, seguido por la violencia y el acoso. En este sentido, y con un análisis detallado sobre cada riesgo psicosocial, véase BAEZ LEON, C. y MORENO JIMÉNEZ, B: *Factores de Riesgos Psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*. Ministerio de trabajo e Inmigración, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), Madrid, 2010, págs. 22 y ss.

290 STSJ del País Vasco de 29 de diciembre de 2006 [rec. 2374\06]; STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2011 [rec. 3031/2010]; STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de septiembre de 2005 [rec. 624/2004].

291 STSJ de Galicia de 22 de julio de 2012 [rec. 3000/2009]; STSJ de Madrid de 12 de julio de 2004 [rec. 1958\04].

292 Término por el cual se entiende al “estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional” (STS 16 de febrero de 2011 [rec. 593/2008]; STSJ de Castilla y León, Burgos de 11 de junio de 2008 [rec. 232/2008.]; STSJ del País Vasco de 2 de noviembre de 1999 [rec. 1320/1999]. Recientemente, Sentencia del Juzgado Social de las Palmas 10, de 13 de noviembre de 2015 [rec. 371/2015].

293 Definido por el Tribunal Supremo como “aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Según el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo se trata de «aquella situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos, una vez por semana) durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo» (STS 16 de febrero de 2011 [rec. 593/2008]); en el mismo sentido la STS de 10 de marzo de 2010 [rec. 2001/2009].

294 La diferencia entre estas dos formas de violencia por motivo de género o sexista, según la definición otorgada ya desde la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres, reside en el comportamiento de “índole sexual” exigido para el primero de ellos, respondiendo el segundo de ellos a un comportamiento no deseado relacionado con el sexo, a una discriminación. Sobre acoso sexual, pueden verse a modo de ejemplos la STSJ de Galicia de 24 de enero de 2000 [rec. 5818/1996] o la STSJ de Galicia de 29 de abril de 2005 [rec. 1507/2005].

fuente generadora de cuadros ansioso-depresivos y traumas de estrés postraumáticos.

En ese sentido, huelga incidir en la inconveniencia de mantener un criterio restrictivo como el de la “causa exclusiva”, para unas patologías de tan difícil prueba. Considero adecuado mantener una postura flexible o abierta, que posibilite que para estos casos no pueda excluirse del concepto de AT a unos daños únicamente por la concurrencia de otras causas de origen no laboral, máxime, dada la imposibilidad de aislar dentro de los factores personales, cuando se alude a la faceta espiritual de cada individuo, unas causas plenamente desligadas de etiología profesional.

Así las cosas, en lo que a los riesgos psicosociales se refiere, se debe poner de relieve la especial dificultad que plantean dada la problemática a la hora de delimitarlos espacial y temporalmente, así como por las complicaciones que entraña la objetivación de los mismos, dificultad que se verá agravada al ser unos daños moderados en gran parte por otros factores, por características contextuales y personales²⁹⁵, lo cual dificultará en mayor medida aún la prueba de la “causa exclusiva” requerida para calificarlos como accidentes laborales.

- Enfermedades o defectos padecidos previamente y que se vean agravados.

Se ha visto líneas atrás, obtendrán la calificación de accidente de trabajo aquellas enfermedades o defectos que el trabajador sufra

295 BAEZ LEON, C. y MORENO JIMÉNEZ, B: *Factores de Riesgos Psicosociales...*, op. cit., págs. 12 y ss.

con anterioridad y que se vean agravados como consecuencia de la lesión constitutiva de accidente de trabajo (art. 156.2.f. LGSS).

En ese sentido, resulta indiferente que la enfermedad padecida con anterioridad haya sido catalogada como enfermedad profesional, derivada del trabajo, o enfermedad común, lo importante en estos supuestos será “que se produzca una incapacidad hasta entonces inexistente”²⁹⁶. De esta manera, deberán concurrir una enfermedad previa y un accidente, con la necesaria conexión causal (al menos presunta) entre el hecho constitutivo del accidente laboral (lesión) y el efecto que influye sobre la capacidad de trabajo²⁹⁷ (agravamiento), de modo que agrave, agudice, desencadene o saque del estado latente dolencias que influyan de modo negativo sobre el estado de salud previo al evento dañoso²⁹⁸.

La jurisprudencia entiende que el agravamiento o recaída²⁹⁹ de la enfermedad o lesión previa tiene inclusión dentro del concepto de

296 STS de 25 de enero de 2006 [rec. 2840/2004].

297 “Aparición brusca de un efecto (o varios efectos) de la enfermedad (psicosomáticos o funcionales) que sí inciden en la aptitud profesional de la víctima, hagan o no precisa la asistencia sanitaria”, véase MARÍN CORREA, J. M.: “Accidente de trabajo...”, op. cit., pág. 263.

298 MARTÍNEZ BARROSO, M^a DE LOS REYES: *Las enfermedades de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 40 y 41.

299 El concepto de recaída “consistente en una nueva baja, producida por la misma enfermedad y sin que se haya completado el plazo de seis meses de actividad, resulta forzoso distinguir entre los diferentes procesos derivados de distintas enfermedades, porque si la incapacidad deriva de diferentes enfermedades, sin nexo causal entre ellas, no habrá recaída, sino nuevo período de incapacidad, cualquiera que sea el lapso temporal interpuesto entre una y otra, e incluso aunque coincidan en algún tiempo. En definitiva, una misma enfermedad dará lugar a recaída cuando después del alta se produzca una nueva baja, sin seis meses intermedios de actividad; y producirá un nuevo período cuando desde el alta hasta la nueva baja, transcurra un período de actividad superior a seis meses. Y no podrá calificarse como recaída, el nuevo proceso de baja médica y laboral, cualquiera que sea su relación cronológica con el anterior, cuando responda a enfermedad diferente y autónoma de la aquejada con anterioridad.” (STSJ de País Vasco de 9 de enero de 2007 [rec. 2273/2006]).

accidente de trabajo³⁰⁰, siempre que el agravamiento o recaída incapacitante tenga como origen el accidente de trabajo padecido en el lugar y tiempo de trabajo³⁰¹. Del mismo modo, la jurisprudencia habrá extendido la calificación para los supuestos en los que no nos encontramos literalmente con una agravación sino más bien con una manifestación, exteriorización, de la dolencia o enfermedad que “surge a la luz sacada de su estado latente por el accidente”, siendo irrelevante el carácter asintomático previo de la enfermedad que se viniese padeciendo³⁰².

Si la anterior extensión hace referencia al resultado de la lesión, también se producirá una extensión respecto al hecho generador de la incapacidad laboral, admitiendo la doctrina judicial la producida como consecuencia de la realización de “esfuerzos”³⁰³.

- Enfermedades intercurrentes.

La última de las situaciones considerada como enfermedad derivada del trabajo y calificable como AT, se encontrará recogida en el apartado g) del artículo 156.2 LGSS, que por su tenor literal las definirá como “las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo

300 STSJ de Galicia de 3 de julio de 2012 [rec. 1356/2009].

301 STS de 15 de febrero de 1996 [rec. 2149/1995].

302 Los casos más comunes se corresponderán con los infartos de miocardio como manifestaciones de enfermedades padecidas previamente, en este sentido véase la STS de 23 de noviembre de 1999 [rec. 2930/1998]; STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 1999 [rec. 4418/1998].

303 STS de 23 de febrero de 2010 [rec. 2348/2009]; STS de 25 de enero de 2006 [rec. 2840/2004]; STS de 21 de noviembre de 2007 [rec. 4111/2006].

o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación”.

Es decir, se hablará de dos supuestos que a pesar de tener en común que en ambos se trata de modificaciones de las consecuencias naturales y normales del propio accidente (ya sean secuelas psíquicas, anatómicas o funcionales), y no de un nuevo accidente, en el primero de los casos será una nueva “causa morbosa” como parte integrante y vinculada al proceso patológico la que desencadenará dicha modificación³⁰⁴; mientras en el segundo de los supuestos, tal “causa morbosa” generadora de la modificación tendrá un origen externo, pero vinculado con el proceso patológico iniciado por el accidente³⁰⁵. En ese sentido, se hará referencia a las nuevas consecuencias derivadas del tratamiento seguido por el paciente.

2.1.2.- Concurrencia de la condición de trabajador en la persona que sufre el daño

El segundo de los elementos necesarios que conforma el concepto de accidente de trabajo del art. 156.1 LGSS se referirá al elemento subjetivo, es decir, a la condición de “trabajador” del sujeto lesionado. Ello supone la superación del inicial concepto de operario establecido por la Ley de 31 de enero de 1900, para extender el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, como más adelante se verá, no sólo a todos los trabajadores asalariados, sino también a supuestos en los que ya no concurre

304 Es el caso tratado por la STS de 10 de julio de 2007 [rec. 54/2006] en la que un inicial esguince sufrido por el trabajador, el cual recibiría la calificación de accidente laboral, acabará desembocando a posteriori en una “reagudización de astralgia de rodilla”, considerada como enfermedad intercurrente.

305 MARÍN CORREA, J. M.: “Accidente de trabajo...”, op. cit., pág. 265.

la ajenidad de la relación laboral, como son los casos de trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta propia económicamente dependientes.

- Trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social o regímenes especiales

Para poder determinar el sujeto protegido se debe acudir al elemento sustancial de la relación laboral, lo cual nos lleva al art. 1.1 ET que se refiere a aquellos que voluntariamente presten sus servicios por cuenta ajena y bajo el ámbito de organización y dirección del empresario, en esencia, requisito de ajenidad y dependencia, lo cual deberá ser puesto en correlación con el campo de aplicación del art. 7.1. a) LGSS cuando establece que quedarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social “los trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios (...) en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral”. Ello demuestra que deberá atenderse a la calificación laboral de la actividad desarrollada, siendo relevante jurídicamente el contenido, la situación de hecho, y no la formalidad dada por las partes³⁰⁶.

Dentro de los trabajadores por cuenta ajena se debe entender incluidos a todos aquellos a los que la Ley considera trabajadores con relación laboral especial, así el art. 2 ET recoge una lista no cerrada³⁰⁷: personal de alta

306 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El accidente de trabajo...*, op. cit., pág. 90.

307 El apartado i) establece una cláusula abierta por medio de la cual se habilita la inclusión de nuevas relaciones de carácter especial, así se habrá extendido la protección a los menores internados en centros específicos, a los residentes para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, a los abogados que prestan servicios en despachos

dirección (siempre que no mantenga el control efectivo de la sociedad), internos que trabajan en talleres penitenciarios, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, representantes del comercio, personal con discapacidad que presta servicios en centros especiales de empleo, estibadores portuarios.

Asimismo, el art. 97.2 LGSS señala expresamente como protegido por las contingencias del Sistema General de la Seguridad Social al personal al servicio de las Administraciones Públicas, con vinculación laboral o funcional, quedando por lo tanto incluidos dentro de las previsiones normativas sobre accidente de trabajo³⁰⁸, añadiendo al listado una serie de supuestos de relaciones no laborales que serán asimiladas al trabajo por cuenta ajena, y dispensadas por lo tanto de la protección por contingencias profesionales, es el caso de los miembros de las Corporaciones Locales y de las Juntas Generales de los territorios histórico forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial (apartado j.), consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas siempre que no posean el control³⁰⁹ de estas

individuales o colectivos. En este sentido véase ROMERO RODENAS, M^a J.: “Conceptos y elementos...”, op. cit., págs. 22 y ss.

308 Personal civil no funcionario (apartados c., d. y h.), laicos o seculares que presten servicios retribuidos en dependencias o estacionamientos eclesiásticos (apartado e.), funcionarios no sujetos al Régimen de Clases Pasivas (apartados h. e i.), personas que presten servicios retribuidos en entidades o instituciones de carácter benéfico-social (apartado f.), personal contratado al servicio de Notarías y Registro de la Propiedad o centros u oficinas similares (apartado g.) y el personal estatutario de los Servicios Sanitarios (art. 17.1. i. de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre).

309 Se presumirá que el trabajador ostenta el control efectivo cuando:

- a. Al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.
- b. Su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.
- c. Su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

(apartado k.), cargos representativos de los Sindicatos, becarios de investigación³¹⁰, trabajadores emigrantes durante los viajes de salida o regreso³¹¹, miembros de las mesas electorales³¹², personal que realiza prestaciones personales obligatorias de carácter no laboral³¹³, trabajos temporales de colaboración social³¹⁴ y los accidentes sufridos durante la realización de cursos de formación profesional para el empleo³¹⁵.

- Regímenes especiales insertos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Entre las últimas incorporaciones realizadas al régimen general se encuentra el régimen especial de los empleados del hogar (REEH). Esta convergencia del REEH con el régimen general tendrá como resultado la creación de un sistema especial de los empleados del hogar (SEEH) inserto en el Régimen General de la Seguridad Social, con efectos a partir del 1 de enero de 2012. De ese modo, la disposición adicional 39ª de la Ley 27/2011, atiende a lo que venía siendo una clara reivindicación de la doctrina iuslaboralista, dada la discriminación que conllevaba tal exclusión, incrementada al ser un sector caracterizado por una tasa de feminización muy elevada, así como por el gran número de trabajadores inmigrantes que lo

310 Disposición Adicional Primera del RD 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador.

311 Disposición Adicional primera LG.

312 Art. 7 del Real Decreto 605/1997, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales.

313 RD 2765/1976, de 12 de noviembre, sobre protección de la seguridad social de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales producidas con ocasión o consecuencia de prestaciones personales obligatorias.

314 Art. 38 del RD 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo.

315 Art. 25.3 del RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

componen³¹⁶.

Asimismo, con iguales efectos pero mediante diferente procedimiento de integración, la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social, provoca la integración del Régimen Especial en el Régimen General, de modo que los trabajadores agrarios deben enmarcarse ahora o bien en el RETA, o en el Régimen General de la Seguridad Social³¹⁷

- Trabajadores por cuenta ajena en regímenes especiales de la Seguridad Social.

Tras la transformación de los dos últimos regímenes especiales integrándolos en el Régimen General, quedarán incluidos en la presente clasificación los trabajadores por cuenta ajena y asimilados incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar y los trabajadores por cuenta ajena y asimilados en la Minería del Carbón.

- Trabajadores incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

Los trabajadores por cuenta propia, se encontrarán incluidos dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)³¹⁸, dentro de la cual

316 GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos del futuro”, en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 4, núm. 8 (dic.), 2011, págs. 1 y ss.

317 FERNÁNDEZ ORRICO, F.: “Lo esencial en la reforma de la Seguridad Social de 2011: modificaciones en la acción protectora y regímenes especiales”, en *Justicia Social: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2011, pág. 72 y ss.

318 Art. 23 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo.

podrán optar voluntariamente por la cobertura de las contingencias profesionales, voluntariedad que decaerá en el caso de los Trabajadores Autónomos Dependientes (TRADE)³¹⁹.

Como se adelantaba, los trabajadores agrícolas por cuenta ajena que a fecha de la última reforma de 2011 se encontraran insertos en el sistema especial dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (Ley 18/2007, de 4 de julio), se encuadran actualmente o bien dentro del RETA, o bien dentro del Régimen General de la Seguridad Social.

2.1.3.- Nexo de causalidad

El nexo de causal responde al tercer elemento del accidente de trabajo, no menos importante por relegarse a la tercera posición, se presenta como factor indispensable. Vistos quedan los términos de “por consecuencia” y “con ocasión de” que integran la definición del concepto de accidente de trabajo para referirse a la conexión entre la lesión y el trabajo desempeñado.

De ese modo, el precepto legal, como reflejo de la labor jurisprudencial, admite una causalidad estricta, directa o inmediata, cuando habla de “por consecuencia”, pero a su vez, amplía el abanico al incluir los casos generados “con ocasión”, ya que no sólo se admitirá el carácter laboral de las lesiones en aquellos supuestos en los que la causa determinante sea el trabajo desempeñado, sino que también se aceptará un nexo indirecto o mediato, con la única exclusión de la “ocasionalidad pura”. En palabras del Tribunal Supremo, “la diferencia queda más resaltada si se considera que en el primer supuesto [«por consecuencia»] estamos en presencia de una verdadera «causa» [aquello por lo *–propter quod–* se produce el accidente], mientras que

319 Art. 26. 3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio.

en el segundo caso [«con ocasión»], propiamente se describe una condición [aquello sin lo que –*sine qua non*- se produce el accidente], más que una causa en sentido estricto”³²⁰.

El nexo causal debe presentarse como requisito indispensable para la calificación de AT, siendo relevante su presencia y no su graduación, ya sea “su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación”³²¹. La cualidad causal es consecuencia de un previo juicio de valor que excluye la inexistencia de nexo causal u ocasionalidad pura, en términos de “toda posibilidad improbable”, y convierte la ocasionalidad “relevante” como eje causal³²².

La causalidad directa, estricta, inmediata o próxima, resulta apreciable en los anteriormente tratados casos de infarto, cuando puedan relacionarse causalmente con el trabajo, incluso en los supuestos en que se exterioricen fuera de la jornada laboral, sin que concurren las referencias de tiempo y lugar de trabajo, por admitirse de modo extraordinario una flexibilización en la apreciación de la relación de causalidad, siempre que se demuestre que el “nexo causal directo e inequívoco entre el mal sobrevenido y la ejecución del trabajo”³²³.

Otro de los supuestos de causalidad directa admitidos por la jurisprudencia será “el accidente de misión”, en el que el trabajador, se

320 STS de 27 de febrero de 2008 [rec. 2716/2006].

321 STS de 7 de marzo de 1987 [RJ 1987\1350].

322 STS de 23 de junio de 2015 [rec. 944/2014].

323 STS de 28 de septiembre de 2000 [rec. 3690/1999].

encuentre o no en el horario considerado como jornada laboral, desarrolla una actividad ordenada por la empresa y que conllevará para su ejecución un desplazamiento y posterior realización de la encomienda, momento en el cual sobrevendrá el siniestro. Será determinante para estos casos que el trabajador se encuentre en el marco de dependencia de la empresa³²⁴, entendiéndolo como “tiempo de disponibilidad”³²⁵, y que el accidente guarde “una íntima conexión con el trabajo”³²⁶ espacio temporal que se considerará como tiempo de trabajo para los efectos de la presunción del art. 156.3 LGSS³²⁷.

La interpretación extensiva del concepto tiempo de trabajo que hará concurrir el nexo de causalidad lleva a admitir tal evidencia en supuestos en los que, pese a que las actividades que derivan en siniestro se desarrollan fuera de la estricta jornada laboral, concretamente en los momentos previos a la incorporación al trabajo, no resulta inusual el desenvolvimiento de tareas laborales, incluso cuando éstas fueran propias de distinta categoría profesional de las de la víctima³²⁸.

Dentro de los casos considerados de causalidad indirecta, la propia Ley en el apartado 4 del art. 156 contiene un listado, como se verá más adelante,

324 De modo que la “organización y prestación de servicios objeto de su actividad económica impide al trabajador reintegrarse a su vida privada, al domicilio familiar y a la libre disposición sobre su propia vida” (STS de 24 de septiembre de 2001 [rec. 3414/2000]).

325 Será indiferente que el trabajador se encuentre en la realización de actividades privadas, en tanto que éstas estén relacionadas de alguna manera con la actividad laboral habitual (STS, Sala 4ª, de 24 de febrero [rec. 145/2013]).

326 Habrá que tener en consideración que en gran parte de este tipo de accidentes, el siniestro tiene lugar en la propia actividad de transporte, que consiste precisamente en un desplazamiento permanente del trabajador como forma de cumplir la prestación de servicios, por lo que no se produce un desdoblamiento entre el trabajo y el desplazamiento (STS, Sala 4ª, de 24 de febrero [rec. 3415/2005] y de 19 de julio [rec. 2698/2009]), de forma que los agentes lesivos guardan un claro nexo con la relación laboral (STS, Sala 4ª, de 24 de febrero de 2014 [rec. 145/2013]).

327 STS de 10 de abril de 2001 [rec. 2200/2000].

328 STS de 27 de enero de 2014 [rec. 3179/2012].

sobre determinados supuestos calificados como de etiología laboral y que son generados “con ocasión” del trabajo. Sin embargo, la práctica jurisprudencial extiende el abanico a diversos supuestos en los que efectivamente se pruebe el nexo causal. Es el caso de las lesiones con ocasión de huelga o cierre patronal, las lesiones con ocasión de actividades deportivas organizadas por la empresa, o los casos de suicidios³²⁹. Estos últimos con una relevancia especial en la jurisprudencia, principalmente a partir de los años setenta³³⁰ cuando se invierte la corriente que excluía automáticamente la calificación de laboralidad sobre estos siniestros. La doctrina ha acabado por aceptarlos reparando en la existencia o no de trastorno mental del suicida, así como en la etiología laboral o no del trastorno o enfermedad mental desencadenantes del suicidio³³¹, para lo cual se prestará especial atención al posible carácter voluntario de la acción fatal, ya que como establece el art. 156.4. b) LGSS “los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado” quedarán excluidos de dicha consideración³³².

Para concluir con el apartado referido al nexo causal, es menester la referencia a la complementación que obtiene de la presunción legal *iuris tantum* de laboralidad (art. 156.3 LGSS) que se ha venido mencionando líneas atrás, instrumento jurídico por el cual a través de un hecho cierto y acreditado como es que el accidente de trabajo sobreviene en el tiempo³³³ y lugar del

329 GARCIA ORTEGA, J.: “El accidente de trabajo. (Actualidad de un concepto centenario)”, en *Tribuna Social*, núm. 109, 2000, págs. 36 y 37.

330 STS de 29 de octubre de 1970 [RJ 1970\4336] y STS de 26 de abril 1974 [RJ 1974\1762].

331 STS de 25 de septiembre de 2007 [rec. 5452/2005].

332 A modo de ejemplo la STSJ de Extremadura de 13 de octubre de 2011 [rec. 407/2011] o la STSJ de Castilla y León, Burgos de 19 de julio de 2012 [rec. 481/2012].

333 “El término legal «tiempo de trabajo» contiene una significación (...) equivalente a la del artículo 34.5 ET referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que se ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo –físico o intelectual– que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo y por ello opera la presunción analizada” (STS de 20 de diciembre de 2005 [rec. 1945/2004]). El TS admitirá como “tiempo de trabajo” el espacio temporal mediado entre el momento de “fichar” y el inicio de la jornada laboral, cuando éste sea necesario para la

trabajo, se presume como cierto un “hecho presunto”, salvo prueba en contrario, al que se otorgará la calificación de accidente de trabajo precisamente por concurrir dichos requisitos de tiempo y lugar. De esa manera, tal “hecho presunto” se instituirá como nexo de causalidad que exime al lesionado de la prueba del vínculo trabajo-lesión³³⁴.

Esa presunción, desde el aspecto procesal, hará recaer sobre el patrono o subrogados la obligación de la carga de la prueba, es decir, cuando concurren los requisitos de tiempo y lugar de trabajo se producirá una inversión de la carga probatoria de modo que sea el empresario quien deba demostrar que la lesión no se produjo por el trabajo³³⁵. Así, se pretenden evitar las largas demoras procesales que hubieren podido frustrar la protección social establecida para el evento, especialmente relevante en los presentes casos³³⁶, así como proteger a la víctima de la tan a menudo diabólica prueba, que haría devenir ineficaz cualquier esfuerzo de la parte demandante para probar la etiología laboral.

Los elementos determinante resultan el tiempo de trabajo efectivo, que no tiene por qué coincidir con el con el horario ordinario o normal de actividad, y el lugar de trabajo, que tampoco tendrá que identificarse necesariamente con el lugar habitual de desempeño de la actividad productiva, pudiendo ser cualquiera en el que el trabajador se encuentra por razón de una actividad encomendada³³⁷.

preparación del trabajador a las circunstancias específicas del puesto de trabajo (STS de 4 de octubre de 2012 [rec. 3402/2011]).

334 CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F.: “Presunción de laboralidad...”, op. cit., pág. 166-168.

335 En este sentido véase la STS de 15 de junio de 2010 [rec. 2101/2009].

336 “Accidente de trabajo: tiempo y lugar de trabajo, presunción de laboralidad”, en *Actualidad Laboral*, núm. 15, 2007, pág.1886.

337 STS de 18 de diciembre de 1996 [rec. 2343/1996] y, recientemente, de 16 de septiembre de 2013 [rec. 2965/2012] y de 24 de febrero de 2014 [rec. 145/2013].

Se presentan como particulares los casos en los que el trabajador víctima desempeña su actividad a través de un desplazamiento permanente como forma de cumplir la prestación de servicios y, por ende, no se produce un desdoblamiento entre el trabajo y el desplazamiento. Este es el caso usual de los trabajadores transportistas, trabajadores de buques mercantes, y en definitiva, de toda persona trabajadora para la que su actividad consista en una actividad de transporte.

En ese sentido, especialmente controvertidos resultan los casos de AT o EP en los que la víctima sea un trabajador del sector marítimo y que desarrolle sus actividades, precisamente, en un buque. La delimitación del lugar de trabajo para estos supuestos no reviste mayor singularidad, al encontrarse estos trabajadores en una embarcación –lugar de trabajo– durante toda la actividad profesional y extraprofesional, de modo que se aúnan en la embarcación tanto el concepto de centro de trabajo como de domicilio del trabajador. Sin embargo, mayor peculiaridad presenta el término “tiempo de trabajo” de estos específicos trabajadores ya que, queda patente la diferencia en estos de la “jornada efectiva” como aquella directamente referida a la prestación laboral –limitada–, y “el tiempo de trabajo” –ilimitada–, que engloba a su vez los períodos de descanso o retiro, dentro de los cuales se considera al trabajador en “horas de presencia”³³⁸. En ese sentido, primará la doctrina extensiva de considerar como tiempo de trabajo todo aquel en el que el trabajador permanece en el buque.

Por todo ello, cuando el trabajador de un buque sufra un siniestro, a pesar de que sobrevenga cuando el trabajador se encuentra dedicándose a actividad externas a su actividad profesional y se encuentre en sus dependencias privadas, se considerarán accionados los criterios de tiempo y

338 STS de 24 de febrero de 2014 [rec. 145/2013] y de 4 de febrero de 2015 [rec. 197/2014].

lugar de trabajo y, en consecuencia, regirá la presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS³³⁹.

2.1.4.- Ampliaciones *ex lege* del concepto

El art. 156.2 a 5 LGSS ofrece un listado no cerrado de supuestos considerados como accidentes de trabajo, de este modo, el legislador ofrece reflejo legal de una serie de casos insertos dentro de la definición genérica del accidente, caracterizados la mayoría de las veces por entrar en acción agentes lesivos diversos, a menudo, ajenos al trabajo.

- *Accidente in itinere*

El accidente de trabajo *in itinere* será la primera de las figuras de accidente de trabajo impropio que la ley contempla en la letra a) del apartado 2 del art. 156, definiéndolo como aquel “que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo”. Modalidad de accidente introducida por la jurisprudencia, habrá que acudir a ella para poder dar respuesta a las problemáticas prácticas que plantea y determinar así la estructura, naturaleza y fundamento, de esta figura legal caracterizada por su casuística.

La ampliación de la calificación a estos supuestos se extrae de entender que el accidente no se hubiera producido de no haber ido a trabajar³⁴⁰, el evento se produce en el cumplimiento del deber u obligación de acudir al trabajo³⁴¹. De ahí que sea una construcción entre dos términos: el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador; y de la ineludible conexión entre

339 STS de 16 de julio de 2014 [rec. 2352/2013] y de 6 de julio de 2015 [rec. 2990/2013].

340 STS de 20 de febrero de 2006 [rec. 4145/2004].

341 STS de 29 de marzo de 2007 [rec. 210/2006].

ellos a través del trayecto ³⁴². De lo anterior, la reiterada doctrina jurisprudencial determina unos requisitos o circunstancias que habrán de concurrir, como son el elemento teleológico, geográfico, cronológico y el de idoneidad del medio.

En lo que al elemento teleológico se refiere, el objetivo o finalidad del desplazamiento debe responder a la entrada o salida del trabajo. A pesar de exigirse una finalidad laboral “próxima e inmediata”, la jurisprudencia admite supuestos en los que la finalidad laboral mantiene una relación indirecta, siempre que se pruebe el concreto nexo causal con el trabajo ³⁴³. Se determinará como punto de referencia, eje esencial, el ir o volver del lugar de trabajo y no el salir o volver al domicilio³⁴⁴, concepto éste último no exento de debate y que obliga a la jurisprudencia a su constante adaptación dada la difusa línea que determina qué puede tener cabida y qué no dentro del mismo, pasando desde una primera interpretación amplia del concepto en las sentencias anteriores a los años 90, a una posterior concepción restrictiva con la inserción del requisito de “normalidad”³⁴⁵.

342 STS de 29 de septiembre de 1997 [rec. 2685/1996].

343 Ejemplo claro de ello sería el accidente ocurrido cuando un trabajador se dirige a un centro médico para recibir la asistencia médica prescrita. En este sentido, con una recopilación jurisprudencial amplia, véanse CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *La cobertura de las Contingencias...*, op. cit., pág. 39; GARCÍA ORTEGA, J.: “El accidente de trabajo...”, op. cit., pág. 39.

344 STS de 14 de febrero de 2011 [rec. 1420/2010].

345 Si en un inicio la línea predominante es la aceptación de un concepto amplio, como el de la STS de 16 de octubre de 1984 [RJ 1984\5284] que considera como accidente in itinere el producido en el trayecto hacia el centro de trabajo desde el domicilio de verano”, ya desde finales de la década de los noventa las sentencias serán más proclives a exigir el requisito de habitualidad, es el caso de la STS de 20 de septiembre de 2005 [rec. 4031/2004] en el que el inicio del trayecto desde un domicilio no habitual resulta una causa concurrente para la no calificación de un accidente como laboral, en la misma línea, sobre la exigencia de “domicilio real y habitual” y su nexo causal con el trabajo, la STS de 17 de diciembre de 1997 [rec. 923/1997].

Actualmente, se entiende por domicilio el “lugar cerrado en el que el trabajador desarrolla habitualmente las actividades más características de su vida familiar, personal, privada e íntima”; de modo que lo determinante no será el título jurídico por el que se posee la casa, ni que el accidente sobrevenga en un lugar de titularidad privada o zona común, sino el dato fáctico de abandono de tal lugar, enlazado con “el comienzo del trayecto que conduce en exclusiva al desempeño de la actividad laboral”³⁴⁶.

En referencia a esto último, entiende el Alto Tribunal que una interpretación acorde a la realidad social, debiera tener en consideración el hecho de que muchas residencias responden a un carácter estrictamente laboral, ya que las nuevas condiciones del mercado laboral y las exigencias de movilidad territorial generan que multitud de trabajadores deban residir fuera de su residencia habitual. Por ello, junto al elemento material de residencia, se debe apreciar el elemento intencional *-animus manendi-*, para admitir como tal aquellos domicilios en los que no se resida “habitualmente”, a pesar de ser esa la intención³⁴⁷.

Respecto al elemento cronológico, en directa relación con el topográfico, constituido por el trayecto, precisamente por referirse al tiempo empleado en el mismo, se localizará en los momentos previos o posteriores a la jornada laboral, en “tiempo inmediato o próximo” a las horas de entrada y salida del trabajo, siempre que el recorrido se realice dentro de un “tiempo

346 STS de 14 de febrero de 2011 [rec. 1420/2010].

347 En ese sentido, se ha considerado domicilio la residencia en la que se habita el fin de semana, ya que se hace una distinción entre “domicilio del trabajador – *su* domicilio- frente al lugar de residencia por razones laborales (“donde vivía durante los días laborables de la semana”), aceptándose como accidente in itinere el siniestro sufrido en el desplazamiento (el domingo) hacia la “residencia por razones laborales”(de lunes a viernes), al realizar así un interpretación amplia en la que, a pesar de que se sigue un itinerario cuyo destino directo no es el lugar de trabajo, se considera iniciado ya el desplazamiento hacia éste (STS de 26 de diciembre de 2013 [rec. 2315/2012]).

prudencial”³⁴⁸. Dicho desplazamiento se deberá realizar en la forma y los medio habituales, reparando especial atención a la conducta del trabajador a quien se le exigirá un obrar conforme a los patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes³⁴⁹. Personalmente, considero que un factor clave debería de ser el análisis de la posible agravación del riesgo de sufrir el accidente como consecuencia de la conducta del trabajador, y restar así importancia al condicionante de habitualidad en la forma del desplazamiento. En ese sentido, la más reciente doctrina judicial ha tendido a focalizar la atención en la posible agravación que del riesgo se pueda generar (por ejemplo, con el “esparcimiento” del desplazamiento), en contrapeso con el medio de transporte utilizado³⁵⁰ o la habitualidad del trayecto³⁵¹.

La jurisprudencia establecerá como factor determinante la necesaria vinculación del accidente con el trabajo, dentro de lo cual se deberá matizar cómo en estos supuestos la presunción se establece para la relación de causalidad con el trabajo, pero no respecto a la calificación de laboral que viene prevista por el art. 156.3 LGSS³⁵², ya que dicha calificación le viene otorgada *ex lege*, como ya venimos adelantando.

Al respecto, ha entendido el Alto Tribunal como accidentes vinculados al trabajo a aquellos en los que, a pesar de la participación de un tercero o

348 STSJ de Islas Baleares de 19 de julio de 1993 [AS 1993\3477].

349 MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dir. y coord.): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 338 y 339.

350 Se ha considerado como AT *in itinere* el producido mediante el uso de un patinete como transporte para desplazarse al trabajo. Véase STS de 12 de junio de 2014 [rec. 4251/2014].

351 STSJ del País vasco, Sala de lo Social, sección, 1ª, de 15 de septiembre de 2015 [rec. 1381/2015].

352 No entrará en juego la presunción de laboralidad para los casos de accidentes *in itinere* ya que no concurrirán los requisitos de tiempo y lugar de trabajo. Véanse las STS de 18 de enero de 2011 [rec. 3558/2009] y STS 20 de marzo de 1997 [rec. 2726/1996].

compañero de trabajo en la causación del siniestro, cuando ésta sea fortuita y no responda a una relación personal previa entre trabajador víctima y el agresor, se considerará que el riesgo responde a una etiología laboral³⁵³.

- Otros supuestos de asimilaciones expresas
 - Accidentes acaecidos con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical

El art. 156.2 b) establece una extensión expresa del concepto de accidente de trabajo para aquellos siniestros que sufran los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones, abarcando tal calificación a los ocurridos al ir o volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos³⁵⁴.

El elemento caracterizador de estos supuestos se centra en la ostentación por parte del trabajador perjudicado de un cargo sindical.

- Accidentes acaecidos en el cumplimiento de tareas ordenadas por el empresario o realizadas espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.

La característica del presente supuesto reside en ser accidentes que sobrevienen mientras el trabajador se encuentra realizando una actividad, la cual no debe ser obligatoriamente propia de su actividad habitual³⁵⁵, por orden

353 STS de 14 de octubre de 2014 [rec. 1786/2013] y STJ del País Vasco, Sala de lo Social, sección 1ª, de 2 de junio de 2015 [rec. 8962015] y de 15 de septiembre de 2015 [rec. 1432/2015].

354 STSJ de C. Valenciana de 19 de enero de 2010 [rec. 1162/2009].

355 Si el texto legal especifica literalmente la posibilidad de que sea en el desarrollo de actividades “distintas de las de su categoría profesional”, aclaración que podría haberse omitido sin repercusión especial, ello deviene erróneo tras el Real Decreto 3/2012 que

del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa [art. 156.2.c)]³⁵⁶.

El razonamiento para su calificación como accidente de trabajo se origina dada la extensión de la presunción de laboralidad a las lesiones que se produzcan “durante el tiempo y lugar de trabajo” (art. 156.3. LGSS), junto a la premisa por la que se entenderán insertas en la misma aquellas tareas, o trabajos en misión, que ejecute el trabajador en cumplimiento de órdenes del empresario o en interés del buen funcionamiento de la empresa³⁵⁷.

- Accidentes en actos de salvamento o de naturaleza análoga.

El apartado d) del art. 156 LGSS se referirá a los accidentes que se ocasionen cuando el trabajador se encuentre realizando actos de salvamento u obligaciones análogas, siempre que medie una relación causal entre la lesión y el trabajo desempeñado por el trabajador³⁵⁸.

2.2.- Enfermedades profesionales

Dentro de las consecuencias derivadas de los riesgos profesionales, diferenciados de los riesgos comunes, se hablaba del accidente de trabajo como principal institución jurídica contemplada por la estructura de la Seguridad Social y su acción protectora, a la cual habrá que sumar el concepto de enfermedad profesional, no menos importante pero sí con menor sensibilización, tanto social como jurídica.

modifica el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores para suprimir las categorías profesionales e instaurar los denominados “grupos profesionales”.

356 STSJ de Andalucía, Sevilla de 8 de abril de 2010 [rec. 1448/2009].

357 STS de 18 de diciembre de 1996 [rec. 2343/1996]; STS de 11 de julio de 2000 [rec. 3303/1999].

358 TCT de 8 de octubre de 1982 [RTCT 1982\5272]; TCT de 12 de diciembre de 1983 [RTCT 1983\10739]; STSJ de Galicia de 9 de febrero de 2010 [rec. 4531/2006].

La dificultad para la detección e identificación de los procesos patológicos generados como consecuencia de la actividad profesional, ya sea por los amplios y dilatados períodos de generación que suelen arrastrar, así como por la dificultad para aislar y delimitar los concretos factores causantes de las mismas, conlleva una deficiente cobertura legal de las mismas. Junto a ello, la aparición de nuevos procesos patológicos, la identificación de otros que venían siendo desconocidos para la ciencia, el incremento de factores generadores o agravantes como la innovación tecnológica, la aparición de nuevos contaminantes laborales o nuevas sustancias generadoras de riesgos, así como los nuevos procedimientos modernos de fabricación o producción y las aplicaciones o sistemas inherentes, son ejemplos suficientes para mostrar la complejidad e importancia que rodean a las enfermedades profesionales, y por lo tanto, a la regulación de las mismas, tanto desde la perspectiva prevencionista como reparadora.

2.2.1.- Sistemas de cobertura legal

La enfermedad profesional recibe así una triple cobertura legal, en primer lugar, en lo que a la normativa de prevención de riesgos laborales, respecto a la prevención y erradicación de los elementos o actividades generadoras; por la normativa sanitaria, en atención a aspectos de su diagnóstico, tratamiento y asistencia; por la normativa de seguridad social, en lo relativo a la reparación pecuniaria de la misma, indemnización o protección económica.

Desde la perspectiva de la protección social dispensada a las enfermedades profesionales, existen en la práctica tres sistemas de catalogación, como se establece en el art. 8 del Convenio núm. 121 de la OIT (1964) sobre las prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, al enumerar los tres modelos posibles por los que deben optar los Estados Miembro:

“a) prescribir una lista de enfermedades en la que figuren, por lo menos, las que se enumeran en el cuadro I del presente Convenio y que serán reconocidas como enfermedades profesionales cuando sean contraídas en las condiciones prescritas; o

b) incluir en su legislación una definición general de las enfermedades profesionales, que deberá ser suficientemente amplia para que abarque, por lo menos, las enfermedades enumeradas en el cuadro I del presente Convenio; o

c) establecer una lista de enfermedades en cumplimiento del apartado a), añadiendo, además, sea una definición general de enfermedades profesionales o bien otras disposiciones que permitan establecer el origen profesional de las enfermedades que no figuran en la lista o que se manifiestan bajo condiciones diferentes de las prescritas.”

Como podemos ver, la letra a) se refiere al “sistema de lista”, según el cual corresponde al legislador de cada país la elaboración del cuadro de enfermedades que obtendrán tal calificación, creando una presunción *iuris et de iure* sobre aquellas patologías que encuentren reflejo en dicho listado, de modo que sólo las patologías recogidas o fijadas previamente obtendrán la calificación. Una de las principales ventajas que concede el sistema de lista es el de evitar al trabajador la carga de tener que probar la relación causal, y a su vez, facilitar la prevención de las patologías listadas, al permitir identificar los riesgos causantes; por contra, requiere de una actualización constante para no caer en un posible desfase que dejase sin cobertura enfermedades profesionales que no encuentran reflejo en su interior³⁵⁹.

359 LÓPEZ GANDÍA, J. y AGUDO DÍAZ, J.: *Nueva Regulación de las enfermedades profesionales*. Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 16 y 17.

El segundo de los sistemas recibe el nombre de “sistema de definición genérica o de cobertura legal”, se establece una amplia definición del concepto de enfermedad profesional, de modo que tengan cabida en él el mayor número posible de patologías, siempre que se reúnan los requisitos. La ventaja de contar con un amplio y flexible ámbito se ve contrarrestada con la inconveniencia de que el afectado deba probar el origen profesional de la enfermedad, tarea especialmente dificultosa en el campo de las enfermedades profesionales. Tampoco resulta conveniente desde un aspecto prevencionista³⁶⁰ y genera inseguridad jurídica para las partes al no precisar las enfermedades profesionales.

Finalmente, y como suma de los dos anteriores, el “sistema mixto” prevé un listado enumerativo complementado por una cláusula abierta que permita dar cobertura y añadir, ya sea mediante valoración judicial o por analogía, nuevas enfermedades profesionales. Será la opción recomendada por la OIT, “porque combina las ventajas de ambos regímenes sin sus desventajas”³⁶¹, y así lo ha previsto desde el inicio de su regulación al respecto, empezando con el Convenio núm. 121 de 1964 (anexo) la Recomendación núm. 194 de 2002, y en las respectivas actualizaciones, hasta la reciente “Lista de enfermedades profesionales de la OIT” (revisada en 2010)³⁶². En parecida dirección circula la regulación comunitaria apostando

360 LESAGE, M.: “Enfermedades relacionadas con el trabajo y enfermedades profesionales: lista internacionales OIT”, en *Enciclopedia de Seguridad y Salud en el Trabajo de la OIT*, núm. 26, 1998, pág. 3.

361 Para mayor información sobre los tres sistemas y una recopilación de las opciones optadas por los Estados Miembros, véase la 90 reunión, de junio de 2002, sobre “Registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y lista de la OIT relativa a las enfermedades profesionales”, de la Conferencia Internacional del Trabajo.

362 El apartado 4 de la última actualización de la lista elaborada por la OIT, con el título “otras enfermedades”, recoge un apartado según el cual se daría cabida en él a “otras enfermedades específicas causadas por ocupaciones o procesos no mencionados en esta lista cuando se haya establecido, científicamente o por medios adecuados a las condiciones y la práctica nacional, un vínculo directo entre la exposición que resulte de las actividades laborales y la(s) enfermedad(es) contraída(s) por el trabajador”, de modo que se deja abierta la puerta hacia la cobertura de aquellas patologías que no teniendo cabida expresa, permitan la prueba de su origen profesional.

en este sentido con la primera lista de 1962, hasta la última actualización con la Recomendación 2003/670/CE (sustituye a la anterior 90/326/CEE), que contiene un Anexo I con un listado de enfermedades profesionales que gozan de la presunción *iuris et de iure*, y un Anexo II titulado “enfermedades profesionales cuyo origen profesional se sospecha, que deberían declararse y cuya inclusión en el Anexo I de la lista europea podría contemplarse en el futuro”, a todo lo cual habría que sumarle la sugerencia del art. 1.2), al recomendar a los Estados Miembros que procuren “introducir en sus disposiciones legales, reglamentarias o administrativas un derecho de indemnización por causa de enfermedad profesional para el trabajador afectado por una enfermedad que no figure en la lista del Anexo I, pero cuyo origen y carácter profesional pueden establecerse”.

2.2.2.- Sistema de protección social español: concepto de enfermedad profesional y sistema de lista.

Para el sistema de protección social español, en el ámbito de la Seguridad Social, “se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional” (art. 157 LGSS).

Desde la doctrina se ha llegado a calificar como un concepto “muy reducido” en contraposición con la amplia noción contemplada por la legislación de prevención de riesgos laborales³⁶³. Es cierto que es una

363 MORENO CÁLIZ, S.: “Aproximación al concepto de Enfermedad Profesional”; en *Tribuna Social*, núm. 131, 2001, págs. 47 y 48.

definición estrictamente orientada hacia la determinación de los elementos integrantes del concepto y que limita la regulación al sistema de lista, y cierra la puerta a un sistema abierto de determinación judicial, pero también lo es que lo establece de un modo amplio y flexible, al no predeterminar el carácter de dicha lista³⁶⁴.

Se recoge en ella, por una parte, como el elemento etiológico, que la enfermedad se derive del trabajo prestado por cuenta ajena. Se centra así el ámbito subjetivo en aquellos trabajadores que encajen en la definición del art. 7.1.a) LGSS, es decir, aquellos que presten sus servicios en las condiciones del art. 1.1. ET. Por otra parte, respecto el elemento enumerativo, se crea un cuadro de enfermedades, actividades y elementos predeterminados.

Finalmente, se prevé la necesaria relación de causalidad entre las anteriores, de modo que para adquirir la calificación de enfermedad profesional ésta debe ser consecuencia de determinados trabajos, con determinadas sustancias y en el desarrollo de específicas actividades, de modo que se encuadre en lo recogido por el listado del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social³⁶⁵.

Se exige la concurrencia de dos nexos causales: 1) La relación de causalidad entre la lesión y el trabajo que desarrolla el sujeto protegido, incluido en la lista de actividades que relaciona el cuadro de Enfermedades Profesionales vigente y 2) la conexión causal entre la dolencia y el agente enfermante o sustancia causante del daño (igualmente recogido en el

364 PEDRAJAS MORENO, A.: “La enfermedad profesional: concepto y manifestaciones”, en *Justicia Laboral*, núm. 37, 2009, pág. 29.

365 STS de 19 de mayo de 1986 [RJ 1986\2578]; STS de 25 de septiembre de 1991 [rec. 460/1991]; STS de 14 de febrero de 2006 [rec. 2990/2004] y STS de 20 de diciembre de 2007 [rec. 2579/2006].

reseñado cuadro), que está presente en el lugar de trabajo y que provoca la patología.

Ahora bien, la jurisprudencia realiza una interpretación flexible para evitar el carácter estático del que adolece nuestro sistema de lista, y admite que en aquellos casos en los que la profesión no esté expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional, pero se demuestre la coincidencia de las actividades inherentes a la profesión, se conceda la calificación de enfermedad profesional³⁶⁶.

El RD 1299/2006 vendrá a sustituir, y así actualizar, a la lista previamente contemplada en el RD 1995/1978, a la vez que adapta el sistema de protección a las pautas comunitarias armonizadoras recogidas en la Recomendación 2003/670/CE, de 29 de septiembre. Se sigue el mismo sistema de lista y estructura de clasificación prevista por la Recomendación comunitaria, como ya venía contemplándose en sus antecedentes legales, un Anexo I que recoge los agentes o elementos causantes de la enfermedad, así como las principales actividades en las que pueden generarse, y un Anexo II con una relación de enfermedades profesionales que, a pesar de no recibir la presunción *iuris et de iure* que reciben las contempladas en el Anexo I, podrían en un futuro ser insertadas en el primero de los listados, dada la presuposición de laboralidad que las rodea³⁶⁷.

La actual regulación podría recibir como crítica la ausencia de una cláusula abierta ya que ello puede conllevar que el sistema corra el peligro de

366 STS de 18 de mayo de 2015 [rec. 1643/2014].

367 Anexo I, dirigido a enfermedades cuyo origen profesional es indubitado, y el Anexo II para aquellas enfermedades respecto de las que se sospecha tal origen profesional y que, por tanto, en el futuro podrían incorporarse al primer listado: Las enfermedades del segundo de los anexos recibirán la protección relativa a las enfermedades derivadas del trabajo (art. 156 LGSS) mientras no sean incorporadas al primero de los listados. Véase LÓPEZ GANDÍA, J. y AGUDO DÍAZ, J.: *Nueva Regulación...*, op. cit., págs. 34 y ss.

caer en un estancamiento que margine enfermedades que en efecto deberían recogerse en la misma. Es el caso de las enfermedades psicológicas, que sí se encuentran plasmadas en la Lista de Enfermedades de la OIT. Ello provoca que sean insertadas en la configuración del accidente de trabajo, cuando se pruebe que la enfermedad encuentra como “causa exclusiva” el trabajo (art. 156.e) LGSS)³⁶⁸, o incluso dentro de la enfermedad común, como consecuencia de un efecto “ventilador”. Determinadas enfermedades que por sus características y su “etiología compleja”³⁶⁹ no encajan en los conceptos de accidente de trabajo o enfermedad profesional resultan expulsadas de la protección específica de las contingencias profesionales. “Son EP todas las que están, pero no están todas las que son”³⁷⁰.

A pesar de ello, se debe reconocer el amplio margen de maniobra que dispensa el listado al no referirse a enfermedades, sino a “actividades” y a “elementos y sustancias”; lo cual permite una mayor discrecionalidad judicial para reconducir enfermedades a la enumeración del cuadro.

Otro factor positivo, como superación del carácter estático de la regulación anterior, será que la previsión de dos procedimientos para la

368 Este es el caso de patologías no traumáticas que, según algunas estimaciones, representan el 19% de las enfermedades ocasionadas por el trabajo. Según el último informe anual PANOTRATSS, 2.559 casos de patologías no traumáticas, al no encontrarse insertas en la tabla de enfermedades profesionales, han quedado excluidas de tal clasificación a pesar de su origen profesional. “Navarra, es un ejemplo de la lucha contra la Enfermedad Profesional. Es la Comunidad Autónoma líder porque declara 1 enfermedad por cada 240 trabajadores, cuando la media nacional está en 1 por cada 1.344. Al mismo tiempo, es una de las que menos patologías no traumáticas está notificando, 39, que suponen 1 por cada 5.300 trabajadores, cuando la media nacional es de 1 por cada 5.625 trabajadores. Convendría tenerlo en cuenta, ya que pone de manifiesto que donde no se declara bien, donde no se reconocen como profesionales enfermedades que podrían serlo, aumentan las patologías no traumáticas”. Véase el informe *Enfermedades Relacionadas Con el Trabajo*. Unión General de Trabajadores-UGT, junio de 2015, págs. 34 y 35. Disponible en (última consulta el 04/01/2016):

<http://www.ugt.es/Publicaciones/Informe%20Enfermedades%20trabajo%20JUNIO%202015.pdf>

369 LESAGE, M.: “Enfermedades relacionadas con el trabajo...”, op. cit., pág. 3.

370 PEDRAJAS MORENO, A.: “La enfermedad profesional...”, op. cit., pág.21.

modificación o inserción de enfermedades, aportándole así el carácter dinámico del que adolecía su predecesora³⁷¹.

371 *Ibidem...*, pág. 27.

CAPÍTULO V.-
MECANISMOS DE RESARCIMIENTO DEL DAÑO
DERIVADO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y
ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EL ESPACIO
EUROPEO

CAPÍTULO V.- MECANISMOS DE RESARCIMIENTO DEL DAÑO DERIVADO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EL ESPACIO EUROPEO

1.- *The Employers Liability: ¿espacio supeditado o complementario a la protección social?*

Resulta menester reparar en el campo de actuación al que se relegó la responsabilidad civil del empresario en el marco comparado, consecuencia del advenimiento de los seguros sociales y los inicios de la seguridad social, y descubrir así la peculiar coexistencia que presentaban ya en sus orígenes las dos vías de compensación del daño, representadas en la responsabilidad directa del empresario y el aseguramiento público, en general, de los riesgos. La relevancia del modo en el que se articularon las vías resarcitorias resulta de especial interés por la directa correlación que ello mantiene con la distribución de los costes.

Dos eran las posturas que el panorama internacional mostraba sobre el campo de actuación dispensado a la responsabilidad civil empresarial, recurriendo a la vía civil para ello. La primera de ellas, apostó por otorgar una “inmunidad empresarial” que protegiese a la parte patronal de todo tipo de reclamación por daños ajena a las vías estructuradas mediante los seguros obligatorios o la naciente seguridad social, convertida en *exclusive remedy*, es el caso de países como Alemania o Bélgica; mientras, el segundo de los métodos optó por conceder a la responsabilidad empresarial un ámbito específico para la cobertura de los daños no cubiertos por los sistemas resarcitorios del seguro público –daños materiales y no pecuniarios-, es el caso de Inglaterra y Holanda, en los que ya por entonces se presentaba la

responsabilidad empresarial como *alternative remedy*³⁷² para los supuestos en los que el empresario hubiese mostrado una culpa o negligencia grave, o bien una transgresión de deberes de seguridad y salud en el trabajo.

Inglaterra volverá a mostrarse como país referente en la materia con la proclamación de la *Employers Liability (Compulsory Insurance) Act* (ELA, 1969). La elevación de la responsabilidad empresarial como método principal para la compensación de los daños se venía gestando desde los años 40, un incremento auspiciado, en primer lugar, por la superación mediante la *Law Reform (Personal Injuries) Act* de 1948, de las barreras que la *common law liability* presentaba y, en segundo lugar, por el desarrollo de reglas específicas sobre el deber de cuidado que recae sobre la parte empresarial, ejemplo de ello fue la *Employers Liability (Defective Equipment) Act* de 1969³⁷³.

La ELA de 1969 introdujo un modelo que se importaría para la estructuración de los sistemas de reparación de multitud de países. Junto al sistema de responsabilidad sin culpa (*no fault*) que venía representado por la seguridad social, con un papel primordial, la responsabilidad empresarial directa y de obligado aseguramiento quedaba relegada a la cobertura de los daños no cubiertos por los sistemas de seguridad social, exigiéndose además la concurrencia de una determinada conducta premeditada y culposa en el empresario.

372 “That is, the right of an injured employee to sue his employer in tort for damages in addition, or as an alternative, to any right he might have to the new state benefits”; PARSON, C.: “Employers Liability Insurance- How Secure is the System?”, en *Industrial Law Journal*, vol. 28, núm. 2, junio 1999, pág. 111.

373 ENGELHARD, E. F. D.: “Shifts...”, op. cit., pág. 39.

2.- Primeros embistes contra el Welfare State

La década de los años 70 se presentó como un reto para la supervivencia del Estado social y del bienestar³⁷⁴. El inicio de una ofensiva contra éste hizo tambalear los cimientos del *Welfare state*, sumergiéndolo en una crisis ideológica y, principalmente, de legitimidad. La crisis del petróleo de 1973, se convirtió en el detonador de una campaña de deslegitimación en el que las duras coyunturas económicas generadas con el fin del período de “pleno empleo”, las incontrolables inflaciones monetarias, y la ralentización de los ciclos productivos, preveían un anquilosamiento de las políticas intervencionistas keynesianas³⁷⁵. Las críticas de los neoconservadores se extendieron, por ende, a los valores que sustentan la seguridad social, poniendo en tela de juicio la capacidad de eficiencia del Estado, de lo público contra lo privado, y su idoneidad como instrumento para la redistribución y corrección de desigualdades³⁷⁶.

Entre los nombres destacados de tales embates se encontraban economistas como HAYEK y FRIEDMAN, ganadores no casualmente del premio nobel de economía en los años 1974 y 1976, respectivamente. Propulsores de unas teorías neoliberales que pronto encontraron reflejo en las

374 Para comprender mejor los retos que se le planteaban al Estado del Bienestar con la crisis de los años 70, véanse los informes de la OCDE relativos a la *Conferencia sobre las Políticas Sociales en los años 80* que tuvo lugar en París los días 20 a 23 de octubre de 1980; BARROSO BARRERO, J. (coord.): *El Estado protector en crisis*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1981.

375 MISHRA, R.: *The Welfare state in crisis: social thought and social change*. Wheatsheaf Books, Brighton (Gran Bretaña), 1984, págs. 18 y ss.

376 LÓPEZ GANDIA, J.: “Formación histórica de la demanda de Seguridad Social: conceptos y técnicas. La Seguridad social en España. El modelo constitucional de Seguridad Social. Las fuentes de la Seguridad Social”, en BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J. C.: *Cursos de Seguridad Social*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 37-39.; GOERLICH, PESET, J. M.: “El Derecho de la Seguridad Social”, en ROQUETA BUJ, R. y GARCIA ORTEGA, J. (dirs.): *Derecho de la Seguridad Social*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 39 y ss.

políticas de cabezas de gobierno como TATCHER³⁷⁷ y REAGAN, y en sus proyectos políticos de desmantelamiento del Estado de bienestar y las políticas sociales. Será en este marco cuando las teorías del Análisis Económico del Derecho comenzarán a dar sus primeros pasos, alumbradas en EEUU y guiadas por la Escuela de Chicago, con COASE, POSNER y CALABRESI como ideólogos.

En este contexto de desmembramiento de lo social y recorte del gasto público, no es de extrañar la ascensión de sistemas de responsabilidad directa del empleador como la búsqueda de la compensación mediante la judicialización del conflicto, en un intento de obtener una digna reparación como medio para cubrir las lagunas sobrevenidas en los sistemas públicos de cobertura de los riesgos³⁷⁸.

Dentro de la expansión de los sistemas de responsabilidad vivida desde la década de los 70³⁷⁹, ilustrativo resultó el caso de Reino Unido, en el que los recortes de gasto público, junto a otros motivos, gestaron una proliferación del *tort liability* como método principal de reparación y

377 Para entender mejor la completa transformación experimentada con las nuevas políticas de extrema derecha ejecutadas por los gobiernos conservadores tras las elecciones de 1979 y hasta el inicio de la década de los 90, con el ascenso de Margaret Thatcher y el conocido como *Thatcher experiment*, véase SULLIVAN, M.: *The development of the British Welfare State*. Prentice Hall/ Harvester Wheatsheaf, Londres, 1996, págs. 94 y ss.

378 Sobre la confluencia de ambos mecanismos resarcitorios y el modo en el que la cobertura de uno viene a repercutir en el otro, véase FAURE, M. y HARTLIEF, T.: "Social Security versus Tort Law as Instruments to compensate Personal Injuries: A Dutch Law and Economics Perspective", en MAGNUS, U. (ed.): *The Impact of Social Security Law on Tort Law*. Springer, Viena, 2003, pág. 229.

379 La rápida proliferación del recurso a la responsabilidad como método para la reparación o indemnización de daños que Europa y EEUU vivieron tras la década de los 70, se extendió más allá de los daños por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, para comprender áreas como la responsabilidad por daños generados por productos defectuosos, por daños ambientales etc.; PRIEST, G. L.: "The Modern Expansion of Tort Liability: Its Sources, Its Effects and Its Reform", en *Journal of Economic Perspective*, vol. 5, 3 de noviembre de 1991, págs. 31-50.; FAURE, M. y HARTLIEF, T.: "Toward an Expanding Enterprise Liability in Europe? How to Analyze the Scope of Liability of Industrial Operators and their Insurers", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 3, 1996, págs. 235-270.

compensación de los daños producidos por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, para relegar a un plano secundario las compensaciones otorgadas por la *Industrial Injuries Scheme*, a la inversa de como acostumbraba a ser³⁸⁰.

A la par que la *Industrial Injuries Scheme* era objeto de recortes, la responsabilidad empresarial asistía a una rápida expansión como consecuencia de un desarrollo judicial y legislativo por el que nuevas áreas se prestaban a su campo de actuación, como las enfermedades o los daños psiquiátricos, ampliación cuantitativa, pero también cualitativa, ya que las cantidades compensatorias reconocidas judicialmente excedían con mucho a las cantidades de las prestaciones reconocidas por el sistema público de aseguramiento del riesgo, sujeto éste únicamente a revisiones en función de la inflación del año en cuestión³⁸¹.

Otros de los factores principales de esta propagación se debía a la armonización europea en las políticas de seguridad y salud en el trabajo, lo cual propició una amalgama normativa al respecto, que encontraría su culmen en Reino Unido con la *Health and Safety at Work Act* de 1974.³⁸²

3.- La normativa supranacional como elemento armonizador en materia de seguridad y salud en el trabajo

380 PARSONS, C.: "Liability Rules, Compensation Systems and Safety at Work in Europe", en *The Geneva Paper on Risk and Insurance*, vol. 27, núm. 3, Julio de 2002, págs. 366 y ss.

381 *Ibidem...*, págs. 366.

382 Normativa que tendría como objetivo basilar "*securing the health, safety and welfare of persons at work*", dentro de lo cual se insertaría el deber de todo empresario de asegurar contra los riesgos a sus trabajadores; DEAKIN, S. y MORRIS, G. S.: *Labour Law*. HART Publishing, Oxford; Portland (Oregón), 2009, págs. 299 y ss.

Se encontraban ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tras recoger los derechos comunes a toda persona (derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, etc.), derechos específicos referidos al trabajador como son el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la igualdad retributiva, a la fundación de sindicatos, etc., siendo estos desarrollados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando concreta derechos específicos como el derecho al trabajo y la formación y promoción profesionales, al salario equitativo, a la huelga etc. encontrándonos entre ellos ya una referencia expresa al derecho a la seguridad e higiene en el trabajo³⁸³.

Sin embargo, el principal impulso para la concienciación de los Estados en el desarrollo de normativas específicas sobre seguridad y salud en el trabajo nos lo encontramos con los Convenios de la OIT, iniciándose en las primeras décadas del siglo XX y sobre los que destacarían, dada la importancia del momento, los números 17 y 18 de 1925 sobre Indemnización por enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, o como convenios más recientes ligados a esta temática: Convenio núm. 121 de 1964, sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y el Convenio núm. 155 de 1981, sobre Seguridad y Salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo³⁸⁴, con carácter inspirador para las legislaciones nacionales.

383 MONTROYA MELGAR, A.: “La aplicación del Derecho del Trabajo y el sistema de principio, valores y derechos fundamentales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 88, 2010, págs. 13 y ss.

384 SEMPERE NAVARRO, A. V; GARCÍA BLASCO, J; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op. cit., pág. 37.

3.1.- Ámbito comunitario: marco normativo

Respecto al marco comunitario, en esa búsqueda de armonización³⁸⁵, diferenciamos tres fases en relación a las diferentes etapas de progreso en la materia, constituyéndose la primera de ellas con los Tratados constitutivos de las tres Comunidades, la segunda de ellas, con el Tratado de la Unión Europea, y la tercera, con las Estrategias Comunitarias en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, que marcarán las políticas comunitarias actuales.

3.1.1.- Fase 1ª.

Si nos remontamos a los inicios de la actual Unión Europea, vemos cómo ya en los años 50 los Tratados constitutivos de las tres Comunidades hacen referencia expresa a la seguridad, salud e higiene en el trabajo (art. 55.1 TCECA³⁸⁶; art. 30 del Tratado de la EURATOM³⁸⁷; art. 117 y 118 TCEE³⁸⁸). Más adelante, se asistirá a un nuevo impulso de estas políticas con

385 Entendemos por armonización la “eliminación de disparidades y adecuación de contenidos entre legislaciones, coordinación de políticas para la búsqueda de equivalencias y, en su mayor expresión, adopción de regulaciones sustantivas comunes con un criterio de exclusividad”; SANCHO CUESTA, J.: *La Seguridad e Higiene Laboral en el Ordenamiento Jurídico Comunitario. Estudio y Código de Directivas*. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 82.

386 “La Alta Autoridad deberá fomentar la investigación técnica y económica relacionada con la producción y el desarrollo del consumo de carbón y de acero, así como la seguridad en el trabajo de estas industrias” (art. 55.1 Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero).

387 Se establecerán en la Comunidad “normas básicas para la protección sanitaria de la población y los trabajadores contra los peligros que resultan las radiaciones ionizantes” (art. 30 del Tratado de la EURATOM).

388 Se encomienda a la Comisión la promoción de cooperación entre los Estados miembros respecto a la “protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales” y “la higiene en el trabajo” mediante el intercambio de estudios, dictámenes y la organización de consultas (art. 118 del Tratado de la CEE); “Los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso”. Se considera

el AUE de 1986³⁸⁹, siendo que a raíz de la interpretación hecha por el TJCE sobre el art. 118 A TCEE (posteriormente art. 137 TCE) introducido por el AUE, se establecerá la competencia normativa de la Comunidad para regular condiciones de trabajo en sentido general³⁹⁰, sin limitarse únicamente a riesgos específicos concurrentes en ciertas industrias y empresas, como así venía regulándose al reducir la normativa a cuestiones específicas de “higiene industrial”. De ahí que empiecen a introducirse dentro de la seguridad y salud de los trabajadores aspectos como la ergonomía, psicología etc. Asimismo, se establecerá un compromiso de los Estados miembros para la protección de ese concepto general de salud laboral, permitiéndoseles establecer, dentro de unos mínimos marcados por las Directivas, medidas de mayor protección de las condiciones de trabajo siempre que “sean compatibles” con el Tratado.

Toda esta normativa a la que venimos aludiendo se verá enmarcada dentro de los sucesivos Programas de Acción Comunitaria en este terreno, programas que darán lugar a una aceleración de la producción normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo. El primer Programa de Acción de

que tal objetivo “resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas” (art. 117 del Tratado de la CEE).

389 Se encomienda a los Estados miembros “promover la mejora del medio de trabajo, la seguridad y la salud de los trabajadores”, partiendo de las políticas de armonización impulsadas mediante la utilización de Directivas sobre “disposiciones mínimas” que deberán ser aprobadas por el Consejo, por “mayoría cualificada” (art. 118 A TCEE). De modo que se añade al TCEE un artículo amparado en el art. 117 y 118 TCEE pero que rompe con el procedimiento de unanimidad previsto anteriormente por el art. 100 TCEE para la adopción de normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, otorgándose “una específica capacidad normativa a la Comunidad”, dictando disposiciones mínimas que serán desarrolladas por los Estados miembros véase CAMAS RODA, F.: *La normativa internacional comunitaria de seguridad y salud en el trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 164 y ss.

390 La STJCE de 12 de noviembre de 1996, Asunto C-84/94 (Parlamento Europeo contra Consejo de las Comunidades Europeas) amplía el ámbito de aplicación del art. 118 A TCEE a un ámbito general al interpretar la frase “*mejora de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores*” sometiéndose a los cánones suministrados por la Organización Mundial de la Salud que define la salud “como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no sólo como un estado consistente en la ausencia de enfermedad o dolencia alguna”; *Ibidem...*, págs. 174 y ss.

las Comunidades en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo se desarrollará por medio de una resolución del Consejo de las Comunidades, de 29 de junio de 1978, seguido por la resolución de 27 de mayo de 1984, y por el tercero de los programas, con la resolución de 21 de diciembre de 1987³⁹¹.

De ahí que se hayan desarrollado multitud de Directivas, tanto de naturaleza general como particular, compartiéndose en todas ellas la característica de fijar unos objetivos a los Estados miembros para que sean cumplidos en un determinado plazo, siguiéndose en ellas el esquema de directiva marco y directivas específicas, estando elaboradas con un elevado grado de detalle y carácter técnico³⁹².

Entre estas Directivas, resulta de especial relevancia la Directiva Marco 89/391 CEE, sobre medidas para promover la mejora de la salud de los trabajadores en el trabajo, que responderá a las demandas de los anteriores programas, y en cumplimiento del art. 118 A, establece unos principios generales relativos a la prevención de riesgos profesionales y la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, a la vez que sirve de fundamento para las Directivas específicas desarrolladas a partir de la misma ³⁹³, lográndose con ella “una armonización general de normas mínimas en materia de seguridad, higiene y salud laboral”.

391 Si los dos primeros programas tendrían la base jurídica de los art. 117 y 118 del TCEE, este tercer programa será consecuencia del art. 118 A TCEE; CRISTÓBAL RONCERO, R.: “La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario”, en *Revista del ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, págs. 17 y ss.

392 GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El marco normativo de la seguridad y la salud laboral”, en AGUSTÍ JULIÀ, J. (dir.): *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 1, 1999, págs. 23 y ss.

393 “La presente Directiva incluye principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales y la protección de la seguridad y de la salud, la eliminación de los factores de riesgo y accidente, la información, la consulta, la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales, la formación de los trabajadores y de sus representantes, así como las líneas generales para la aplicación de dichos principios” (art. 1.2).

En palabras de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el trabajo, “la Directiva marco, con su amplio ámbito de aplicación, así como otras directivas que rigen aspectos específicos sobre la salud y la seguridad en el trabajo, constituyen las normas básicas del Derecho comunitario en materia de salud y seguridad”. Para ello, establece “unos requisitos mínimos y principios fundamentales, como el principio de prevención y evaluación de riesgos, así como las responsabilidades de los empresarios y de los trabajadores”.

Para asegurarse de que los Estados miembros hicieran una correcta incorporación de esas directivas comunitarias, se desarrolla el cuarto de los programas (1994-2000)³⁹⁴.

3.1.2.- Fase 2ª

Una nueva fase comienza con la adopción del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), concretamente, con el Acuerdo de Política Social anexo al mismo, por el cual se establece que los Estados miembros debían proseguir y profundizar en la vía trazada por la Carta Social de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989, siendo uno de tales derechos precisamente el de proteger la salud y la seguridad en el lugar de trabajo. Sin embargo, el Tratado de Ámsterdam vendría a insertar el Acuerdo sobre Política Social dentro del Título XI de la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, a la vez que reposiciona el art. 118 A para situarlo en el art. 137 del TCE.

Se establece en su apartado primero que la Comunidad “apoyará y completará la acción de los Estados miembros”, en supuestos como el de la

394 CRISTÓBAL RONCERO, R.: “La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario”, op. cit., págs. 19 y ss.

mejora del entorno de trabajo o de las condiciones de trabajo en pro de la seguridad y salud de los trabajadores, mediante la adopción de Directivas que establecerán las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las normativas internas de cada Estado. En ese mismo sentido, el art. 136 TCE remarcará la presencia de los derechos sociales fundamentales como los indicados en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores³⁹⁵ dentro de las políticas sociales comunitarias, así como de sus Estados miembros³⁹⁶.

Finalmente, la última de las modificaciones del TUE y de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y demás normativas conexas, será realizada por el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, sustituyéndose el art. 137 TCE por el art. 2.9, si bien se conservará intacto el contenido anterior con excepción del sistema de aprobación de las Directivas, exigiéndose un nuevo quórum mayor para las mismas³⁹⁷.

3.1.3.- Fase 3ª

La política comunitaria, en relación a la seguridad y salud de los trabajadores, se encaminará dentro del siglo XXI por medio de las denominadas Estrategias Comunitarias en Materia de Seguridad y Salud en

395 “La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones” (art. 136 TCE).

396 CAMAS RODA, F.: *La normativa internacional comunitaria de seguridad y salud en el trabajo*, op. cit., págs. 233 y ss. ; CRISTÓBAL RONCERO, R.: “La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario”, op. cit., págs. 21 y ss.

397 *Ibidem...*, págs. 243 y ss.

el Trabajo (la primera entre 2002-2006, la segunda entre 2007-2012, y la tercera, entre 2014-2020).

Siguiendo los objetivos fijados por el Consejo Europeo de Lisboa (23 y 24 de marzo de 2000) se lleva a cabo la primera de las Estrategias Comunitarias con el propósito de marcar las nuevas pautas a seguir por las políticas comunitarias, así como por los Estados miembros, en lo que a seguridad y salud se refiere.

De ese modo, se remarca la necesidad de “adoptar un enfoque global de cara al bienestar en el trabajo, teniendo en cuenta los cambios registrados en el mundo del trabajo y la emergencia de nuevos riesgos”, conscientes de que “una política social ambiciosa constituye un factor de competitividad”³⁹⁸ para la economía comunitaria. Resulta resaltable el enfoque economicista con el que la seguridad y salud es tratada, al recurrir al paralelismo de ésta con un nivel óptimo de competitividad de la empresa³⁹⁹.

Con la misma orientación se desarrolló la nueva estrategia denominada “mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)”, para continuar con los trabajos iniciados por la anterior estrategia, enfrentándose ahora a nuevos retos por la especial incidencia de estos sobre la salud y seguridad laboral, como son “la evolución demográfica y el envejecimiento de la población activa”, “los nuevos flujos migratorios más importantes cuyo destino es Europa”, y “las nuevas

398 Como adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006). Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 11-03-2002.

399 Dicha visión queda plasmada cuando en la introducción del propio texto se argumentan las nuevas políticas de seguridad y salud partiendo de que “un entorno y una organización del trabajo sanos y seguros son factores que condicionan el rendimiento de la economía y de las empresas”, remarcando cómo “la falta de calidad del trabajo se traduce en una pérdida de capacidad productiva”, en una producción de costes, dirá el texto que “generada por la falta de intervención política”, que recaen sobre las empresas, y en un “deterioro de la imagen de la empresa”.

tendencias en el empleo, incluido el desarrollo del trabajo por cuenta propia, la subcontratación y el aumento del empleo en las PYMES”⁴⁰⁰.

Con la última de las etapas, la estrategia 2014-2020, se incide nuevamente en la necesidad de “garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable para los más de doscientos diecisiete millones de trabajadores con los que cuenta la Unión”. Para ello, se centra esta vez el objetivo, principalmente, en la especial situación de amparo que requieren en materia preventiva las PYMES y las microempresas, y la capacidad de éstas para poner en marcha medidas efectivas y eficaces para la prevención del riesgo. Asimismo, se insiste en mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo combatiendo los riesgos existentes, nuevos y emergentes y se requiere a los Estados para que trabajen para lograr una vida laboral sostenible y un envejecimiento activo y saludable⁴⁰¹.

3.2.- Influencia del marco normativo comunitario sobre los mecanismos internos de los Estados para la compensación de los daños derivados de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Se veía como la Directiva ha sido el instrumento preferente utilizado para el logro de la armonización en materia de seguridad y salud en el trabajo⁴⁰², instrumento mediante el cual establecer unos principios generales,

400 Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012). Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 21-2-2007, pág. 4.

401 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 /* COM/2014/0332 final */. Disponible en (última consulta el 30/12/2015):

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0332&from=EN>

402 Tres han sido los instrumentos utilizados por la Comunidad Europea al respecto: la Recomendación, la Decisión y la Directiva, si bien, únicamente la última ostenta carácter normativo; SANCHO CUESTA, J.: *La Seguridad...*, op. cit., pág. 96.

normativa mínima, con el fin de que éstos se sometan a una asunción y transposición en los Estados miembros, acorde a las características propias de cada sistema jurídico interno, sus valores y su cultura jurídica⁴⁰³.

Consciente el legislador comunitario de lo dispar de las legislaciones nacionales en lo presente, la Directiva buscó establecer unos principios generales mínimos y prevenir así un hipotético escenario en el que la seguridad y salud de los trabajadores nacionales sufriese una merma como consecuencia de la competencia entre los diferentes Estados miembros. Es decir, evitar la utilización de una infraprotección de ésta como elemento de *social dumping*. Con ese objetivo, la Directiva se encargó de precisar la obligación general del empresario de garantizar la salud y seguridad de los trabajadores a su servicio, pese a no entrar en demasiadas concreciones, al referirse a la responsabilidad empresarial de adoptar “las medidas necesarias”, expresión ambigua y abierta a interpretaciones, y limitarse a ofrecer un principios generales en su artículo 6.2⁴⁰⁴. En ese hacer, la Directiva no lograría esclarecer el problema central de delimitar hasta dónde llega la obligación empresarial ⁴⁰⁵, relegando tal cometido a las legislaciones nacionales.

En esa línea, no estableció la Directiva unos mínimos en lo que a medios de compensación de los daños en accidentes de trabajo y enfermedad

403 Para un tratamiento individualizado sobre el modo de recepción que la Directiva 89/391/CEE del Consejo recibió por los Estados miembros, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M.: *Transposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de Europa*. Fundación Mapfre, Madrid, 2000.

404 Estos principios serán: evitar los riesgos; evaluar los riesgos que no se pueden evitar; combatir los riesgos en su origen; adaptar el trabajo a la persona; tener en cuenta la evaluación de la técnica; sustituir lo peligroso por lo que entraña poco peligro; planificar la prevención un conjunto coherente que integre la técnica; la organización del trabajo; las condiciones de trabajo; las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo; anteponer la protección colectiva a la individual e instruir a los trabajadores.

405 APARICIO TOVAR, J.: “Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo”, en Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 49, 1991, págs. 710 y ss.

profesional se refiere, pero sí dedicó dos apartados en el artículo 5 a la responsabilidad empresarial, concretamente para garantizar que los casos de concurrencia de culpa del trabajador, faltas de éstos en sus obligaciones, no sean utilizados como gatillo de refutación de la responsabilidad empresarial (apartado 3), si bien reconoce la facultad de los Estados para la neutralización de ésta cuando no concurriese falta o culpa empresarial (apartado 4).

El último de los apartados, insertado a instancia de Reino Unido, en atención a su sistema nacional y la inconsistencia que sobre éste conllevaría la introducción de un sistema de responsabilidad objetiva⁴⁰⁶, desvirtuó el intento de extraer de la Directiva unas pautas armonizadoras en lo relativo a la responsabilidad empresarial. A pesar de ello, sí que unificaron dos aspectos, al determinar un contenido sobre los que accionar el sistema de responsabilidades que correspondan, y exigir un estándar de diligencia en el cumplimiento de la obligación, según el cual el empresario queda obligado al uso de la máxima seguridad tecnológicamente factible en la detección y evaluación de los riesgos de su proceso productivo, y en la adopción de las medidas necesarias para la protección ante los mismos⁴⁰⁷.

En definitiva, convierte al empresario en deudor de seguridad y le exige una actitud activa en la planificación de las estrategias para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con

406 En contraposición a la postura de la mayoría de los países continentales, Reino Unido e Irlanda se opusieron al reconocimiento de una responsabilidad basada en la “máxima seguridad tecnológicamente factible”, en pro de una concepción más amoldable al *Common Law* como la “seguridad razonablemente posible”, por su mayor flexibilidad a la hora de la aplicación por los jueces ingleses; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la Directiva Marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y la razonablemente factible”, en *RDS*, núm. 39, 2007, pág. 157. Los jueces de R. U. e Irlanda se ven abocados a una “estricta” interpretación del término “reasonably practicable”, al punto de considerar dentro del mismo a las medidas que no hubiesen sido posibles de ejecutar; PARSONS, C.: “Liability Rules...”, op. cit., pág. 378.

407 RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “El alcance...”, op. cit., págs. 122 y ss.

el trabajo⁴⁰⁸, exigiéndole un deber de diligencia amplio e intenso⁴⁰⁹. Si bien, con la finalidad de que los Estados integrasen este deber de protección del empleador de carácter absoluto, el apartado 4 se presentó como garante para que los Estados pudiesen realizar un desarrollo acorde con sus regímenes propios de diligencia⁴¹⁰.

Se han pretendido extraer mayores previsiones del artículo 5, en relación un posible reconocimiento de una responsabilidad objetiva en el mismo, pero como acertadamente apreció el TSJCE, “esta disposición se limita a establecer la obligación general de seguridad que recae sobre el empresario, sin pronunciarse sobre la forma concreta de responsabilidad que la incumbe”⁴¹¹. Esta disposición busca garantizar a los trabajadores un entorno laboral seguro, y no cabe adjudicar, bajo dicho precepto, una responsabilidad objetiva del empresario⁴¹².

Sin embargo, como es de entender, la proliferación de la normativa de seguridad y salud en el trabajo arrastra inequívocamente unas consecuencias determinadas en el uso que de los instrumentos de compensación realizan las partes en discordia. De esa manera, el desarrollo de la legislación preventiva genera una mayor conciencia sobre los derechos de los que el trabajador es titular, con el inherente ascenso de las reclamaciones por vulneración de las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo.

408 GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, E.: “El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/319/CEE”, en *Actualidad Laboral*, núm. 32, 1991, pág. 395.

409 CAMAS RODA, F.: *Los fundamentos jurídico laborales de la obligación general de seguridad empresarial*. Universitat de Girona, Girona, 2000, pág. 192.

410 *Ibidem*..., pág. 191.

411 STJCE de 14 de junio de 2007, Asunto C-127/05, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

412 GÓMEZ CABALLERO, P.: “La seguridad y la salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria”, en *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, págs. 169 y 170.

Del mismo modo, el incremento de la normativa comunitaria generó una ampliación del ámbito objetivo –*naming*– de la protección, al incluir los supuestos de hecho susceptibles de entrar dentro de la especial cobertura dispensada a los daños por accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Al igual que sucedería con el ámbito subjetivo –*blaming*–, al ampliarse el número de sujetos obligados por la normativa preventiva⁴¹³. Tales incrementos se verían contrarrestados por el fin basilar de toda la normativa de prevención de riesgos laborales elaborada en el marco comunitario, es decir, la reducción de la siniestralidad laboral, vértice de todo el entramado jurídico preventivo y su amalgama legislativa⁴¹⁴.

Cabe preguntarse si actualmente el escenario comunitario requiere de una armonización al respecto. Mientras el *European Group on Tort Law* (conocido como Grupo de Tilburg) trabaja por una armonización de los PETL⁴¹⁵, con gran éxito en campos como la responsabilidad civil por accidentes de vehículos a motor, o la responsabilidad por productos defectuosos o la responsabilidad de terceros, no ha sucedido lo mismo en el área del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Es este un campo de necesario trabajo conjunto y que no puede permanecer ajeno a las tendencias armonizadoras.

Sin embargo, resulta difícil, cuanto menos complicado, imaginar una armonización europea mientras pervivan unas diferencias de base como

413 OLIPHANT, K.: “The Changing Landscape of Work Injury Claims: Challenges for Employers Liability and Workers Compensation”, en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers’ Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, págs. 521 y 522.

414 PARSONS, C.: “Liability Rules...”, op. cit., pág. 378.

415 MARTIN I CASALS, M.: “El “European Group on Tort Law” y la elaboración de unos “Principios europeos del Derecho de la responsabilidad civil” –grupo Tilburg/Viena–”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.): *Derecho privado europeo*. Colex, Madrid, 2003, págs. 217-226; MARTIN I CASALS, M.: “Una aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, en *INDRET: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2005; *Principles of European tort law: text and commentary*. Springer, Viena; New York, 2005.

actualmente sucede con los diversos sistemas nacionales. Unos modelos diametralmente opuestos como el alemán y su sistema “puro” de compensación y aseguramiento público, y el modelo inglés, asentado en una fuerte y desarrollada responsabilidad empresarial de corte judicial, resultan ejemplificativos del diverso trato otorgado por los Estados miembros a la cuestión⁴¹⁶.

El estado de la cuestión desvela un campo en absoluto pacífico, en el que las constantes modificaciones internas, enriquecidas por las experiencias de los homólogos europeos, recomiendan un análisis exhaustivo de los diferentes modelos para intentar extraer las nuevas tendencias y en el modo en el que se van corrigiendo las disfuncionalidades que actualmente cada sistema presenta.

Ante la inconsistencia actual de una armonización de los sistemas de compensación y prevención de los daños derivados de AT y EP, quizás resulte de mayor facilidad caminar inicialmente hacia la armonización de pautas internas de cada mecanismo resarcitorio, así como de las técnicas preventivas de distribución de los costes.

416 PARSONS, C.: “Liability Rules...”, op. cit., págs. 378 y ss.

**CAPÍTULO VI.-
DIFERENTES MODELOS DE ESTRUCTURACIÓN
DEL ASEGURAMIENTO: FUNDAMENTO Y
COBERTURA**

CAPÍTULO VI.- DIFERENTES MODELOS DE ESTRUCTURACIÓN DEL ASEGURAMIENTO: FUNDAMENTO Y COBERTURA

Como paso previo para adentrarnos en los diferentes modelos de compensación del daño industrial que el panorama internacional nos presenta, resulta útil realizar un breve esbozo de los dos sistemas sobre los que se asientan las políticas nacionales. Cómo adelantábamos líneas atrás, al referirnos a los orígenes del aseguramiento de los riesgos profesionales, el modo en el que cada legislador nacional estructura las políticas de cobertura de los riesgos, se ve ineluctablemente marcado por las coyunturas históricas, económicas, políticas y sociales de cada país.

De este modo, el desarrollo del *Welfare State* por los diferentes Estados miembros de la UE, presenta, a grandes rasgos, una triple idiosincrasia. Así, se muestran diferentes acepciones dependiendo del país en el que esté instaurado⁴¹⁷. Por un lado, el modelo “liberal” representado por Reino Unido, eje de los sistemas anglo-sajones; por otro, el modelo “corporativo”, con arraigo en los países de la Europa central, con el máximo exponente en Alemania; y, en tercer lugar, el régimen de corte “social-democrático”, encarnado por los países escandinavos⁴¹⁸. Lo dicho, mantiene una directa correlación con los orígenes del aseguramiento de los daños en

417 ALEMÁN BRACHO, C. y RAMOS LORENTE, M. M.: “Política Social y Bienestar Social en España”, en ALEMÁN BRACHO, C. y FERNÁNDEZ, FARCIA, T. (coord.): *Política Social y Estado del Bienestar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 184 y ss.

418 Para mayor detenimiento sobre esta visión de tres mundos dentro de los *Welfare systems*, véanse ESPING-ANDERSEN, G.: *Los tres mundos del Estado del bienestar*. Alfons el Magnánim, Valencia, 1993, págs. 47 y ss.; OCHANDO CLARAMUNT, C.: *El Estado del Bienestar: objetivos, modelos y teorías explicativas*. Ariel Practicum, Barcelona, 1999, págs. 71 y ss.; ALEMÁN BRACHO, C. y RAMOS LORENTE, M. M.: “Política Social...”, op. cit., pág. 184; ELSTER, D. y TAYLOR, T. N. (ed.): *Economic incentives to improve occupational safety and health: a review from the European perspective*. European Agency for Safety and Health at Work, Luxembourg, 2010, pág. 50.

cada país, es decir, el panorama europeo se divide de esa manera entre aquellos países que mantienen un modelo Bismarckiano, en los que el aseguramiento social (seguro social) es financiado por las contribuciones de sus miembros; o aquellos que optan por un modelo Beveridgeano, en los que el aseguramiento social (seguridad social) se financia por contribuciones de los ciudadanos, vía impuestos⁴¹⁹.

Tantos como ordenamientos jurídicos hay en el mundo, cada sistema de WC presenta sus propias singularidades⁴²⁰. Atípico resulta el caso de Australia, EEUU o Canadá, por correr estos programas a cuenta de los Estados, provincias o territorios⁴²¹. Sin embargo, pesar de las grandes diferencias que los distintos sistemas nacionales presentan, ello no es óbice para poder extraer mínimos comunes a todos ellos, para lo cual resulta menester reparar en aspectos como la funcionalidad, los modelos de aseguramiento, la cobertura y la financiación.

1.- *Funcionalidad y naturaleza*

Si una característica principal mantienen en común todos los diferentes programas, ésta se halla en el eminente carácter compensatorio de los mismos⁴²². El fin primordial de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales se dirige a dispensar una cobertura económica por unos

419 *Ibidem...*, pág. 51.

420 MAGNUS, U.: "Impact of Social Security Law on Tort Law Concerning Compensation of Personal injuries – Comparative Report", en MAGNUS, U. (ed.): *The Impact of Social Security on Tort Law*. Springer, Viena, 2003, págs. 268 y ss.

421 WILLIAMS, C. A.: *An International Comparison...*, op. cit., pág. 2 y 3, En los casos de Francia y Suecia, nos encontraremos con sistemas nacionales pero con una estructura interna descentralizada en regiones.

422 WAGNER, G.: "New Perspective on Employers' Liability- Basic Policy Issues", en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers' Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, pág. 563;

defectos de ingresos y/o un incremento de gastos provocados por un “estado” que se considera digno de protección por la sociedad en la que se vive, a lo cual se le suma la dispensa del tratamiento sanitario adecuado para la recuperación de dicha capacidad⁴²³. En definitiva, el ente público interviene para lograr una igualdad real para todos los ciudadanos, función del Estado social⁴²⁴.

Junto a la cobertura mínima de subsistencia –*Existenzsicherung*– derivada de la idea de la solidaridad, se asiste a un incremento en la búsqueda de mecanismos de incentivación para la reducción de la siniestralidad desde la perspectiva preventiva, por medio de sistemas *premiums* o incentivos adicionales⁴²⁵. La concepción de los riesgos profesionales como un problema estructural de la sociedad moderna ha hecho avanzar a estos sistemas de aseguramiento del daño hacia un diseño integral, en el que la nuclear función compensatoria, es acompañada por un esquema preventivo, rehabilitador y de recolocación del trabajador⁴²⁶, para conseguir así un modelo idóneo para la protección de la salud -*ex ante* y *ex post*- del capital humano, fuerza laboral

423 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo*. Civitas, Madrid, 2004, págs. 304 y 305.

424 APARICIO TOVAR, J.: “La Seguridad Social, pieza esencial de la democracia”, en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.^a N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*. Comares, Granada, 2008, págs. 124 y ss.

425 FAURE, M.: “Compensation for occupational diseases and the importance of prevention: a law and economic perspective”, en *European Journal of Social Security*, vol. 9, núm. 2, 2007, págs. 128; 145-146; ELSTER, D. y TAYLOR, T. N. (ed.): *Economic incentives to improve occupational safety...*, op. cit., págs. 56 y ss.

426 WALTERS, D.: *An international Comparison of Occupational Disease and Injury Compensation Schemes*, informe elaborado para *Industrial Injuries Advisory Council (IIAC)*, por Cardiff Work Environment Research Centre, Cardiff University, marzo de 2007, págs. 28-30. Disponible en (última consulta el 08/03/2016):

<https://www.gov.uk/government/publications/comparison-of-national-occupational-disease-and-injury-schemes>

que, en definitiva, condiciona el desarrollo de una nación⁴²⁷. De esa manera, ni la prevención resulta ajena a la protección social, ni la reparación de los daños derivados del trabajo se concibe como elemento externo a la política preventiva⁴²⁸.

2.- Modelos de estructuración del aseguramiento (Tablas 1 y 2)

El aseguramiento de los riesgos profesionales –*Workers Compensation*– se ha institucionalizado desde una doble vía, en función del carácter público o privado del organismo al que se encuentre suscrito y sea administrado. En el primero de los casos, la cobertura puede venir integrada en el propio sistema de seguridad social, o bien estructurarse como unidad separada (fondos especiales), pero dependiente siempre del sistema público; en el segundo de los supuestos, la cobertura de estos riesgos corresponderá a entidades o compañías aseguradoras de carácter privado, sometidas a normativa específica, reservándose normalmente el Estado poderes de supervisión y control, así como ejerciendo un papel de competidor en el libre

427 GIL-LACRUZ, M. y GIL-LACRUZ, A. I.: “Capital humano y capital social, implicaciones en el crecimiento económico”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 61, 2006, págs. 93 y ss.

428 VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: “La responsabilidad por daños en la Seguridad Social por riesgos laborales”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Cinca, Madrid, 2013, págs. 267 y ss.

mercado⁴²⁹. Como híbrido de los dos sistemas, actualmente la mayoría de los Estados europeos mantienen una convergencia de ambos estilos⁴³⁰.

En lo que viene siendo la tónica común a nivel internacional, las principales características reflejan la construcción de un andamiaje específico para la cobertura de las contingencias profesionales, salvo alguna excepción (Holanda ⁴³¹ y Nueva Zelanda ⁴³²), enmarcado dentro de los diferentes sistemas públicos. Dentro de estas contingencias, todos los Estados miembros realizan una separación entre los accidentes de trabajo, como

429 ELSTER, D. y TAYLOR, T. N. (ed.): *Economic incentives to improve occupational safety...*, op. cit., págs. 53 y ss.; WALTERS, D.: *An international Comparison...*, op. cit., pág. 2; KRITZER, B. y JANKOWSKY, J. (coord.): *Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2012*". Social Security Administration (SSA) e International Social Security Association (ISSA), Washington, 2012, págs 11 y ss. Disponible en (última consulta el 08/03/2016):

<http://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/index.html>

430 *Ibidem...*, op. cit., págs. 2 y ss.

431 El caso de Holanda resulta especialmente resaltable por la superación del riesgo profesional que llevo a cabo mediante la ley *Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering* (Wao) de 1967, para asimilar las cobertura de las contingencias profesionales al resto de contingencias comunes, creando un bloque común de cobertura del riesgo social, sin distinciones en la causa generadora de la contingencia. En 2006, tras una reforma -*Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen* (Work and Income Ability Act, Wia)- de la Wao sufrirá una reforma en la que las nuevas políticas centraran la atención en los programas de reintegración y rehabilitación, recortando en las partidas recibidas como prestaciones por las contingencias. Así, las personas que hayan perdido la capacidad para generar ingresos de entre un 35-80% recibirán una limitada prestación con incremento anual, y aquellos que la hayan visto reducida en más de un 80%, recibirán el 75% del salario dejado de percibir como consecuencia de la contingencia; LINDENBERG, S. D.: "Employers' Liability...", op. cit., págs. 350.

432 Nueva Zelanda es el país que más lejos ha llegado en la fusión de las contingencias profesional por accidente de trabajo dentro del régimen común, si bien mantiene un régimen separado para las enfermedades profesionales; PARSONS, C.: "Liability Rules...", op. cit., págs. 361 y 362; MEARS, T. y CHAPPLE, S.: *Government involvement in Health and Safety: a literature review*. New Zealand Department of Labour Occasional Paper Series, Wellington, 1996, págs. 59-62. Disponible en (última consulta el 08/03/2016):

<http://www.dol.govt.nz/PDFs/op1996-1.pdf>

New Zealand. Description of the organization of the occupational health and safety systems and the delivery of prevention services. Institute for Work & Health, Expert Advisory Panel, Occupational Health and Safety Prevention and Enforcement System (Ontario Ministry of Labour), abril de 2010. Disponible en (última consulta el 08/03/2016):

http://www.iwh.on.ca/system/files/documents/iwh_interjurisdictional_review_new_zealand_2010.pdf (

lesiones traumáticas, y la enfermedad profesional⁴³³, en lo que Bélgica, Portugal y Dinamarca requieren de una especial mención, al realizarse en estos sistemas una diferente cobertura para cada contingencia, quedando las enfermedades profesionales cubiertas por los sistemas públicos de aseguramiento, mientras que el de los accidentes viene realizado por agencias privadas⁴³⁴. Este dispar tratamiento viene justificado por la dificultad que suele acompañar a la prueba del nexo causal de una enfermedad con la respectiva actividad laboral (casos en los que no esté dentro del “sistema de lista”), de modo que haciendo pública su cobertura se libera a los trabajadores de la carga que podría suponer la litigación con las compañías privadas aseguradoras, y los inherentes costes⁴³⁵.

En esa política de aseguramiento público, Suecia se presenta como modelo más puro de aseguramiento público del daño, de socialización de los riesgos profesionales. El Estado, con una doble estructura interna, administra toda la compensación de los daños mediante la seguridad social. Una primera cobertura, dispensada por la *Industrial Injuries Insurance*, proporciona una cobertura básica y, una segunda vía compensatoria, la *Occupational Safety Insurance*⁴³⁶, de reconocimiento convencional y acordada por empresarios y

433 PARSONS, C.: “Liability Rules...”, op. cit., págs. 368 y ss.

434 En el caso de Bélgica, mientras la enfermedad profesional queda cubierta por el sistema público (Occupational Diseases Fund), en el aseguramiento del accidente de trabajo concurren agencias privadas de aseguramiento de la responsabilidad empresarial, especialmente acreditadas, junto a la cobertura ordinaria del sistema público; BLANDIN, M. C. y EVRARD, G. “Occupational injury and disease insurance in the Europe of Fifteen – Overview”, en Conference of the European Forum of the Insurance Against Accidents at Work and Occupational Diseases: *Insurance against accidents at work and occupational diseases in the EU 25*, que tuvo lugar los días 5 y 6 de septiembre de 2005, en Viena (Austria). Informes de la Conferencia, disponibles en:

http://www.europeanforum.org/documents/21/annexe9_austria_2005.pdf

WALTERS, D.: *An international Comparison...*, op. cit., pág. 20.

435 PARSONS, C.: “Liability Rules...”, op. cit., págs. 368 y 369.

436 Para mayor comprensión del “modelo nórdico” de compensación de daños, con hincapié en los mecanismos alternativos de compensación, y especial mención del caso sueco, véanse los Informes del *XIth World Congress of the International Association for*

uniones sindicales, funciona como “mecanismo alternativo para la compensación de daños”, otorgando una compensación complementaria, también de carácter público⁴³⁷.

En la misma línea del aseguramiento público, pero con diferente configuración, Alemania marca el rumbo de un modelo de aseguramiento obligatorio del riesgo profesional gestionado por aseguradoras autónomas fundadas mediante contribuciones empresariales, a las cuales se les atribuyen las labores de prevención, rehabilitación y compensación de las víctimas⁴³⁸. Este sistema de aseguramiento obligatorio, se encuentra organizado y regulado mediante derecho público⁴³⁹, y gestionado por unos organismos compuestos por los representantes de la parte empresarial y los propios asegurados –*Gewerbliche Berufsgenossenschaften*, BG-, divididos en función del sector industrial o agrícola⁴⁴⁰.

Por su parte, Francia y Reino Unido presentan un aseguramiento del daño profesional integrado en sus respectivos programas de seguridad social. El *Industrial Disablement Benefit*, dependiente del *Department for Work and Pensions*, se encarga de la cobertura de las contingencias profesionales en Reino Unido, mientras que tal ocupación le viene encargada a la *Direction des Risques professionnels* en Francia.

Insurance Law (AIDA) sobre “Alternative compensation, mechanisms for damages, Common Report and National Reports from the Nordic countries: Denmark, Finland, Norway, Sweden”, que tuvo lugar los días 20 y 25 de octubre de 2002, en Nueva York. Disponible en (última consulta el 08/03/2016):

http://www.aida.org.uk/worldcong_nordic.asp

437 STRÖBÄCK, E.: “Sweden’s No-Fault Rule for Accidents at Work – Recent Developments”, en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 41, 2001, págs. 506 y ss.

438 WALTERS, D.: *An international Comparison...*, op. cit., pág. 13.

439 WALTERMANN, R.: “Employers’ Liability and Workers’ Compensation: Germany”, en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers’ Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, págs. 274 y 275.

440 KRITZER, B. y JANKOWSKY, J. (coord.): *Social Security Programs...*, op. cit., pág. 114; PHILIPSEN, N. J.: “Compensation for industrial accidents and incentives for prevention: a theoretical and empirical perspective”, en *European Journal of Law and Economics*, núm. 28, 2009, pág. 172.

A caballo entre lo público y lo privado, se encuentran los modelos que compaginan un aseguramiento estatal con el aseguramiento de agencias privadas, de modo que aunque la concertación de la protección resulta obligatoria, ésta puede coexistir con la cobertura privada, como sucede en Italia⁴⁴¹, o ser facultativa, pudiendo el asegurado escoger entre el sistema público o las aseguradoras privadas⁴⁴², es el caso de Noruega⁴⁴³. Entre los modelos que, si bien integran la *Workers' Compensation* dentro del sistema de seguridad social, adjudican la gestión de ésta a entidades privadas regidas por las reglas del mercado competitivo, pero bajo específica regulación legal, se nos presenta, junto al modelo español, el caso finlandés⁴⁴⁴

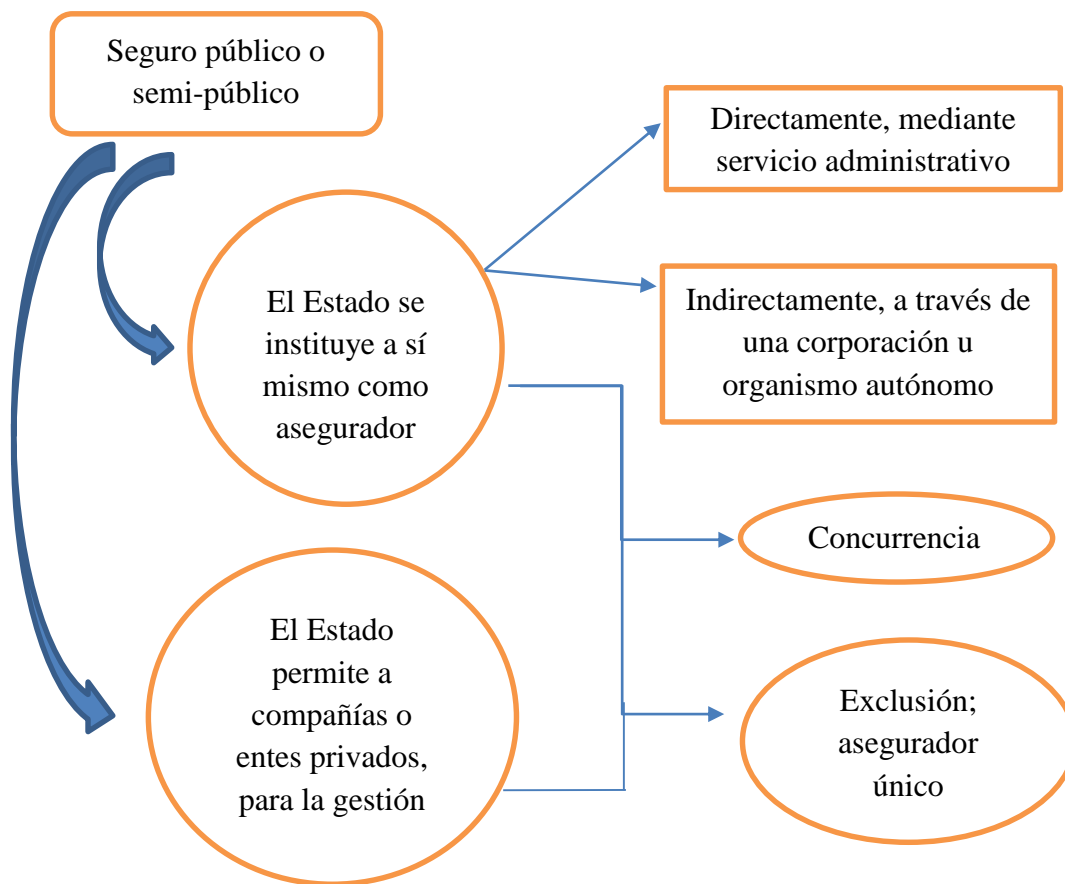
441 Que el aseguramiento en el *Istituto Nazionale Assicurazione contro gli Infortunio sul Lavoro* (INAIL), agencia de *Workers Compensation* italiana, obligue al aseguramiento de todo trabajador bajo este sistema, no es óbice para la posibilidad de compaginar este aseguramiento público con los proporcionados por las agencias privadas.

442 KRITZER, B. y JANKOWSKY, J. (coord.): *Social Security Programs...*, op. cit. págs. 11 y 12.

443 LØDRUP, P.: "Norwegian Report", en el *XIth World Congress of the International Association for Insurance Law (AIDA)* sobre "Alternative compensation, mechanisms for damages, Common Report and National Reports from the Nordic countries: Denmark, Finland, Norway, Sweden", que tuvo lugar los días 20 y 25 de octubre de 2002, en Nueva York, págs. 118 y ss.

444 En Finlandia, el *Statutory Accident Insurance* corre a cargo de 13 instituciones como aseguradoras privadas, del Erario Público (trabajadores del Estado) y del *Farmers' Social Insurance Institution* (trabajadores agrícolas). Para más información, véase: <http://www.tvl.fi/en/>

Tabla 1.- Modelos teóricos de aseguramiento de los riesgos profesionales por los Estados⁴⁴⁵



445 Esquema realizado atendiendo a la clasificación realizada en ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones...*, op. cit., págs. 151 y 152.

Tabla 2.- Clasificación de los Estados miembros de la UE y las características de sus respectivos Workers' Compensation systems

Region	Welfare state model	Social insurance system	Workers' Compensation systems
Baltic	Post-communist	Predominantly Beveridgean	S (state-run), P (private), M (monopolistic), C (competitive), OA/OD: distinctive systems for WC occupational accidents and disease
		Predominantly Bismarckian	
Central European/Occidental	Corporatist	Estonia	SM
		Latvia	SM
		Lithuania	SM
		Belgium	PC (OA/OD)
		Germany	SM
		France	SM
		Luxembourg	SM
		Netherlands	PC
		Austria	SM
		Bulgaria	SM
Eastern Europe	Post-communist	Czech Republic	SM
		Hungary	SM
		Poland	SM
		Romania	SM
		Slovenia	SM
		Slovak Republic	SM
		United Kingdom	PC
		Ireland	SM
		Greece	SM
		Southern European	Mediterranean
Italy	SM		
Cyprus	SM		
Nordic/Scandinavian	Social-democratic	Malta	SM
		Portugal	PC (OA/OD)
		Denmark	PC (OA/OD)
		Finland	PC
		Sweden	SM

Fuente: Economics incentives to improve occupational safety and health: a review from the European perspective. European Agency for Safety and Health at Work, 2010.

3.- Fundamento de los modelos teóricos de aseguramiento público de los accidentes de trabajo y enfermedad profesional

Otro de los denominadores comunes de los sistemas de seguridad social o *Workers' Compensation*, allá donde se encuentren, es la eminente irrelevancia de la actitud de los causantes del daño, siendo indiferente el elemento culposo para el acceso a las prestaciones básicas. Precisamente, como se ha visto, la idea de la responsabilidad objetiva u *strict liability* resultó el elemento central sobre el que se cimentó el aseguramiento del daño, escapando del desamparo de la responsabilidad de corte subjetivo, culposa, típica del ámbito civil.

Dentro de la “incontinente logorrea legislativa” que a nivel comparado aflige a esta rama del Derecho⁴⁴⁶, no resulta fácil identificar cuándo los sistemas de seguridad social todavía arrastran una concepción de la protección de los accidentes de trabajo y enfermedad profesional bajo las lógicas de un seguro de daños, como un aseguramiento de la responsabilidad civil empresarial, ya sea basada en una responsabilidad objetiva, por riesgo o por culpa; como un aseguramiento o socialización de la reparación en sí misma⁴⁴⁷; como un seguro de personas del trabajador lesionado; o como un

446 OJEDA AVILÉS, A.: “Los modelos europeos de Seguridad Social en la perspectiva comparada”, en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.^a N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*. Comares, Granada, 2008, págs. 286 y ss.

447 DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: “Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la Jurisprudencia (1900-2000): Revisión crítica y propuesta de reforma”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 24, 2000, págs. 31 y ss.

moderno sistemas de protección social de socialización del riesgo⁴⁴⁸. Lejos de quedarse en un anquilosado debate doctrinal, esta “criptopolémica”⁴⁴⁹ nunca terminada genera especial interés por su relevancia en el funcionamiento interno de cada sistema, el modelo de cobertura, financiación y, en lo que especialmente resulta de nuestro interés, para la comprensión de las técnicas de compatibilidad y coordinación de las diferentes vías resarcitorias del daño.

El primero de los modelos al que hacemos referencia, se refiere a aquel sistema en el que la protección social de las contingencias profesionales es consecuencia de la socialización del aseguramiento de la responsabilidad empresarial, dentro del sistema público de Seguridad Social⁴⁵⁰. Este modelo, que como se veía líneas atrás, resultó a nivel comparado la antesala de los modernos sistemas de seguridad social, en mayor o menor medida perdura en los modelos contemporáneos de aseguramiento social.

De esta manera, se presta un servicio público que, actuando bajo el cauce y la técnica del seguro privado, mantiene la sinalagmaticidad entre cotización y acción protectora⁴⁵¹. Es decir, esta concepción, con la que nacería el seguro social para los accidentes de trabajo, realiza una transposición del modelo de seguro de responsabilidad civil al aseguramiento público, de modo que las cotizaciones satisfechas por los empresarios responden al pago de un aseguramiento público dirigido a la cobertura de una hipotética responsabilidad futura por el acaecimiento del “hecho causante”⁴⁵²,

448 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Protección por accidentes de trabajo de la Seguridad Social y responsabilidad por riesgo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, págs. 367 y ss.

449 VIDA SORIA, L.: “Las peculiaridades en la protección...”, op. cit., pág. 43.

450 DURÁN LÓPEZ, F.: *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*. Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001, págs. 239 y 240.

451 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., pág. 71.

452 DESDENTADO BONETE, A.: “Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de la Seguridad Social”, en *Aspectos complejos en materia de seguridad social*.

es decir, por la actualización de un riesgo profesional en el consiguiente siniestro. Ahora bien, esta cobertura de la seguridad social puede funcionar como un sistema resarcitorio alternativo a la responsabilidad civil de Derecho Común, desplazando su ratio de acción y asumiendo principios de ésta, como la *restitutio in integrum*; o bien, asumiendo un papel de complementariedad en la que se ocupará de cubrir un “estado de necesidad”, relegando a la responsabilidad civil al resarcimiento del resto de daños no cubiertos por el aseguramiento público⁴⁵³.

Mientras la primera de las concepciones del párrafo anterior resulta acorde a una seguridad social como aseguramiento de la responsabilidad civil objetiva y/o subjetiva, la segunda de las modalidades considera a la protección de la seguridad social como asimiladora de una responsabilidad civil por riesgo⁴⁵⁴. La lógica de la cobertura del riesgo reside en asegurar públicamente unos riesgos inevitables por inherentes al ciclo productivo, de modo que se exonera al empresario de los daños generados por estos “riesgos lícitos”, aceptados y asumidos por la sociedad, lo cual lleva a relegar la responsabilidad directa del empresario únicamente a la compensación de los daños derivados de la actualización de un riesgo ilícito, ya sea generado por culpa, dolo, o la vulneración de normativa preventiva o estándares de conducta de obligado cumplimiento. Del mismo modo que se justificaría en casos de carácter objetivo de la responsabilidad, el empresario se ve protegido por una “inmunidad empresarial” que lo exime de reclamaciones adicionales siempre que se encuentre en ese marco de actuar diligente y no

Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial; Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2001, págs. 286 y ss.

453 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Protección por accidentes...”, op. cit., págs. 368-373.

454 *Ibidem*..., pág. 370.

culposo, amparado por la legalidad vigente⁴⁵⁵, ya que ése es el ámbito de cobertura asegurado.

Será característico de un sistema de Seguridad Social como aseguramiento de la responsabilidad empresarial, que la cotización por contingencias profesionales corra a cargo exclusivo del empresario, sujeto beneficiario del proceso productivo y creador de las condiciones de riesgo, así como encargado de la dirección, vigilancia y control de la actividad productiva.

Junto a la primordial función reparadora de la seguridad social, ya sea como función ambivalente⁴⁵⁶ o como consecuencia de una visión integradora de las técnicas preventivas, cobra fuerza el aspecto prevencionista en ella, y se presenta como mecanismo incentivador de la prevención de riesgos laborales⁴⁵⁷. Por ende, no es de extrañar, la utilización de términos actuariales típicos del seguro privado para la valoración de las “primas” que el empresario asegurado debe satisfacer⁴⁵⁸.

En contraposición, el segundo de los modelos tiende a interpretar a la seguridad social como un modelo fundamentado en la protección social por accidente de trabajo, en el que desaparece la noción de responsabilidad individual del empresario y la cobertura de las contingencias pasa a convertirse en una garantía social⁴⁵⁹, es la lógica de una moderna seguridad

455 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño y su valoración en los accidentes de trabajo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 79, 2009, pág. 84 y 85.

456 CORREA CARRASCO, M.: *Accidente de trabajo, responsabilidad y aseguramiento*. Bomarzo, Albacete, 2008, págs.105-107.

457 GINÈS I FABRELLAS, A.: *Prestaciones de la seguridad social por contingencias profesionales*. Bomarzo, Albacete, 2012, págs. 29 y ss.; VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*. Bomarzo, Albacete, 2012, págs. 59 y ss.

458 VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: “La responsabilidad por daños...”, op. cit., págs. 259; ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones...*, op. cit., págs. 163 y ss.

459 DURAND, P.: *La Política Contemporánea...*, op. cit., págs. 716 y 717;

social en la que se supera la “teoría del riesgo profesional” para crear una red de protección social ante el infortunio⁴⁶⁰. Con ello, se produce una socialización de la reparación, y es la sociedad quien asume los costes de la misma, una reparación guiada por el estado de necesidad de la víctima, al margen de la causa, y con limitaciones en los daños a reparar⁴⁶¹. De esta lógica, una plena inserción del aseguramiento en el sistema público conllevaría la no diferenciación entre contingencias en función de los riesgos causantes de la misma y, por ende, la desaparición de la contingencia como elemento articulador de la cobertura para ser sustituido por la “situación de necesidad”⁴⁶². Sin embargo, y por motivos en los que más adelante se ahondará, Holanda es el único homólogo europeo que habrá ido tan lejos, hasta lograr una plena asimilación con los riesgos comunes.

En este modelo, cuando el empresario abona las cotizaciones, no lo está realizando en concepto de pago por una posterior contraprestación como sucede en el caso del seguro, sino en respuesta a una obligación fiscal de pagar un impuesto, dirigido a unas arcas públicas que luego, en una relación autónoma, se ocupan de la dispensa de la protección social⁴⁶³. De esa manera, se sustituye la sinalagmaticidad por una proporcionalidad más o menos relativa⁴⁶⁴, las prestaciones de la seguridad social por contingencias profesionales constituyen una renta sustitutiva del salario dejado de percibir, concepto homogéneo al de lucro cesante en la responsabilidad civil. Empero,

460 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones económicas derivadas de accidente de trabajo. Problemática y reformas*. Comares, Granada, 2009, págs. 88 y ss.

461 DURÁN LÓPEZ, F.: *Informe sobre riesgos laborales...*, op. cit., pág. 239.

462 PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad (en el sistema español de la Seguridad Social)*. Reus, Madrid, 2008, págs. 184 y ss.

463 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., pág. 70

464 PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: *La consideración conjunta...*, op. cit., pág. 187.

en tanto la reparación se dirige a una situación de necesidad, decaen principios rectores como la reparación íntegra del daño.

Si la compensación de los daños se estructura como eje central, se entiende que el trabajador queda eximido de demostrar culpa en la parte empresarial, de modo que la reparación correrá a cargo de la seguridad social con indiferencia de si el daño es consecuencia de la actualización de un riesgo lícito o ilícito. El trabajador recibirá la compensación indiferentemente de la inevitabilidad del daño, incluso aunque se probase que el daño no se hubiese podido evitar mediando una diligencia extrema o “gasto razonable” para su prevención⁴⁶⁵. Se entiende, por ende, que no debe probar la culpa del empresario para acceder a las prestaciones⁴⁶⁶.

4.- Ámbito de cobertura: una compensación parcial de los daños.

El hecho de que los sistemas de WC se basen en una responsabilidad objetiva, supone que el derecho a recibir la compensación de los daños, el acceso a las prestaciones, venga predeterminado por la Ley y que, al igual que se objetiva la causa que lo fundamenta, se objetiven los términos en los que se concreta, dando como resultado un sistema de cuantías tasadas o tarifas⁴⁶⁷. Esto hace que el nivel de compensación de daños que los sistemas

465 WAGNER, G.: “New Perspective...”, op. cit., pág. 563.

466 Excepción de lo anterior resultan los casos de “*willful misconduct*” o “*self-inflicted injuries*”, es decir, aquellos en los que se demuestre un intencionado o deliberado comportamiento de autolesión, *mala praxis* evidente, en la conducta del solicitante de la prestación, véase PARSONS, C.: “Liability Rules...”, op. cit., pág. 361; Ciertamente es también que las pautas o estándares para la consideración de imprudencia temeraria o dolo, “*contributory negligent*”, en el Marco comparado, dentro de los WC presentan una interpretación más restrictiva que la reconocida por los tribunales en reclamación civil, véase WAGNER, G.: “New Perspective...”, op. cit., pág. 563.

467 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., págs. 72-74.

de seguridad social dispensan, difiera bastante de las cuantías concedidas en las vías civiles o de *tort law*.

El ámbito de cobertura de los sistemas de WC quedará circunscrito a los casos de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y muerte, siempre en función de lo que cada Estado entienda por cada una de las contingencias profesionales. Por ende, la tipología de daños que quedarán bajo el alcance de la protección serán aquellos que deriven de estas contingencias y mantengan, entonces, esa etiología laboral.

Cuando estas contingencias profesionales son generadoras de supuestos de incapacidad temporal, la cobertura de los WC busca suplir los salarios dejados de percibir por la persona trabajadora durante un espacio temporal determinado. La principal diferencia de cada legislación reside en las cantidades otorgadas y en el período o prolongación durante el que éstas se dispensan.

Tabla 3. Compensaciones por Incapacidad Temporal (2004) ⁴⁶⁸

PAÍS	Período de espera	Entidades/organismo financiador ¹	Cantidad de la prestación (% salarial)	Duración máxima del pago (desde el día de la lesión o diagnóstico de la enfermedad)
Alemania	-	Empresario	Mantenimiento salarial	Mínimo 6 semanas
		Seg. riesg. prof.	80%	78 semanas
Austria	-	Empresario	Mantenimiento salarial	8 semanas mínimo
		Seguro de enfermedad	50% durante 41 días; 60 % posteriormente	26 semanas
		Seg. riesg. prof.	60%	Prorrogable por hospitalización
Bélgica	-	Empresario	Mantenimiento salarial	1 mes
		Seg. riesg. prof.	90%	Hasta curación/estabilización médica
Dinamarca	-	Empresario	Mantenimiento salarial	2 semanas
		Seguro de enfermedad	Tarifa plana basada en el salario (máx. 418€/ semana)	52 semanas (ampliable por 26 semanas)
España	-	Seg. riesg. prof.	75%	12 meses (ampliable por 6 meses)
Finlandia	- ²	Seg. riesg. prof.	Tarifa plana basada en el salario ³	Primeras 4 semanas
			100% del salario neto	Posterior, por 1 año
Francia	-		60%	28 días

468 Los datos utilizados en la conformación de la Tabla 3 han sido extraídos del informe *Accidents at work and diseases: flat rate or full reparation? European survey on the condition for the victims*. EUROGIP, junio 2005, págs. 7 y 8. Disponible en (última consulta el 28/02/2016):

<http://www.eurogip.fr/en/publications-d-eurogip/131-accidents-at-work-and-occupational-diseases-flat-rate-or-full-reparation-european-survey-on-the-conditions-of-compensation-for-the-victims>

La interacción de los distintos mecanismos compensatorios y preventivos...

		Seg, riesg. prof.	80%	Hasta curación/estabilización médica
Irlanda	3 días	Seg, riesg. prof.	Tarifa plana o 134.80€/ semana	26 semanas
Luxemburgo	-	Empresario	Mantenimiento salarial	Mes actual + mín., 3 meses siguientes
		Seg, riesg. prof.	Mantenimiento salarial	52 semanas
Italia	3 días	Empresario	Mantenimiento 60% salario	3 días
		Seg, riesg. prof.	60%	90 días
			75%	Hasta curación/estabilización médica
Portugal	-	Seg, riesg. prof.	70%	12 meses
			75%	Hasta curación/estabilización médica
Reino Unido	3 días	Seguro de enfermedad	Tarifa plana (72€/ semana)	Primeras 28 semanas
			Tarifa plana (85€/ semana)	52 semanas
Suiza	3 días	Seg, riesg. prof.	80%	Hasta curación/estabilización médica
Suecia	1 día ⁴	Empresario	80% mantenimiento salarial	Del día 2 al 14
		Seguro de enfermedad	80%	Hasta curación/estabilización médica

1* Se entenderá por el término "seguro de riesgos profesionales" el sistema de Workers' Compensation por el cual se aseguren los accidentes de trabajo y enfermedad profesional, indiferentemente del carácter público, privado o mixto que pueda tener.

Asimismo, habrá que tener en consideración el hecho de que un porcentaje de tales sistemas, a su vez, corre a cargo de financiación empresarial, de modo que parte del coste seguirá repercutiéndose indirectamente sobre el empresario.

2*- La incapacidad debe prologarse, al menos, 3 días.

3*- La cuantía por día varía en función de los ingresos anuales:

- Si el salario es inferior 1.026€ (siendo que la enfermedad se prolonga por más de 55 días)= 11.45€
- Si el salario se encuentra entre 1.027€ y 26.720= 70% de 1/300 por encima del salario
- Si el salario se encuentra entre 26.720€ y 41.110€= 62.35€ + 40% de 1/300 de salario sobre 26.720€
- Si el salario excede 41.110€=81.53 + 25% de 1/300 de salario sobre 41.110€

4*- Se paga compensación para este día, una vez que de que se haya probado la etiología laboral de la contingencia.

Más complejo resulta el marco de cobertura de la incapacidad permanente. Dos son las preguntas que el lector debe plantearse, en primer lugar, qué tipo de daños son estos y, en segundo lugar, cual es el grado de cobertura que se ofrece para dichos daños.

4.1.- ¿Qué tipo de daños cubren los sistemas de *Workers' Compensation*?

No todos los daños acaecidos en el curso o como consecuencia del trabajo reciben cobertura por los sistemas de WC. La tendencia general es la de compensar pérdidas económicamente tangibles, principalmente los salarios dejados de percibir (*loss of earnings*) y los gastos médicos generados como consecuencia de la situación incapacitante (*medical care*)⁴⁶⁹, a lo que se añaden los costes de rehabilitación, funeral, y las cuantías por viudedad u orfandad en casos de muerte. De esta manera, no resulta frecuente que daños de tipo no-pecuniario -daños morales o psicológicos- y daños materiales pero no corporales -daños a la propiedad- sean compensados⁴⁷⁰.

Ahora bien, la perspectiva comparada permite plantear, para casos de incapacidades permanentes, dos grupos en función de la tipología del daño cubierto⁴⁷¹. El primero de ellos, formado por Alemania, Austria, España, Francia y Luxemburgo, se caracteriza por una concepción de la compensación como reparación de los daños generados por riesgos profesionales, teniendo

469 WILLIAMS, C. A.: *An International Comparison...*, op. cit., pág. 8 y ss.

470 WAGNER, G.: "New Perspective...", op. cit., pág. 564.

471 Para mayor concreción en esta clasificación, véanse los informes: "Compensation of permanent impairment resulting from occupational injuries in Europe", en *EUROGIP*, diciembre 2010. Disponible en:

http://www.eurogip.fr/images/publications/Eurogip_Notecompensation_59E.pdf (última consulta el 15/10/2014); *Accidents at work and diseases: flat rate...*, op. cit., págs. 9-11.

como eje el resarcir una disminución o pérdida de la capacidad productiva del trabajador, en otras palabras, su habilidad/capacidad para generar ingresos. Por ello, factores como las características personales de la víctima y su situación en el mercado de trabajo, son tenidos en consideración para la determinación de la cuantía compensatoria. Cuantía que vendrá determinada por medio de valoraciones médicas que asignarán grados de discapacidad atendiendo a escalas predeterminadas nacionalmente.

El segundo de los grupos, integrado por Dinamarca, Finlandia, Italia, Suecia y Suiza, presenta como singularidad la doble cobertura, por un lado, de la pérdida de capacidad de producir ingresos y, por otro, de los daños psíquicos y a la integridad mental que pueda padecer la víctima. Respecto a la determinación de la cuantía para compensar las pérdidas de capacidad productiva, no se atiende tanto a escalas porcentuales que puedan ser asignadas por valoraciones médico-forenses, sino que la compensación responde en mayor medida a un concepto económico, en tanto que se atiende a la cantidad económica dejada de percibir por la víctima como consecuencia de ese grado de discapacidad⁴⁷².

Resulta interesante el caso italiano, donde el INAIL⁴⁷³, por medio del resarcimiento del *danno biologico*, dispensa cobertura pública a las lesiones a la integridad psico-física del trabajador⁴⁷⁴. Un concepto éste, que

472 *Ibidem...*, pág. 10.

473 El INAIL -Istituto Nacional para la Prevención de los Accidentes en el Trabajo - es la entidad pública sin ánimo de lucro que gestiona el seguro público y obligatorio de accidentes en el trabajo y las enfermedades profesionales en Italia.

474 “In attesa della definizione di carattere generale di danno biologico e dei criteri per la determinazione del relativo risarcimento, il presente articolo definisce, in via sperimentale, ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali il danno biologico come la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona”. Para la determinación de la cuantía a compensar, desarrolla el Decreto una “tabella delle menomazioni”, dentro de la cual quedan sin cobertura aquellos supuestos en los que el grado de discapacidad sea inferior al 6% (art. 13.1 y 2 del Decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38, sobre “Disposizioni in materia di assicurazione

va más allá de la tradicional categorización entre daño patrimonial y no patrimonial⁴⁷⁵ y, como categoría autónoma, engloba junto a las lesiones psicofísicas las lesiones generadas sobre la vida social, cultural y deportiva del propio sujeto, en definitiva, el deterioro del disfrute de la vida⁴⁷⁶, si bien, desde una noción todavía anclada a la valoración médico legal⁴⁷⁷. Del mismo modo que el INAIL otorga cobertura a la variante “*statica*” del daño biológico⁴⁷⁸, y relega el aspecto subjetivo del daño biológico para la posterior *azione risarcitoria* mediante la liquidación del *danno differenziale* en sede judicial, se otorgará cobertura a la perspectiva objetiva del *danno esistenziale* cuando

contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, a norma dell'articolo 55, comma 1, della legge 17 maggio 1999, n. 144”)

475 El daño biológico (art. 2043 Code Civile italiano), como evento lesivo contra la integridad psico-física de la víctima, supone un daño base con presencia en la totalidad de las hipótesis de lesiones, mientras que el daño patrimonial, en cuanto consecuencia de un hecho lesivo eventual, requiere de una prueba concreta y efectiva (art. 2697 Code Civile italiano). Respecto a la diferencia que presenta con el daño moral, este último contiene un ámbito objetivo más restringido, al referirse únicamente a las perturbaciones psicológicas presentadas durante un espacio temporal determinado (art. 2059 Code Civile italiano), de modo que el punto de confluencia, o de mayor acercamiento entre ambos tipos de daños, se presenta en el daño psíquico, categoría interna del daño biológico, lo cual plantea un posible riesgo de duplicación resarcitoria. En aplicación de la tesis *tertium genus*, la tendencia jurisprudencial se decanta por reconocer el daño biológico como daño extrapatrimonial o personal, distinguiéndolo ontológicamente de los daños morales y de los daños económicos por disminución de la capacidad para generar ingresos. MASCIOCCHI, P.: *Sicurezza del lavoro: profili di responsabilità: adempimenti, procedure, formulario*. Wolters Kluwer, Milanofiori (Assago), 2010, págs. 169 y ss.

476 Dentro de la esencia del daño a la salud, el daño biológico se constituye como una tercera categoría de daño a los valores de la persona, un daño de carácter no patrimonial que engloba aquellos efectos adversos o negativos que inciden sobre la salud como bien primario, que abarcará el derecho inviolable a una vida plena, a la propia personalidad moral, intelectual y cultural del sujeto, véase MARANDO, G.: *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*. Giuffrè, Milano, 2003, págs. 375 y ss.; En cuanto que concepto autónomo, de elaboración jurisprudencial, se entiende por tal la “*menomazione all'integrità psicofisica della persona in sé e per sé considerata, in quanto incidente sul 'valore-uomo' in tutta la sua concreta dimensioni; valore che non è riconducibile quindi a alla sola attitudine a produrre ricchezza, ma collegato alla somma delle funzioni naturali, afferenti al soggetto nell'ambiente in cui la vita si esplica, che anno rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociales, culturale ed estetica*”, Cassazione n. 6134/1984.

477 BUFFA, F. y CASSANO, G.: *Il danno esistenziale...*, op. cit., pág. 81.

478 Mientras el danno biológico “statico” representa la lesión de la salud “*in sé e per sé considerata*”, el danno biológico “dinamico” hace alusión al perjuicio derivado de la lesión, por ende, de carácter subjetivo. Véase ROSSETTI, M. [et. alt.]: *La prova del danno biologico*. Giuffrè Editore, Milano, 2014, págs. 11 y ss.

éste derive de una *lesione all'integrità psicofísica suscettibile di accertamento medico legale*⁴⁷⁹.

En la línea de esto último, el sistema público de Seguridad Social danés ofrece, asimismo, compensación para cubrir las complicaciones o molestias que el trabajador accidentado deba soportar en su día a día como consecuencia de la situación de incapacidad permanente generada a causa de un riesgo profesional⁴⁸⁰.

Otro caso en el que los daños no-pecuniarios reciben un especial tratamiento nos lo encontramos en el singular “modelo sueco”. Suecia presenta un sistema general de Seguridad Social (*Arbetskadeförsäkringen*) en el que los trabajadores víctimas de un riesgo profesional reciben una cobertura básica, y en un segundo plano, una vía complementaria de seguro colectivo prevista mediante la negociación colectiva entre los interlocutores sociales (*Trygghetsförsäkringen*), representaciones sindicales y empresarial⁴⁸¹. La instauración de este seguro de responsabilidad empresarial responde a una búsqueda de la reparación íntegra del daño, de modo que su función será la de sufragar el montante no cubierto por el sistema público de

479 BUFFA, F. y CASSANO, G.: *Il danno esistenziale...*, op. cit., págs. 75 y ss.

480 Se compensará este daño no-pecuniario siempre que la incapacidad permanente sea derivada de un riesgo profesional y suponga un grado de incapacidad superior al 5%. Véase la página oficial de la *National Board of Industrial Injuries (Arbejdsskadestyrelsen)*, agencia pública dependiente del Ministerio de Empleo, encargada de la gestión de las prestaciones. Disponible en (última consulta el 28/02/16):

<http://www.ask.dk/da/English/Industrial-injuries/What-type-of-compensation-can-you-expect/Compensation-for-permanent-injury.aspx>

481 Según estima *AFA Försäkring*, una de las principales aseguradoras sin ánimo de lucro que actúa en Suecia, dando cobertura a los riesgos profesionales, el 90% de los trabajadores suecos se encuentran bajo el paraguas de estos seguros colectivos pactados por convenio. Información disponible en (última consulta el 28/02/2016):

<https://www.afaforsakring.se/Andra-sprak/Engelska/>

cobertura, con especial atención a la compensación de los daños morales (*pain and suffering and moral damage*)⁴⁸².

Resulta un fenómeno común transfronterizo el difumino de las fronteras de protección de los sistemas de WC en casos de daños no-pecuniarios, morales o psíquicos. A menudo, nos encontramos con daños psíquicos⁴⁸³ o morales que por sí mismos no resultan susceptibles de resarcimiento, sin embargo, en situaciones de fuerte presión psicológica y moral que pueden generar una incapacidad permanente en el acosado, o incluso el suicidio, quedan entonces cubiertos por los sistemas de WC⁴⁸⁴. Desde la perspectiva de los sistemas de Seguridad Social, la atención para la cobertura de estos daños se centra en la demostración de las conexiones de los problemas psicosomáticos con la actividad laboral, en la demostración de su etiología profesional⁴⁸⁵.

En el plano comparado, algunos sistemas de WC reconocen como contingencia profesional los supuestos de acoso o discriminación, pero ninguno otorga cobertura a supuestos de “simples” ofensas o humillaciones

482 Para un mayor comprensión acerca de este sistema complementario de aseguramiento de la responsabilidad empresarial, y el modo en el que viene a sustituir la indemnización en vía judicial, véanse STRÖMBÄCK, E. (2001). “Sweden’s No-Fault...”, op. cit., págs. 506 y ss.; EYBEN, B. V.: “Common Report”, en Informes del *XIth World Congress of the International Association for Insurance Law (AIDA)* sobre “Alternative compensation, mechanisms for damages, Common Report and National Reports from the Nordic countries: Denmark, Finland, Norway, Sweden”, que tuvo lugar los días 20 y 25 de octubre de 2002, en Nueva York, págs. 26-63.

483 Para una comparativa de las diferentes formas de reconocimiento de trastornos psicológicos o desórdenes mentales, véase KIEFFER, C.: “What recognition of work-related mental disorders? A study on 10 European countries”, *EUROGIP*, febrero de 2013. Disponible en (última consulta el 28/02/2016):

http://www.eurogip.fr/images/documents/3483/Eurogip_recognition_of_work_related_mental_disorders_81EN.pdf

484 SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La violencia de género en el trabajo: perspectiva de Seguridad Social”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 14, 2007, págs. 20 y ss.

485 NAVARRO NIETO, F.: *La Tutela Jurídica frente al Acoso Laboral*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 213 y ss.

derivadas de acoso u otras formas de discriminaciones, ni cubren los efectos de estas conductas sobre los ingresos⁴⁸⁶.

Difiere de todo lo anterior el caso de Reino Unido e Irlanda, con una especial singularidad. Esta peculiaridad reside en la no compensación de la disminución de la capacidad productiva de la víctima por medio de la regulación especial concedida a las contingencias profesionales, remitiendo al régimen general de la Seguridad Social para la cobertura de esa pérdida de ingresos, y limitar así la compensación dispensada por la *Industrial Injuries Disablement Benefit* a la cobertura de los daños no pecuniarios (*physiological damage*)⁴⁸⁷.

4.2.- ¿Cuál es el grado de cobertura sobre esos daños?

El grado de cobertura que cada sistema de aseguramiento del daño profesional dispensa, varía notablemente en función de cada Estado y su política nacional. El nivel de cobertura, el *quantum* y la calidad de las prestaciones, se encuentra condicionado por la propia conformación y evolución de los sistemas de seguridad social⁴⁸⁸, se encuentra en directa correlación con el modelo teórico de protección frente a los accidentes de trabajo y enfermedad profesional de la Seguridad Social. Asimismo, resulta un aspecto especialmente sensible a las coyunturas económicas, ya que un elevado nivel de cobertura conlleva un mayor desembolso de las arcas

486 OLIPHANT, K.: "The Changing Landscape...", op. cit., pág. 536.

487 LEWIS, R.: "Employers' Liability and Workers' Compensation: England and Wales", en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers' Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, págs. 159 y ss.

488 MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "Determinación de contingencias de la Seguridad Social: (revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesiones)", en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, núm. 20, 2009, págs. 70 y ss.

públicas, lo cual a su vez, requiere de un mayor sacrificio de los contribuyentes⁴⁸⁹.

En tanto un modelo de Seguridad Social se construya como aseguramiento público de la responsabilidad civil, y se imponga cómo única vía reparadora, desplazando el recurso a la responsabilidad del derecho común, encontrará sentido la importación de principios civilistas como la *restitutio in integrum*. No así, los sistemas de Seguridad Social como socializadores del riesgo, realizan en su gran mayoría una compensación parcial de los daños⁴⁹⁰ ya que tratan de resarcir únicamente unos daños cifrados en función del estado de necesidad generado⁴⁹¹, lo cual no viene sino a responder a la finalidad de estos sistemas públicos de protección social como garantes de unos niveles mínimos de subsistencia, cubriendo las necesidades más básicas del trabajador accidentado⁴⁹².

En lo que a la asistencia médica concierne, los sistemas de Seguridad Social otorgan un servicio médico “en especie”, ya sea dentro de su propia estructura y/o por medio de entidades externas bajo el control público, previa autorización administrativa⁴⁹³. Mayores diferencias suscita el grado de cobertura en lo que a beneficios monetarios se refiere, resulta casi unánime el modo por el que se realiza el cálculo, si bien se presentan diferencias cualitativas entre las prestaciones económicas de cada país.

489 FAURE, M.: “Compensation for occupational...”, op. cit., pág. 147.

490 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 80; HOOP, R. I. R.: “Shifts in Work-Related Injuries: An Explanatory Analysis”, en KLOSSE, S.: *Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases*. Springer-Verlag/Wien, Vienna, 2007, págs. 84 y ss.; PARSONS, C.: “Liability Rules...”, op. cit., pág. 362.

491 VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: “La responsabilidad por daños...”, op. cit., págs. 259 y 260.

492 CORREA CARRASCO, M.: *Accidente de trabajo...*, op. cit., págs. 20-23.

493 WAGNER, G.: “New Perspective...”, op. cit., pág. 565; Para una tabla comparativa sobre el modo de dispensa de diferentes Estados miembros de la Unión Europea, véase *Accidents at work and diseases: flat rate...*, op. cit., pág. 5.

En Europa, la tónica general (exceptuando Reino Unido e Irlanda) es acudir a un médico experto que valora y sugiere un grado-porcentaje de discapacidad para, posteriormente, conceder una prestación en atención a ese grado de minusvalía y el nivel salarial que se recibía previamente al accidente⁴⁹⁴. Asimismo, el *hándicap* final debe ajustarse a unos límites⁴⁹⁵, del mismo modo que la consideración del salario previo a la actualización del riesgo profesional queda circunscrito a unos mínimos, para asegurar tanto la dispensa de unos mínimos acordes al nivel de subsistencia que el Estado protege, como a unos máximos, que excederían ampliamente esa dispensa mínima del Estado y podrían generar una considerable merma en las arcas públicas.

494 WAGNER, G.: "New Perspective...", op. cit., pág. 566.

495 Para una tabla comparativa de los *floor and ceiling* en los salarios asegurados en los casos de incapacidad temporal (base mensual) e incapacidad permanente (base anual), dentro de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, en 2004, véase *Accidents at work and diseases: flat rate...*, op. cit., pág. 6.

CAPÍTULO VII.-
LA RESPONSABILIDAD CIVIL ADICIONAL Y SU
RELACIÓN CON LOS MECANISMOS DE
ASEGURAMIENTO SOCIAL DE LOS RIESGOS
PROFESIONALES

CAPÍTULO VII.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL ADICIONAL Y SU RELACIÓN CON LOS MECANISMOS DE ASEGURAMIENTO SOCIAL DE LOS RIESGOS PROFESIONALES

1.- Espacio actual de los sistemas de responsabilidad civil por accidente de trabajo

1.1.- Modelos de (in)compatibilidad entre la protección de la seguridad social y el resarcimiento de la indemnización civil

Un análisis del espacio o rol desempeñado por la responsabilidad civil en lo que a AT y EP se refiere debe prestar especial atención al aseguramiento social con el que comparte la función resarcitoria de los daños derivados de la contingencia profesional, so pena de incurrir en caso contrario en un sesgado e incompleto estudio. Ello genera que las nuevas parcelas de la responsabilidad civil deban buscarse mirando hacia el sistema de seguridad social con el que se coexiste⁴⁹⁶. Queda visto cómo ambas vías representan las dos caras de una misma moneda, mientras la seguridad social contempla la compensación desde la perspectiva de la víctima atendiendo a sus necesidades, la responsabilidad civil centra la mirada en el sujeto generador del daño y su conducta⁴⁹⁷. Es en esa situación dialéctica en la que una mayor preponderancia de la seguridad social conlleva un espacio más limitado para la responsabilidad civil, y viceversa. Ahora bien, ambas vías confluyen, en

496 Un ejemplo claro de ello es el notable incremento a nivel transfronterizo de las reclamaciones judiciales para los daños no pecuniarios en general, y los daños o menoscabos que afecten la dignidad humana en particular. WAGNER, G.: "New Perspective...", op. cit., pág. 562; FAURE, M. y HARTLIEF, T.: "Toward an Expanding...", op. cit., págs. 254 y 255.

497 MAGNUS, U.: "Impact of Social Security...", op. cit., pág. 279.

mayor o menor medida, dentro de una misma realidad que las obliga, en cierta medida, a aunar posiciones dentro del equilibrio triangular compensación-reparación-prevención.

Cuando se habla del nivel de interacción entre el sistema resarcitorio del derecho común y la protección de la seguridad social, la naturaleza de la Institución encargada del aseguramiento social se presenta como elemento basilar. El modo de estructuración del sistema de seguridad social o de WC será determinante para dilucidar el grado de entendimiento entre ambos mecanismos resarcitorios.

La consideración de un sistema de seguridad social como aseguramiento de la responsabilidad civil empresarial puede interpretarse de dos modos. Por un lado, que la seguridad social sea un “Sistema especial frente al general de la responsabilidad civil del Derecho Común”, lo cual lleva a entender el recurso a la indemnización civil como una vía vetada, desplazada por la lógica del aseguramiento. No obstante, dentro de una interpretación más laxa, esta puerta trasera se mantendría abierta siempre que los hechos queden fuera del ámbito a regular por el sistema de seguridad social. Por otro lado, puede entenderse la relación de ambas vías resarcitorias como alternas, por entender que la indemnización civil por daños y perjuicios debiera encontrarse siempre a disposición cuando de daños entre privados se trate, para poder así otorgar compensación a los daños que quedan fuera de la seguridad social⁴⁹⁸.

El primero de los supuestos anteriores genera que la víctima, al no poder acudir en sede judicial para la reclamación de daños y perjuicios, vea condicionada la reparación de los daños sufridos a la percepción única de las prestaciones de la seguridad social que, como ya queda visto, dista bastante

498 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Protección por accidentes...”, op. cit., págs. 368 y 369.

de la *restitutio in integrum* que rige en las reparaciones de daños derivados de violaciones de derechos fundamentales. No así, la postura moderada sí permite la apertura del procedimiento para la determinación de la responsabilidad civil empresarial. Ahora bien, sólo si la responsabilidad civil cubierta mediante el aseguramiento social es una responsabilidad por riesgo se podrá accionar la vía de la indemnización civil, ya que aquellos supuestos consecuencia de la realización de un riesgo ilícito quedan fuera del aseguramiento social y, por ende, resultan susceptibles de activar la vía de derecho común⁴⁹⁹. En ese caso, la protección de la seguridad social y la responsabilidad civil serían compatibles.

En el segundo de los supuestos, la responsabilidad civil se mantiene siempre como accesible para obtener la indemnización adicional, de modo que sea el modelo de responsabilidad civil que sea en el que nos encontremos, cabrá la interposición de responsabilidad civil para obtener aquellas cuantías no satisfechas por el sistema de seguridad social.

En otro sentido, cuando el sistema de seguridad social se concibe como un seguro de personas, resulta plenamente acorde la coexistencia de ambos sistemas resarcitorios. La lógica compensadora de la seguridad social resulta aquí completamente ajena a la indemnización privada entre particulares, ya que ésta busca únicamente la cobertura de un lucro determinado de sus asegurados, independientemente de acciones de reclamación externas que escapan a la dinámica aseguradora. De esa manera, las cantidades económicas que el trabajador pudiera percibir en concepto de indemnización civil no tendrían límite alguno y serían plenamente

499 Se entenderá que un daño es derivado de un riesgo ilícito cuando los hechos generadores del infortunio muestren que éste hubiera podido evitarse de haberse cumplido las normas de prevención de riesgos laborales. A la inversa, cuando habiéndose tomado todas las medidas preventivas que “ofrece el estado de la técnica y la ciencia en el momento en que acontecen los hechos lesivos” no se haya podido evitar el accidente, se considerará que los daños son derivados de un riesgo lícito. *Ibidem...*, pág. 370.

acumulables a las prestaciones derivadas del aseguramiento de la seguridad social⁵⁰⁰.

Sin embargo, allá donde el sistema de seguridad social responde a un modelo de protección pública frente a los riesgos profesionales y se acomete la socialización de estos riesgos, desaparece cualquier atisbo de imputación sobre la conducta empresarial y se dispensa protección pública a todas aquellas personas que se encuentren en un “estado de necesidad”, independientemente de la etiología de los daños. De ese modo, la seguridad social dispensa una cobertura básica de las rentas dejadas de percibir por la víctima, concepto homogéneo al de las cuantías por lucro cesante, integradas a su vez en la indemnización civil. Por ello, es propio de este modelo la complementariedad de las cuantías provenientes de ambas vías, en definitiva, que las prestaciones de la seguridad social sean descontadas del *quatum* a percibir como indemnización civil en vía de responsabilidad civil empresarial.

Como reseña transversal, no resulta inusual a ninguno de los modelos la práctica de abrir la vía judicial cuando se presenten deficiencias o carencias en el aseguramiento social⁵⁰¹. Es decir, cuando el empresario no haya satisfecho sus obligaciones respecto a la formalización y las exigencias del aseguramiento de los riesgos profesionales, ya sea en su totalidad o por el impago de determinadas cuotas, resulta común la posibilidad de accionar en sede judicial para la obtención de la indemnización civil adicional⁵⁰². De igual modo, cuando concurra una intencionalidad lesiva en la parte empresarial, sea

500 *Ibidem...*, pág. 374.

501 Quedará en estos casos, plenamente abierta la posibilidad de exigir la indemnización civil, así como, a través de la acción civil accesoria, en el procedimiento penal. Véase MUÑOZ MARÍN, A. J. y HUETE PEREZ, L.: *La responsabilidad civil derivada de accidente laboral en el proceso penal*. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2014, págs. 21 y ss.

502 En estos supuestos de descubiertos en las obligaciones contributivas empresariales, como se veía en el capítulo anterior, la seguridad social o entidad delegada ostentará la facultad para acudir también regreso, o subordinarse en las cuantías previamente satisfechas al trabajador víctima del AT o EP.

el modelo que sea en el que nos encontremos, siempre quedará abierta la posibilidad de acudir a la vía judicial, en el orden pertinente⁵⁰³.

1.2.- Auspicio de la responsabilidad civil y la influencia de las prestaciones derivadas del aseguramiento social como condicionantes para la configuración de sus cuantías

Se ha visto a lo largo de la tesis una clara diferenciación entre los dos grandes mecanismos para la reparación de los daños derivados de AT y EP y la diferente naturaleza y función que en el transcurso de los tiempos cada uno ha cumplido. Los tiempos modernos, o neomodernos, cuando se cumplen 80 años del largometraje de Charles Chaplin, nos desvelan un tercer ciclo dentro del recorrido de la reparación de los accidentes de trabajo⁵⁰⁴.

De aquella responsabilidad civil inicial, pasando por la construcción de los seguros sociales, y siguiendo con la institucionalización de éstos y con la construcción de la seguridad social, se llega al último escenario de retorno al recurso a la vía judicial con la responsabilidad civil. Se asiste a un reordenamiento hacia el derecho común en las jurisdicciones europeas⁵⁰⁵.

Este movimiento obliga a un seguimiento con especial recelo, ya que la privatización del sistema resarcitorio puede convertirse en otra faceta más del desmantelamiento del sistema de protección y garantías de los modelos sociales europeos, dentro de la destrucción del estatuto epistemológico de Derecho del trabajo que se viene acometiendo por los gobernantes

503 *Accidents at work and diseases: flat rate...*, op. cit., pág. 23.

504 KLOSSE, S. y HARTLIEF, T. (eds.): "Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases: Concluding Observations", en KLOSSE, S.: *Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases*. Springer-Verlag/Wien, Vienna, 2007, pág. 222.

505 WALTERS, D.: *An international Comparison...*, op. cit., pág. 15.

Europeos⁵⁰⁶. Se trata así de evitar una evasión más en el proceso de involución de la seguridad social hacia su *big-crunch*⁵⁰⁷. Lamentablemente, asistimos a una erosión de la seguridad social y sus prestaciones para caminar hacia un “reverdecimiento de la vieja idea, descalificada por los hechos históricos, que concibe al individuo como ser autónomo que puede alcanzar con su esfuerzo la satisfacción de sus necesidades”, y así, sembrar la semilla que lleva al divorcio entre “trabajadores, Estado (asistencial) y democracia”⁵⁰⁸. Filosofía propia de la cultura norteamericana y su *litigation society*⁵⁰⁹ pero ajena, se suponía, a la mentalidad europea.

Por ello, el recurso a la vía contenciosa debe presentarse, dentro de lo paradójico, como complemento garante de los intereses de los trabajadores para llegar allí donde la seguridad social no lo hace⁵¹⁰, y no como medio para privatizar y mercantilizar la reparación. Veamos entonces el panorama transfronterizo al respecto.

A pesar de resultar común que la mayoría de las jurisdicciones mantengan una “inmunidad empresarial” como una consecuencia del proceso de aseguramiento social de los riesgos profesionales, haciendo las veces de

506 ROMAGNOLI, U.: “El futuro no será el que una vez fue”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 10, octubre 2015, págs. 15 y ss.

507 AZNAR LÓPEZ, M.: “¿Hacia el «big-crunch» de la Seguridad Social española? De nuevo entorno al modelo constitucional de Seguridad Social”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 9, septiembre 2015, págs. 65 y ss.

508 APARICIO TOVAR, J.: “Siguiendo el debate sobre la Seguridad Social. Habla Joaquín Aparicio”, publicado el 25 de julio de 2007 en el blog del Profesor Baylos Graus. Disponible en (última consulta el 14/11/2015):

<http://baylos.blogspot.com.es/2007/07/siguiendo-el-debate-sobre-la-seguridad.html>

509 FAURE, M. y HARTLIEF, T.: “Toward an Expanding...”, op. cit., pág. 268.

510 GINÈS I FABRELLAS, A.: “Coordinación de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo: estudio empírico de los efectos de la dualidad de jurisdicciones competentes y de técnicas de coordinación sobre la compensación del daño”, en *InDret*, núm. 3, 2013, pág. 11. Disponible en (última consulta el 25/06/2015):

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/268266>

cerrojo para el acceso a la responsabilidad civil. Todos los Estados, en mayor o menor medida, prevén determinados supuestos ante los que decae dicha prerrogativa⁵¹¹. El supuesto típico se encuentra en los casos en los que se muestra una especial culpa agravada, entendida como culpa intencional del empleador, como puede suceder en Luxemburgo, Italia y Suecia. Tampoco resulta extraño que se atenué tal exigencia para admitir el recurso a la vía de la responsabilidad empresarial en casos de negligencias inexcusables o vulneraciones de la normativa específica en materia preventiva, como sucede en Francia, Bélgica o Alemania⁵¹². Del mismo modo, esta activación de la acción civil actuará en estos países para la cobertura de accidentes *in itinere* (*commuting accidents*).

De ese modo, vistos los diferentes modelos en los que la responsabilidad civil adicional pervive, corresponde ahora conocer cuál es su ámbito de actuación. Ante posibles asimilaciones instantáneas entre modelos de seguridad social con cada uno de los tipos siguientes, cabe remarcar cómo el rumbo que en los últimos tiempos ha seguido cada sistema, lleva a observar modelos de relaciones mixtos en los que la responsabilidad civil juega un papel que no siempre sigue la lógica que se correspondería con el sistema de aseguramiento social en el que se integra. De esa manera, nos encontramos con tres escenarios diferentes⁵¹³.

511 WAGNER, G.: "New Perspective...", op. cit., págs. 567 y 568.

512 WALTERS, D.: *An international Comparison...*, op. cit., págs. 32 y 33.

513 La clasificación que se va a seguir es la prevista por OLIPHANT, K.: "The Changing Landscape...", op. cit., págs. 524-526.

1.2.1.- La responsabilidad civil como campo abierto y sin límite

Inglaterra y Holanda son los exponentes de un sistema de responsabilidad civil cuasi plena⁵¹⁴. El trabajador afectado ostenta en toda ocasión la posibilidad de acudir en sede judicial para obtener la íntegra reparación de los daños, sin límite alguno en su demanda. Es decir, no existe una restricción ni cuantitativa ni cualitativa del *petitum* a invocar en el procedimiento civil, de modo que serán compensados la totalidad de los daños sobre los que se logre su prueba. Esta es la técnica conocida doctrinalmente como de “acumulación”, o con el anglicismo *collateral source rule*, propia de la tradición jurídica del *Law of Torts*⁵¹⁵.

Según la teoría del *collateral source rule*, se permite que diferentes cuantías resarcitorias, provenientes de diversos cauces compensatorios, se acumulen sin efectuar descuento alguno⁵¹⁶. Ello es así ya que se consideran indemnizaciones colaterales entre sí, es decir, que cada una responde a una naturaleza y fundamento diferente, por lo que no se incurre en un *doublé dipping*⁵¹⁷ o doble compensación, contraria al orden jurídico.

Esta técnica, trasladada a nuestra materia, supondría una acumulación entre las prestaciones por contingencias profesionales, la indemnización civil,

514 A pesar del prominente papel de la responsabilidad civil empresarial en la compensación de los daños derivados de AT y EP, el hecho de concurrir en ello junto a esquemas de aseguramiento social, no permite hablar de sistemas “puros”. Véase WAGNER, G.: “Tort, Social Security...”, op. cit., págs. 36 y ss.

515 GÓMEZ POMAR, F.: “La responsabilidad extracontractual...”, op. cit., pág. 5; GINÈS I FABRELLAS, A.: *Instrumentos de compensación...*, pág. 363; FLEMING, J. G.: “The Collateral Source Rule and Loss Allocation in Tort Law”, en *California Law Review*, vol. 54, núm. 4, 1996, pág. 1478.

516 STEYNBERG, L. y MILLARD, D.: “Distinguishing between private law and social-security law in deducting social grants from claims for loss of support”, en *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, vol. 14, núm. 4, 2011, págs. 260 y ss.

517 *Ibidem...*, pág. 262.

y el resto de conceptos compensatorios derivados de AT o EP⁵¹⁸. Realmente, no es una técnica que haya tenido especial acogida dentro de los sistemas de reparación del daño derivado de AT o EP, con la salvedad de la mostrada por la doctrina jurisprudencial del orden civil en España, hasta la aparición de la STS (Sala de lo Social) de 17 de julio de 2007 [rec. cas. 513/2006] y su unificación de criterios hacia el modelo de descuento⁵¹⁹ que se tratará en el próximo Cap.

La presencia de este modelo se entiende en un sistema donde las prestaciones por contingencias profesionales del aseguramiento social, como sucede en Reino Unido con el esquema del *Industrial Injuries Disablement Benefit*, se encuentran desvinculadas de los *loss of earnings* reales sufridos por la víctima⁵²⁰ y distan en gran medida de una compensación básica de los daños y perjuicios sufridos, lo cual genera una privatización de la compensación, a través del seguro privado obligatorio y el establecimiento de la vía de *torts* como mecanismo resarcitorio principal.

En el Reino Unido, la parte empresarial no goza de ninguna “inmunidad empresarial” y la indemnización queda condicionada a la prueba de los daños en el proceso civil. Junto a las dificultades probatorias, el sistema ha sido criticado por repercutir sobre los trabajadores unas costas procesales que pueden alcanzar hasta el 25% de la cuantía a reclamar, incluso cuando se obtenga una condena estimatoria⁵²¹.

518 GINÉS I FABRELLAS, A.: “Coordinación de indemnizaciones...”, op. cit., pág. 11.

519 RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Desajustes de los sistemas de reparación del daño derivado de accidente de trabajo y propuestas para un nuevo modelo”, en *Minerva-Revista de Estudios Laborais*, Año VI, núm. 10, marzo de 2007, pág. 138 y ss.

520 WALTERS, D.: *An international Comparison...*, op. cit., págs. 36 y 37; CANE, P.: *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. Eighth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, págs. 354 y ss.

521 Así lo ha denunciado el último Informe elaborado por el *Trade Union Congress* en la materia. Véase *The Compensation Myth. Seven myths about de “Compensation culture”*. Association of Personal Injury Lawyers; Trade Union Congress, 15 April 2014, págs. 2 y 3. Disponible en (última consulta el 28/02/2016):

En el procedimiento de responsabilidad civil empresarial en Holanda, a pesar de regirse por la normativa de derecho común, resulta usual una tendencia *pro operario* en la medida que otorga garantías propias del orden social, concretamente técnicas como la inversión de la carga de la prueba y la cuasi-objetivación del criterio de imputación para la responsabilidad civil, acercándose incluso a la *strict liability* o *no-fault scheme*⁵²².

En la práctica, este sistema comporta un auge del aseguramiento privado, utilizado para complementar las prestaciones no satisfechas por el aseguramiento público y conseguir así cierta seguridad en la obtención de una compensación digna. Como se demuestra en el caso del Reino Unido, tal mercantilización de la reparación y la consecuente hegemonía de las compañías aseguradoras supone que la gran mayoría de procesos -entorno al 98 por ciento- concluyan mediante un acuerdo previo, es decir, por medio de una resolución extrajudicial del conflicto⁵²³. Este sistema de compensación de AT y EP desvela un terreno peligroso de preponderancia de las aseguradas privadas⁵²⁴, en detrimento de la fiscalización judicial y la normativa de seguridad y salud por ella exigible⁵²⁵, al punto que la vía de los *torts* se considera subsidiaria ya que serán las aseguradoras quienes resuelvan,

<https://www.tuc.org.uk/workplace-issues/health-and-safety/compensation/guides-and-reports-reps/compensation-myth>

522 LEWIS, R.: "Employers' Liability...", op. cit., pág. 137 y 199; la discordancia entre una responsabilidad civil basada formalmente en la negligencia, pero posteriormente en la práctica llevaba al límite de la *strict liability* ha sido acusada por doctrina holandesa como un ataque a los *principles of liability law*. FAURE, M. G.; HARTLIEF, T. y PHILIPSEN, N. J.: "Funding of personal...", op. cit., 16.

523 Sólo alrededor del 1% de todas las reclamaciones en *tort* se resuelve judicialmente en Inglaterra. Véase LEWIS, R.: "Employers' Liability...", op. cit., pág. 173.

524 PARSONS, C.: "Liability Rules...", op. cit., págs. 367 y ss.

525 "In practice, the rules of law are much less important than the tort textbooks might lead one to suppose: it is insurance bureaucracy that dictates the course of the litigation, and determines whether, when, and for how much, claims are settled". Véase LEWIS, R.: "Employers' Liability...", op. cit., pág. 188.

acorde a su política interna⁵²⁶, el cuánto y cómo de la reparación de los daños y perjuicios⁵²⁷. Quizás ello sea el detonante de que se estime que 6 de cada 7 trabajadores que padecen daños derivados del trabajo no obtengan compensación alguna⁵²⁸.

Ahora bien, cuando la reclamación es objeto de litigio, se efectuará, sobre el montante económico reconocido como indemnización en sede judicial, un descuento o detracción en cuantía igual a las prestaciones previamente percibidas del aseguramiento social. En el caso de Holanda, donde la compensación de las contingencias profesionales queda regulada desde 1967 por la responsabilidad civil de corte privado, sí podrán descontarse las cuantías recibidas en concepto de prestaciones básicas, de modo que la responsabilidad civil actuaría como un sistema de *top-up*. Sin embargo, las últimas modificaciones legislativas sobre protección social (recordemos que no se diferencia por etiología de la contingencia) han supuesto un más que considerable declive en las cuantías concedidas por el aseguramiento social, al punto de situar a Holanda como un territorio que basa su compensación por accidentes de trabajo primordialmente en la responsabilidad civil⁵²⁹. Lo mismo sucede en Inglaterra, con el descuento sobre la indemnización de los *torts* de las cuantías previamente satisfechas

526 Resulta propio de este modelo el uso de prácticas como el “*no win no fee*”. Esta técnica, como queda patente en su tenor literal, hace alusión a los pactos entre el representante jurídico (abogados, aseguradoras etc.) y el trabajador víctima, según el cual el primero somete el cobro de sus cuotas al resultado satisfactorio del litigio pero, en contrapartida, se reserva un porcentaje mayor para el supuesto de salir victorioso en lo contencioso. GRAVELLE, H. y WATERSON, M.: “No win, no fee: some economics of contingent legal fees”, en *The Economic Journal*, vol. 103, núm. 420, septiembre 1993, pág. 1.205; FAURE, M. G.; HARTLIEF, T. y PHILIPSEN, N. J.: “Funding of personal...”, op. cit., pág. 2.

527 Respecto a la dimensión de las aseguradoras privadas en la determinación de la compensación por daños personales, incluyendo los derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional, véase LEWIS, R.: “How Important are Insurers in Compensating Claims for Personal Injury in the U.K.?”, en *The Geneva Paper*, núm. 31, 2006, págs. 331 y ss.

528 *The Compensation Myth...*, op. cit., pág. 3.

529 LINDENBERG, S. D.: “Employers’ Liability...”, op. cit., págs. 351; 364 y 365.

por el *industrial injuries scheme*, limitadas en la cuantía de *lost income* que debe ser regresada a las arcas públicas⁵³⁰.

No obstante, únicamente serán deducibles las cuantías relativas a las prestaciones que la víctima haya recibido a fecha del acuerdo o resolución judicial, lo cual genera una presión extra sobre el trabajador para, con la mayor brevedad posible, cerrar acuerdos con las aseguradoras, incentivo al que se alude con la locución “*settle today and keep tomorrow’s benefits; settle tomorrow and you will lose them*”⁵³¹.

1.2.2.- Responsabilidad civil como “puerta trasera”

El segundo de los sistemas, presente en países como Dinamarca, Polonia, Italia o España, prevé el recurso a la responsabilidad civil como un *top-up*. Esto significa que la vía judicial queda reservada a un segundo estadio, donde completar la cuantía del daño que no ha recibido compensación por medio de las prestaciones satisfechas por el aseguramiento social. De esta concepción se desprende la percepción de la indemnización de los daños como un montante único que resulta indemnizado a su vez por diferentes mecanismos resarcitorios. Por ello, la responsabilidad civil cumple una doble misión de reparar aquellos daños no compensados por el aseguramiento social (dolor y sufrimiento) y, al mismo tiempo, cubrir la parte diferencial cuando un daño ha sido cubierto a modo parcial por la seguridad social, no en su integridad (lucro cesante y daño emergente).

530 “*Although the compensator can set off benefit he must repay to the state against certain parts of the damages for which he is liable, he is limited in the extent that he can reduce the damages that must be paid to the claimant. In particular damages for non –pecuniary loss are “ringfenced” so that no industrial injuries or any other benefit can be deducted*”. Véase LEWIS, R.: “Employers’ Liability...”, op. cit., pág. 193.

531 *Ibidem...*, pág. 193.

No obstante, la apertura de esta vía queda condicionada a requisitos previos y no puede ser accionada inmediatamente, como sucede en el modelo que precede a éste en el trabajo. Ello puede comprometer un requisito eminentemente formalista, como en el caso de Dinamarca, con la exigencia de haber agotado previamente el proceso de reclamación de daños ante el sistema de WC para, caso de probarse daños sin compensar, poder iniciarse la reclamación civil⁵³². Sin embargo, el requisito usual reside en la concurrencia de un juicio de culpabilidad sobre el empleador, de modo que únicamente cuando se presente, teóricamente, un resultado de culpabilidad agravada, o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas, se dará apertura a la vía de la responsabilidad civil⁵³³.

Tomando el caso italiano como referente, la percepción de la indemnización en concepto de responsabilidad civil adicional sólo podrá materializarse en el caso de que concurra sobre el empresario una conducta penalmente punible, es decir, "*l'ipotesi del fatto riconducibile a un reato perseguibile d'ufficio*"⁵³⁴. Sin embargo, esta culpa penal vendrá determinada mediante el uso de criterios civiles que, en definitiva, llevan a calificar como situaciones aptas para desbaratar la inmunidad empresarial y ser susceptibles de generar derecho a una indemnización civil adicional, aquellas que muestren una negligencia, imprudencia o impericia, así como la inobservancia de la normativa preventiva⁵³⁵.

532 ULFBECK, V.: "Employers' Liability and Workers' Compensation; Denmark", en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers' Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, págs. 122 y 123.

533 Tanto Dinamarca como Finlandia, presentan unos índices de reclamaciones de responsabilidad civil muy reducidos, principalmente, motivados por la elevada tasa de cobertura que se dispensa desde los sistemas de seguridad social, que poco distan de la cuantía que convendría a través de la responsabilidad civil empresarial. Véase *Accidents at work and diseases: flat rate...*, op. cit., pág. 24.

534 AVIO, A.: "Gli infortuni su lavoro e la responsabilità civile", en *Lavoro e Diritto*, núm. 1, invierno 2014, pág. 149.

535 Se considerará superada la inmunidad empresarial y, por ende, se activará la acción de regreso del INAIL y la víctima ostentará la capacidad de reclamar el *danno differenziale*,

En tal caso, el trabajador víctima de AT o EP tendrá derecho a reclamar mediante la responsabilidad civil empresarial, el cobro de una compensación por *danno differenziale*⁵³⁶ o *danno quantitativo*, o lo que es lo mismo, por aquellos daños que una vez cubiertos por la *tutela previdenziale*, presenten una infracompensación en las cuantías para con la totalidad del daño en cuestión, o reciban, *a posteriori*, una revalorización al alza en sede judicial⁵³⁷. Del mismo modo, se podrá reclamar una cuantía económica en concepto de *danno complementare*, en relación a aquellos tipos de daños que resten por compensar respecto de los ya cubiertos por el Instituto asegurador⁵³⁸.

Este importe complementario, al responder a una tipología de daño no cubierta por el aseguramiento público obligatorio, no queda sometida a la *regola dell'esonero* y resulta exigible, en todo caso, bajo las normas generales

cuando “*la sentenza penale stabilisca che l'infortunio sia avvenuto per fatto imputabile a coloro che egli ha incaricato della direzione o sorveglianza del lavoro, se dei fatto di essi debba rispondere secondo il Codice civile*” (art. 10.1 del Testo Unico), así como cuando el delito sea imputable a cualquier otro empleado por el que deba responder el empleador según el código civil, y en particular, según la responsabilidad resarcitoria indirecta del art. 2049 del código civil. Véase DE MATTEIS, A.: “Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008”, en *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, anno X, núm. 2, 2010, págs. 391-393; AVIO, A.: “Gli infortuni su lavoro...”, op. cit., pág. 154.

536 Apartado 7. del art. 10 Decreto 30 giugno 1965, n. 1124, Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

537 Es este el caso del *danno differenziale* como cantidad susceptible de reclamación en sede judicial, no exenta de polémica en la doctrina italiana. Cuando judicialmente acontezca una revalorización al alza de los daños previamente cuantificados y compensados por medio del aseguramiento público, la acción de regreso quedará circunscrita únicamente a los daños cubiertos por el INAIL, y el montante en exceso, *danno differenziale*, será acumulado en la cuantía a percibir por la víctima del infortunio. Para un exhaustivo seguimiento de las posturas acerca de la coordinación entre el *risarcimento* civilístico y la *tutela indennitaria* del aseguramiento público del INAIL, véase LUDOVICO, G.: “La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale”, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 4, vol. 23, 2013, págs. 1057 y ss.

538 El daño complementario cubre aquellos daños excluidos del aseguramiento obligatorio contra los accidentes de trabajo y enfermedad profesional, como son el “*danno morale; danno per micropermanenti inferiori al 6 per cento; danno biologico temporaneo; danno biologico soggettivo o personalizzato; danno biologico jure proprio degli eredi; danno esistenziale; danno patrimoniale per la inabilità inferiori al 16 per cento*”. DE MATTEIS, A.: “Danno differenziale...”, op. cit., págs. 390 y ss.

del derecho común. Sin embargo, como es lógico, no ostentará el INAIL derecho de reembolso alguno sobre estas cantidades.

Cabe advertir la tendencia hacia la objetivación del criterio de imputación que sufre este modelo a la hora de hacer decaer el principio de inmunidad empresarial para admitir la vía de la responsabilidad empresarial en sede judicial.

Es propia al modelo, como ya se ha visto con el caso italiano, la introducción de una acción de regreso por la que la seguridad social obtiene el reembolso de parte o el total de las prestaciones otorgadas en concepto de contingencias profesionales, atendiendo al grado de culpabilidad o incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que concurra en la conducta empresarial. Para el desarrollo de esta acción, resulta esencial determinar previamente cual es el montante percibido por el trabajador como compensación social, ya que delimitará la cuantía exigible para su reembolso⁵³⁹.

1.2.3.- Responsabilidad civil como espacio “extra muros”

En un tercer modelo, determinados estados se decantan con un sistema de responsabilidad civil limitada, en el sentido de restringir todo acceso a ella salvo que concurra una intencionalidad lesiva en el sujeto obligado por la normativa en prevención de riesgos laborales. Como es de entender, estos supuestos escapan de la dialéctica aseguradora de la seguridad social o sistemas de WC y pueden, incluso, encajar en conductas delictuales Este es el caso de Austria, Francia, Bélgica, Alemania y ciertas

539 Al análisis de esta acción de regreso se dedicará el Cap. XI.

jurisdicciones de Estados Unidos⁵⁴⁰. Según estos sistemas la responsabilidad civil queda totalmente desplazada y rige plenamente el concepto de inmunidad empresarial.

Acorde al principio de inmunidad, desde una visión teórica, tampoco encuentra coherencia la introducción de una acción de regreso en estos sistemas. No obstante, resulta usual en el sistema la presencia de consolidados incentivos económicos como los analizados líneas atrás. Mediante éstos, se consigue dar solución, aunque insuficiente, a la desincentivación preventiva que se genera al desvincular las consecuencias de un evento lesivo respecto con la conducta empresarial en relación con el cumplimiento o no de la normativa de prevención de riesgos laborales. Es decir, se trata de equilibrar mediante incentivos económicos la pérdida del efecto disuasorio que la responsabilidad civil ejerce y, a la vez, obtener con ellos una distribución de los costes acorde a las cargas contributivas que cada parte presente en la generación de los riesgos profesionales.

El veto a una responsabilidad civil adicional genera que, si las prestaciones públicas no resultan generosas cuantitativa y cualitativamente, la víctima no obtenga una compensación adecuada en relación a los daños sufridos. Se genera sobre el perjudicado, entonces, la necesidad de buscar una cobertura adicional, como aseguramiento *first party*, para cubrir la parte del daño carente de compensación. Es por ello que este sistema adolece de una compensación íntegra del daño, la cual decae ante los beneficios otorgados por la automaticidad y garantías propias del sistema de aseguramiento público del riesgo.

540 PARSONS, C.: "Liability Rules...", op. cit., pág. 364; MAGNUS, U.: "Impact of Social Security...", op. cit., págs. 281-283; *Accidents at work and diseases: flat rate...*, op. cit., pág. 24; PHILIPSEN, N. J.: "Compensation for industrial accidents and incentives for prevention...", op. cit., págs. 168-175.

A su vez, como consecuencia de esta exclusividad, aparece un efecto ventilador hacia responsabilidades de terceros como único medio de obtener la indemnización civil adicional. El exponente de esta migración se encuentra en el incremento de reclamaciones contra fabricantes y suministradores de maquinaria y equipamiento utilizado en el trabajo⁵⁴¹, que puede ser utilizado como medio idóneo para evitar una socialización injusta del riesgo. No obstante, ello nos hace volver al eterno dilema respecto al modo de interacción entre la seguridad social y la indemnización civil del tercero responsable, en aras de determinar la cuantía indemnizatoria⁵⁴².

2.- Principios guía para un modelo de interacción equilibrada

Como ha quedado patente en el apartado anterior, el espacio que se conceda a la responsabilidad civil resulta relevante en tanto se convierte en determinante para configurar el montante a recibir por la víctima. Es decir, si como consecuencia de la interacción de los diferentes mecanismos indemnizatorios, se realizará una acumulación o deducción de las cuantías reconocidas por cada uno.

De esta manera, las posibilidades son dos. Por un lado, que las cuantías recibidas como prestaciones derivadas de contingencias profesionales se acumulen al importe reconocido como indemnización civil, de modo que ambos importes se adicioneen, sin generar una disminución entre sí, como sucede con la técnica del *collateral source rule*. Por otro lado, la alternativa se encuentra en acometer un descuento sobre el importe

541 *Ibidem...*, pág. 364.

542 La responsabilidad civil ejerce aquí también como mecanismo para obtener un reequilibrio del sistema mediante la distribución de los costes entre los sujetos generadores del riesgo. Véase RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Responsabilidades de los fabricantes en materia de Prevención de Riesgos Laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 401-403.

reconocido como indemnización civil, en cuantía igual a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales ya satisfechas, es lo que se conoce como *compensatio lucri cum damno*⁵⁴³.

El optar por un modelo u otro, queda visto, viene en gran medida predeterminado por el sistema de aseguramiento de los daños en el que nos encontremos. Corresponde ahora analizar, entonces, las consecuencias que sobre los sujetos partícipes se genera, partiendo para ello de la capacidad de cada sistema para dar respuesta a principios basilares que deben estar siempre presentes, como son la reparación íntegra del daño, un justo y equitativo reparto de los costes, y el efecto preventivo del sistema.

2.1.- Principio compensatorio

Cuando se habla de sistema de reparación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional y, específicamente, sobre la cuantificación del daño a indemnizar, debe tenerse siempre presente el principio de unidad del daño. Es un mismo montante el que debe obtener resarcimiento, ya sea a través del sistema de aseguramiento público, ya sea a través de la indemnización civil de la responsabilidad empresarial, el daño a resarcir es el mismo⁵⁴⁴. Esto conlleva que tanto la seguridad social como la responsabilidad civil deben, como ha quedado visto, coordinarse para obtener una correcta compensación del daño y conseguir dar cumplimiento al objetivo

543 LUQUE PARRA, M.; GOMEZ LIGÜERRE, C. I. y RUIZ GARCIA, J. A.: "Accidente de trabajo y responsabilidad civil", en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2000, págs. 13-15.

544 El hecho de que exista un sistema de tutela bipolar para la reparación de los daños derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional, no es óbice para que, cuando se deban liquidar los daños sufridos por el trabajador, se deba dar compensación a un único montante, que debe ser restituido en su totalidad. Véase ROSSI, A.: "La problemática riferibilità del principio di unitarietà del danno non patrimoniale al risarcimento del danno da infortunio sul lavoro", en *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, anno X, núm. 1, 2010, págs. 138 y ss.

final básico que es la reparación total a través del “quantum indemnizatorio único”⁵⁴⁵.

Valga decir que no siempre se consigue dicho objetivo o, al menos, en función del modelo en el que nos encontremos, se alcanza pero con ciertos matices. La posibilidad de acumular o deducir las cuantías provenientes de los diferentes mecanismos resarcitorios será el eje determinante del cumplimiento en mayor o menor grado del objetivo final de reparar la totalidad de los daños, tanto desde la perspectiva del *quantum* como del *qualis*.

Asimismo, se ciernen sobre este objetivo dos amenazas, representadas por la posibilidad de incurrir en un exceso compensatorio, como consecuencia de reconocer una indemnización superior a los daños realmente sufridos por la víctima, o en una vertiente diametralmente opuesta, la posibilidad de incurrir en una infracompensación, al dejar daños sufridos fuera de compensación⁵⁴⁶.

El primero de los supuestos será el derivado de una acumulación de las diferentes cuantías, propia de los sistema de *collateral source rule*, en el que cada mecanismos resarcitorio actúa de modo independiente al resto. A la contra, la infracompensación aparecerá cuando se prohíba al trabajador acceder a alguno de los mecanismos resarcitorios o cuando éstos realicen una valoración parcial de los daños, sea por el sistema de

545 DE ANGEL YAGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, págs. 335 y ss.; GONZALEZ LABRADA, M.: “Indemnización de daños y perjuicios por incumplimientos de obligaciones preventivas: la doctrina del Tribunal Supremo sobre el quantum indemnizatorio único y su proyección sobre el ejercicio de una tutela reparadora fragmentada”, en *RDS*, núm. 7, 1999, págs. 166 y ss.

546 Es por ello que se considera a la (total) indemnidad como finalidad y, a su vez, límite, de la responsabilidad civil, cuando viene a restaurar el empobrecimiento derivado de los daños, empero, evitando cualquier beneficio o lucro sobrerestaurador. Véase MEDINA CRESPO, M.: “La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 40, cuarto trimestre, 2011, págs. 26 y ss.

baremación/tasación utilizado⁵⁴⁷ o por la técnica de detracción. Este último supuesto será el derivado de un modelo de descuento dissociado, en el que la cuantía descontada no guarde una estricta correlación con los conceptos previamente satisfechos, generándose un descuento mayor al debido y, en consecuencia, un montante compensatorio final inferior al daño real.

Cuando media una infracción de las obligaciones preventivas del empresario, no podrá el trabajador obtener una indemnización inferior al daño padecido ya que se dispondrá del derecho a reclamar la compensación debida mediante el procedimiento judicial correspondiente.

Por su parte, ello genera que la restitución integral sea, en principio, únicamente alcanzable cuando medie una falta empresarial, ya que en caso contrario la víctima únicamente dispondrá de la reparación parcial de la seguridad social. Sin embargo, cuando pueda acudir en sede judicial, se adicionará a la reparación que por la pérdida de la capacidad productiva genérica otorga el aseguramiento público obligatorio, la cuantía relativa la parte del daño patrimonial no cubierta por la Seguridad Social y los daños subjetivos específicos, representados por los daños morales y extrapatrimoniales.

La consecuencia peligrosa de una supra compensación o una infracompensación deviene, en otros motivos, de la carga que sobre las partes actuantes se impone con tal efecto. Una sobrecompensación del daño genera, en primer lugar, una reparación total de los daños de la víctima, ya que se compensan todos los daños acaecidos. De ello se podría decir que resulta positivo desde el aspecto compensatorio pero, sin embargo, no desde una

547 Ello puede devenir del diferente criterio de cuantificación del daño que se acomete desde el sistema de seguridad social, diferentes a los criterios valorativos de la responsabilidad civil. Véase MONATERI, P. G.; GIANTI, D. y SILIQUINI CINELLI, L.: *Danno e risarcimento*. G. Giappichelli, Torino, 2013, pág. 226.

visión de incentivar la conducta preventiva del trabajador, ya que éste obtiene una gratificación o beneficio a través de una indemnización adicional que no le corresponde, ya que obtiene un lucro a través del montante indemnizatorio que excede del daño real. Por ello, se presenta contradictorio con el deber de diligencia y las obligaciones preventivas que el trabajador debe respetar, a la par que genera un enriquecimiento injusto de la víctima.

A su vez, junto a lo que podría considerarse como un enriquecimiento injusto de la víctima, debe preguntarse sobre quién recae la carga del pago de ese exceso cuantitativo ya que, si es la seguridad social quien responde de ese coste, habría que ver si no se asiste a una socialización injustificada del mismo por concurrir culpa empresarial en los hechos⁵⁴⁸; en el caso de que sea el empresario quien asuma dicho pago, ello podría trasladar la compensación al terreno de la sanción⁵⁴⁹. El conceder un *plus* de indemnización, cuando no viene justificado ni por su naturaleza ni por el alcance de los daños, puede convertir a la compensación en una indemnización de daños punitivos⁵⁵⁰, con la consecuente vulneración del *non bis in idem* que podría generarse para con la responsabilidad penal y el derecho administrativo sancionador del ordenamiento jurídico.

De lo expuesto se extrae el modelo de *compensatio lucri cum damno* o “computación de beneficios”⁵⁵¹ como el mecanismo idóneo para obtener una correcta compensación de los daños. El daño a liquidar experimenta una

548 Esta asimilación de los costes por el sistema de aseguramiento social sería congruente con un sistema de socialización plena de los costes, pero no con una seguridad social que preserve el aseguramiento de los riesgos profesionales como un aseguramiento de la responsabilidad empresarial.

549 Para evitar reiteraciones innecesarias, me remito a lo escrito en el apartado segundo del capítulo II.

550 REGLERO CAMPOS, F.: “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en REGLERO CAMPOS, F. y BUSTO LAGO, J. M. (coord.): *Lecciones de responsabilidad civil*. 2ª edición (actualizada por PEÑA LÓPEZ, F.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 44 y ss.

551 DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, op. cit., pág. 319.

disminución proporcional por concurrir un lucro (ventaja)⁵⁵², de modo que los daños son compensados hasta alcanzar la reparación total del daño, sin excederlo, mediante una técnica de descuento de conceptos homogéneos. Como sucede en el sistema italiano, la acumulación se acomete únicamente respecto de las cuantías derivadas de la cobertura de daños que no hayan recibido compensación a través de otros mecanismos resarcitorios.

2.2.- Principio de distribución de costes: un juego de equidad

Huelga incidir a estas alturas del trabajo en la importancia de que el sistema de reparación del daño derivado de AT y EP realice un reparto equitativo de las cargas que del siniestro o patología se deriven. Es decir, dentro del triángulo genérico trabajador-Estado-empresario, la carga contributiva que a cada parte se designe nos acercará en mayor o menor medida a un sistema de equilibrio equitativo. A su vez, la distribución de los costes se encuentra en directa correlación con la incentivación de la conducta de los agentes y, por ende, de la perspectiva preventiva que debe integrar todo sistema de compensación de los daños derivados de los riesgos profesionales.

Queda vista ya la función compensatoria y preventiva que guía internamente a los sistemas de la seguridad social y de responsabilidad empresarial, así como el reparto de los costes que individualmente establecen. Queda pendiente, entonces, analizar cómo pueden ambos mecanismos coordinarse para obtener un reparto equitativo de los costes.

Cuando los dos principales mecanismos resarcitorios de derecho público y privado se coordinan, deben prestar especial atención a no imponer

552 DE CUPIS, A.: *El daño*, op. cit., pág. 327.

unos costes excesivos sobre ninguna de las partes, de modo que se genere un desincentivo en lo que a la prevención de riesgos laborales se refiere. No obstante, en una escala de prioridades, la no repercusión de un sobrecoste sobre la víctima se situará como axioma central.

El primero de los modelos, de responsabilidad empresarial abierta y sin límite, que tiende a asimilarse al *collateral source rule*, se presenta como un modelo imperfecto cuando del reparto de costes se habla. Las partes que ven especialmente agravados los costes que sobre sus figuras se imputan son la empresarial y la trabajadora. La primera debe, por un lado, soportar los costes derivados del aseguramiento obligatorio y, en adición, los derivados de la responsabilidad civil. No obstante, la realidad muestra en estos modelos unos costes de aseguramiento obligado muy reducidos y unos costes en concepto de responsabilidad civil que en gran parte encuentran aseguramiento en el mercado privado, por lo que, se consigue diluir su carga.

Sin embargo, en estos sistemas de privatización de la reparación, el trabajador afectado ve condicionada la obtención de la compensación a procedimientos de corte privatista, con un elevado coste terciario y, de no obtener una fructífera reclamación, primario. La necesaria litigación para obtener la reparación total, así como la necesidad de instituir un reaseguramiento para cerciorar la compensación íntegra de los daños, disparan los costes que sobre el trabajador acarrea este modelo.

En un nivel individual, la técnica de la acumulación resultaría adecuada desde la perspectiva de lograr una incentivación de la prevención en la parte empresarial, ya que ésta debe responder del total de los daños padecidos por el trabajador⁵⁵³. Ahora bien, la posibilidad de que ésta pueda asegurar las cuantías genera nuevamente un retroceso desde el prisma preventivo. A decir

553 GINÉS I FABRELLAS, A.: *Instrumentos de compensación...*, pág. 364.

verdad, desde una perspectiva global, el grado de integración del incentivo preventivo en estos sistemas de reparación de los daños derivados de AT y EP, resulta prácticamente imperceptible y se relega a la normativa específica en la materia.

En el segundo de los supuestos, cuando la responsabilidad civil actúa como “puerta trasera” para completar cuantitativa y cualitativamente los daños sufridos por la víctima, se acomete una adecuada imputación de costes sobre la parte empresarial. Empero, la seguridad social tiende a absorber unos costes de los que no siempre se pretende su socialización. Es decir, gracias a la técnica del descuento, siempre que se efectúe sobre conceptos homogéneos, el empresario se enfrenta en vía de responsabilidad empresarial a unos costes justos ya que no debe indemnizar por unos daños que ya han sido cubiertos a través del aseguramiento público obligatorio.

No obstante, resulta esencial la integración en el sistema de seguridad social de unos incentivos económicos eficientes y eficaces para evitar que la seguridad social se enfrente a la totalidad de los costes cuando resulten imputables a la parte empresarial por concurrir algún incumplimiento de medidas preventivas. Esto último resulta especialmente relevante cuando concurra una culpa de especial gravedad sobre el empresario.

Se trata de evitar que el empresario evada su responsabilidad y se beneficie injustamente al no costear la gran parte de los daños generados cuando concurra una infracción de sus obligaciones preventivas. Para ello, la acción de regreso se presenta como institución apta lograr ese traspaso de costes desde la seguridad social hacia el empresario infractor, evitando la socialización injustificada de costes desde la seguridad social cuando la

conducta empresarial resulte imputable en la generación o presencia del riesgo empresarial⁵⁵⁴.

Respecto a los costes que sobre el trabajador pueden recaer, ello no genera especial controversia, principalmente, ya que exceptuando los casos en los que el propio trabajador muestre una clara contribución en la causación del siniestro⁵⁵⁵, no deberán repercutirse sobre él ninguno de los costes derivados de la acción compensatoria, ni del procedimiento en sí. Más aun, como parte víctima a tutelar, el sistema debe a toda costa minimizar los costes directos e indirectos que sobre la parte trabajadora puedan recaer.

Cuando de los costes directos se trata, tal labor protectora queda patente, entre otras, con el principio de automaticidad de las prestaciones o la subsidiariedad del INSS, sin embargo, situaciones como la infracompensación, ya sea por un descuento disociado como se veía líneas atrás, o una cuantificación a la baja, como la derivada de los sistemas de

554 Cierta sector doctrinal ha clasificado como “técnica de la subrogación” al modelo de deducción que, a fin de lograr un correcto reparto de los costes entre las partes actuantes, introduce la posibilidad de la seguridad social de subrogarse en los derechos del trabajador accidentado. Se le reconocerá la capacidad de conceder una reparación íntegra del daño, a la par que posibilita alcanzar el nivel óptimo de prevención. Véanse GÓMEZ POMAR, F.: “La responsabilidad extracontractual...”, op. cit., pág. 5 y ss.; LUQUE PARRA, M.: *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., págs. 13 y ss.; GINÉS I FABRELLAS, A.: *Instrumentos de compensación...*, págs. 366 y 367.

Al respecto, efectivamente considero como técnica de mayor calidad compensatoria y prevencionista aquella que prevé el reembolso de costes desde la seguridad social. Sin embargo, no creo que se trate de una técnica de clasificación adicional, sino más bien un mejoramiento de la técnica del descuento, mediante la introducción de la acción de regreso como institución reequilibradora de intereses.

555 En tal caso, cuando concorra una especial culpa del trabajador, en concepto de imprudencia temerario, mostrando en su conducta una consciencia o voluntariedad para con el resultado lesivo, o una infracción de las más elementales y básicas normas de precaución, cautela y prudencia. En la medida que es (co)responsable en la causación del siniestro, se atenúa la carga compensatoria empresarial de la indemnización civil. El nivel de adaptación del requisito de culpabilidad o imputación subjetiva que se utilice, atendiendo al concreto grado de diligencia exigible, determinará la atenuación, o no, de la cuantía resarcitoria. Véase NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*. Thomson Reuters, Valladolid, 2012, págs. 308 y ss.; PÉREZ CAPITÁN, L.: *La Imprudencia del Trabajador Accidentado y su Incidencia en la Responsabilidad Empresarial*. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs 36 y ss.

baremo, generan que el trabajador absorba unos costes primarios que no le son propios.

El tercero de los modelos, el relativo a la responsabilidad civil como espacio “extra muros”. Al vetarse el acceso a la responsabilidad civil empresarial, ello genera, de inicio, que recaiga sobre el empresario una carga inferior que la que efectivamente le resultaría en función de su papel en el desencadenamiento del siniestro o patología. A su vez, al limitar la compensación del trabajador a la obtención del *quantum* básico y genérico de la seguridad social, se ocasiona una situación de asunción por el propio trabajador de los costes de la reparación de los daños carentes de resarcimiento.

En definitiva, si los incentivos económicos y la acción de regreso resultan instituciones basales dentro del reparto de costes, especialmente importantes en cuanto acontece a garantizar el principio de viabilidad financiera del sistema, no lo es menos el modelo de coordinación de los mecanismos compensatorios por antonomasia, la seguridad social y la responsabilidad civil empresarial.

CAPÍTULO VII.-
LA RESPONSABILIDAD CIVIL ADICIONAL Y SU
RELACIÓN CON LOS MECANISMOS DE
ASEGURAMIENTO SOCIAL DE LOS RIESGOS
PROFESIONALES

CAPÍTULO VIII.- LA COORDINACIÓN DE LA REPARACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL EN ESPAÑA

Actualmente, el sistema de reparación que da cobertura a los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedad profesional en España, se presenta como un entramado compuesto por cuatro diferentes instrumentos indemnizatorios: prestaciones de la Seguridad Social (arts. 155 y ss. LGSS), recargo de prestaciones (art. 164 LGSS), mejoras voluntarias de la acción protectora (arts. 43; 238 y ss. LGSS) e indemnización civil adicional, como responsabilidad civil de naturaleza contractual (arts. 1101 CC y 42.1 LPRL) o extracontractual (art. 1902 CC).

Este es el cuadro que muestra nuestro sistema de compensación del daño, cuatro mecanismos compensatorios para un mismo fin, cual es la reparación y prevención de los daños que la víctima de AT y EP sufra. El cómo articularlos no ha sido una cuestión baladí tampoco para nuestro sistema, dónde una oscilación de criterios, desorientados a su vez por el vaivén jurisprudencial, no logran sentar unas claras pautas guía ante la falta de concreción normativa.

Ahora bien, no cabe duda de la opción del legislador por un sistema de compatibilidad de las diferentes vías resarcitorias, cuando prevé que “el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”, siendo las primeras “compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano

competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema” (art. 42.1 y 3 LPRL). De ello, se extrae la posibilidad de que las responsabilidades civil, penal, administrativa y de Seguridad Social, concurren jurídicamente⁵⁵⁶.

Junto a lo anterior, respecto a la protección de la Seguridad Social, se establece que cuando ésta dimanase de hechos de los que, al mismo tiempo, se derive una responsabilidad civil o criminal, la prestación se hará efectiva “sin perjuicio de aquellas responsabilidades” (art.168.3 LGSS).

Empero, como foco de controversia, se guarda silencio normativo respecto al modo en el que debe articularse tal compatibilidad, y si ésta debe ser plena o no. A pesar de que parece llegarse a un determinado consenso en la materia, el dilema sigue sin encontrar una clara respuesta.

1.- Compatibilidad de las prestaciones de la Seguridad Social y la indemnización civil

La cuantía económica derivada de las prestaciones de la Seguridad Social y la indemnización de la responsabilidad civil empresarial, como se ha visto, resultan los conceptos eje en el debate sobre la compatibilidad de los diferentes mecanismos, y así lo ha sido a nivel histórico, también más allá de nuestras fronteras.

La jurisprudencia civil, Sala Civil del Tribunal Supremo, históricamente se ha venido decantando por la teoría de la “plena compatibilidad”,

556 LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “Concurrencia y compatibilidad de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales”, en LÓPEZ AHUMADA, J. E. (dir.): *Responsabilidad empresarial y protección de la salud laboral: análisis jurídico interdisciplinar*. Juruá, Lisboa, 2013, pág. 404.

consecuencia de entender ambas cuantías como derivadas de dos mecanismos, protección social y responsabilidad empresarial, de coexistencia paralela e independiente⁵⁵⁷. La una, derivada de la responsabilidad laboral en el marco de la LGSS, y la otra, como consecuencia de una responsabilidad extracontractual por daños⁵⁵⁸. De esa manera, se acometía una acumulación de las diferentes cuantías económicas, como consecuencia del diferente origen y fundamento de las mismas⁵⁵⁹. En esa línea, no se entienden como descontables “las cantidades percibidas por los actores del sistema público de la Seguridad Social, toda vez que el origen de las indemnizaciones es diferente: las recibidas de la Seguridad Social nacen del sistema público asegurador, y las que son objeto de análisis a través de este pleito tienen su fundamento en un acto culposo de la demandada”⁵⁶⁰.

La doctrina de la jurisprudencia civil parte de la errónea concepción de percibir las prestaciones por contingencias profesionales que la Seguridad Social otorga al trabajador, como si de un seguro de personas se tratase⁵⁶¹. Siendo que ésta, actúa como seguro de la responsabilidad empresarial en los accidentes de trabajo⁵⁶².

557 Entre otras muchas, STS, Sala 1ª, de 22 de julio de 1994 [rec. 2276/1991]; de 5 de diciembre de 1995 [rec. 1538/1992]; de 13 de julio de 1998 [rec. 1299/1994]; de 18 de mayo de 2006 [rec. 3873/1999]; de 27 de noviembre de 2006 [rec. 5382/1999]; de 25 de marzo de 2011 [rec. 754/2007].

558 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones...*, op. cit., págs. 106-110.

559 Se consideraba a ambas vías como dos causas de pedir, la primera, como derivada del contrato de trabajo, y la segunda, como consecuencia de la culpa extracontractual del empresario. Ambas nacen de una fuente de obligaciones distinta. Véase ROCA TRÍAS, E.: “Concurrencia de indemnizaciones en los accidentes de trabajo”, en AZÓN VILAS, F. V. [et. alt.] (coords.): *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales*. Consejo General del Poder Judicial; Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2009, págs. 36 y ss.

560 STS, Sala 1ª, de 25 de marzo de 2011, FJ. 1 [rec. 754/2007].

561 STS, Sala 4ª, de 17 de julio de 2007, FJ. 4 [rec. 513/2006].

562 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 94.

Al respecto, resulta patente el elevado coste que acarrea la opción de escoger una técnica especialmente beneficiosa para el trabajador víctima pero que, a cambio, imponía sobre el empresario unos sobrecostes al hacerle doblemente responsable de unos gastos sobre los que previamente había soportado su carga contributiva. Ello, desde la perspectiva compensatoria, genera un enriquecimiento injusto de la víctima, ya que se obtiene un lucro por el acaecimiento del siniestro o patología, y a su vez, desde la perspectiva de un nivel de prevención óptimo, no potencia una conducta preventiva en la parte trabajadora, la cual ve incrementado su patrimonio como consecuencia de la contingencia.

Se ha visto en el actuar de la Sala 1ª una intención de contrarrestar la “tacañería” de la Sala 4ª, si bien, ello no justifica que el juzgador pretendiese enmendar una situación que corresponde al legislador⁵⁶³. De ahí se entiende que desde este sector de la doctrina jurisprudencial se defendiese una postura como la acumulación, pero sin explicar la justificación que legitimase tal postura⁵⁶⁴.

No obstante, no sobran excepciones a la línea general adoptada por la jurisprudencia civil, como atestigua las STS de 21 de julio de 2000 [rec. 2814/1995] y posteriores⁵⁶⁵, que acogen la compatibilidad limitada entre las

563 *Ibidem...*, pág. 40.

564 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *Culpa y riesgo...*, op. cit., págs. 74 y 75.

565 STS de 8 de octubre de 2001 [rec. 1869/1996], de 31 de diciembre de 2003 [rec. 531/1998], de 24 de julio de 2008 [rec. 2592/2002], de 24 de julio de 2008 [rec. 1899/2001]. Se buscaba con la sentencia citada acabar con el vaivén doctrinal para decantarse por el camino de la teoría del descuento. “Pueden existir acciones diferentes para alcanzar la total compensación del daño ocasionado por un accidente de trabajo; la compatibilidad no queda excluida cuando mediante las prestaciones de la Seguridad Social no se alcanza la completa reparación del daño causado” En tales casos, “no debe existir una independencia absoluta de lo percibido en concepto de indemnizaciones por las contingencias aseguradas y por las de responsabilidad civil complementaria; estas últimas deben completar lo ya percibido, para evitar la “sobreindemnización”, esto es, el enriquecimiento injusto; de ahí que corresponda sentar que las distintas indemnizaciones son interdependientes debido a que, además, cuando el accidentado se dirige al empresario por la compensación de lo no resarcido, el daño ya se ha limitado, dado que una parte del mismo fue indemnizada” (FJ. 4).

prestaciones por contingencias profesionales y a la cuantía indemnizatoria derivada de la responsabilidad extracontractual del empresario⁵⁶⁶. En ellas se afirma, “se trata, en suma, de pasar de una indeseable situación de acumulación no coordinada de indemnizaciones, sin base normativa suficiente por cuanto compatibilidad no equivale necesariamente a acumulación descoordinada, a un sistema coherente de complementariedad de las indemnizaciones hasta lograr la reparación íntegra del daño”.

Recientemente, cuando tangencialmente la Sala 1ª ha debido expresarse al respecto, parece entender como doctrina afianzada la detracción de las cuantías previamente otorgadas por la Seguridad Social⁵⁶⁷.

En el otro de vértice, desde la jurisprudencia social, la Sala Social del Tribunal Supremo se erige como “fiel defensora de la técnica del descuento”⁵⁶⁸. Históricamente ha entendido la compatibilidad como complementariedad⁵⁶⁹ y, por ende, se decanta por la tesis de la compatibilidad limitada⁵⁷⁰. Admite un descuento de las prestaciones sobre la indemnización civil, para evitar así una doble compensación del daño y el enriquecimiento injusto de la víctima⁵⁷¹. Desde esta perspectiva, ambas vías de reclamación

566 JURADO SEGOVIA, A.: “Nuevo acercamiento de criterios entre la Sala Civil y Social del TS en materia de responsabilidad por accidente de trabajo (a propósito de la STS, Sala Civil 24-7-2008)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2009, págs. 607 y ss.

567 Ello se extrae cuando el Alto Tribunal niega la detracción en las cuantías debidas a las familiares de víctimas de enfermedades derivadas del trabajo con amianto y dice: “no es posible partir del carácter estrictamente laboral de los daños causados a las amas de casa afectadas por lavar la ropa de sus esposos trabajadores de Uralita, por lo que tampoco ninguna cantidad procedería detraer en razón a lo percibido por la Seguridad Social”, en STS, Sala 1ª, de 3 de diciembre de 2015 [rec. 558/2015].

568 GINÈS I FABRELLAS, A.: “Coordinación de indemnizaciones...”, op. cit., pág. 12.

569 CORREA CARRASCO, M.: *Accidente de trabajo...*, op. cit., pág. 41.

570 LAHERA FORTEZA, J.: “Compatibilidad limitada entre indemnizaciones civiles y prestaciones sociales en los accidentes de trabajo: ¿socialización del riesgo o seguro de responsabilidad empresarial? (Comentario a la STS, Sala 4., 22 de septiembre de 2008ª)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2009, págs. 649 y ss.

571 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones...*, op. cit., pág. 106.

resultan de una única pretensión compensatoria, y el daño al que otorgan compensación es único.

El modo en el que dicha técnica del descuento se ha aplicado por los tribunales del orden social también ha resultado alterado en el devenir de la doctrina judicial. En un inicio, la jurisprudencia social tendía a realizar un descuento de las prestaciones de la Seguridad Social sobre el montante total de la indemnización civil, para dar como resultado una cuantía indemnizatoria final sin especificación de los importes computados para el descuento⁵⁷². Según esta doctrina, la determinación del *quantum* total “ha de hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la dependencia económica, las sumas ya percibidas (conceptos de pensión, recargo, mejoras voluntarias pactadas) y criterios que pueden servir de referencia (así, el anexo de la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 9 noviembre, para Daños y Perjuicios en Circulación)”⁵⁷³. Amparándose en ello, se acometía un descuento global sin precisar las cuantías descontadas, con la consiguiente inseguridad jurídica y desatención de la tutela judicial efectiva que ello acarrea⁵⁷⁴.

Para superar tales deficiencias, la jurisprudencia social procedió a una cuantificación del daño atendiendo al baremo de circulación para poder así desgranar los daños susceptibles de reparación, realizando una valoración vertebrada de los mismos. De esta manera, el descuento se siguió produciendo, empero, sobre una indemnización civil calculada conforme a parámetros objetivados. Ello generó que trabajadores se encontrasen con infaustas situaciones en las que, “puesto que el importe acreditado y no

572 STS, Sala de los Social, de 10 de diciembre de 1998 [rec. 4078/1997]; de 2 de febrero de 1998 [rec. 124/1997]; de 17 de febrero de 1999 [rec. 2085/1999]; 7 de febrero de 2003 [rec. 1663/2002]; de 1 de junio de 2005 [1613/2004].

573 Reproducida por las posteriores sentencias en la materia, STS, Sala de los Social, de 2 de febrero de 1998, FJ. 6 [rec. 124/1997].

574 GINÈS I FABRELLAS, A.: “Coordinación de indemnizaciones...”, op. cit., pág. 13.

controvertidamente abonable como responsabilidad civil total es inferior al de las prestaciones deducibles en el presente caso, no existe diferencia alguna susceptible de pago”⁵⁷⁵. Es decir, que al entenderse ya resarcido todo el daño por medio de las prestaciones de la Seguridad Social, la cuantía final a percibir por el trabajador a través de la indemnización final fuera equivalente a cero, o incluso negativo⁵⁷⁶.

2- Descuento de las prestaciones de Seguridad Social sobre la indemnización civil adicional: conceptos homogéneos

Será con las dos STS del Pleno, Sala 4ª, de 17 de julio de 2007 [rec. 513/2006 y 4367/2005] cuando la Sala Social asiente la técnica de la complementariedad parcial, asentando la deducción de conceptos homogéneos. Si tanto la protección de la Seguridad Social como la indemnización civil buscan la reparación del daño sufrido de la víctima, coordinándose para evitar la sobrecompensación por doble reparación de un mismo daño, lógico resulta que el descuento se realice sobre cuantías que respondan al mismo daño cubierto *ex ante* por la Seguridad Social.

Es decir, si ha quedado visto que la cobertura de la Seguridad Social busca la superación de un estado de necesidad -lucro cesante y daño emergente determinado-, estas cuantías deben encontrar descuento sobre las partidas que de la responsabilidad civil respondan, a su vez, a los conceptos de lucro cesante y daño emergente, respectivamente. Nunca sobre daños que revistan diferente naturaleza, como podría ser el daño moral, para dejar así atrás el sistema de descuento global.

575 STS de 9 de febrero de 2005 [rec. 5398/2003].

576 GINÉS I FABRELLAS, A.: “Coordinación de indemnizaciones...”, op. cit., pág. 13; DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 99.

Ello lleva ineluctablemente a lo que se ha considerado tradicionalmente como la cuestión más controvertida en materia de responsabilidad civil: la valoración y cuantificación del daño⁵⁷⁷. La jurisprudencia ha establecido que la función de valorar y cuantificar los daños corresponde soberanamente a los órganos jurisprudenciales, lo cual comprende tanto la capacidad para valorar el daño con arreglo a la prueba practicada, como el deber de fundamentar su decisión, para evitar así que la discrecionalidad se convirtiera en arbitrariedad⁵⁷⁸. Por ello, resulta necesario realizar una “justificación vertebrada”⁵⁷⁹ por la que identificar los diferentes daños a resarcir, así como la cuantía asignada a cada uno, dando cumplimiento así al principio de tutela judicial efectiva⁵⁸⁰, y evitar la indefensión de cualquiera de las partes, al conocer con exactitud la ordenación de las cuantías.

Ahora bien, en tal hacer, la inserción de un sistema de baremación uniforme fijado por el legislador se presenta como necesario para dar satisfacción a los principios de igualdad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Con ello, no sólo se intenta evitar las resoluciones dispares mediante la fijación de un criterio unitario de indemnizaciones, sino que se camina hacia la desjudicialización del conflicto, con la inherente reducción de costes terciarios que ello conlleva, y se insiste en una cierta objetivación en la reparación de los daños morales, materia de compleja envergadura.

577 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones...*, op. cit., págs. 95 y ss.; LUQUE PARRA, M.: *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., págs. 51-54.

578 STS de 17 de julio de 2007, FJ. 2 [rec. 4367/2005].

579 “La indemnización debe fijarse de una forma estructurada que permita conocer los diferentes daños y perjuicios que se compensan y la cuantía indemnizatoria que se reconoce por cada uno de ellos, razonándose los motivos que justifican esa decisión” (STS de 23 de junio de 2014 [rec.1257/2013]).

580 STC de 13 de junio de 1986 [rec. 1086/1985] y de 3 de noviembre de 2014 [rec. 198/2013].

Para tal labor, ante el todavía incumplido mandato previsto por la disposición final quinta de la LRJS para el desarrollo del baremo específico en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, los órganos judiciales se valen a modo orientativo del sistema de valoración del daño propio de los accidentes de circulación. Sin embargo, la aplicación analógica de las tablas propias de un sistema de responsabilidad objetiva, como sucedía con el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, resulta incongruente con el principio de reparación íntegra, rector en nuestra materia. Recuérdese cómo, mientras en la responsabilidad por culpa se busca el resarcimiento de la totalidad de los daños padecidos por la víctima, es propio de la responsabilidad de corte objetivo la búsqueda de la tasación del montante indemnizatorio⁵⁸¹.

La asignación de valores generales a los daños rompe con la individualización y casuística de la responsabilidad por culpa. Inherente a la tasación se encuentra la desintegración de las peculiaridades que pudieran presentarse para la conformación de cada montante indemnizatorio, de modo que se sacrifican éstas en pro de la búsqueda de la certeza del *quantum*. Indefectiblemente, la reparación del daño en accidente de trabajo y enfermedad profesional requiere de un sistema de valoración y cuantificación acorde a la reparación íntegra del daño y, en ese hacer, la baremación de los daños cumple un papel orientativo. Siempre que el juzgador estime probados daños superiores a las cuantías limitadas de la tasación, podrá éste de modo razonado y fundamentado reconocer cuantías superiores, acordes al daño real.

581 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones...*, op. cit., pág. 96.

Por ello, cuando de la aplicación del baremo “con todas las consecuencias de forma” y extrapolando los criterios fijados para las indemnizaciones de la responsabilidad civil, resulte una infracompensación del daño, podrá el juzgador descolgarse de dichas “formas”, para evitar un perjuicio que impida la reparación real de los perjuicios sufridos⁵⁸². Para ello, la determinación de la cuantía a indemnizar será facultad del Juzgador de Primera instancia, si bien, resulta fiscalizable a través de recurso extraordinario, es decir, “cabe su revisión en cualquier alzada en los supuestos en los que sus conclusiones, por resolver de forma errónea, caprichosa desorbitada o evidentemente injusta, no superen el imprescindible test de razonabilidad”⁵⁸³.

Las dos sentencias del Tribunal Supremo citadas al inicio del epígrafe, serán las encargadas de sentar la doctrina incuestionadamente seguida sobre el modo de organizar el descuento de las prestaciones públicas para con el montante indemnizatorio final, mediante el uso orientativo del baremo de circulación. Con él, se camina hacia “la obligada homogeneidad que debe existir entre los conceptos a computar en el descuento”⁵⁸⁴.

El recurso al baremo se realiza sobre las cuantías indemnizatorias actualizadas de las Tablas I a V del Anexo y Anejo, “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, incorporado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. La

582 En este sentido, el baremo de circulación reconoce en su Tabla IV una cantidad por “daños morales complementarios”, siempre que “una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos. Sólo en estos casos será aplicable”. Ahora bien, si quedan probados daños morales, a pesar de no alcanzarse el umbral de 75 o 90, éstos serán objeto de indemnización (STS de 6 de junio de 2013 [rec. 2757/2011]).

583 Por todas, STS de 20 de octubre de 2008, FJ. 3 [rec. 3160/2006]; de 13 de marzo de 2014, FJ. 2 [rec. 1506/2013] y de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013].

584 STS de 17 de julio de 2007, FJ. 6 [rec. 513/2006].

vigencia de dicho sistema se ha mantenido, con las revisiones anuales realizadas por la Dirección General de Seguros, hasta el pasado 1 de enero de 2016, cuando se introduce la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, sobre el que se volverá en el Cap. X.

El baremo de circulación contemplado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, preveía la tasación económica para los casos de muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal de la víctima, clasificando para ello VI tablas⁵⁸⁵. Para los casos de muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, se establece una indemnización básica, que ya integrará la cuantía relativa a los daños morales, que podrá oscilar atendiendo a criterios como el tipo de gravedad de la lesión, la edad de la víctima o el número de perjudicados (Tablas I, III y V). Esta cuantía podrá sufrir un incremento o decremento mediante la aplicación de los “factores de corrección” (Tablas II y IV) dirigidos a integrar factores relacionados con pérdidas económicas o daños morales complementarios, generados por la pérdida de ingresos, las circunstancias familiares y personales, la participación de la víctima en el desenlace, entre otros⁵⁸⁶.

Esta clasificación resulta trascendental cuando de la realización de la detracción se trata, ya que se debe realizar un cómputo de los grandes

585

- TABLA I. Indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales).
- TABLA II. Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte.
- TABLA III. Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales).
- TABLA IV. Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.
- TABLA V. Indemnizaciones por incapacidad temporal (compatibles con otras indemnizaciones).
- TABLA VI. Clasificaciones y valoración de secuelas.

586 GINÉS I FABRELLAS, A.: “Baremo de valoración del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en *Aranzadi Social*, núm. 2, 2012, págs. 8 y ss.

apartados que integran una posible indemnización: “las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.), y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional”⁵⁸⁷. Ello obliga a identificar cuáles de éstos han encontrado reparación a través de las prestaciones de la Seguridad Social. Posteriormente, identificado el concepto indemnizatorio homogéneo en las Tablas del baremo, “en el cálculo de una adicional responsabilidad civil por culpa empresarial forzosamente se ha de tener en cuenta aquella indemnización por responsabilidad objetiva [prestaciones de la Seguridad Social], en la siguiente disyuntiva de aplicación.”⁵⁸⁸.

Habrà de descontarse el capital-coste del importe de una previa capitalización por lucro cesante, prestando especial atención a aquellos casos que no guarden una correcta equivalencia entre prestación y lucro cesante⁵⁸⁹. Para este último caso, así como para los supuestos de pensión mensual, se descontará el importe mensual del verdadero lucro cesante en el mismo período, sin requerirse capitalización previa alguna. Para el resto de supuestos, se responderá casuísticamente, de modo que si mediante las prestaciones ya se ha resarcido el total del lucro cesante, la indemnización adicional quedará relegada a la compensación de los daños corporales, morales y emergentes.

587 STS de 15 de diciembre de 2009, FJ 3 [rec. 3365/2008].

588 STS de 17 de julio de 2007, FJ. 10 [rec. 513/2006].

589 Sería éste el caso de cotizaciones inferiores al salario; incapacidades permanentes fronterizas con el grado inmediatamente superior; dificultades de rehabilitación o inserción laboral propiciadas por factores como la edad o singularidades personales; o la pérdida de expectativas laborales.

Lo anterior, aplicado al sistema de baremo contenido en el Anexo de la LRCSCV, conlleva la búsqueda de identidad y consiguiente descuento de las pensiones por IPP, IPT, IPA y GI de la normativa de la Seguridad Social para con la tasación que de ellas se realiza en el Anexo. En tanto las prestaciones resarcan la pérdida de ingresos generada como consecuencia de la disminución de la capacidad de ganancia, su concepto homogéneo sólo puede establecerse con “las indemnizaciones reconocidas” en el baremo como factores correctores de los perjuicios económicos⁵⁹⁰, dejando al margen las cuantías relativas al daño moral, desencadenante de la requerida especificación de éste concepto en las clasificaciones determinadas por el baremo.

Al respecto, identificado el concepto homogéneo de lucro cesante que el baremo prevé, cuando las prestaciones percibidas por el beneficiario de la Seguridad Social resulten inferiores al 100 por cien de la base reguladora⁵⁹¹, se adelanta ya el papel adicionador de la indemnización civil para completar tal diferencia hasta la reparación íntegra de la renta perdida. En ese sentido, el lucro cesante de la tasación del baremo se conformará por la diferencia entre la prestación pública percibida y la pérdida de ingresos del 100 por cien que realice el juzgador.

2.1.- Secuelas físicas

De esa manera, en atención a las cuantías relativas a las secuelas física (Tabla III), este montante no resulta susceptible de sufrir detracciones ya que reparan el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente, distinto del lucro cesante compensado por las prestaciones

590 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 100.

591 Al respecto, recuérdese que “la mayoría de prestaciones son inferiores al 100 por cien de la base reguladora y están sujetas a garantías de mínimos y topes máximos”. GINÉS I FABRELLAS, A.: *Prestaciones de la seguridad social...*, op. cit., pág. 85.

públicas⁵⁹². En esa línea, acorde al principio de la regla de la homogeneidad, tampoco podrá descontarse el capital coste otorgado en concepto de incapacidad permanente, respecto de la indemnización básica por secuelas⁵⁹³.

2.2.- Incapacidad Temporal

Respecto a la Incapacidad Temporal, la cuantificación del lucro cesante no acarrea mayor problema, por ser igual al 100 por ciento del salario dejado de percibir durante el período de contingencia (de no ser así, habría que acudir al factor de corrección de perjuicios económicos contenido en el epígrafe B. de la Tabla V, para alcanzar la reparación total del lucro cesante). De ese modo, el lucro cesante a reconocer a la víctima resultará de la diferencia entre el salario real que se hubiera percibido de seguir en activo y las cantidades satisfechas por la prestación pública⁵⁹⁴.

Cuando la prestación pública ya cubre el 100 por ciento del salario dejado de cobrar, queda reparada la totalidad del daño causado en concepto de lucro cesante, de modo que, para evitar un enriquecimiento injusto de la víctima, esa cuantía se descuenta de la partida de la indemnización reconocida por lucro cesante derivado de lesiones permanentes (epígrafe B. Tabla V)⁵⁹⁵ y, en consecuencia, siendo que se ha reparado el 100 por ciento del salario, no procede aplicar los “factores de corrección”⁵⁹⁶. Sin embargo, si

592 STS de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013].

593 STS de 23 de julio de 2009 [rec. 4501/2007].

594 STS de 23 de junio de 2014, FJ. 6 [rec. 1257/2013].

595 GINÈS I FABRELLAS, A.: “Coordinación de indemnizaciones...”, op. cit., pág. 15.

596 Por todas, STS de 15 de diciembre de 2009 [rec. 3365/2008] y de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013].

el subsidio de la Seguridad Social cubre el 75 por ciento del salario, deberá adicionarse por vía de indemnización civil el restante 25 por ciento⁵⁹⁷.

Sin embargo, para el cálculo de las cantidades relativas al daño moral en IT se acude al apartado A), que como el propio baremo precisa, se refiere a la indemnización básica “incluidos daños morales”. Cabe preguntarse entonces, si existe en este apartado cantidad reparadora de perjuicios económicos que pueda ser susceptible de deducción. Diferencia este epígrafe la cuantificación de la indemnización para días de estancia hospitalaria y días sin estancia hospitalaria, dentro de lo cual podrán resultar días “impeditivos” o “no impeditivos” para desarrollar la ocupación o actividad habitual de la víctima. Pues bien, la doctrina inicial identificaría el daño moral propiamente dicho con dos de las tres clasificaciones: con el día “no impeditivo”, al entender que el alta laboral no necesaria conlleva la “sanidad absoluta”; “y que tratándose de los días de baja hospitalaria –por su mayor sufrimiento de todo orden- que el resarcimiento se identificaba con la cantidad prevista para tal supuesto en el Anexo”⁵⁹⁸.

Posteriormente la Sala reorientaría su doctrina hacia una ampliación de soluciones. Como se afirma por la nueva doctrina, resulta patente que los días “no impeditivos” se presentan como el único módulo desprovisto de indemnización por perjuicios económicos ya que “al no ser impeditivos, permiten al accidentado trabajar y obtener el salario habitual”, lo cual lleva a determinar su cuantía íntegramente al daño moral. En mayor medida, el daño moral se identifica también en el módulo de “estancia hospitalaria”, lo cual resulta coherente con el mayor sufrimiento que ésta acarrea; a su vez, ello no obsta para ver una cuantía tal de daño moral en los días simplemente “impeditivos” y sin estancia hospitalaria, “pues no cabe duda de que –en un

597 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 100.

598 STS de 17 de julio de 2007, FJ. 11.2 [rec. 513/2006]; de 14 de diciembre de 2009 [rec. 715/2009] y de 15 de diciembre de 2009 [rec. 3365/2008];

orden natural de las cosas- el sufrimiento psico-físico de la víctima ha de ser mayor cuando se está incapacitado que cuando se está en condiciones de desarrollar la ocupación habitual”⁵⁹⁹.

Por todo ello, y aunque no deje de verse cierto factor económico en dos de las cuantías, siendo que “la indemnización básica” del baremo responde a una responsabilidad objetiva, a diferencia del principio culpabilístico con el que se aplica la responsabilidad empresarial, se decantó el Tribunal por unificar doctrina hacia una negativa a detraer cantidad alguna sobre las “tres categorías e importes indemnizatorios para días –sin sanidad- no impeditivos, impeditivos y con permanencia hospitalaria”⁶⁰⁰.

2.3.- Muerte, lesiones permanentes y el respectivo “factor corrector”

Controversias se han suscitado, también, respecto al desglose para casos de muerte y lesiones permanentes, ya que las Tablas I y III, sobre indemnizaciones básicas, se consideraba que incluían un elemento de compensación de daños patrimoniales⁶⁰¹. En ese sentido, las prestaciones públicas no podrán descontarse respecto de la cuantía fijada en la Tabla I, ya que “tales prestaciones no guardan la necesaria homogeneidad respecto a la indemnización civil básica por muerte derivada de la Tabla I”⁶⁰². De igual modo, la Tabla III no podrá ser objeto de detracciones por cuantía equivalente a las prestaciones de Seguridad Social, ya que ésta viene a reparar el daño físico causado por las secuelas y el daño moral⁶⁰³.

599 STS de 30 de junio de 2010, FJ. 7 [rec. 4123/2008].

600 STS de 30 de junio de 2010, FJ. 7 [rec. 4123/2008] y de 2 de febrero de 2015 [rec. 395/2011].

601 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 99.

602 STS de 20 de noviembre de 2014, FJ. 4, punto 3º [rec. 2059/2013].

603 STS de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013].

Obsérvese cómo la Incapacidad Permanente no se encuentra regulada como las anteriores situaciones, sino que queda constreñida a los “factores correctores para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes” (Tabla IV), entre unos mínimos y máximos preestablecidos. El lucro cesante que las pensiones de Seguridad Social cubren para IP, así como las lesiones permanentes no invalidantes, vendrán a descontarse de la cuantía del factor corrector relativa a los “perjuicios económicos” de la Tabla IV⁶⁰⁴ y, a su vez, en lo que posteriormente ha modificado la doctrina, sobre el factor determinado para “lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima”.

Sin embargo, este último factor corrector abarca un espectro del daño significativamente mayor, ya que toma en consideración tanto el perjuicio ocasionado en la actividad laboral como en la actividad habitual y otras ocupaciones de la víctima, lo cual ha generado que este segundo concepto no pudiese ser considerado como homogéneo en su totalidad para con las prestaciones de la Seguridad Social⁶⁰⁵.

De lo expuesto se extrae que la primera de las deducciones se realizará precisamente en el momento de cuantificar la indemnización por lucro cesante que comporta la Incapacidad Permanente, donde posiblemente, se muestre una equivalencia entre la prestación reconocida y el lucro cesante calculado por el juzgador (con excepción de las acreditadas insuficiencias prestacionales). En el supuesto de que las prestaciones públicas se presenten

604 Se hace alusión a la pensión de la incapacidad permanente total, que otorga una cobertura de entre el 55 y el 75% de la falta de ingresos, ya que si de la incapacidad permanente absoluta se tratase, al cubrir ésta el 100% de la renta perdida, en principio, indemnización civil adicional al respecto, por encontrarse ya cubierta la totalidad del lucro cesante. En este sentido, DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 100.

605 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones...*, op. cit., pág. 99.

insuficientes para cubrir la totalidad del daño, se adicionará la parte restante hasta el 100 por cien de la renta perdida.

Resulta necesario precisar cómo en el caso de que las prestaciones de la Seguridad Social se presenten capitalizadas, deberán capitalizarse a su vez la pérdida de ingresos de la víctima, de modo que el lucro cesante será la diferencia entre ambas capitalizaciones⁶⁰⁶. Ello es así ya que no podrán detrarse cantidades que hayan sido calculadas a través de sistemas actuariales, capitalizando el coste de renta, sobre cuantías de la indemnización que se obtenga mediante un sistema de tasación, ya que ambas presentan maneras de calcular distintas⁶⁰⁷.

Respecto a la segunda de las detracciones para con el factor corrector específico de “lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima”, habrá que dilucidar exactamente a qué responde este concepto para poder realizar la deducción pertinente sobre el hipotético porcentaje relativo al lucro cesante, diferenciándolo del adherido daño moral.

En ese sentido, compleja se presenta la cuantificación del daño moral por la incapacidad permanente que prevé la Tabla IV. Hasta la rectificación que de esta doctrina ha acometido el TS recientemente, correspondía al juzgador determinar la parte del lucro cesante que del factor corrector se imputaba a la incapacidad laboral (salvo excepciones, satisfecha por las prestaciones de la Seguridad Social), ya que sería sobre la que se ejecuta el

606 STS de 23 de junio de 2014, FJ. 6 [rec. 1257/2013].

607 CAMAS RODA, F.: “La responsabilidad civil por daños en el Derecho”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Cinca, Madrid, 2013, pág. 55.

descuento⁶⁰⁸; y la parte que cubra el *préjudice d'agrément* o el impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, cuantía libre de detracción. De esa manera, la jurisprudencia social, haciendo suya la doctrina de la Sala 1ª, había considerado acertado delimitar ambos conceptos en un 50 por ciento cada uno, respecto del factor corrector⁶⁰⁹. De ese modo, el descuento se acometía únicamente sobre el 50 por ciento correspondiente al lucro cesante.

Ahora bien, la reciente STS de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013], que asienta nueva doctrina, entiende inadecuada esta doble finalidad que sobre el factor corrector por IP se reconocía. En primer lugar, entiende que la identificación de una compensación por *préjudice d'agrément* en tal partida resulta descartada, ya que dicha indemnización no diverge en la práctica del daño moral que es “consecuencia de la lesión fisiológica, pues la serie de actividades de las que se ve privado el perjudicado no son más que las limitaciones inherentes a una determinada discapacidad”⁶¹⁰. Y en segundo lugar, porque la función primordial del factor corrector es resarcir el daño moral y no el lucro cesante. Por todo ello, entiende la nueva doctrina de la Sala en pleno, que el factor corrector por Incapacidad Permanente no podrá sufrir detracciones, ya que éste no compensa el lucro cesante de la víctima⁶¹¹.

Esta nueva doctrina será también de aplicación sobre el factor corrector de la Tabla II, de modo que tampoco podrán deducirse de éstos las prestaciones por muerte y supervivencia (viudedad y orfandad), ya que

608 GINÉS I FABRELLAS, A.: “Coordinación de indemnizaciones....”, op. cit., pág. 16. En este sentido, véase la STS de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013].

609 STS de 18 de octubre de 2010 [rec. 101/2010]. Cuando las circunstancias personales muestren unas condiciones que requieren de un porcentaje diferente, atendiendo a las “lesiones del actor, las características especiales de las mismas, su edad, su categoría profesional (...)” y la la nueva profesión de la víctima, se ha clasificado como un 60% del factor corrector para la discapacidad labora, y un 40% para la vital (STS de 23 de julio de 2009, FJ. 3 [rec. 4501/2007]).

610 STS de 23 de junio de 2014, FJ. 8 [rec. 1257/2013].

611 Esta nueva doctrina unificada habrá sido aplicada por la STS de 13 de octubre de 2014 [rec. 2843/2013]; de 17 de febrero de 2015 [rec. 1239/2014].

mientras el factor corrector integra el daño moral, las prestaciones públicas vienen a compensar el denominado daño emergente desde la perspectiva de los supervivientes⁶¹².

Este cambio doctrinal ha recibido un voto particular⁶¹³ que a pesar de coincidir con el fallo de la mayoría, discrepa de los argumentos que utiliza. Se considera contrario a identificar el factor corrector de la Tabla V, en su integridad, con la retribución del daño moral, contraviniendo la doctrina que al respecto establece la Sala 1ª, máxime intérprete del baremo. Ello es así, dice el voto particular, ya que el factor corrector valora la incidencia en actividades tanto profesionales como extraprofesionales, lo cual justifica como adecuada la doble funcionalidad que anteriormente venían reconociéndose.

Esta falta de mimetismo es uno más de los factores esgrimidos reiteradamente desde la doctrina científica y jurisprudencial para reconocer la capacidad del juzgador respecto a la aplicación orientativa del baremo, pudiendo siempre mejorar al alza las cuantías en él previstas⁶¹⁴. Ante la ausencia de un baremo específico, el baremo de circulación tiene la virtud “de ayudar” para lograr una correcta estructuración del *quantum* final, desglosando los diferentes conceptos⁶¹⁵.

Lo dicho encuentra causa en ser el baremo una tasación prevista para un sistema de responsabilidad civil objetiva, como sucede en los accidentes de circulación, “mientras que en el supuesto que debatimos se trata de la

612 STS de 20 de noviembre de 2014, FJ. 4, punto 2º [rec. 2059/2013].

613 Formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhiere los Magistrado Excmo. Sra. Dña. Milagros Calvo Ibarlucea, Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López, Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Luelmo Millán, Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

614 GINÉS I FABRELLAS, A.: “Baremo de valoración...”, op. cit., pág. 10.

615 STC de 3 de noviembre de 2014 [rec. 198/2013].

indemnización que pueda atribuirse al empleador por concurrencia de culpabilidad en la producción del accidente de trabajo, al objeto de complementar las prestaciones de Seguridad Social [atribuibles a responsabilidad objetiva] y en base (...) a haber incurrido en culpa o negligencia causalmente determinantes del evento dañoso”⁶¹⁶.

Mientras la responsabilidad civil por culpa, como queda visto, pivota sobre el juego de la incertidumbre al condicionar la reparación del daño a la prueba de la culpabilidad y antijuridicidad de la conducta del causante, la responsabilidad objetiva se mueve en el terreno de la certidumbre de la prestación resarcitoria y, por ello, se acompaña de un sistema de tasación que permite a las aseguradoras realizar cálculos previos de coste-beneficio. De ese modo, mientras la responsabilidad de corte culpabilístico se guía por el principio de reparación íntegra del daño (art. 1101 CC y 1106 CC), la reparación parcial de los daños es propia de los sistemas de responsabilidad objetiva.

Tuvo ocasión de pronunciarse al respecto el Tribunal Constitucional afirmando el carácter constitucional del baremo de tráfico. Sin embargo, en relación al “factor corrector” que la Tabla V contemplaba para los casos de IT, precisó que ante casos de culpa relevante, judicialmente declarada, el apartado B) de la Tabla V del Anexo incurría en inconstitucionalidad (arts. 90.3 y 24 CE) al generar “un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario”, debiéndose realizar una cuantificación al alza, adecuada a los daños reales acreditados (STC 181/2000, de 29 de junio)⁶¹⁷. Al respecto, “el art. 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos aspectos: exigiéndole, de una parte, que establezca unas pautas indemnizaciones

616 Por todas, STS de 17 de julio de 2007, FJ. 11 [rec. 4367/2005].

617 *Ibidem...*, págs. 51-53; GINÉS I FABRELLAS, A.: “Baremo de valoración...”, op. cit., pág. 10; STC de 3 de noviembre de 2014 [rec. 198/2013].

suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano y, de otra parte, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad en todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas”⁶¹⁸.

Por ello, se entiende que el juzgador pueda aplicar el baremo en tanto en cuanto repare el total de los daños probados, pudiendo acudir para ello al baremo de circulación, como no hacerlo, “o incluso utilizarlo para valorar unas partidas y no otras”⁶¹⁹. En ese sentido, cuando así queden acreditados, la Tabla V podrá utilizarse para dar cobertura a daños emergentes que suponga un mayor gasto por desplazamientos, hospedaje de familiares cuidadores, medicamentos, aparatos ortopédicos, etc.

3.- La cuestión temporal en la determinación del importe: el dies a quo para la determinación del interés y el baremo de aplicación

También ha abordado la jurisprudencia una de las problemáticas, de no desdeñable importancia, como es la relativa al pago de intereses por parte del deudor. Lo dicho adquiere un cariz relevante cuando, como resulta usual, el lapso temporal entre el accidente, la reclamación judicial y la sentencia final se dilata tortuosamente. Como no puede ser de otra manera, el pago o no de intereses repercute sobre la obtención de una reparación total del daño, ya que puede generar que la víctima obtenga una infracompensación y que el deudor se beneficie de un enriquecimiento injusto, al no costear tales intereses.

618 STC 130/2003, de 30 de junio de 2003, FJ. 3.

619 STC 178/2014, de 3 de noviembre de 2014, FJ. 3.

Cuando se habla de interés por mora, dos son los conceptos a los que nos referimos. Por una parte, se alude al interés legal que el deudor de una cantidad pecuniaria debe satisfacer desde que, hecha la reclamación preceptiva, se incurra en mora (arts. 1100 y 1108 CC). Por otra parte, se refiere a los intereses procesales que el demandado o su aseguradora deben satisfacer desde la fecha del pronunciamiento judicial que cuantifique y clarifique los daños de los que se les hace responsables (art. 576 LEC y art. 20 LCS –cuando la mora se atribuye a una aseguradora-) ⁶²⁰. La jurisprudencia ha mostrado un histórico vaivén decantándose indistintamente por reconocer una u otra figura, siendo éstas excluyentes entre sí, sin llegar a especificar correctamente el ámbito de cada una.

3.1.- El interés legal de los arts. 1100 y 1108 CC

Son estos unos intereses devengados como consecuencia de un incumplimiento de una previa obligación civil, cuando una de las partes incurre en mora. Así, la sentencia que resuelve sobre la demora en el cumplimiento de la obligación tendrá unos efectos declarativos, e impone la obligación al deudor de satisfacer la deuda. Por ello, son unos intereses que se reconocen desde la interpelación judicial, y buscarán indemnizar el lucro perdido por el demandante como consecuencia de la demora del deudor. Se busca con ellos compensar la pérdida que para el acreedor supone el no disponer en su patrimonio de un bien que debería tener, y de hacer indemnizar al deudor que mantuvo el bien.

No así, en la indemnización por daños y perjuicios derivados de AT y EP, no ostenta la víctima un derecho a obtener una indemnización de forma automática una vez actualizado el riesgo, ya que debe someterse a un juicio

620 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones...*, op. cit., págs. 101-103.

valorativo. En ese sentido, su acción de reclamación de daños y perjuicios, con la consiguiente resolución judicial, tendrá un carácter constitutivo y no declarativo. Es por ello que considero acertada la postura, no siempre seguida por la jurisprudencia social, de negar la aplicación de estos intereses sobre el montante indemnización derivada de daños y perjuicios por AT y EP, ya que no es éste un ámbito sobre el que deban devengarse dichos intereses, sino los que a continuación se exponen⁶²¹.

3.2.- Los interés procesales del art. 576 LECiv y el art. 20 LCS

Los intereses procesales del art. 576 LECiv son unos intereses a satisfacer por el demandado que haya recibido una sentencia condenatoria, de modo que una vez se obtenga una resolución judicial, independientemente del orden jurisdiccional que fije la cantidad a resarcir, serán aplicados sobre la cuantía que se reconozca como indemnización. La aplicación de estos intereses se produce *ex lege*, si bien, en los supuestos de indemnización por daños derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional será de aplicación el art. 20 Ley del Contrato de Seguros, cuando la demandada resulte una aseguradora.

El art. 20 LCS recoge el devengo intereses para cuando el asegurador incurra en mora. En este sentido, “se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro” (apartado 3). La determinación del “siniestro”, como momento sobre el cual retrotraer el inicio para el cómputo de

621 En este sentido, con una brillante exposición de los diferentes intereses moratorios, y su adaptación al ámbito social, véase SORIGUERA SERRA, A.: “La problemática, sobre todo práctica, de la aplicación del baremo y los intereses por mora de los daños y perjuicios por AT/EP (y II)”, en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2014, págs. 7 y ss.

los intereses no ha sido una cuestión baladí en la jurisprudencia⁶²², como tampoco lo ha sido la cantidad sobre la que éste debe aplicarse, debido a la toma en consideración o no de las cantidades consignadas por la aseguradora.

En ese sentido, se entiende como factor determinante el hecho de que la cuantía consignada sea considerada como “suficiente” por el juzgador⁶²³. Si así es, los intereses serán devengados dividiendo dos fases: un primer período a transcurrir entre el momento del siniestro y el momento de la consignación “suficiente”, en el que se aplicarán intereses tomando en consideración el montante indemnizatorio total reconocido judicialmente; y un segundo, lapso entre la consignación y la total reparación de daños, en el que los intereses se devengarán únicamente sobre la cuantía diferencial entre el montante consignado y la indemnización finalmente reconocida.

Cabe adelantar, a falta de una especificación procesal para el ámbito laboral, la Sala de lo Social del Alto Tribunal hace suyas las interpretaciones que en la materia emite la Sala de lo Civil, si bien, con una adaptación acorde al carácter tuitivo propio del ámbito social.

3.3.- La actualización del baremo a fecha de la sentencia

El objetivo del pago de unos intereses reside en lograr que la cuantía indemnizatoria correspondiente no se devalúe y, consecuentemente, represente una cantidad del daño por debajo de la real. Del mismo modo, se justifica como indemnización imputada al deudor como consecuencia de no haber traspasado al patrimonio del acreedor un bien que le correspondía, habiéndolo disfrutado mientras tanto.

622 *Ibidem...*, págs. 12-19

623 *Ibidem...*, pág. 14.

En esa lógica, como deuda de valor que es la indemnización de daños y perjuicios, resulta acorde al principio valorativo que la valoración de los daños a indemnizar se realice en el momento en el que éstos son clarificados y determinados, es decir, en el momento de la resolución judicial de instancia⁶²⁴. Así, se ha entendido como sistema alternativo al devengo de intereses moratorios (no procesales) el actualizar el baremo aplicable a fecha de la sentencia de instancia.

3.4.- El devenir judicial de la Sala Social en el reconocimiento de intereses moratorios

Nos retrotraemos a la STS de 17 de julio de 2007 [rec. 4367/2005] para entender la actual dualidad aplicativa. Se entendió en la sentencia citada que la aseguradora no incurría en mora sino desde que se dictase la sentencia de instancia, ya que previamente su deber de indemnizar era incierto, tanto desde la perspectiva de concurrencia de culpabilidad como de la cuantía a resarcir⁶²⁵. Aceptada esta doctrina por la Sala 4ª, se optó, a su vez, por acometer una actualización de los importes del Baremo con arreglo al valor del punto existente al tiempo de cuantificar la indemnización –sentencia estimatoria de instancia-⁶²⁶, dando respuesta a la disyuntiva de considerar si estamos ante una deuda nominal o de valor, es decir, “si el daño se debe cuantificar al tiempo del accidente (teoría nominalista) o al tiempo de su cuantificación (teoría valorista)”⁶²⁷. De esa manera, entendiendo la deuda como de valor, se decantó el Alto Tribunal por una postura acorde a la *restitutio in integrum*, ya que sólo así se evita que la desactualización del valor

624 Será ésta la tesis mantenida por la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (números 2 y 3 del principio general I).

625 Es esta la doctrina seguida inicialmente por la sala de los social en las STS de 17 de julio de 2007 [4367/2005], de 16 de mayo de 2007 [rec. 2080/2005] y de 1 de marzo de 2007 [rec. 2302/2001].

626 STS de 17 de julio de 2007, FJ. 13 [rec. 513/2006].

627 STS de 17 de julio de 2007, FJ. 2 [rec. 4367/2005].

adquisitivo experimentado por la moneda, redunde en beneficio del deudor y en detrimento de la víctima.

Complementario a lo anterior, una vez dictada la sentencia de instancia, se iniciará el devengo de los intereses procesales del art. 576 LECiv que, en definitiva, nos lleva al art. 20 LCS. De ese modo, la aseguradora que incurra en mora deberá sufragar unos intereses procesales del interés legal más un 50 por cien en los dos primeros años, y el interés legal más un porcentaje no menor al 20 por ciento para el restante lapso, hasta la compensación de la cuantía total.

Poco después se acometería una reconsideración hacia posturas menos restrictivas. Se entendería más acorde al principio *pro operario*, propio del orden social, la aplicación de los arts. 1101 y 1108 CC a través de una interpretación según la cual, atendiendo a “un mayor automatismo que el orden civil”, se reconozca que “las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de éstos desde la interpelación judicial”⁶²⁸. Cobra fuerza, entonces, la regla general de reconocer el devengo de intereses moratorios desde el momento de la reclamación judicial, en contra de una actualización mediante la aplicación del baremo a fecha de la sentencia.

En caso de valoración de secuelas, el momento sobre el que iniciar el devengo de intereses se situará en la consolidación de las mismas (alta por curación, fecha de la resolución del INSS en reconocimiento de la situación de incapacidad, etc.). Al respecto, sostendrá la Sala, “como se trata de una deuda de valor, el régimen jurídico de secuelas y número de puntos atribuibles por aquéllas son-en principio- los de la fecha de consolidación, si bien los importes del punto han de actualizarse a la fecha de la sentencia, con arreglo

628 STS de 30 de enero de 2008, FJ.7 [rec. 414/2007], de 14 de julio de 2009 [rec. 357/2008], de 23 de julio de 2009 [rec. 4501/2007].

a las cuantías fijadas anualmente en forma reglamentaria; aunque también resulta admisible- frente a la referida regla general de actualización y sólo cuando así se solicite en la demanda –aplicar intereses moratorios no sólo desde la interpelación judicial, sino desde la fijación definitiva de las secuelas [alta curación], si bien es claro que ambos sistemas –intereses/actualización– son de imposible utilización simultánea y que los intereses que median entre la consolidación de secuelas y la reclamación en vía judicial no son propiamente moratorios, sino más bien indemnizatorios”⁶²⁹.

Posteriormente, a raíz de la STS 18 de octubre de 2010 [rec. 101/2010, se acometió una reorientación de la regla general para decantarse nuevamente por una actualización del baremo a fecha de la resolución judicial que por primera vez cuantifique la indemnización⁶³⁰. Así, como deuda de valor, se considerará aplicable el valor puntual del baremo a fecha de consolidación de las secuelas, ya que el régimen jurídico para secuelas y puntos lo determina la fecha del accidente, pero los puntos y criterios valorativos resultarán los vigentes a fecha de la sentencia de instancia, con arreglo a las cuantías fijadas anualmente en forma reglamentaria⁶³¹.

No parece haber discusión, sin embargo, sobre el reconocimiento de la aplicación de los intereses procesales (art. 576 LEC y art. 20 LCS), devengados tras la sentencia, ya que se opte por el sistema que se opte siempre serán devengados. No así, sí que resulta controvertido un concreto aspecto de la aplicación del art. 20 LCS, en cuanto se prevé que el inicio del devengo se retrotraerá a la fecha de la reclamación de la cantidad, lo cual se

629 STS de 30 de enero de 2008, FJ.6 [rec. 414/2007]; de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013] y de 2 de febrero de 2015 [rec. 395/2014].

630 A favor de la actualización del baremo, siguiendo doctrina, véanse STS de 23 de junio de 2014 [rec. 101/2010] y de 30 de marzo de 2015 [rec. 3204/2013].

631 Véanse las STS de 17 de julio de 2007 [rec. 4367/2005]; de 30 de junio de 2010 [rec. 4123/2008]; de 5 de junio de 2012, FJ. 3 [rec. 1400/2011]; de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013]; de 30 de marzo de 2015 [rec. 3204/2013].

solaparía con el reconocimiento entre dicho momento y la sentencia, del interés legal *ex lege* de los arts. 1100 y 1108 CC. En ese sentido, la Sala 4ª ha realizado una interpretación aperturista, considerablemente más cercana al *favor debitoris* que al principio *pro operario*, respecto al apartado 8 del art. 20 LCS. Se exonera en él a la aseguradora de los intereses moratorios desde la reclamación siempre y cuando se muestre que “la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable”.

Para ello, se admiten como situaciones discutibles aquellas en las que exista una real discordia acerca de la determinación de la entidad aseguradora responsable, de la fecha del hecho causante o de la cuantía de la indemnización, de modo que conviertan la oposición al pago en “compresible y razonable”⁶³². Ello no obsta a que una vez declarada resolución judicial, la aseguradora deba hacer frente a los oportunos intereses procesales (art. 576 LEC) y un incremento del 20% desde la fecha de la sentencia⁶³³.

De esa manera, ha resultado usual la exención de los intereses moratorios del art. 20 LCS para el lapso entre la reclamación, consolidación de secuelas en su caso, y la sentencia condenatoria; contrarrestado ello con un reconocimiento del interés legal (arts. 1101 y 1108 CC), de cuantía relativamente inferior.

A mi parecer, entiendo más adecuada al principio valorista y la reparación íntegra del daño la opción relativa a la actualización del baremo a fecha de la sentencia, en detrimento de la opción de aplicar los intereses legales de los arts. 1101 y 1108, de cuestionable encaje. No obstante, considero como mejor opción aquella por la que se realizase una aplicación

632 Por todas, STS de 30 de junio de 2010 [rec. 4123/2008] y de 12 marzo de 2013 [rec. 1531/2012].

633 STS de 30 de junio de 2010, FJ. 6 y 8 [rec. 4123/2008].

del art. 20 LCS adaptada al principio *pro operario*, de modo que se interpretasen exclusiones como la del apartado 8º en un sentido restrictivo, dejando fuera la iliquidez de la deuda. En tal caso, cuando no concurren las excepciones a la mora, se debiera entender el devengo de intereses moratorios desde la reclamación judicial, o desde que la aseguradora tuvo conocimiento de la misma⁶³⁴.

Al respecto, se debiera traer a colación la doctrina civilista cuando entiende que los intereses se devengarán desde la primera reclamación y sobre el total de la cuantía, con la salvedad del montante consignado por la aseguradora, que quedará desde el momento de la consignación liberado de generar intereses, siempre y cuando ésta sea considerada como “suficiente” por parte del juzgador⁶³⁵.

Un panorama diverso se presenta con cuantías como las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, en las que el derecho resulta concreto y preciso desde el momento de determinación de la incapacidad, y la sentencia judicial tiene un carácter meramente declarativo, que no constitutivo, en cuanto el derecho ya existe previamente. Por todo ello, para estos casos, los intereses se devengarán desde el mismo momento en que se conozca la cuantía de la mejora voluntaria, aplicándose desde entonces los “dos tramos” del art. 20 LCS: interés legal más un 50 por cien en los dos primeros años, y el interés legal más un porcentaje no menor al 20 por ciento para el restante lapso, hasta la compensación de la cuantía total⁶³⁶.

634 Respecto al traslado del inicio del cómputo al momento en que la aseguradora tuviere conocimiento, considero que la falta informativa en la que el empresario pudiera incurrir para con la aseguradora, ello debiera resolverse en una responsabilidad directa del empresario, haciéndole responsable del pago de intereses de ese período, y no del trabajador, tercero ajeno a la lógica aseguradora.

635 En defensa de esta tesis, véase SORIGUERA SERRA, A.: “La problemática...”, op. cit., pág. 26.

636 Por todas, STS, Sala 1ª, de 11 de octubre de 2011 [rec. 1751/2008].

En definitiva, resulta la materia de los intereses una cuestión adicional que el baremo específico para daños derivados de AT y EP deberá tener en consideración. Es por ello que más adelante se volverá sobre esta cuestión.

4.- Descuento de las mejoras voluntarias sobre la indemnización civil adicional

“La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el artículo 7.1 podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales” (art. 43.1 LGSS)⁶³⁷. En ese sentido, las prestaciones públicas del sistema de protección social se podrán mejorar o incrementar por medio del contrato de trabajo, de la negociación colectiva o a través de un acto unilateral del empresario. Ahora bien, el establecimiento y configuración de estos mecanismos de protección complementaria radica eminentemente en la negociación colectiva, con mayor presencia en los convenios colectivos de empresa⁶³⁸, en esa instrumentalización del fruto del diálogo social como “medio útil y utilizado de garantizar a los trabajadores una protección más amplia que la dispensada por el sistema legal o básico de seguridad social frente a determinadas situaciones de necesidad económica”⁶³⁹.

637 Se encontrarán reguladas en los arts. 238-241 LGSS.

638 GALA DURÁN, C. (investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual (FIPROS/2006/44)*. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, págs. 147. Disponible en (última consulta el 20/01/2016):

<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100608.pdf>

639 CASAS BAAMONDE, M. E.: *Autonomía colectiva y seguridad social: (un estudio sobre la contratación colectiva en materias de seguridad social y conexas)*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, pág. 32.

Estas mejoras voluntarias se pueden presentar como prestaciones complementarias dirigidas a proteger las mismas contingencias que la modalidad contributiva de la Seguridad Social, guardando correlación con la prestación mejorada, o bien, como prestación autónoma para proteger a sus beneficiarios de los mismos riesgos cubierto por la prestación contributiva, de la cual se encuentran desconectadas⁶⁴⁰.

De esa manera, desde la perspectiva que interesa a las contingencias profesionales, las prestaciones derivadas de incapacidad temporal ⁶⁴¹, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, serán susceptibles de ser mejoradas a través de este instrumento⁶⁴². Con ello, se trata de elevar las cuantías de las prestaciones para otorgar al beneficiario hasta un 100 por cien de las rentas dejadas de percibir.

Se plantea, entonces, la misma problemática suscitada respecto al modo de coordinar las prestaciones de la Seguridad Social para con la indemnización de la responsabilidad civil. La disyuntiva se genera al solaparse la compensación de las mejoras voluntarias respecto a determinadas cuantías del montante calculado para la indemnización civil, lo cual puede dar lugar, nuevamente, a una duplicidad compensatoria. En ese sentido, defendibles

640 ROQUETA BUJ, R.: *Las Mejoras voluntarias de la seguridad social: los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 106.

641 En ese sentido, en lo que a la incapacidad temporal se refiere, el art. 36 del convenio colectivo de *BSH Interservice, SA. . Zona 4 Centro* (BOE de 5 de septiembre de 2007):

“Accidente de trabajo o enfermedad profesional. En los casos de incapacidad transitoria por accidente de trabajo o enfermedad profesional, la empresa complementará hasta el 100 por 100 del salario medio de los últimos tres meses a cada grupo y nivel considerado según el apartado anterior y desde el primer día de baja, y por un período máximo de 12 meses prorrogables por otros 6 meses”

642 Tras un análisis empírico al respecto, se concluye que el 74.80 por ciento de los convenios colectivos sometidos a análisis presentaban mejoras para estos tipos de prestaciones. Véase GALA DURÁN, C. (investigadora principal): *Las mejoras voluntarias...*, op. cit., págs. 146 y ss.

son las posturas de la “plena compatibilidad” de las cuantías dimanantes de ambas vías resarcitorias, así como de la “compatibilidad limitada”⁶⁴³.

El eje sobre el que pivotan ambas argumentaciones depende de interpretar si ambas compensaciones derivan o no de una misma naturaleza y finalidad, cual es la reparación del lucro cesante de la víctima. No queriendo caer en reiteraciones innecesarias, se remite al lector al debate expuesto líneas atrás al hablar de la coordinación de las prestaciones de la Seguridad Social en relación a la responsabilidad civil empresarial. Sin embargo, este debate encuentra un significativo matiz cuando de las mejoras voluntarias se trata, ya que respecto a éstas, habrá de estarse a la voluntad con la que son instaladas a la hora de definir su concreto alcance, puesto que no necesariamente tienen que coincidir con el ámbito de la prestación básica que complementan⁶⁴⁴.

Al respecto, la Sala de lo Social del Alto Tribunal se decanta por una compatibilidad limitada. Se ha dicho como, al entender que las mejoras voluntarias cubren la parte del lucro cesante hasta el 100 por cien de las rentas dejadas de percibir, la jurisprudencia ha mantenido la extensión a este concepto como deductor del montante de la indemnización de la responsabilidad civil, para evitar así una duplicidad indemnizatoria sobre un mismo daño⁶⁴⁵. En ese sentido, las mejoras convencionales que de las

643 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones...*, op. cit., págs. 110 y ss.

644 ROQUETA BUJ, R.: *Las Mejoras voluntarias...*, op. cit., págs. 56 y 106.

645 La indemnización de la víctima ascenderá a la cuantía resultante entre lo percibido en concepto de prestaciones sociales más complementos de mejora, y el 100 por cien del salario que calcula la tasación legal como lucro cesante. En ese sentido, con razón de un caso de IT, se determina que “la indemnización por lucro cesante, como mínimo y salvo prueba acreditativa de un daño o perjuicio mayor, en cuantía equivalente al 100 por cien del salario dejado de percibir en dicho período por el accidentado y, en el supuesto de haberse percibido durante dicho período cantidades en concepto de prestaciones económicas de IT (las que compensan exclusivamente el lucro cesante) o por otros complementos o mejoras (las que igualmente, como regla, solamente compensan el lucro cesante), la indemnización ascenderá, como mínimo, a las diferencias entre lo percibido por tales conceptos y el importe

prestaciones sociales se realicen, se someterán a descuento respecto de los conceptos homogéneos identificados como lucro cesante en el baremo de circulación⁶⁴⁶.

Se hace necesario recordar el último cambio doctrinal por el que se reconoce una indemnización exclusivamente de daño moral en los factores correctores de la tasación legal que el Baremo del RD 8/2004 prevé en la Tabla IV para los casos de IP. En esa línea, “todos los factores de corrección son compatibles, cualesquiera que sean, (...) con una posible prestación de la Seguridad Social”⁶⁴⁷, de modo que no se podrán aplicar descuentos de la cuantía de las mejoras voluntarias sobre los factores correctores de la Tabla IV, por obedecer ésta “a conceptos indemnizatorios diferentes, esto es, no homogéneos, puesto que esa mejora no corresponde a una indemnización atribuida a factor corrector Incapacidad Permanente (Tabla IV por lucro cesante (daños “laborales” en la terminología clásica) sino a daños morales (“vitales”, según la vieja denominación)”⁶⁴⁸.

Tampoco podrá detraerse la cuantía derivada de las mejoras voluntarias cuando de IT se trate, sobre las cuantías reconocidas por el apartado A) de la Tabla V, dado que con dicho apartado se compensa el daño moral derivado de la incapacidad temporal, tanto si incluyen días de estancia hospitalaria como si no. Del mismo modo, tampoco se realizará descuento alguno de las mejoras voluntarias sobre las cuantías derivadas de la Tabla III,

del 100 por 100 del salario dejado de percibir” (cursiva nuestra), STS de 15 de diciembre de 2009, FJ. 5 [rec. 3365/2008].

646 STS de 17 de julio de 2007, FJ 3.3 [rec. 4367/2005] y de 23 de junio de 2014, FJ. 6.2 [rec. 1257/2013]; de 13 de marzo de 2014 [rec. 1506/2013].

647 STS de 23 de junio de 2014, FJ. 9.2 [rec. 1257/2013].

648 STS de 13 de octubre de 2014, FJ. 2.1 [rec. 2843/2013].

ya que con ésta tampoco se repara el lucro cesante sino el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente⁶⁴⁹.

Por todo ello, el descuento de la cuantía derivada de las mejoras voluntarias, sostiene la jurisprudencia social, se efectuará únicamente sobre los conceptos indemnizatorios de la tasación legal que respondan a una compensación del lucro cesante de la víctima. Sensus contrario, no podrán detraerse esas cantidades sobre compensaciones derivadas del daño moral o emergente.

Sin embargo, como ya ha apuntado la doctrina, el optar por una opción como la compatibilidad limitada puede resultar contrario a la naturaleza “altruista” de las mejoras voluntarias, desnaturalizando a la institución⁶⁵⁰. A ello se suma la naturaleza transaccional que, a menudo, la mejora voluntaria guarda dentro del proceso de negociación colectiva, funcionando como un *quid pro quo* ante concesiones desde la parte social, como pueden ser “un incremento de la flexibilidad en la gestión de los recursos humanos, contención salarial, disminución de la conflictividad laboral...”⁶⁵¹. Del mismo modo, desde un cariz preventivo, vendría a secundar esta postura el hecho de que no pocos convenios colectivos exigen la concurrencia de determinados cánones conductuales del trabajador para evitar el siniestro, como requisito hacia el futuro disfrute de la mejora, haciéndoles partícipes de su futura obtención.

Entender como aplicable la teoría de la compatibilidad limitada obliga a otra reflexión, acerca del sentido de unas mejoras voluntarias cuando, de

649 STS de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013]; de 20 de noviembre de 2014 [rec. 2059/2013] y de 17 de febrero de 2015 [rec. 1219/2014].

650 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones...*, op. cit., pág. 111.

651 LUQUE PARRA, M.: *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., pág. 189.

existir culpa empresarial en la causación del siniestro, el empresario ya viene obligado a indemnizar por vía de la responsabilidad empresarial tal cantidad hasta lograr la reparación íntegra del daño. En ese caso, el optar por su descuento desnaturaliza nuevamente a la mejora y se convierte en un elemento transaccional “gratuito” para la parte empresarial, dentro de la negociación colectiva.

En ese caso, al realizarse el descuento, la mejora voluntaria se convierte en un fraude para la parte social de la negociación colectiva, ya que se utiliza como moneda de cambio en el proceso negociador pero, sin embargo, no revierte finalmente en un derecho superior al que ya ostentan los trabajadores. Ello es así ya que, en el caso de que no se pactara convencionalmente ese derecho, en aquellos casos en los que se pruebe la existencia de responsabilidad empresarial por culpa, ya viene el empresario obligado a indemnizar el lucro cesante adicional al cubierto por las prestaciones públicas, hasta reparar el 100 por cien del daño. En ese caso, el realizar un descuento de las mejoras voluntarias previamente aportadas no conlleva ninguna carga superior para el empresario, que ve detraída esa cantidad (asegurada) sobre el montante de la indemnización civil. Por ello, tal mejora voluntaria sólo se convierte en un *plus* para los casos de AT y EP en los que no concurra culpa empresarial.

En otras palabras, el descuento de las mejoras voluntarias neutraliza el beneficio que sobre el trabajador conlleva el reconocimiento automático y directo de este complemento. Por un lado, el reconocimiento de la mejora voluntaria resulta adecuado por otorgar una cuantía adicional sin necesidad de acudir a la responsabilidad civil por culpa para su obtención⁶⁵². Empero, una hipotética no satisfacción de la misma que propicie acudir a los juzgados para su reconocimiento, no resulta gravosa para el empresario ya que en una

652 VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: *Aseguramiento y protección social...* op. cit., pág. 100.

futura resolución judicial estimatoria, como consecuencia del descuento, vendría el empresario a compensar la misma cantidad debida inicialmente, más los intereses correspondientes.

Cabe agregar, el contenido de la mejora voluntaria se presenta como un complemento cuantitativo, que las partes acuerdan por convenio colectivo, y deviene asegurable a través del seguro colectivo laboral (arts. 80 y 81 LCS)⁶⁵³. Por ello, se confiere la posibilidad de su aseguramiento privado a través de los llamados “seguros de personas”, que no buscan la compensación de los daños, que en este caso corresponde a las prestaciones sociales básicas, sino la elevación de sus cuantías.

En esa lógica, no les guía el principio indemnizatorio, ni, por ende, se busca con ellas la compensación íntegra del daño, sino únicamente garantizar un lucro determinado al asegurado ⁶⁵⁴, dejando vía libre para la responsabilidad civil empresaria por culpa y las prestaciones básicas de la Seguridad Social. Resulta su cuantía plenamente compatible con la derivada de las prestaciones de un sistema de protección social, como de las derivadas de un sistema de aseguramiento de la responsabilidad objetiva del empresario.

Por ello, ya que la cantidad que el trabajador recibe en concepto de mejora voluntaria deriva de un seguro de personas a su favor, establecido como consecuencia de un compromiso convencional, debe acumularse al resto de cuantías indemnizatorias que el beneficiario reciba.

De todo lo expuesto, se entiende que concurre una finalidad diferente en la mejora voluntaria, derivada de su origen y funcionalidad diversa respecto

653 CORREA CARRASCO, M.: *Accidente de trabajo...*, op. cit., págs. 136 y ss.

654 *Ibidem...*, op. cit., pág.142 y 143.

de las prestaciones públicas, como gratificación excepcional para la parte trabajadora. Ello hace plausible negar la detracción de este concepto sobre el montante de la indemnización civil.

A la postre, en un marco de supresión del recargo de prestaciones, como es el caso de la tesis que desde esta parte se mantiene, la no detracción de las mejoras voluntarias relajaría la repercusión cuantitativa que en negativo supondría la eliminación de esta figura de controvertido acomodo. Visto queda que las prestaciones de la Seguridad Social no siempre alcanzan a cubrir la totalidad del salario dejado de percibir⁶⁵⁵, de modo que el papel de las mejoras voluntarias, y su no detracción, ayuda a lograr una completa indemnización de todos los daños y perjuicios de la víctima.

5.- La compatibilidad del recargo de prestaciones respecto de la indemnización civil adicional

Hablar del recargo de prestaciones nos lleva a enfrentarnos a una de las figuras más controvertidas dentro del sistema de Seguridad Social. Ríos de tinta se han escrito tratando de esclarecer su fundamento y naturaleza jurídica, sin que se haya pacificado la controversia. “El recargo de prestaciones permite distintas perspectivas como la luz de las estrellas que pueden ser consideradas a la vez imagen primera de lo que fue su origen o resultado final de su propio proceso físico de descomposición”⁶⁵⁶.

655 En ese sentido, las limitaciones o topes que para las contingencias profesionales establece el sistema no encuentran justificación dentro cuando de las contingencias profesionales se trata, ya que como consecuencia de ello, se “deja sin reparación alguna lucro cesante que excede de estas cifras”. Véase DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 85.

656 MERCADER UGUINA, J. R.: Indemnizaciones derivadas..., op. cit., pág. 137.

Paradójicamente, es el recargo una institución nacida para solventar la disfuncionalidades que en su momento padecía el sistema de reparación de AT y EP⁶⁵⁷. No obstante, se ha convertido actualmente en un elemento “inviabile”⁶⁵⁸, distorsionador del sistema en su integridad, ya que no logra asentarse sin invadir el terreno material de otros instrumentos reparadores o sancionadores y preventivos. En ese sentido, el debate se concentra en su diversa naturaleza híbrida, entre lo resarcitorio y lo sancionador/preventivo.

Su construcción encajó en un sistema de aseguramiento público de la responsabilidad objetiva empresarial, acompañada de un régimen general de inmunidad por el que se vetaba el recurso de la víctima a la responsabilidad civil empresarial. De esa manera, el recargo de prestaciones se encargaba de implementar las cuantías limitadas del aseguramiento, a la vez que ejercía de instrumento punitivo al ser la culpa el elemento determinante para su imposición⁶⁵⁹.

De su inicial función indemnizatoria, no será hasta el art. 27 de la Ley de Accidentes de trabajo de 1956 y el art. 55 del Reglamento cuando se incida en su vertiente punitiva, pero sin despojarse de la faceta resarcitoria que venía mostrando⁶⁶⁰. Actualmente, su regulación se contempla en el art. 164 LGSS, según el cual “todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que

657 Para un exhaustivo estudio acerca de la evolución legislativa seguida por el recargo de prestaciones, véase CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F. J.: *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable*. Bomarzo, Albacete, 2005, págs. 19-27.

658 SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *El recargo de prestaciones*. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pág. 126.

659 Sobre el régimen de reparación de los daños derivados de AT y EP en la L.A.T., y el posterior recorrido de la responsabilidad empresarial, se remite al lector al Cap. III.

660 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., págs. 138 y 139.

carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”. Se añade, esta responsabilidad no podrá ser objeto de seguro alguno por parte del empresario (art. 164.2 LGSS) y resultará “independiente y compatible respecto con las de todo orden” (art. 164.3 LGSS).

A lo anterior, en virtud del art. 42.3 LPRL, se reconoce al recargo de prestaciones una complementariedad respecto del resto de “indemnizaciones” y responsabilidades. En su tenor literal, “las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema”.

Dicho lo cual, procede hacer una síntesis de las diferentes teorías que han dado lugar a interminables debates dentro de la doctrina científica⁶⁶¹, sin que sea nuestro objetivo aportar claridad a dicho debate, lo cual excede a este trabajo. En ese sentido, tal esclarecimiento se entiende irrelevante en tanto

661 Para una recopilación al respecto, véanse, entre otro, TRILLO GARCIA, A. R.: “El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo”, en ORTIZ CASTILLO, F.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (coords.): *La responsabilidad del empresario*. Laborum, Murcia, 2012, págs. 188 y ss.; ALFONSO MELLADO, C. L.: *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 30 y ss.; DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA, A.: “Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, págs. 650 y ss.; GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo...*, op. cit., págs. 551 y ss.; MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., págs. 140 y ss.

en cuanto se aboga por la supresión de esta institución para poder, así, sustituir sus funciones por medios alternativos de mayor adecuación a las exigencias del sistema de reparación-prevención de los daños derivados de AT y EP, dígame de la acción de regreso y el sistema de incentivos económicos *bonus-malus* en los que se profundiza en los posteriores Caps.

El eje del debate se centra, como se ha dicho, en conferir una eminente naturaleza sancionadora o compensatoria al recargo, que en lo que nos es de interés, resulta esencial para entender su compatibilidad respecto del resto de responsabilidades y, en definitiva, para el análisis de la constitucionalidad de la acumulación de sus cuantías para con el montante indemnizatorio final.

Las labores interpretativas que del recargo se han hecho desde una, a menudo, estratégica selección de sus características para la defensa de tanto una u otra postura, en función del resultado perseguido⁶⁶², lo convierten en una institución “camaleónica”⁶⁶³.

En defensa de un carácter sancionador y represivo se ha esgrimido el hecho de que sea una responsabilidad impuesta por la Administración Pública⁶⁶⁴, derivada de un incumplimiento normativo y en el que se sanciona un hacer culpable del empresario⁶⁶⁵. Precisamente, atendiendo a esa culpabilidad se determinará la gravedad de la infracción y el consecuente porcentaje. Inherente a la lógica punitiva aparece la prohibición legal del

662 SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *El recargo...*, op. cit., pág. 56.

663 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 88; ROMERO RÓDENAS, M. J.: *El recargo de prestaciones en la doctrina judicial*. Bomarzo, Albacete, 2010, págs. 13 y ss.

664 Procedimiento instado a través de la Inspección de trabajo, ex art. 22. 9 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

665 El empresario, como principal destinatario del deber de seguridad y salud, se sitúa como principal responsable en el entramado de infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales. SIERRA HERNÁIZ, E.: “Los sujetos responsables en el marco de las infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales”, en *Tribuna Social*, núm. 239, 2010, págs. 29 y ss.

aseguramiento de sus cuantías, en aras de evitar una neutralización de su naturaleza sancionadora.

En contra, se niega una equiparación a la sanción (administrativa), en sentido formal, desde el momento que el recargo exige la concurrencia de un resultado –lesión- que dé acceso a las prestaciones de la Seguridad Social⁶⁶⁶. La relación entre accidente e infracción no resulta objetiva, como sería en el caso de las sanciones administrativas; sino más bien subjetiva, se presume una lesión de una conducta contraria a las normas de seguridad y salud en el trabajo⁶⁶⁷. En la misma línea, del propio art. 164 se extrae el respeto que del principio *non bis in ídem* mantiene el recargo, lo cual hace decaer una hipotética incompatibilidad que devendría de un recargo como sanción, en concurrencia con otras sanciones de índole penal o administrativo que actúan ante los mismos hechos. En esa medida, resulta otro argumento más para la inclinación hacia una naturaleza indemnizatoria.

Por añadidura, no se cumplirían con el recargo las garantías de un procedimiento sancionador, propias del ejercicio del *ius puniendi* estatal⁶⁶⁸. Del mismo modo, el hecho de que su cuantía sea recibida por el trabajador y no por la Seguridad Social, aleja el recargo del terreno sancionador y lo inclina hacia el ámbito compensatorio.

De esa lógica, se ha postulado una naturaleza eminentemente indemnizatoria y reparadora. Se entendería así que su regulación se encuentre recogida en la LGSS dentro del título de “Régimen General de las Prestaciones” y que su gestión y administración corresponda al INSS, o que el plazo de prescripción del recargo sea el mismo que el establecido

666 GONZÁLEZ LABRADA, M.: Seguridad y salud en el trabajo..., op. cit., págs. 559 y 560.

667 *Ibidem*..., págs. 554 y ss.

668 CORREA CARRASCO, M.: *Accidente de trabajo*..., op. cit., pág. 168,

legalmente para las prestaciones. Ahora bien, no niega este sector la evidente finalidad punitiva que el recargo ostenta, y por ello, ven en la figura un análogo a la “indemnización punitiva” del Derecho comparado. De esa manera, se evita el debate acerca de un enriquecimiento injusto de la víctima por ver incrementado su patrimonio más allá del daño realmente sufrido. Es así que se ha considerado al recargo como un daño punitivo, con soporte legal⁶⁶⁹.

Ante las dos posturas, cierto sector doctrinal ha mantenido una postura ecléctica por la que ver ambas funciones simultáneamente, la indemnizatoria a favor del beneficiario y la sancionadora hacia el empresario.

A la postre, no ha lugar a dudas sobre la naturaleza “compleja y mixta” del recargo de prestaciones, ya que su configuración, junto a la naturaleza inicialmente reparadora, mantiene elementos propios de las sanciones⁶⁷⁰. Se convierte así en una figura híbrida que conjuga fines reparadores, preventivos y sancionadores⁶⁷¹.

Dicho lo cual, conviene retornar al fondo del estudio para analizar la medida en la que la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones altera o no la compatibilidad de sus cuantías respecto al montante reconocido como indemnización civil derivada de la responsabilidad empresarial. En ese sentido, varias son las perspectivas⁶⁷²:

669 ROCA TRÍAS, E.: “Concurrencia de indemnizaciones...”, op. cit., págs. 44-46.

670 ALFONSO MELLADO, C. L.: *Responsabilidad empresarial...*, op. cit., pág. 33.

671 MONEREO PÉREZ, J. L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*. Civitas, Madrid, 1992, págs. 51 y ss.; GARCIA MURCIA, J. G.: *Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, págs. 159-161.; MUÑOZ MOLINA, J.: “El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2005, pág. 147.

672 DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA, A.: “Las medidas complementarias...”, op. cit., págs. 653-657.

- a) Admitir una naturaleza compensatoria en el recargo, acorde al principio de indemnidad, obligaría a realizar su detracción sobre el resto de vías que indemnicen los mismos daños a los que éste daría cobertura. Es decir, en su condición de prestación de la Seguridad Social, el recargo actúa como una indemnización y, por ello, resulta adicional al resto de vías resarcitorias hasta llegar a la cobertura del 100 por cien de los salarios dejados de percibir. En ese orden, su cuantía resultaría deducible de las prestaciones totales, siempre que se repare el total del salario. Es ésta la teoría de la compatibilidad limitada.

En caso contrario, su no detracción supondría una “sobrecompensación” del daño ya que la víctima recibiría una indemnización por encima de los daños realmente sufridos en concepto de lucro cesante. De modo simultáneo al enriquecimiento injusto de la víctima, resulta ineluctable la transformación al estadio de sanción que sobre el empresario presentaría el tener que cargar con una indemnización por encima de los daños reales. Lo dicho nos lleva al segundo de los supuestos.

- b) La interpretación del recargo como sanción, evoca nuevamente un dilema respecto a su posible conceptualización como una indemnización punitiva, sanción administrativa, cláusula penal de origen legal⁶⁷³ o “recurso penalizador del sistema de seguridad social”⁶⁷⁴. Sea como fuere, el resultado siempre será una plena compatibilidad de sus cuantías en relación con la indemnización civil, con las que se adicionarán. Sólo de esta manera se preservan los efectos preventivos que le son propios⁶⁷⁵.

En ese sentido, en un baile de interpretaciones como si de una “naturaleza a la carta” se tratase, la jurisprudencia de la Sala 4ª ha asumido en cada momento la interpretación que más le convenía para el resultado perseguido en cada litigio⁶⁷⁶.

673 GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo...*, op. cit., págs. 563 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de medidas sobre prevención de riesgos: la nueva “modernidad” de una institución jurídica clásica”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 79, 1996, págs. 800-803.

674 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones...*, op. cit., págs. 112 y ss.

675 *Ibidem.*, pág. 113.

676 ROMERO RÓDENAS, M. J.: *El recargo de prestaciones...*, op. cit., págs. 25 y 26.

Un antes y un después sobrevino con la unificación de doctrina realizada con la STS de 8 de octubre de 2000 [rec. 2393/1999] por la “que se adopta la solución de declarar que dicho recargo es independiente de aquella indemnización –civil-, consistiendo en una institución específica y singular de nuestra normativa de Seguridad Social no subsumible plenamente en otra figuras jurídicas típicas” (FJ. 4). El recargo, dice la sentencia citada, se muestra como instrumento coercitivo por el que indirectamente, a través de incentivar el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, lograr una reducción de los altos índices de siniestralidad.

En ese orden, cualquier deducción conllevaría la neutralización de su propia finalidad, por lo que se decanta el Alto Tribunal por la no reducción de la indemnización por daños y perjuicios y la consiguiente acumulación de cuantías⁶⁷⁷. No obstante, se formula un Voto Particular contra la sentencia en el que, considero que acertadamente, se incide en la incongruencia de la defensa de la teoría de la acumulación del recargo. Ello es así dado que ésta genera una reparación del daño en exceso, con una carga adicional sobre el responsable del daño, que confiere a la institución “una finalidad represiva o preventiva “pura” que es la propia de las sanciones aflictivas o punitivas frente a la finalidad resarcitoria de las indemnizaciones”, dentro de lo cual incurriría en una vulneración del principio *non bis in idem*.

En lo que lleva de siglo, la jurisprudencia de lo social ha mantenido firme su postura de defensa de una acumulación de sus cuantías, partiendo de la independencia y compatibilidad que caracterizan al recargo, reconocer su excepcionalidad respecto a la regla de la *compensatio lucri cum damno*⁶⁷⁸.

677 Se formula Voto Particular contra la sentencia por parte de los Magistrado Excmos. Sres. D. Aurelio Desdentado Bonete, D. Antonio Valverde, D. Mariano Sampedro Corral, D. Gonzalo Moliner Tamborero, D. Jesús Gullón Rodríguez, D. Arturo Fernández López y D. Jesús González Peña.

678 STS de 17 de julio de 2007 [rec.513/2006] y de 2 de octubre de 2007 [rec. 3945/2005].

Sin embargo, no ha acometido la necesaria clarificación respecto a la naturaleza jurídica de la institución, evitando, así, un esclarecimiento y postulación que deviniese en posteriores incongruencias de necesaria resolución.

En ese sentido, se ha incidido en una naturaleza “sui generis” o “mixta”. El recargo, se ha dicho, es una pena o sanción que se añade a una prestación (faceta prestacional) y que resulta atribuible exclusivamente a la empresa incumplidora en materia de seguridad y salud en el trabajo⁶⁷⁹. Su naturaleza mixta deviene de ser una sanción que tiene un fin preventivo y disuasorio, pero que sin embargo, no mantiene características propias una sanción propiamente dicha, en tanto el beneficiario de sus cuantías no es la Seguridad Social sino el trabajador o sus causahabientes⁶⁸⁰. Característica ésta de su naturaleza, a la vez, reparadora⁶⁸¹.

Su imposición no deriva de la potestad sancionadora de la Administración, sino más bien de un incumplimiento de las obligaciones que el empresario asume como consecuencia del contrato de trabajo⁶⁸². De esa manera, se concibe como una indemnización con función punitiva o disuasoria, diferente “por una parte de la indemnización típica con función resarcitoria”, y a su vez, “de la multa o sanción administrativa de contenido pecuniario, cuyo importe ingresa en el Tesoro Público y no se destina a la

679 Siguiendo la doctrina de la STS de 8 de octubre de 2000 [rec. 2393/1999], inciden en ello las posteriores STS de 14 de febrero de 2001 [rec. 130/2000] y de 20 de marzo de 2007 [rec. 609/2006]; de 6 de noviembre de 2007 [rec. 161/2007]; de 20 de enero de 2008 [rec. 4374/2006]

680 Incidiendo en su falta de encaje en la “sanción propiamente dicha”, véanse, entre otras, STS de 2 de octubre de 2008 [rec. 1964/2007]; de 7 de julio de 2009 [rec. 2400/2008] y de 15 de septiembre de 2009 [rec. 171/2009].

681 STS de 25 de octubre de 2005 [rec. 3552/2004] y de 29 de mayo de 2007 [rec. 1549/2006].

682 STS de 24 de julio de 2004 [rec. 3414/2006] y de 12 de julio de 2007 [rec. 1145/2006].

persona perjudicada”⁶⁸³. Se entiende, por ello, que sea una institución no afectada por el principio *non bis in ídem*⁶⁸⁴.

Se reafirma, entonces, como una construcción de naturaleza dual, “desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora (...), desde la óptica del beneficiario, supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio”⁶⁸⁵. Tal faceta preventiva/sancionadora se extrae precisamente de “las tres finalidades diversas [preventiva, sancionadora y resarcitoria]” que el recargo de prestaciones presenta, lo cual ha permitido a la jurisprudencia ponderar en cada caso, atendiendo al fin perseguido, cada una de ellas cuando así convenga para el fallo final (prescripción, transmisibilidad, reparación de daños etc.). Ejemplo de ello resultan las últimas sentencias en relación a la transmisibilidad del recargo cuando sobrevenga una sucesión de empresas, para lo cual, ha considerado conveniente el Alto Tribunal incidir en la faceta indemnizatoria del recargo para asimilarlo, en este único aspecto, a las prestaciones de la Seguridad Social⁶⁸⁶.

En definitiva, no es posible entender el recargo sino en las circunstancias concretas de aplicación, ya que un análisis integral de su naturaleza, otorgándole una clasificación homogénea y definitiva, obliga a reconocer su flagrante contravención del sistema en su conjunto.

Por todo lo expuesto, resulta necesario poner fin a esta arcaica figura de difícil encaje constitucional, de modo que este instrumento de doble cara,

683 STS de 18 de octubre de 2007 [rec. 2812/2006].

684 Entre otras, STS de 17 de mayo de 2004 [rec. 3259/2003]; de 25 de octubre de 2005 [rec. 3552/2004] y de 13 de febrero de 2008 [rec. 163/2007].

685 STS de 18 de julio de 2011, FJ. 5 [rec. 2502/2010].

686 STS de 23 de marzo de 2015 [2057/2014]; de 5 de mayo de 2015 [rec. 1075/2014] y de 14 de abril de 2015 [rec. 962/2014].

como si del dios Jano se tratase, cierre una etapa en la que, indudablemente, ha respondido a los fines exigidos. Por consiguiente, en lo que es reconocido también al propio Jano, se abra una nueva puerta hacia el futuro en el que el alumbramiento de nuevos instrumentos, y el desarrollo de otros existentes, logren cubrir las funciones encomendadas previamente al recargo, siempre desde el respeto y equilibrio respecto del sistema reparador/sancionador/preventivo en su conjunto.

Varias son las funciones que el recargo tomaba como comienda, y esas mismas serán las que deban encontrar asunción en un nuevo escenario⁶⁸⁷, más allá del esquema reparador/sancionador/preventivo que actualmente ya prevé nuestro sistema.

En ese sentido, desde la perspectiva indemnizatoria, una no detracción de las mejoras voluntarias vendría a colmar la rebaja compensatoria que la actualmente devendría con la desaparición de la “reparación indirecta” que el recargo suponía⁶⁸⁸.

Asimismo, desde la perspectiva preventiva/coactiva, como medio de coacción para “inducir al sujeto a cumplir espontáneamente su propios obligaciones”⁶⁸⁹, tal labor sería conferida a un adecuado sistema de incentivos fiscales (*bonus-malus*) y una acción de regreso institucionalizada, por la que,

687 Desde una postura acorde a la supresión, pero, en todo caso, construyendo un debate en el que “valorar contrapartidas” que contrarresten la extinción, véase GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: “Propuesta de reforma del sistema de compensaciones económicas en los accidentes de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2010, págs. 473-475.

688 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 87.

689 GONZÁLEZ LABRADA, M.: “El recargo de prestaciones y la reforma: ¿un retorno a 1900 o la pérdida de su carácter coactivo?”, en MONERÉO PÉREZ, J. L. (ed.): *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral. XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1996, pág. 732.

a su vez, se lograra un equitativo reparto de costes atendiendo al grado de licitud o ilicitud del riesgo actualizado⁶⁹⁰.

690 En ese sentido, se trataría de contrarrestar el papel de “prestación penalizadora” que el recargo cumple, contra “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”. Véase GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones...*, op. cit., pág. 115.

CAPÍTULO IX.-
UNA ORIENTACIÓN *EX LEGE* DE LA
INDEMNIZACIÓN CIVIL ADICIONAL HACIA EL
ÁMBITO SOCIAL: JURISDICCIÓN, IMPUTACIÓN
Y VALORACIÓN

CAPÍTULO IX.- UNA ORIENTACIÓN *EX LEGE* DE LA INDEMNIZACIÓN CIVIL ADICIONAL HACIA EL ÁMBITO SOCIAL: JURISDICCIÓN, IMPUTACIÓN Y VALORACIÓN

1.- Determinación del orden jurisdiccional competente: el fin de la “peregrinación judicial”

La complejidad y transversalidad inherentes al régimen de prevención de riesgos laborales, junto a la concurrencia de la faceta compensatoria y sancionadora, convierten al accidente de trabajo en una figura capaz de accionar todos los órdenes jurisdiccionales⁶⁹¹. En un sentido más específico, la determinación del orden jurisdiccional competente en materia de responsabilidad civil empresarial derivada de AT y EP se ha presentado hasta la promulgación de la LRJS como otra “zona gris”⁶⁹², consecuencia de la disputa competencial entre el orden jurisdiccional civil y el social. Asimismo, el orden penal conocerá de la responsabilidad civil derivada de delito, lo cual no genera especiales controversias en materia competencial.

Previo a adentrarnos en las argumentaciones que cada orden ha venido esgrimiendo para entrar a conocer de la materia, resulta necesaria una precisión, tan simple como trascendente, cual es que la indemnización “civil”

691 ALFONSO MELLADO, C. L.: “La intervención de los diferentes órdenes jurisdiccionales ante el accidente de trabajo: puntos críticos”, en *RGDTSS*, núm. 13, 2007, págs. 1 y ss.

692 VELA TORRES, F.: “Concurrencia entre los distintos órganos jurisdiccionales en materia de prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral”, en LÓPEZ GARCIA DE LA SERRANA, J. M. (dir.): *Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2005, págs. 144 y 145.

adicional, a pesar de su nomenclatura, resulta una indemnización laboral y no civil⁶⁹³.

Respecto al orden competente en la materia de responsabilidad civil adicional, si bien actualmente la doctrina judicial se postula unívoca, en igual línea que la LRJS, por la atribución competencial al orden social, ello no siempre ha sido así. En ese sentido, resulta necesario realizar una retrospectiva de las tendencias y argumentaciones mostradas al respecto desde la Sala Civil y Social del TS, así como de la Sala de Conflictos de Competencias del mismo Tribunal.

1.1.- Sala 1ª del TS

Hasta hace más bien poco, la jurisdicción civil se ha adjudicado, en no pocas ocasiones, la competencia para conocer de litigios de accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Tres son las fases que, en líneas generales, se han mantenido en el devenir de la materia. En primer lugar, doctrina vigente hasta 1997-1998, la Sala 1ª entraba a conocer de los litigios derivados de AT y EP por considerar que los daños derivaban de un suceso “fuera de la rigurosa órbita de lo pactado” y, por lo tanto, insertos en la responsabilidad extracontractual (art. 1902 y 1903 CC)⁶⁹⁴. A su vez, la *vis atractiva* de la jurisdicción civil y su carácter de jurisdicción residual, como mantenía la Sala, la llevarían a conocer de estos litigios, lo cual encontraba también sustento en la redacción literal del art. 127.3 LGSS⁶⁹⁵.

693 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 90.

694 STS, Sala 1ª, de 5 de enero de 1982; 9 de marzo 1983; 5 de julio y de 8 de noviembre de 1990.

695 VELA TORRES, F.: “Concurrencia entre...”, op. cit., págs. 145 y 146.

Posteriormente, una nueva doctrina de la Sala 1ª propugnaría por reconocer la competencia del orden social cuando el incumplimiento empresarial por el que se amparase la demanda, deviniese de un incumplimiento de normativa laboral y, concretamente, de seguridad higiene en el trabajo. Se empezará a inhibir la Sala 1ª, ocasionalmente, en reconocimiento de la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las acciones de responsabilidad civil contractual “basadas exclusivamente” en el contrato de trabajo (art. 1101 CC)⁶⁹⁶. El conocer o no del litigio en cuestión quedaría pendiente del planteamiento de la reclamación, ya que si se basaba en una reclamación por infracción de normativa laboral, la Sala civil se inhibiría en pro del orden social⁶⁹⁷; mientras que si la demanda se basaba en una infracción del deber general de no dañar a terceros, la competencia para conocer de tal cuestión se mantendría en el orden civil⁶⁹⁸.

El hacer depender la competencia de un aspecto “extremadamente formal”⁶⁹⁹ como es la norma invocada por la parte actora, sostuvo la Sala, no era sino una forma de contrarrestar las carencia de las que se consideraba que adolecía el orden social. En ese sentido, se decía, “no puede considerarse del todo satisfactoria una solución estrictamente formalista que atienda sobre

696 Entre otras, STS, Sala 1ª, de 26 de diciembre de 1997 [rec. 3068/1993]; de 10 de febrero de 1998 [505/1994]; de 20 marzo de 1998 [rec. 741/1994] y STS de 24 de octubre de 1998 [rec. 409/1994].

697 STS, Sala de 1ª, de 11 de febrero de 2000 [rec. 1388/1995]; de 26 de mayo de 2000 [rec. 2114/1995] y de 12 junio de 2000 [rec. 2399/1995]; de 6 de marzo de 2006 [rec. 2574/1999]; de 4 de mayo de 2006 [rec. 2855//1999] y de 28 de septiembre de 2006 [rec. 4461/1999].

698 STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2006 [rec. 4961//1999] y de 4 de octubre de 2006 [rec. 4683/1999]

699 En detrimento de la naturaleza de la pretensión, como sería lo razonable. Véase GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “Responsabilidad por accidente de trabajo, infracción de normas laborales y jurisdicción competente. Comentario a la STS, 1ª, 15.1.2008 (RJ 2008/1394; MP: Encarnación Roca Trías)”, en *InDret*, octubre de 2008, pág. 10. Disponible en (última consulta el 29/01/2016):

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/search/advancedResults?query=&searchJournal=&author=g%C3%B3mez%20lig%C3%BCerre&title=&fullText=&supplementaryFiles=&discipline=&subject=&type=&coverage=&dateFromMonth=&dateFromDay=&dateFromYear=&dateToMonth=&dateToDay=&dateToYear=&searchPage=2#results>

todo a la norma invocada por la parte actora. Pero tal solución no es sino manifestación de un problema de mayor calado consistente en que la normativa laboral no conduzca por sí sola a la reparación íntegra del daño ni siquiera cuando se aplica el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad”⁷⁰⁰.

La STS, Sala 1ª, de 15 de enero de 2008⁷⁰¹, en pleno, trató de acabar con el vaivén doctrinal y aportar luz sobre la materia. En esa línea, sentenció que siempre que el daño fuese imputado a un incumplimiento laboral, en el ámbito de la relación entre trabajadores y patronos, el conocimiento del litigio correspondería al orden jurisdiccional social. En tanto que las obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores forman parte del contenido del contrato de trabajo (arts. 5.d) y 19 ET; art. 14 y ss. y arts. 123 y ss. LGSS)⁷⁰², sólo cuando el daño se impute a “una conducta totalmente ajena al contrato de trabajo” y no a un incumplimiento laboral, conocerá la jurisdicción civil. No obstante, no fue sino una rectificación doctrinal “limitada”⁷⁰³. Al hilo de la resolución del caso, determinó el Tribunal que cuando la demanda se dirigiese, junto al empresario, contra sujetos ajenos a la relación laboral, dada la atribución competencial que hacia el orden civil rige –*vis atractiva*⁷⁰⁴– en esos supuestos y, dada la indivisibilidad de la causa, se extenderá el conocimiento de la jurisdicción civil al resto de pretensiones. De esa manera,

700 STS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2000, FJ. 3 [rec. 1869/1996].

701 [rec. 1395/2007].

702 SEMPERE NAVARRO, A. V.: “¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad del empresario derivada de accidente de trabajo?”, en *Aranzadi Social*, núm. 1, 2008, págs. 11 y 12.

703 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., págs. 91 y 92.

704 Corresponde al orden civil conocer de todas aquellas cuestiones que no estén expresamente asignadas al resto. Es decir, “Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional” (art. 9.2 LOPJ).

“subsiste un punto de fricción”⁷⁰⁵, ya que con el solo hecho de ampliar la demanda, el abogado encontraba amparo para acudir al orden civil.

Como la doctrina acertadamente mantuvo, la jurisprudencia civil se vio influenciada por una suerte de justicia material en la resolución de los litigios⁷⁰⁶. Visto lo cual, y siendo que los criterios de la Sala civil (objetivación del criterio de imputación y acumulación de prestaciones) resultaba de mayor beneficio para la víctima que la resolución que desde lo social se mantenía⁷⁰⁷, se generó un *shopping* de jurisdicciones⁷⁰⁸ en el que el abogado elegía el orden jurisdiccional más beneficioso para su demanda⁷⁰⁹.

En ese sentido, las posteriores sentencias alumbradas siguiendo la doctrina asentada por la anterior de 15 de enero de 2008, reflejaron la doble

705 Ya se apuntó en su momento, según el mismo razonamiento e interpretación que la sentencia mantuvo, la lógica de extender la atribución al orden social de aquellos casos en los que “las acciones se dirijan contra terceros, distintos del empleador y sin relación contractual con el trabajador, si las mismas se fundan en el incumplimiento de obligaciones reguladas en el ordenamiento laboral, lo que ocurre por ejemplo con numerosos auxiliares del empleador en materia preventiva (otros empleadores, servicios de prevención, autónomos que trabajan conjuntamente con otros empleadores y deben coordinar con ellos la prevención, técnicos preventivos, etc.). Incluso cabría entender lo mismo si el fundamento de la responsabilidad de esos terceros es el mismo que permite atribuir responsabilidad al empleador con arreglo a normas laborales, como consecuencia de que el incumplimiento es atribuible a ambos -el tercero y el empleador-, lo que genera una responsabilidad solidaria que debe ser resuelta en el orden social, pues la acción principal es la que se dirige contra el empleador y ésta debe atraer la competencia, en atención a la regulación material, al orden social, incluso al amparo de los arts. 9 LOPJ y 1 de la LPL”. Véase ALFONSO MELLADO, C. L.: “De nuevo sobre la competencia del orden social para conocer de las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y otras cuestiones en la materia”, en *Aranzadi Social*, núm. 16, 2011, pág. 4.

706 En referencia a la priorización de la justicia material, debido a la especialmente flagrante dilatación del caso de autos en la STS de 15 de enero de 2008, véase GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “Responsabilidad...”, op. cit., págs. 12 y ss.

707 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 92.

708 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones...*, op. cit., pág. 38.; GINÈS I FABRELLAS, A.: “La Ley de la Jurisdicción Social: punto y final al eterno debate acerca de la jurisdicción competente en materia de responsabilidad civil del empresario”, en *Relaciones Laborales*, núm. 21-22, 2012, pág. 87.

709 Sobre la evidencia estadística acerca de las cuantitativamente superiores indemnizaciones reconocidas por la sala civil, en contraposición con la sala social, véase GINÈS I FABRELLAS, A.: “Coordinación de indemnizaciones...”, op. cit., págs. 17 y ss.

vía abierta por ésta. Mientras la demanda se sustentase en una infracción de normativa laboral, la jurisdicción civil se inhibiría en pro del conocimiento del orden social⁷¹⁰; sin embargo, si la demanda se dirigía contra el empresario y un tercero, ajeno a la relación contractual entre trabajador y el empresario, piénsese en arquitectos técnicos, directores de obra o aseguradoras, la jurisdicción civil se atribuiría la competencia en derivación de la responsabilidad extracontractual de éstos, y la *vis atractiva* del orden para conocer de la convergente responsabilidad contractual⁷¹¹.

Una tercera postura se instalaría con la STS, Sala 1ª, de 11 de septiembre de 2009 [rec. 1997/2002], que vendría a matizar la anterior, con una tendencia nuevamente expansiva del orden civil en la cuestión. Con ella, la Sala hizo nuevamente suya la competencia de aquellas demandas que hubiesen sido formuladas previa aparición de la doctrina de 15 de enero de 2008. El motivo, como recoge la sentencia: “la inoportunidad de aplicar a procesos (...) iniciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada ahora de forma distinta”, una solución que no resultaba aplicativa en el momento de la demanda. Con esa argumentación, y para no incurrir en una vulneración de la tutela judicial efectiva y en unas indebidas dilaciones del proceso, entendió la Sala que debía atribuirse la competencia de estos litigios⁷¹², si bien, siempre que las partes no hubiesen alegado en el proceso la falta competencial del orden civil⁷¹³.

710 STS, Sala 1ª, de 17 de noviembre de 2008 [rec. 133/2001], de 30 de junio de 2009 [rec. 1554/2004], de 25 de febrero de 2010 [246/2005] y de 27 de febrero de 2012 [rec. 1421/2008].

711 STS, Sala 1ª, de 23 de abril de 2009 [rec. 2441/2004], de 16 de octubre de 2009 [rec. 1409/2005] y de 11 de junio de 2013 [rec. 435/2011].

712 Haciendo suya esta doctrina, véase STS, Sala 1ª, de 22 de septiembre de 2009 [rec. 692/2001], de 15 de octubre de 2009 [rec. 2191/2003], de 9 de marzo de 2010 [rec.1469/2005], de 25 de marzo de 2011 [rec. 754/2007] y de 31 de mayo de 2011 [rec. 1899/2007].

713 STS, Sala 1ª, de 25 de febrero de 2010 [246/2005] y de 27 de febrero de 2012 [rec. 1421/2008].

El devenir de estas tres corrientes ha sido perfectamente recogido por la reciente STS de 3 de diciembre de 2015 [rec. 558/2014], que aunque incide en la competencia del orden social para conocer de aquellos litigios que deriven de una infracción de normativa laboral y, por ende, de una responsabilidad contractual, no acaba sino abriendo un nuevo de orificio competencial hacia el orden civil.

Se diferencian en la sentencia dos tipos de demandantes: aquellos que demandan por daños propios (ocasionados como consecuencia de manipular la ropa de trabajo de sus esposos) y los familiares que lo hacen en calidad de sucesores de los trabajadores fallecidos por el daño. Por lo dicho, como observará el lector, se clasifican las reclamaciones, por un lado, en derivadas de una responsabilidad de carácter extracontractual (supuesto primero), y las derivadas de una responsabilidad de carácter contractual (supuesto segundo), que trae causa directa del accidente de trabajo y de la relación laboral entre el empresario y los trabajadores.

Realmente, en concordancia con la doctrina asumida por la Sala Civil, e imperante en la Sala Social⁷¹⁴, la calificación como contractual o extracontractual de la responsabilidad por la que se reclama la indemnización, carece de importancia ya que el elemento determinante se encuentra en la naturaleza del deber infringido, de la normativa vulnerada. De esa manera, dado que en el caso de autos los daños se imputan a un incumplimiento laboral, y así viene reconocido en la sentencia, resultaría de derecho la declinación competencial del juzgado de lo civil, en *pro* del orden social.

No obstante, no es esta la solución por la que ha optado la Sala 1ª, al focalizar ahora la atención en un nuevo factor discriminador: el carácter

714 Por todas, STS, Sala 4ª, de 22 de junio de 2005 [rec. 786/2004] y de 13 de octubre de 2011 [rec. 4302/2010].

contractual o no del demandante, y no del demandado⁷¹⁵. La doctrina anterior se había construido sobre el carácter de la relación del demandado y, en esta ocasión, se trata enfatizar la naturaleza relacional de la parte demandante.

Por ello, declina la Sala su competencia para conocer de las peticiones de las viudas de los trabajadores que reclaman en concepto de responsabilidad contractual; y a la inversa, se atribuye la competencia de las peticiones de las partes que la realizan por daños propios, “puesto que ninguna de ellas está vinculada a una relación laboral, sino al daño que resulta de la culpa o negligencia de un tercero con el que ninguna relación tienen, o lo que es lo mismo, el daño no se imputa a un incumplimiento laboral, porque no son trabajadoras del causante del daño, sino a la responsabilidad del art. 1902 del CC, para cuyo enjuiciamiento no resulta competente la jurisdicción social” (FJ. 3).

De la conclusión de la Sala, no podemos sino mostrar nuestro desacuerdo, en el sentido de negar la interpretación que ella realiza para negar la competencia del orden social cuando los demandantes resulten terceros respecto de la relación contractual empresario-trabajador.

Ello es así ya que, en virtud de la doctrina, que la propia sentencia reconoce, para la determinación competencial resulta irrelevante la calificación como contractual o extracontractual de las relaciones entre demandante y demandado, siendo el factor central naturaleza de la normativa infringida. El daño, sea reclamado en calidad de perjudicado directo pero externo a la relación contractual, o como familiares perjudicados en calidad

715 Respecto a la atribución al orden civil de aquellas demandas que se realizan en calidad de reclamación de daños propios (viudas que manipularon la ropa de los maridos trabajadores expuesto en primer grado con el riesgo laboral), mantendrá el tribunal en la sentencia antes citada, que “quienes reclaman por perjuicio propio son unas amas de casa ajenas al contrato de trabajo puesto que el daño no está vinculado a ninguno de los supuestos que determinan la competencia de la jurisdicción social, expresados en el auto de 28 de febrero de 2007”

de sucesores, por responsabilidad contractual; siempre devendrá como consecuencia de una actualización de un riesgo profesional, generado como consecuencia de una infracción de la normativa laboral.

Cabe agregar, el concepto de daño que desde el art. 4.3 LPRL se construye, resulta de un cariz especial, evitando cualquier alusión a la persona que lo padezca, reconoce como “daños derivados del trabajo” a aquellos presentados “con motivo u ocasión del trabajo”⁷¹⁶. En ese sentido, el elemento determinante se presenta en la conexión riesgo-trabajo, en sentido amplio (desvinculado del carácter contractual de las partes), pudiéndose, así, considerar “daño derivado del trabajo” aquel que sobrevenga de un riesgo laboral de exposición directa pero “deslocalizada” de su fuente de origen. Es decir, cuando el riesgo laboral haya superado las barreras “personales” –trabajadores- y “locativas” –centro de trabajo- en las que se originó inicialmente (primer grado) y acabe generando daños por exposición, a terceros ajenos a esa fuente de origen inicial (segundo grado), seguirá produciendo “daños derivados del trabajo”.

Junto a lo anterior, las reclamaciones que en esta ocasión la Sala de lo Civil considera como derivados de una responsabilidad extracontractual, resultan, a su vez, consecuencia de un incumplimiento de la obligación de protección de la seguridad y salud que la normativa laboral preceptúa.

En suma, los daños que reclaman las mujeres como propios son catalogados como “daños derivados del trabajo” desde la perspectiva de la LPRL y resultan, a su vez, derivados de la infracción de las medidas de seguridad y obligaciones que la LPRL prevé. Por lo tanto, la jurisdicción competente para conocer de estos litigios resulta, inequívocamente, la social.

716 En este sentido, se remite al lector al Cap. IV.

Lo dicho queda reforzado con la LRJS, en lo que a continuación se ahondará, y su certeza al concentrar en la jurisdicción social todas las cuestiones relativas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

1.2.- Sala de Conflictos de Competencia y Sala 4ª del TS

Con el reconocimiento del daño como derivación de una responsabilidad contractual derivada de un ilícito laboral, la Sala de lo Civil se conectó con la que venía siendo doctrina común en la jurisprudencia del orden social y en los autos de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo⁷¹⁷.

Tal ha sido la propensión que, “sin una sola quiebra”, ha sido mantenida por la Sala Conflictos⁷¹⁸, bajo los argumentos que a continuación se reproducen en término literal:

“1. En la relación jurídico-laboral entre empresario y trabajador, la responsabilidad tiene un marcado carácter contractual al derivarse el daño precisamente de un contrato de trabajo, cuyo contenido no participa de la naturaleza de ningún otro contrato.

717 Recordemos cómo la resolución de los conflictos de esta Sala carecen de carácter vinculante ante cualquier orden, lo cual ha hecho que se plantee “¿para qué sirve esta Sala, si su cometido sólo, en su caso, puede ser útil para dirimir el problema de competencia entre los dos órganos enfrentado, pero sin que si doctrina sea aplicable en lo general, o para otros casos?”, véase MARTÍNEZ-CALCERRADA, GÓMEZ, L.: “La responsabilidad civil derivada de la prevención de riesgos laborales”, en LÓPEZ GARCIA DE LA SERRANA, J. M. (dir.): *Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2005, págs.185 y 186.

718 Desde el Auto de 23 de diciembre de 1993 [conflicto núm. 8/1993], hasta los más recientes de 28 de febrero de 2007 [conflicto núm. 367/2006], de 2 de abril de 2009 [conflicto núm. 84/2008] y de 19 de febrero de 2014 [conflicto núm. 34/2013]. Hacia el mismo derrotero, pero con la jurisdicción contencioso-administrativa y la social en discordia, véanse el Auto de 12 de junio de 2013 [conflicto núm. 10/2013], de 24 de septiembre de 2014 [conflicto núm. 18/2014], y de 10 de febrero de 2015 [conflicto núm. 35/2014].

2. Normativamente la obligación general de prevención forma parte del contrato de trabajo, como se desprende de los artículos 4.2.d) (consagrando el derecho de los trabajadores a su integridad física «en la relación de trabajo» y 19.1 («derecho a una protección eficaz en materia de seguridad...» del Estatuto de los trabajadores, y del artículo 14 de la LPRL, el cual establece, en clara lógica contractual, el derecho del trabajador a una «protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo» (apartado 1), el correspondiente deber empresarial de adoptar «cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores» (apartado 2), afirmando que «el empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales» (apartado 3), siendo conveniente recordar, que conforme al artículo 1255 del CC, el contenido del contrato no sólo comprende lo dispuesto en sus cláusulas, sino lo que prevén como obligatorio las normas estatales imperativas.

3. Esta obligación, impuesta *ex lege*, debe implicar que la no observancia de las normas garantizadoras de la seguridad en el trabajo, por el empleador, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo, contrato que es el parámetro esencial para determinar y delimitar la competencia del orden jurisdiccional laboral, conforme prescriben los artículos 9.5 de LOPJ y 2 de la LPL.

En ese sentido, serán competencia de la jurisdicción social aquellas indemnizaciones que deriven de una responsabilidad surgida en el desarrollo de la relación laboral⁷¹⁹. Así lo ha entendido la Sala 4ª, considerando irrelevante la calificación de contractual o extracontractual de la responsabilidad, si bien, la responsabilidad civil del empresario nacerá en última instancia de un incumplimiento contractual⁷²⁰. Tiempo hace ya desde

719 ALFONSO MELLADO, C. L.: Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 110.

720 VELA TORRES, F.: "Concurrencia entre...", op. cit., pág. 146. El incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo se asienta, en definitiva, en "una previa infracción patronal de los deberes que, por la existencia misma del contrato de trabajo, pesan sobre él", en SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Problemas de jurisdicción: el ámbito de la jurisdicción penal, contencioso-administrativa, civil y social", en AZÓN VILAS, F. V. [et. alt.] (coords.): *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales*. Consejo General del Poder Judicial; Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2009, págs.430-433; APARICIO TOVAR, J.: "Sobre la responsabilidad civil del empresario por infracción de las obligaciones de seguridad y

que entendió la Sala de lo Social que “cuando se está ante un daño cuya producción se imputa a un ilícito laboral, entendido como la infracción de una norma, estatal o colectiva, o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre (art. 3 ET) la responsabilidad ya no es civil, sino laboral”⁷²¹.

El factor determinante reside en la naturaleza laboral de los preceptos que se encuentran en la base de los litigios⁷²², y no habiendo lugar a dudas, las controversias judiciales derivadas del incumplimiento de la deuda de seguridad se encuentran dentro de las materias incluidas en la rama social del Derecho (arts. 4.2 y 19.1 ET y arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LRPL) y, en consecuencia, serán atribuibles al orden social⁷²³. Esta deuda de seguridad, incorporada al contrato de trabajo, genera que con su incumplimiento se incurra en una responsabilidad contractual del art. 1101 CC.

Se entiende, entonces, que el orden social se atribuya la competencia, del mismo modo, cuando concurren terceras culpas contractuales

salubridad en el trabajo”, en MONERÉO PÉREZ, J. L. (ed.): *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral. XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1996, págs. 714 y ss.; GARCIA VIÑA, J.: Indemnización por daños y perjuicios en el orden social: una panorámica”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, marzo de 2015, págs. 28 y ss.; GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo...*, op. cit., págs. 458 y ss.

En ese sentido, “al estar en presencia de una deuda de seguridad del patrono, es difícil imaginar supuestos en los que el empresario, en una misma actuación, viole el deber de garantía que entraña la culpa contractual y al mismo tiempo incurra en supuestos de la extracontractual, incardinados en ese marco laboral”, en STS, Sala 4ª, de 10 de diciembre de 1998 [rec. 4078/1997].

721 STS, Sala 4ª, de 24 de mayo de 1994, FJ. 3 [rec. 2249/1993], de 27 de junio de 1994, FJ. 6 [rec. 2162/1993], de 3 de mayo de 1995, FJ 3 [rec. 2418/1994], de 30 de septiembre de 1997 [rec. 22/1997], de 23 de junio de 1998 [rec. 2426/1996], de 10 de diciembre de 1998 [rec. 4078/1997], de 1 de diciembre de 2003 [rec. 239/2003], de 22 de junio de 2005 [rec. 786/2004] y de 13 de octubre de 2011 [rec. 4302/2010].

722 ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P.: “Los límites competenciales de la jurisdicción social en materia de prevención de riesgos laborales”, en ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P. (dir.): *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, págs. 452 y ss.

723 Por todas, STS de 30 de junio de 2010 [rec. 4123/2008], de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013] y de 4 de mayo de 2015 [rec. 1281/2014].

(intervención de compañeros de trabajo en la generación del siniestro) o sujetos terceros, con relación extracontractual, ya que “en el ámbito laboral, la obligación derivada del contrato no se transforma en extracontractual, liberándose la parte de sus obligaciones, por el hecho de hacer intervenir un tercero en su cumplimiento”⁷²⁴.

Este último extremo resulta especialmente relevante como consecuencia de la prolífera aparición de nuevas figuras de dispersión empresarial, de modificación del tejido productivo hacia composiciones horizontales, como la “empresa red”⁷²⁵ o los “grupos de empresa”. Este nuevo arquetipo empresarial, con repercusión transversal en diferentes ámbitos de las relaciones laborales, no exenta de ello la prevención de riesgos laborales, presenta especial interés en lo relativo a la extensión de la responsabilidad jurídica entre las empresas agrupadas⁷²⁶.

En lo que a la delimitación de la competencia para conocer de la acción de responsabilidad civil en los casos de descentralización productiva se refiere, nos encontramos con una doble situación.

En primer lugar, la externalización puede hacer concurrir como codemandados a otras empresas (subcontratistas etc.) o personas físicas (arquitectos técnicos, promotores, directores técnicos de obra etc.) con las que la parte demandante no mantiene vínculo contractual alguno, pero que sí

724 STS, Sala 4ª, de 10 de diciembre de 1998, FJ. 3 [rec. 4078/1997]. Cuando a la responsabilidad civil contractual –por ilícito laboral– se le yuxtapone una responsabilidad extracontractual –la relación laboral resulta únicamente antecedente causal– “el contrato absorbe todo aquello que se halla en su órbita natural”, STS de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013].

725 CASTELLS, M.: *La era de la información: la sociedad red*. Alianza editorial, Madrid, 2005, pág. 214.

726 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La responsabilidad del empresario en organizaciones complejas de empresas”, en BLASCO PELLICER, A. (dir.): *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 227-331.

resultan sujetos obligados por la normativa de prevención de riesgos laborales⁷²⁷, en ese sentido, el orden social ha venido atribuyéndose la competencia para conocer estos litigios⁷²⁸.

En segundo lugar, podrán concurrir, a su vez, terceros que resulten completamente ajenos a la relación contractual y no obligados por normativa prevencionista alguna. Parece que en tales situaciones, la ausencia de vinculación contractual y de obligaciones normativas justificaría la competencia del orden civil.

No obstante, al igual que se atrae la responsabilidad contractual, el orden social hace suyo también el conocimiento de estas demandas por responsabilidad extracontractual de la parte demandada⁷²⁹. En esa línea, cuando se presenta una conjunción de responsabilidad extracontractual por accidente de trabajo de terceros codemandados en un pleito en el que se reclama también la responsabilidad contractual del propio empresario, la Sala de lo Social⁷³⁰ se viene atribuyendo la competencia acorde al principio procesal que impide la división de la causa de pedir en los procesos con una

727 El TS, Sala 1ª, se ha atribuido en no pocas ocasiones la competencia, bajo el paraguas de la responsabilidad extracontractual, cuando concurren en la demanda la figura del promotor y empresario contratista, olvidando la normativa específica que para con estos sujetos prevé la normativa de prevención de riesgos laborales. Sobre esta “indiferencia” del orden civil, véase MERCADER UGUINA, J. R.: “Coordinación de actividades empresariales y siniestralidad laboral”, en ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P. (dir.): *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, págs. 373 y ss.

728 Por todas, STS de 1 de diciembre de 2003 [rec. 239/2003], de 22 de junio de 2005 [rec. 786/2004], de 21 de septiembre de 2011 [rec. 3821/2010] y de 4 de mayo de 2015 [rec. 1281/2015].

729 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: “Propuesta de reforma del sistema...”, op. cit., pág. 467.

730 En contraposición a la doctrina de la Sala 1ª, vista líneas atrás.

pluralidad de litisconsortes (art. 12.2 LEC y antiguo art. 27.3 LPL –actual art. 25.4 LRJS-)731.

Al respecto, la Sala 4ª no deja lugar a dudas cuando declara la responsabilidad extracontractual del tercero como "inserta en el campo propio del derecho laboral", y por tanto en en la amplio espectro que integra la rama social del Derecho732 (art. 1 de la LRJS –antiguo art. 1 LPL-), aunque no exista vinculación contractual entre el responsable y el trabajador, "de forma que esta especial responsabilidad extracontractual queda englobada e inmersa en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales en el trabajo"733.

Resulta esta doctrina trasladable al conocimiento de la responsabilidad de los fabricantes por daños causados por productos defectuosos, por parte del orden social. Los fabricantes, importadores y suministradores no mantienen una relación contractual con el trabajador, empero, resultan sujetos obligados por la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 41 LPRL)734. En ese sentido, el orden social se ha considerado competente

731 Entre otras, STS de 21 de septiembre de 2011, FJ. 4 [rec. 3821/2010], STS de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013].

732 LASAOSA IRIGOYEN, E.: *Delimitación Competencial entre los Órdenes Social y Civil de la Jurisdicción: un Estudio Jurisprudencial*. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, págs. 69 y ss.

733 STS de 22 de junio de 2005 [rec. 786/2004], de 21 de septiembre de 2011, FJ. 4 [rec. 3821/2010], y de 30 de octubre de 2012, FJ. 4 [rec. 2692/2011].

734 Se ha reconocido al art. 41 LRPL la virtud de anexionar la normativa genérica de seguridad del producto y la seguridad en el trabajo. Véase RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Responsabilidades de los fabricantes...*, págs. 143 y ss.

“Estas obligaciones impuestas por la ley a fabricantes y suministradores de equipos de trabajo comporta que, cuando el daño inferido al trabajador derive de un incumplimiento por parte de aquellos deberes, estos pasen a ocupar su sitio en la cadena de responsables; tal responsabilidad nacerá del contrato concertado en su día respecto del empresario y revestirá naturaleza extracontractual respecto del trabajador víctima del daño, y podrá hacerse efectiva ante los Tribunales del orden social, por ser el órgano competente para enjuiciar una pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo cuando esta se dirige, además de frente a su empresario, frente a terceros sin relación

cuando los daños han sido consecuencia de un defecto de seguridad por parte del fabricante, incluso cuando se aprecia no concurrencia de responsabilidad empresarial, por haber cumplido éste con sus obligaciones en materia preventiva⁷³⁵.

1.3.- La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, como elemento unificador

A través de la LRJS, el legislador concentra en el orden social las “pretensiones que se promuevan en la rama social del derecho”, entendiendo por tal “todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales”⁷³⁶. Para ello, recoge una enumeración abierta en la que, en sentido positivo, delimita por materias la “competencia objetiva” del orden social [art. 2 a)-t) LRJS]; y a su vez, en sentido negativo, excluye otras tantas [art. 3 a)-h) LRJS]⁷³⁷

En lo que a nuestro objeto de análisis compete, la tipificación que de la materia la LRJS realiza resulta legislativamente novedosa, si bien, bebe de la jurisprudencia previamente analizada de la Sala 4ª y la Sala de Conflictos de Competencia, y se hace eco del clamor unificador mantenido por la doctrina

contractual con el trabajador accidentado”, en STSJ de Asturias, (Sala de lo Social, sección 1ª) de 27 de enero de 2012, FJ. 4 [rec. 2797/2011].

735 STS de 17 de febrero de 2015 [rec. 1219/2014] y de STSJ de Navarra, de 20 de octubre de 2010 [rec. 146/2010].

736 Preámbulo. II. Es el nuestro, al igual que el italiano, un sistema en el que se atribuye a los tribunales laborales el conocimiento tanto de los pleitos derivados del contrato de trabajo o del convenio colectivo, como de los relacionados con la Seguridad Social. En otro orden, existe un “modelo dual” de jurisdicción, en el que cada área encuentra acogida en distintos tribunales –Francia y Alemania-. Véase ARUFE VARELA, A.: “Jurisdicción social”, en BAYLOS GRAU, A.; FLORENCIO THOMÉ, C. y GARCÍA SCHWARZ, R. (coords.): *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 1217-1219.

737 CASAS BAAMONDE, M. E.: “Jurisdicción y competencia del orden social”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M. y GARCÍA BECEDAS, G. (dirs.): *Lecciones de jurisdicción social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 51 y ss.

*iuslaboralista*⁷³⁸. En ese sentido, se atribuye al orden social el conocimiento “de todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo y que hasta ahora obligaban a los afectados a acudir necesariamente para intentar lograr la tutela judicial efectiva a los distintos juzgados y tribunales encuadrados en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social”⁷³⁹. De esa manera, se crea, en palabras del propio Preámbulo, “un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado”. Se consiguió así poner fin al “peregrinaje jurisdiccional”, aportando una solución lo más respetuosa posible para con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁷⁴⁰.

Será competente el orden social para conocer de aquellas demandas ejercitadas por los “trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales [art. 2. b)]. Conocerá, por lo tanto, de la responsabilidad por incumplimiento de la normativa en prevención de riesgos laborales, tanto si se han generado daños como si no.

738 ALFONSO MELLADO, C. L.: “De nuevo sobre la competencia...”, op. cit., págs. 1 y ss.; GINÉS I FABRELLAS, A.: “La Ley de la Jurisdicción...”, op. cit., págs. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: *Compensaciones...*, op. cit., pág. 121; DESDENTADO BONETE, A.: “La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo. Estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de reparación”, en AA. VV.: *Congreso de los Magistrados del Orden Social: el futuro de la Jurisdicción Social*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 443 y ss.; IGLESIAS CABERO, M.: “Las indemnizaciones adicionales por accidente de trabajo”, en *Actualidad Laboral*, vol. I, 2008, págs. 1180 y ss.; LUQUE PARRA, M.: *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., págs. 194 y ss.

739 Preámbulo III.

740 En ese sentido, la LRJS se propuso acabar con los conflictos jurisdiccionales, generadores de soluciones no coincidentes, a la par que finiquitaba las dilaciones y fragmentaciones de las respuestas judiciales. Véase CASAS BAAMONDE, M. E.: “La nueva jurisdicción social. ¿Una jurisdicción auténticamente «social»?”, en *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2012, págs. 7 y ss.

De esa manera, se reconoce legalmente la competencia de la jurisdicción social para todas las reclamaciones del trabajador⁷⁴¹ contra aquellas personas, físicas o jurídicas, que, en el ámbito de la relación de trabajo, hayan concurrido en la producción del daño o en la generación del riesgo laboral. Ya sea el propio empresario o terceros partícipes, incluidas las reclamaciones contra las aseguradoras que de la responsabilidad civil o de las mejoras pudieran responder. Se pretende así poner punto y final a la atribución que la Sala Civil se adjudicaba mediante la inclusión de responsabilidades extracontractuales, en concurrencia con la contractual del empresario⁷⁴².

De ese modo, no cabe duda de la competencia del orden social para conocer de reclamaciones contra terceros, cuando resulten éstos obligados por normativa de prevención de riesgos laborales, y se presente alguna

741 Cabe plantearse qué figuras adicionales al trabajador (art. 1.1. ET) resultan susceptibles de generar esta atribución al orden social cuando del conocimiento de sus demandas se trata. En ese sentido, el art. 2 LRJS reconoce, a su vez, la competencia de la jurisdicción social para conocer de los litigios que los TRADE puedan interponer en reclamación por daños derivados de AT y EP (apartado d.), así como de las acciones que los trabajadores en régimen funcional, estatutario o laboral, puedan interponer en materia de responsabilidad por daños derivados de AT y EP y obligaciones de PRL contra la Administración (apartado e.).

Resulta coherente esta extensión con el uso de una terminología genérica como la que la normativa utiliza al referirse a “daños originados en el ámbito de la prestación de servicios”, convirtiendo esta categoría en alternativa a los daños derivados de AT y EP, con los cuales marca una diferencia al introducir la conjunción disyuntiva “o” [art. 2. b) LRJS].

742 En coherencia con la unicidad del proceso como medio de atribución competencial, la concurrencia de más de un deudor para con un mismo acreedor, no escinde la continencia de la causa. De modo que todas las controversias jurídicas se dirimirán en un mismo proceso, respondan a una relación contractual o extracontractual, y siendo competente el orden social para conocer de la cuestión central, se atribuirá la jurisdicción social el conocimiento del resto de causas. Véase ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P.: “Los límites competenciales...”, op. cit., pág. 461-464.

En ese sentido, “en reclamaciones sobre accidente de trabajo y enfermedad profesional se podrán acumular todas las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de un mismo hecho, incluso sobre mejoras voluntarias, que el trabajador perjudicado o sus causahabientes dirijan contra el empresario u otros terceros que deban responder a resultas del hecho causante, incluidas las entidades aseguradoras, salvo que hayan debido tramitarse mediante procedimiento administrativo separado, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 30” (art. 25.4 LRJS).

infracción en el cumplimiento del “deber de seguridad”. Piénsese en el caso de las entidades aseguradoras o los fabricantes, importadores y suministradores (art. 41 LPRL). En estos casos, puede ser cuestionable la ventaja comparativa del orden social para conocer de la materia, en contraposición con el resto de jurisdicciones⁷⁴³. Sin embargo, considero acertada la atribución que la LRJS realiza ya que en definitiva, corresponde al orden social conocer de los procesos de investigación y aplicación que de la normativa de seguridad y salud se ha realizado, siendo competente también para la resolución de las impugnaciones de las resoluciones administrativas de la autoridad laboral.

Plantea dudas la redacción del precepto, en relación con supuestos en los que los daños se producen con ocasión del trabajo, con causa en AT o EP, pero resultan ajenos a la relación laboral. Piénsese en la reclamación de indemnización por daños y perjuicios que pudiera derivarse de un accidente *in itinere*, en el que resulta demandado el conductor del vehículo que generó el desenlace, y su aseguradora. Al respecto, se ha considerado que debiera entenderse, en aras de evitar el temido peregrinaje de jurisdicciones, que la competencia corresponde al orden civil⁷⁴⁴. No obstante, conocerá el orden social cuando junto a la responsabilidad extracontractual del vehículo tercero, resulte demandada también la empresa o el empleador del trabajador víctima.

En la línea de la declinación de materias ajenas al ámbito laboral, se excluye el conocimiento de “las cuestiones litigiosas en materia de prevención de riesgos laborales que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con éste las actividades preventivas de riesgos laborales y entre

743 En contra de una adjudicación de la competencia del orden social en litigios de responsabilidad de fabricantes, importadores y suministradores, véase GINÉS I FABRELLAS, A.: “La Ley de la Jurisdicción...”, op. cit., págs. 96 y 97.

744 MERCADER UGUINA, J. R.: “CAPÍTULO I – De la jurisdicción”, en MERCADER UGUINA, J. R. (dir.): *Ley reguladora de la jurisdicción social comentada y con jurisprudencia*. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015, pág.76.

cualquiera de los anteriores y los sujetos o entidades que hayan asumido frente a ellos, por cualquier título, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención” [art. 3. b)]. Resulta esto lógico, ya que la relación entre las partes discordante no dimana de una relación laboral. No obstante, no encajaría en el supuesto expuesto –sí en el art. 2. b)- la reclamación de indemnización por daños y perjuicios de un trabajador autónomo, ya que encajaría en la terminología del precepto cuando habla de “trabajador” y de “daños originados en la prestación de servicios”, lo cual genera que sea el social el orden competente al respecto⁷⁴⁵.

Cabe agregar, la LRJS viene a corregir la controversia competencial entre el orden contencioso-administrativo y el orden social, cuando del conocimiento de litigios derivados de infracciones administrativas y recargo de prestaciones se trata⁷⁴⁶. En ese sentido, supera también la LRJS la “dualidad jurisdiccional” en la que se incurría, haciendo conocedor al orden social de las impugnaciones y revisiones que resulten de estos instrumentos coactivos⁷⁴⁷.

En ese orden, siendo que se atribuyen al orden social la resolución de los recursos jurisdiccionales contra las resoluciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales. Siguiendo la “atribución competencial general” que sobre ella se ha hecho en materia de PRL⁷⁴⁸, se entendería conocedor al orden social de los recursos resultantes de los procesos de aplicación de una hipotética acción de regreso como la planteada en el Cap. XI. No así, las controversias derivadas de la aplicación de los sistemas de incentivos económicos *bonus-malus* analizados en el próximo

745 STSJ de Galicia, Sala de lo social, de 30 de septiembre de 2014 [rec. 6247/2012].

746 VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: *Aseguramiento y protección social...* op. cit., págs. 37 y ss.

747 CASAS BAAMONDE, M. E.: “La nueva jurisdicción...”, op. cit., págs. 14 y ss.

748 ALFONSO MELLADO, C. L.: *Prevención de riesgos laborales y accidente de trabajo en la ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. Bomarzo, Albacete, 2011, pág. 30.

Cap. XII (arts. 140-147, Cap. VI.- de las prestaciones de la Seguridad Social, de la LRJS), quedan afectas del ámbito expresamente excluido por el art. 3.f) LRJS, por referirse a “materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria”.

2.- La “deuda de seguridad” del empresario: carga probatoria y diligencia exigible

Se ha visto cómo la responsabilidad civil adicional puede ser contractual (art. 1101 CC), si existe un incumplimiento contractual con ilícito laboral, o extracontractual (art. 1902 CC), si las partes no mantienen una relación laboral directa-, por concurrir culpa o negligencia empresarial.

En ello, resulta determinante esclarecer cuándo se considera que existe una vulneración del derecho de los trabajadores a la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 19 ET y 14. LPRL). Es decir, cuándo se estima que, en base a una infracción de la “deuda de seguridad”, el empleador resulta responsable civilmente en consonancia con su responsabilidad contractual. Del mismo modo, resulta esencial determinar el nexo de conexión entre la infracción y la contingencia generada, así como el modo de realización de la prueba de tal incumplimiento, es decir, la carga probatoria.

El debate del establecimiento de la carga probatoria se ha solapado al farragoso debate acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil y su título de imputación, de modo que comparte la misma controversia. En esa línea, el título de imputación por el que sustentan la responsabilidad civil empresarial ha seguido un camino de controversias en el que afloraban, otra vez más, las

diferencias entre la Sala Civil y la Sala Social del TS⁷⁴⁹. En ese sentido, dentro del debate sobre la valoración jurídica por la que relacionar la conducta empresarial –ilícito laboral- con el daño producido (relación de causa-efecto), como queda visto líneas atrás, se ha diferenciado entre una imputación subjetiva –culpa- y una imputación objetiva⁷⁵⁰. En esa labor, para la defensa de una u otra opción jurídica, los factores a los que se ha conferido el centro del debate son: el grado de “diligencia exigible” por el empresario y la carga probatoria.

Lo dicho trae causa de una responsabilidad civil adicional que, asentada sobre el principio culpabilístico, ha asumido una relajación de éste, tanto en lo referido al nexo causal con su apertura, como a través de la transferencia de la carga probatoria⁷⁵¹. En otras palabras, una atenuación en el necesario grado de culpa y la prueba de su concurrencia⁷⁵². En ese sentido, se acomete un proceso de “cuasi-objetivización” escalonado, para llegar a un estadio de responsabilidad civil autónoma, propia a las finalidades que acompañan al ámbito social⁷⁵³, pero sin abandonar para ello el principio culpabilístico.

749 Para un estudio sobre el transcurrir histórico de la imputación de la responsabilidad civil derivada de AT y EP, acúdase al apartado 3º, Cap. III.

750 APARICIO TOVAR, J.: “Sobre la responsabilidad civil del empresario por infracción de las obligaciones de seguridad y salubridad en el trabajo”, en *Relaciones Laborales*, vol. II, 1994, págs. 544-546.

751 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., págs. 123 y ss.

752 STS, Sala 4ª, de 30 de junio de 2010, FJ. 2 [rec. 4123/2008] y de 4 de mayo de 2015 [rec.1281/2014].

753 Se realiza una reinterpretación acorde a la diferencia de partida en la que las partes contractuales se encuentran en la relación laboral, una como organizadora y controladora del proceso productivo –con sus obligaciones legales de garantizar la seguridad y salud laboral de los empleados-, y otra como prestador de mano de obra, sumido en la lógica del trabajo por cuenta ajena. La primera, se beneficia de unos “riesgos” que él crea, mientras la segunda se expone a ellos sin capacidad, en gran medida, de contrarrestarlos por sí mismo. En base a ello, “no resulta trasladable -a lo social- la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno”, STS, Sala 4ª, de 30 de junio de 2010, FJ. 3 [rec. 4123/2008].

Actualmente, el punto de convergencia doctrinal entre la Sala de lo Civil y de lo Social se presenta tranquilo, como el mar tras la marejada. Tras un recorrido dispar, no será hasta la reciente doctrina jurisprudencial y la unificación de la LRJS cuando se zanje y asiente la nueva corriente doctrinal.

La Sala 1ª, inició entre los años 90 y principios de los 2000 una objetivización o cuasiobjetivización de la responsabilidad extracontractual, caminando hacia derroteros cercanos o limítrofes a la responsabilidad por riesgo⁷⁵⁴. Así, se tendería a considerar que una vez actualizado el riesgo, ello resultaba significativo de una inadecuada diligencia empresarial, ya que ella “comprende, no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir”⁷⁵⁵. En sentido diferente, negando la aplicación general de la teoría del riesgo y la inversión de la carga probatoria, se inició un nuevo sendero por el que recobrar el elemento subjetivo, exigiendo la prueba del nexo causal y la culpabilidad como elementos fundamentales sobre los que erigir la responsabilidad extracontractual⁷⁵⁶. Según esta

754 Se exigía una diligencia tal que elevaba el abanico de la imputación culpabilístico a parámetros cercanos a la responsabilidad por resultados, ya que actualizado el riesgo, se considera que las medidas preventivas no fueron los suficientes. Véanse STS, Sala 1ª, de 17 de octubre de 2001 [rec. 3559/1996], de 22 de abril de 2003 [rec. 2752/2003], de 18 de junio de 2004 [rec. 2158/1998]. Con una ilustrativa recopilación del transcurso de la Sala civil del TS, véase DESDENTADO BONETE, A.: “La responsabilidad empresarial...”, op. cit., págs. 476-480.

755 Con una recopilación de la doctrina jurisprudencial previa, STS, Sala 1ª, de 29 de mayo de 2003 [rec. 2887/1997].

756 STS, Sala 1ª, de 31 de marzo de 2003 [rec. 2476/1997], y siguiendo la doctrina unificada, STS de 3 de abril de 2006, de 14 de diciembre 2006 [rec. 2841/2006], de 17 de mayo de 2007 [2591/2000]

doctrina, deberá siempre probarse la existencia del nexo causal, tanto en su vertiente física como jurídica⁷⁵⁷.

Se defenderá entonces, desde el ámbito civil, que en determinados supuestos corresponda al demandado, en nuestro caso empresario, la carga probatoria; empero, no ya por una inversión de la misma, sino con fundamento en su “facilidad o proximidad probatoria relacionado con circunstancias tales como los especiales deberes de diligencia que impone la creación de riesgos extraordinarios, la producción de daños desproporcionados o inexplicables o la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo”.

Quedó excluida entonces la total objetivación de la responsabilidad y descartada la teoría del riesgo. No obstante, se admitiría la inversión de la carga de la prueba, propia de la teoría del riesgo, únicamente para determinadas situaciones en las que concurra un riesgo cualificado, entendido como “riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole”⁷⁵⁸.

En otro orden, en la Sala de lo Social, diversa fue la ruta para acabar llegando a converger en un mismo puerto. De la inicial consideración de la “responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y

757 Se entiende que concurre causalidad jurídica por el “hecho de haberse creado el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dadas las características de las máquinas y forma de desarrollarse el trabajo de las mismas y del operario accidentado, por lo que la falta de las medidas de seguridad aparece como causa próxima y adecuada para producir el daño”, SEIJAS QUINTANA, J. A.: “Los accidentes laborales y el orden jurisdiccional civil”, en AA. VV.: *Congreso de los Magistrados del Orden Social: el futuro de la Jurisdicción Social*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 558-559.

758 STS de 2 de marzo de 2006, FJ. 3 [rec. 2654/1999], de 5 de abril de 2010 [rec. 449/2005]. Ejemplo de no concurrencia de tal riesgo especial, quedando éste despojado, incluso, del elemento de “previsibilidad”, véase la STS de 11 de junio de 2013 [rec. 435/2011].

tradicional”⁷⁵⁹, se avanzó hacia una simple exigencia de culpa como criterio menos riguroso, pero diferenciándolo de la imputación objetiva⁷⁶⁰, para llegar a la doctrina que, asentada con la STS de 30 de junio de 2010 [rec. 4123/2008], a continuación se expone.

Ante un supuesto de reclamación de responsabilidad civil empresarial, una vez demostrados los daños derivados del suceso, corresponderá al empleador, en consecuencia con el deber de prevención que lo convierte en deudor de seguridad, acreditar haber agotado toda la diligencia exigible, por encima, incluso, de exigencias reglamentarias⁷⁶¹. De esa manera, deberá el empresario demostrar que ha cumplido con la normativa exigible en materia de PRL, habiendo evaluado todos los riesgos, y tomado “cuantas medidas sean necesarias” en consecuencia (art. 14.2 LPRL), so pena de incurrir en responsabilidad civil adicional.

Como ha sostenido la Sala, “la propia existencia de un daño pudiera implicar el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable]”⁷⁶². Lo dicho parece diluir la obligación de medios, acercándola a una de resultados⁷⁶³, si bien, el deber de

759 STS, Sala 4ª, de 2 de febrero de 1998 [rec.127/1997], de 18 de octubre de 1999 [rec. 315/1999], de 22 de enero de 2002 [rec. 471/2001] y de 7 de febrero de 2003 [rec. 1663/2002].

760 STS 18 de julio de 2008 [rec. 2277/2007], de 14 de julio de 2009 [rec. 3576/2008] y de 23 de julio de 2009 [rec. 4501/2007].

761 “Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran”, STS de 8 de octubre de 2001 [rec. 4403/2000].

762 STS de 30 de junio de 2010, FJ. 3 [rec. 4123/2008].

763 No siendo ésta, ni mucho menos, la naturaleza de una obligación como la derivada de la deuda de seguridad, asentada en el principio culpabilístico. En esa línea, la sentencia *ut supra* mantiene: “no procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado”, lo cual, resulta contrario a la propia normativa de PRL, y deviene contraproducente en términos finalísticos, al propiciar un efecto “desmotivador” sobre el cumplidor de la normativa.

seguridad se sigue manteniendo como una obligación de medios⁷⁶⁴. El empresario dispone siempre de la capacidad de exonerarse mediante la prueba de toma de toda la diligencia debida para evitar o prevenir el riesgo⁷⁶⁵, dentro de lo cual el cumplimiento de la normativa de protección de la seguridad y la salud se sitúa como hecho fáctico ineluctable, a superar y complementar a través del elemento volitivo del empresario⁷⁶⁶.

Cabe agregar, cuando el resultado lesivo se haya producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros, quedará exonerado el empresario de su responsabilidad. No obstante, siguiendo la lógica de la inversión de la carga probatoria, le corresponderá a él demostrar la concurrencia de estos extremos.

En ese sentido, se asume una inversión de la carga de la prueba en la Sala 4^a⁷⁶⁷, según la cual corresponde al empresario, una vez actualizado el riesgo -AT y EP-, enervar su posible responsabilidad⁷⁶⁸. Tal previsión no es sino una aplicación analógica del art. 1138 CC y del art. 217 LECiv, en lo

764 Al respecto, “las obligaciones de medios se satisfacen cuando se despliega un actividad diligente, aunque no se consiga el fin ulterior o último, esto es, singularmente y en nuestro caso, adoptar las medidas preventivas posibles a pesar de que finalmente se produzca un accidente de trabajo o el daño a un trabajador”, en LUQUE PARRA, M.: *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., pág. 20. Respecto a la responsabilidad como obligación de medios, STJUE de 14 de junio de 2007 [Asunto C-127/2005 Comisión vs. Gran Bretaña].

765 ARAMENDI SANCHEZ, J. P.: “Artículo 96. Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo”, en MERCADER UGUINA, J. R. (dir.): *Ley reguladora de la jurisdicción social comentada y con jurisprudencia*. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015, pág. 682.

766 APARICIO TOVAR, J.: “Sobre la responsabilidad civil...”, op. cit., pág. 553.

767 Previamente ya lo era en la Sala 1ª, si bien, con un fundamento diferente. Véase ALFONSO MELLADO, C. L.: *Prevención de riesgos...*, op. cit., págs. 47-50.

768 En aplicación de esta doctrina, véanse STS de 24 de enero de 2012 [rec. 813/2011], de 30 de enero de 2012 [rec. 1607/2011], de 1 de febrero de 2012 [rec. 1655/2011], de 18 de julio de 2012 [rec. 1653/2011], de 9 de junio de 2014 [rec. 871/2012], de 4 de mayo de 2015 [rec.1281/2014].

relativo a la prueba de los hechos relevantes de la decisión, y la disponibilidad y facilidad probatoria del demandado en lo que a la demostración de ésta se refiere⁷⁶⁹. Es el empresario, director y controlador de la actividad laboral (art. 20 ET), quien ostenta una mayor capacidad de recursos y de información directa para armar una prueba sólida, o al menos, dada su capacidad de dominio de la actividad generadora del riesgo, encuentra una mayor facilidad para ello. A la inversa, obligar al demandante a probar una infracción empresarial supondría una tortuosa carga, dada la falta de medios, información y acceso a las fuentes de las que se vería privado éste. En consecuencia, convertiría la reclamación en un proceso difícilmente superable, dando como resultado un final desestimatorio por falta de pruebas suficientes.

El legislador, consciente de este progreso, cristalizó la anterior doctrina jurisprudencial en el art. 96.2 LRJS, según el cual, “en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad”, de lo que quedarán excluidas la imprudencia temeraria del trabajador y la que responda al ejercicio habitual del trabajo y la inherente confianza en él.

Resulta ensalzable la plasmación del legislador de esta inversión de la carga de la prueba, que no presunción, en cuanto se extiende su ámbito tanto al nexo causal como a la imputación subjetiva⁷⁷⁰. Esta inversión de la prueba

769 STS, Sala 1ª, de 12 de noviembre de 2015 [rec. 899/2014] y STS, Sala 4ª, de 4 de mayo de 2015 [rec.1281/2014].

770 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “La responsabilidad civil por riesgo como garantía de la obtención de la compensación de daños por accidentes de trabajo tras la Ley de Jurisdicción Social 36/2011”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación

resulta trasladable a todos los deudores de seguridad, desde el empresario de la víctima, al resto de empresas concurrentes en el proceso productivo, recursos preventivos propios o ajenos, aseguradoras o fabricantes, suministradores e importadores.

Se mantiene la plena vigencia de la responsabilidad por culpa⁷⁷¹, con matices atenuadores, respetuosos con los principios inspirados de la rama social⁷⁷². Al respecto, considero acertada la línea seguida por la LRJS, y positiva en cuanto mantiene el criterio de imputación basado en la culpa, como elemento basilar sobre el que construir la responsabilidad. Ajena, por lo tanto, a una responsabilidad civil adicional asentada en parámetros de imputación objetivos que, recuérdese, resultarían contrarios desde la perspectiva finalística de prevención del daño, a lo que se añade, la consecuente duplicidad respecto con las prestaciones de la Seguridad Social, asentadas éstas en una responsabilidad objetiva del empresario.

3.- Un sistema específico de valoración para daños derivados de AT y EP

3.1.- Disp. final quinta LRJS

Acorde a la acumulación de todas las reclamaciones en materia de AT y EP que sobre el orden social hizo recaer la LRJS, y su estímulo para convertir la jurisdicción en una sección “auténticamente social”, resulta

Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Cinca, Madrid, 2013, pág. 8. [Comunicación; figura en CD adjunto]

771 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., págs. 129 y ss.; GINÉS I FABRELLAS, A.: “La Ley de la Jurisdicción...”, op. cit., pág. 98.

772 Desde un sector doctrinal, se ha visto en ello un acercamiento legal a la tesis de una responsabilidad por riesgo. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “La responsabilidad civil por riesgo... op. cit., pág. 10.

coherente la previsión que en la Disposición Final 5ª se hizo para una futura elaboración de un sistema de valoración específico en daños derivados de AT y EP. En ese sentido, la elaboración de un baremo específico para el ámbito laboral viene justificado por la etiología del riesgo generador del daño, la naturaleza de éstos, y la especial confluencia de los diferentes mecanismos resarcitorios dentro de la fijación final del montante, para lograr el fin último de la reparación íntegra del daño⁷⁷³. Del mismo modo, se añade el especial cariz preventivo que debe regir en el ámbito de la compensación de daños derivados de AT y EP, un ámbito marcado por una auténticamente alarmante tasa de siniestralidad

Según dicha encomienda, *“en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para aprobar un sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, mediante un sistema específico de baremo de indemnizaciones actualizables anualmente, para la compensación objetiva de dichos daños en tanto las víctimas o sus beneficiarios no acrediten daños superiores”*.

Desgraciadamente, como resulta patente a estas alturas, tal proyecto se encuentra durmiendo el sueño de los justos, y no parece atisbarse un cercano despertar. La marginalidad a la que el legislador somete la materia preventiva y compensatoria de los daños derivados de AT y EP se acrecienta con la ceguera normativa que sobre ello se muestra cuando, como en la reciente Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, se hace mención del proyectado “baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria” (disp. adic. tercera), y no del baremo específico para daños derivados de AT y EP.

773 GINÉS I FABRELLAS, A.: “Baremo de valoración...”, op. cit., pág. 16.

En ese marco, ante la ausencia del tan necesitado baremo específico para el ámbito laboral, no queda sino seguir acudiendo de modo facultativo y orientativo al baremo de accidentes de tráfico, a pesar de lo perjudicial que para la víctima puede suponer el someterse a un sistema de valoración tasada, el cual ha sido elaborado para tasar y limitar, así, la indemnización en un campo regido por la responsabilidad objetiva, donde la culpa del causante resulta irrelevante⁷⁷⁴.

3.1.1.- “Indemnizaciones actualizables anualmente”

En este sentido, la actualización del baremo deberá realizarse atendiendo a las oscilaciones del IPC, para adaptar las cuantías al valor real de la moneda. Así, se atenderá al porcentaje del índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado correspondiente.

No aclara la disposición la disyuntiva relativa a la aplicación de intereses moratorios o la actualización del baremo como medio idóneo para valorar los daños a resarcir extemporáneamente. Sin embargo, es éste un punto a esclarecer por el nuevo baremo, detallando la naturaleza de los intereses aplicables, a nuestro entender los de art. 20 LCS, y el papel de las aseguradoras en el *iter* procesal⁷⁷⁵. Siempre, sea dicho, desde una visión tuitiva hacia el trabajador víctima.

774 Sobre la inadecuación de aplicar un baremo de ámbito foráneo, trasladando su aplicación a la valoración y reparación de los daños derivados de AT y EP, y a fin evitar reiteraciones innecesarias, se remite al lector al Cap. inmediatamente anterior. En iguales términos, GINÉS I FABRELLAS, A.: “Baremo de valoración...”, op. cit., págs. 14-17.

775 Para un análisis de la cuestión, se remite al lector al apartado 3º del Cap. VIII. En esta línea, una propuesta legislativa desmenuzada y especialmente ilustrativa, véase SORIGUERA SERRA, A.: “La problemática...”, op. cit., págs. 25 y ss.

3.1.2.- “Compensación objetiva”

A pesar de lo escueto del mandato legislativo, son varias las conclusiones extraíbles del texto. La redacción al respecto resulta inapropiada cuando se refiere a la “compensación objetiva” de los daños. Podría considerarse que con ello, se alude a una dualidad de regímenes dentro de la valoración, una responsabilidad por riesgo dirigida a la valoración y compensación de un nivel básico de daños; así como una responsabilidad por culpa, con la que se vendrían a compensar los daños superiores, hasta la reparación íntegra. Cabe recordar cómo la jurisprudencia, tanto del TC como del TS, y la doctrina, han mantenido que la responsabilidad por riesgo subyacente quedará absorbida dentro de la más grave responsabilidad por culpa declarada⁷⁷⁶.

Al respecto, comparto la postura doctrinal que ha considerado que el legislador no pretende entrever un cambio de rumbo, transformando la base culpabilística que en la materia rige, para orientarse hacia una responsabilidad objetiva de los daños ⁷⁷⁷. Se ha visto en ello una referencia a las indemnizaciones básicas, las cuales, podrán ser incrementadas mediante la acreditación de daños superiores. Entiendo, entonces, que el legislador se refiere con ello a una tasación de mínimos de la que deberá partir la valoración del juez.

Esa objetivación respecto a una reparación de mínimos resulta coherente con la línea que se ha visto, se sigue desde la jurisprudencia social. Así las cosas, un sector doctrinal ha defendido, con gran acierto, la idoneidad

776 YÁÑEZ DE ANDRÉS, A: “Baremo y responsabilidad civil”, en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2016, pág. 7.

777 GINÉS I FABRELLAS, A.: “Baremo de valoración...”, op. cit., pág. 16.

de establecer de un seguro obligatorio de responsabilidad civil en accidentes de trabajo⁷⁷⁸.

Del mismo modo, podría interpretarse que el legislador, consciente de la concurrencia de otros mecanismos resarcitorios de fundamento en una responsabilidad objetiva, esté pensando en una compensación básica de los daños –en cuanto a lucro cesante-, que se correspondería con las cuantías coincidentes, normalmente, con las prestaciones de la seguridad social; se diferenciaría tal umbral del resto de daños que, una vez sometidos a prueba, resulten indemnizables. Sería el apartado de la baremación sobre el que se realizaría el descuento por concepto homogéneo en lo que a su vertiente patrimonial, concretamente lucro cesante, se refiere.

3.1.3.- “No acrediten daños superiores”

Se añade a lo anterior lo acertado de la disposición, al no cerrar la valoración del daño a la tasación que de manera objetiva haga el baremo, por entender que deben obtener compensación todos los daños, en tanto en cuanto, “las víctimas o sus beneficiarios” logren acreditarlos. Con ello, se enfatiza en una responsabilidad individual, más allá de cualquier socialización y tasación legal del riesgo, de modo que deban resarcirse también aquellos daños superiores a los tasados, siempre que éstos sean probados⁷⁷⁹. De esa manera, confiere relevancia a la valoración concreta y personalizada de los daños, y se respeta el principio de *restitutio in integrum* que, huelga repetir,

778 CORREA CARRASCO, M.: *Accidente de trabajo...*, op. cit., págs. 147-165; DESDENTADO BONETE, A.: “La responsabilidad empresarial...”, op. cit., págs. 497-499; LAHERA FORTEZA, J.: “Cuantificación de la indemnización civil en los accidentes de trabajo tras la Ley de Jurisdicción Social 36/2011”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Cinca, Madrid, 2013, págs. 6 [Comunicación; figura en CD adjunto] y GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: “Propuesta de reforma del sistema...”, op. cit., págs. 469-472.

779 STC 181/2000, de 29 de junio. Véase PINTOS AGER, J.: “STC de 29/6/00, sobre el baremo”, en *InDret*, núm. 3, 2000, pág. 1 y ss.

rige en materia de reparación de daños derivados por AT y EP. Se supera, entonces, la baremación objetiva como socializadora del riesgo ya que ésta, conlleva hacer partícipe de esa socialización a la víctima, lo cual, resultaría injusto cuando ésta sea un trabajador víctima de un AT o EP.

De otro lado, ha incidido la doctrina en la relevancia de un baremo específico para la valoración del daño extrapatrimonial, apuntando la irrelevancia de incluir en él la valoración de daños patrimoniales, por cuanto resultan éstos valorables “sobre bases empíricas y mediante la práctica de la prueba”⁷⁸⁰. Resulta cierta tal afirmación en tanto que los daños patrimoniales aparecen como conceptos de existencia real y efectiva, de modo que pueden y deben ser probados⁷⁸¹. Pero también lo es que, si dentro de los conceptos a reconocer por el juez se encuentra el daño patrimonial, en la cuantía de lucro cesante no compensado por la prestaciones públicas –el porcentaje restante del lucro cesante hasta el 100 por cien del salario, tanto en situaciones de IT como de IP total-, debe el legislador establecer parámetros o criterios para orientar al juzgador sobre el nivel de virtualidad a considerarse desde el baremo específico. Lo dicho se presenta especialmente útil, como es lógico, en situaciones de IP donde las prestaciones no resarcan la totalidad del lucro cesante de la víctima. Ahora bien, se trata con ello de establecer unos criterios de extensión, pero no de valorar unos daños, ya que éstos deberán ser probados por el reclamante, lo cual convierte en superflua su baremación⁷⁸².

Sobre esos criterios, resultaría conveniente que el baremo precisase el concreto alcance, o delimitase el grado de extensión para valoración que

780 Ibidem..., pág. 5; MARTÍN CASALS, M.: “¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de daños corporales?”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002, págs. 21 y ss.; GINÉS I FABRELLAS, A.: “Baremo de valoración...”, op. cit., pág.17.

781 BARRÓN DE BENITO, J. L.: *El baremo de daños corporales. Materiales para la valoración de su cuestionada constitucionalidad*. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 81.

782 Como apunta la doctrina, España es el único país que acomete una baremación del lucro cesante. Véase MARTÍN CASALS, M.: “¿Hacia un baremo...”, op. cit., págs. 21 y ss.

resulte conveniente en conceptos como el daño patrimonial directo, lucro cesante, o incluso el “daño patrimonial indirecto”, ya que, en definitiva, los niveles de valoración y compensación y la delimitación de la frontera, no son sino una opción política. Del mismo modo, el baremo específico para el ámbito laboral debiera atender a la modalidad contractual en la que se encuentra la víctima, determinando unos criterios para el cálculo del lucro cesante, en un juicio de probabilidad que atienda a un devenir laboral desprecariado, desde un sentido *pro operario*, sin que ello conlleve abstraerse de las “premisas objetivas” e incurrir en “sueños de fortuna”⁷⁸³, a todas luces desorbitados.

Cuando se habla de un baremo desprecariado nos referimos a la necesidad de un baremo consciente de los niveles de precarización actuales del mercado de trabajo, de modo que, cuando se requiera acudir a la hipótesis de futuro sobre la que valorar el lucro cesante de la víctima, éste no sea calculado únicamente atendiendo una fotografía estática del trabajador en el momento de la lesión. Es decir, un baremo social debiera abstraerse de las prácticas de precarización que se nos presentan en momentos de coyunturas económicas difíciles, para calcular una pérdida de oportunidades del trabajador como resultaría propio a una época de prosperidad económica.

Podría incluso defenderse que ante dificultades probatorias para la parte demandante, en el sentido de hallarse dificultades para determinar el lucro cesante, se estableciesen unos parámetros mínimos como concepto incluido dentro de esa “compensación objetiva”, haciendo las veces de una protección básica, limitada y de naturaleza presuntiva. Se trataría de aportar facilidades probatorias para el trabajador víctima, como puede ser

783 LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. M.: “Efecto expansivo del nuevo Baremo de Tráfico en la responsabilidad por accidentes laborales. Su repercusión en el tratamiento resarcitorio del lucro cesante”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 54, 2015, pág.17.

específicamente prevista para trabajadores que hayan prestado sus servicios bajo una situación irregular, fuera de la ley.

Con el baremo específico se adaptarían al ámbito laboral las situaciones incapacitantes y los daños inherentes, de modo que se solucione la disfuncionalidad actual. Así, se daría fin a la aplicación de la teoría de la compatibilidad a la hora de aplicar el baremo⁷⁸⁴, ya que éste se dirigiría de base al cálculo de las cantidades de daño patrimonial no cubiertas por las prestaciones de la Seguridad Social, quedando éstas fuera de valoración.

En definitiva, el sistema de valoración específico debe tener carácter abierto, actuando como una tasación de mínimos, para dejar espacio suficiente al juzgador para realizar una valoración discrecional en su aplicación, alejada de la arbitrariedad, y otorgar así una indemnización personalizada, en la que se concreten de modo pormenorizado y vertebrado todos los daños hasta lograr la total indemnidad del trabajador víctima.

784 SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “Una propuesta normativa en torno al nuevo sistema de indemnizaciones sobre accidentes de trabajo”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2012, pág. 18.

CAPÍTULO X.-
LEY 35/2015, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE
REFORMA DEL SISTEMA PARA LA
VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS
CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES
DE CIRCULACIÓN

CAPÍTULO X.- LEY 35/2015, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE REFORMA DEL SISTEMA PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

Ante la falta de elaboración de un baremo específico, queda vista la facultad del juzgador de lo social para acudir orientativamente a sistemas valorativos de otros ámbitos, en lo que el baremo de accidente de tráfico resulta referente. Es así que desde los tribunales de lo social se presta especial atención al sistema de valoración citado, lo cual obliga a un análisis de la última reforma, para encontrarnos con la reciente Ley 35/2015, de 22 de septiembre, LRSVDPAC, que pasaremos a llamar nuevo baremo. Se construye este nuevo baremo con la intención de corregir los déficits de los que adolecía su antecesor.

Ahora bien, se debe tener presente el recurso al baremo en tanto resulta beneficioso para la valoración de los daños derivados de AT y EP, si bien, con las cautelas obligadas por su elaboración para un ámbito, repetimos, guiado por lógicas diferentes de la responsabilidad civil empresarial.

Se ha visto como uno de los máximos logros del nuevo baremo la recalificación al alza que de las cuantías indemnizatorias se acomete. Para ello, la búsqueda de la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos por la víctima del accidente se erige como principio vertebral. A su vez, se amplía el espectro de sujetos beneficiarios, como el de conceptos resarcitorios valorados, dentro de lo cual, resulta especialmente laudable la sistematización y caracterización individualizada con las que se confecciona la valoración del daño patrimonial (lucro cesante y daño emergente), separándola del daño extrapatrimonial.

La nueva configuración supone un avance en lo que a técnica legislativa se refiere, en cuanto se aleja del contenido clásico de un Anexo, para constituir un auténtico texto articulado⁷⁸⁵, relegando al Anexo únicamente las tablas que cuantifican y modulan los conceptos indemnizables. Como contenido, resulta novedosa la introducción de un nuevo Título IV en el Texto Refundido, por medio del cual se añaden 112 artículos a los 31 ya existentes. En los dos capítulos en que quedan englobados, se regulan, por un lado, las disposiciones generales y definiciones, y por otro, las reglas para la valoración del daño corporal.

Por su parte, se realiza una triple división en las que se clasifican las indemnizaciones por causa de muerte, por secuelas y por lesiones temporales (Tablas 1, 2 y 3). A su vez, en una subclasificación uniforme para cada sección, se distingue entre “perjuicio personal básico” (Tablas 1.A, 2.A y 3.A), los “perjuicios particulares” (Tablas 1.B, 2.B y 3.B), y el “perjuicio patrimonial” (Tablas 1.C, 2.C y 3.C), subdividiéndose este último en daño emergente y lucro cesante.

Esta estructura y vertebración son las que han generado que se haya visto en él el “mejor sistema europeo de valoración del daño corporal”.⁷⁸⁶ Ahora bien, resulta obligada una lectura del mismo en clave laboral para analizar los encuentros y desencuentros que se pueden presentar en su aplicación para el ámbito de la reparación del daño derivado de AT y EP.

Por todo ello, conviene ahora adentrarnos en el análisis del texto normativo resaltando las particularidades que se consideran necesitadas de

785 La Ley consta de Preámbulo, un artículo único con nueve apartados, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria, y cinco disposiciones finales.

786 LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J.: “El nuevo baremo es el mejor sistema europeo de valoración del daño corporal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 913, 2015, pág. 1.

adaptación o interpretación para su aplicación en el procedimiento laboral de reparación de daños derivados de AT y EP. Para el siguiente análisis se seguirá el mismo esquema que presenta el cuerpo normativo, si bien, remarcando únicamente los puntos que se han considerado conflictivos o necesitados de adaptación, así como aquellos que guarden relación con el modo de computar la cuantía indemnizatoria con las cantidades derivadas de las pensiones públicas.

1.- Criterios generales para la determinación de la indemnización por daños corporales

1.1.- La reparación íntegra de los daños, una verdad a medias

En ese sentido, el nuevo baremo tiene por objeto valorar “todos los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal” (art. 32) y, ciertamente, se avanza hacia un sistema de total restitución de la persona al estado previo del siniestro. Esta instauración de la reparación íntegra del daño como principio basilar del nuevo sistema, se complementa con el segundo de los principios: la reparación vertebrada de los daños. En consonancia, rige la reparación íntegra tanto para los daños patrimoniales como para los extra patrimoniales, en una estructura de “triple trípode” acorde a la valoración diferenciada de cada concepto⁷⁸⁷.

787 El sistema de “triple trípode” parte de una clasificación tripartita de las situaciones (muerte, lesiones permanentes y lesiones temporales) y a su vez, una triple subdivisión atendiendo a los tipos de daños presentables en cada caso (Tablas A, B y C). En estructura diferente, el antiguo baremo se basaba en la doctrina del “doble trípode”, con una tripartita clasificación de las contingencias (muerte, lesiones permanentes y lesiones temporales) y una doble subdivisión (tablas de indemnizaciones básicas y sus factores correctores). Véase MARTÍN-CASALS, M.: “Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“baremo”). Líneas generales de los trabajos de la “Comisión de expertos””, en *InDret*, núm. 4, 2012, pág. 7.

No obstante, estas afirmaciones están sujetas a ciertos matices. La *restitutio in integrum* como objetivo quiebra desde el propio momento que resulta éste un baremo cerrado, que no admite la valoración de daños más allá de los por él previstos, y así queda previsto cuando se niega la fijación de “indemnizaciones por conceptos o importes distintos de los previstos en él” (art. 33.5).

Podría plantearse el cumplimiento de este principio cuando se valoran los daños patrimoniales de la víctima, dado el carácter expansivo del nuevo sistema, superando el arcaico y deficiente sistema de los “factores correctores” del antiguo baremo. No obstante, tal afirmación resulta un tanto ostentosa cuando de valorar el daño moral se trata, de base, cuando la total compensación de este concepto resulta de una práctica imposible, por el carácter innato de los propios daños. Consciente de ello, quizás, establece el legislador una horquilla denominada “perjuicios excepcionales” por la que se admite el incremento de un hasta 25 por ciento de las cuantías del perjuicio personal básico para los casos de muerte y lesiones permanentes (respectivamente, arts. 77 y 112). Sin embargo, no especifica el nuevo sistema qué se entiende por tal concepto. Como ejemplo de lo dicho cabe preguntarnos qué sucede con la reparación de aquellos daños morales que no devengan como consecuencia de un daño corporal, ya que quedarían éstos fuera de la valoración del nuevo sistema.

Lo dicho, puede resultar concebible, o quizás tampoco, en un marco de responsabilidad objetiva como el de los accidentes de circulación⁷⁸⁸, pero jamás, en la reparación del daño derivado de AT o EP. Es por ello que aunque desde la doctrina hay quien haya considerado que este “nuevo baremo” puede

788 En relación al establecimiento de techos, se debe partir siempre de un análisis de la distribución de las indemnizaciones que se pretenden acotar, con un criterio claro y fundamentado de dónde se impone la corte, dada la posibilidad de incurrir en problemas de inconstitucionalidad. PINTOS AGER, J.: *Baremos, Seguros y Derecho de Daños*. Civitas, Madrid, 2000, págs. 184 y ss.

cubrir el vacío existente en otros ámbitos, como el nuestro⁷⁸⁹, no lo es en absoluto.

El nuevo sistema resulta de un especial atractivo para la valoración que desde los tribunales sociales se realice, si bien, de un modo facultativo y orientativo. En ese hacer, su ámbito de actuación se dirigirá a colmar esa “compensación objetiva” que desde la Disp. Final 5ª LRJS se señalaba, quedando sujeta a mejora a través de la prueba de daños superiores.

1.2.- Una valoración de los daños desglosada

Se ha avanzado, otro de los grandes méritos del “nuevo baremo” reside en clasificar minuciosamente los diferentes daños concurrentes tras el siniestro (arts. 34 y 35). Ello resulta especialmente interesante según la aplicación del baremo que desde los tribunales sociales se realiza, en gran parte, ya que resulta esclarecedora la diferenciación que de los daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales se acomete, por estar los primeros sujetos al descuento de las cuantías previamente percibidas por el trabajador en concepto de prestaciones públicas de la Seguridad Social.

En ese sentido, se recuerda, la responsabilidad adicional irá dirigida a compensar el daño patrimonial diferencial no cubierto previamente por otros instrumentos resarcitorios. Se trata de evitar así la doble indemnización de conceptos homogéneos. Para ello, se guardará especial atención a los montantes económicos obtenidos a través del concepto “perjuicios patrimoniales” (1.C, 2.C y 3.C), ya que se viene con ello a compensar el lucro cesante de la víctima.

789 En ese sentido, LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. M.: “Efecto expansivo...”, op. cit., pág. 17.

1.3.- Nuevos sujetos beneficiarios

El nuevo sistema amplía el espectro de sujeto perjudicados para los casos de fallecimiento, al englobar, junto al lesionado, al cónyuge⁷⁹⁰, descendientes, ascendientes, hermanos y allegados (arts. 36). Para los casos de secuelas y lesiones temporales, el perjudicado será como norma general el propio lesionado que las padece⁷⁹¹.

A su vez, se supera el elemento puramente formal de la unidad familiar y la consanguinidad para reconocer como perjudicados también a aquellos sujetos que no formando parte de la misma, ejerzan, de hecho y de forma continuada, las funciones de éstos. Para esta equiparación se exigirá que estos nuevos sujetos ejerzan las funciones como consecuencia de un incumplimiento o inexistencia de los primeros.

En los casos de fallecimiento, el caso de los allegados resulta paradigmático, al reconocérseles la condición de perjudicados cuando se demuestre que una convivencia familiar con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al siniestro y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad. Así las cosas, se les reconoce una cantidad fija en concepto de “perjuicio personal básico” (10.000 euros), así como una cantidad relativa al “perjuicio patrimonial”, determinada por una escala de valores (tabla 1.C. 7.).

Lo dicho puede llevarnos a plantear si, siendo que se reconoce una cantidad en concepto de daño moral para aquellas personas que han

790 Resulta novedosa la asimilación del cónyuge viudo el supérstite con el que se mantuviese una relación de pareja de hecho, o con el que se hubiese convivido por un período mínimo de un año.

791 De modo excepcional, para los casos de grandes lesionados se considerará como perjudicados a los familiares o asimilados (art. 94.2).

compartido una convivencia continuada con la víctima, acompañada de una especial afectividad –allegados-, no podría ser ello trasladable a una valoración de los daños específica para el ámbito laboral, y reconocer como perjudicados a determinados compañeros de trabajo. Es decir, si cuando analizadas las circunstancias, se constatare que el trabajador fallecido desarrollaba su actividad en concurrencia directa con un compañero de trabajo, prolongándose ésta durante un lapso superior a cinco años, podría reconocerse una indemnización tasada para aquellos.

Lo dicho encontraría su justificación en el impacto que sobre un compañero de trabajo podría presentarse cuando sometidos ambos -víctima y compañero- de forma continua a un mismo riesgo laboral, este peligro se actualiza para uno de los dos, con el consiguiente efecto dañino sobre su compañero, que no sólo ve quebrado el ambiente de seguridad en el que desarrolla su actividad, sino también por el daño emocional inherente a la pérdida de un compañero de trabajo. Imaginemos el caso de una pareja de agentes del Cuerpo Nacional de Policía que en una intervención, uno de ellos resulta herido de muerte mientras realizaba unas labores de modo individual, muerte que de haberse establecido unas medidas de seguridad adecuadas, habría sido evitada; nos referimos entonces al daño moral que sobre su compañero puede generarse. En este sentido, la casuística supera la imaginación del que estas letras escribe.

1.4.- Reconocimientos médicos, una barrera peligrosa

Se establece en el nuevo baremo la necesidad de un informe médico valorativo ajustado a los parámetros y reglas del sistema, así como el deber recíproco de colaboración entre las aseguradoras, el servicio médico y el lesionado. De esa manera, se preceptúa como deber del lesionado el “prestar, desde la producción del daño, la colaboración necesaria para que los servicios médicos designados por cuenta del eventual responsable lo reconozcan y sigan el curso evolutivo de sus lesiones” (art. 37.2).

Lo dicho requiere de nuevas interpretaciones desde la materia que nos ocupa. En primer lugar, el hecho de tener que amoldar el informe médico en forma y figura a lo establecido por el nuevo baremo no puede resultar taxativo, en cuanto corresponde al INSS o a la Mutua, en función de quien tenga encomendada la cobertura de riesgos profesionales, la realización del mismo. En ese sentido, el nuevo sistema, hemos dicho, resulta orientativo y se considera un baremo de mínimos, por lo que no puede condicionar el informe médico al respecto.

En lo relativo al deber de cooperación del lesionado para con el servicio médico que el responsable designe, considero que dicha práctica no debe regir en el ámbito de la reparación del daño por AT y EP. En primer lugar, porque la gestión y el desarrollo del proceso les corresponden al INSS o a las Mutuas colaboradoras⁷⁹², en función de quien tenga encomendada la gestión de las contingencias profesionales. Respecto a los partes médicos, éstos podrán ser emitidos tanto por el servicio público de salud, como por la entidad gestora o mutua, pero no por un servicio médico externo. Menos aún, se puede supeditar el informe médico a la obtención del reconocimiento de estos servicios privados, como prevé la normativa.

En segundo lugar, en relación a la especial cautela que obliga el carácter reservado de la información, cualquier tratamiento de los datos de los trabajadores afectados así como el acceso a los mismos debe quedar sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones de desarrollo⁷⁹³. Esta

792 Art. 82 y ss. LGSS.

793 Respecto al carácter reservado y deber de confidencialidad en relación con las incapacidades temporales, art. 8.3 Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

confidencialidad de los datos obliga a extremar el acceso a dicha información y restringir el uso que de ellos se haga⁷⁹⁴.

En la misma lógica, todo reconocimiento que sobre el trabajador pretenda realizarse deberá contar con el beneplácito del perjudicado (art. 22 LPRL), salvo que el objetivo de éstos sea proteger a terceros o a la colectividad⁷⁹⁵, para lo cual, deberá preverse normativamente tal control⁷⁹⁶. La dignidad del trabajador se armará como límite inderogable de la facultad fiscalizadora del empresario o la aseguradora⁷⁹⁷.

En ese sentido, la integración en el proceso de un servicio médico designado por el empresario o la aseguradora que viniese a reconocer clínicamente al trabajador accidentado resultaría a todas luces contradictorio con carácter tuitivo del ámbito social, decantando el proceso clínico hacia los intereses de la parte *debitoris*. De la terminología de la ley se deduce que esos servicios médicos se refieren a los de la propia entidad aseguradora, la cual los encarga y paga. Por todo ello, admitir dicha cláusula equivaldría a convertir

794 GOÑI SEIN, J. L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Tratamiento de datos de la salud del trabajador”, en ARCOS VIEIRA, M. L. (dir.): *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, (en prensa).

795 “El art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (...). De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada”, STC 196/2004, de 15 de noviembre.

796 En relación a los controles médicos obligatorios y los análisis preventivos al personal que presta servicios en instalaciones nucleares y radiactivas, véase VÁLDES ALONSO, A.: “Seguridad Física en la Empresa versus Seguridad y Salud en el Trabajo (Una reflexión sobre la legalidad y constitucionalidad de los polémicos controles de detección del consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes en instalaciones nucleares y radiactivas”, en *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2014, págs. 45 y ss.

797 GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Civitas, Madrid, 1988, pág. 114.

a los empresarios y aseguradores en “juez y parte”, lo cual se presenta a todas luces como inasumible e inconstitucional⁷⁹⁸.

Por todo ello, mientras no sea previsto por normativa específica o por pronunciamiento judicial al respecto, tal reconocimiento por un servicio médico externo únicamente devendrá viable cuando así sea confirmado por el trabajador víctima y, siempre, dentro de las garantías que la LRJS prevé⁷⁹⁹.

Finaliza el precepto equiparando la falta del deber de cooperación a la “causa no imputable a la entidad aseguradora” que el art. 20.8 LCS prevé para admitir la exclusión de los intereses de demora. La interpretación restrictiva con la que esta normativa se interpreta desde la jurisprudencia social, nos lleva a negar la exclusión del devengo de intereses tomando como motivo la falta de cooperación. En consonancia con lo dicho, el deber de cooperación no resulta trasladable al ámbito de valoración de daños derivado de AT y EP, y en ese extremo, no resulta causa objetable para la no consignación del pago.

1.5.- La cuestión temporal en la determinación del importe: el *dies a quo* para el devengo de intereses y el baremo de aplicación

Como no podía ser de otra manera, el nuevo sistema aborda la cuestión temporal a fin de esclarecer la fecha a tener en consideración para la aplicación del régimen legal vigente para la valoración de los daños, y la toma en consideración de las circunstancias personales de la víctima. De esa

798 YÁÑEZ DE ANDRÉS, A: “Baremo...”, op. cit., págs. 19 y 20.

799 Cuando el trabajador víctima decline el sometimiento al control médico externo, “podrán adoptarse las medidas de garantía oportunas cuando la emisión de un dictamen pericial médico o psicológico requiera el sometimiento a reconocimientos clínicos, obtención de muestras o recogida de datos personales relevantes, bajo reserva de confidencialidad y exclusiva utilización procesal, pudiendo acompañarse el interesado de especialista de su elección y facilitándole copia del resultado” (art. 90.5 LRJS)

manera, se establece la fecha del accidente como momento para la determinación de la edad y circunstancias personales, familiares y laborales de la víctima (art.38.1.). En esa misma línea, todo aquel elemento relevante en la aplicación del sistema, como puedan ser los conceptos perjudiciales indemnizables y los criterios para su determinación, resultarán los vigentes a fecha del accidente (art. 38.2.).

Con ello, el nuevo baremo otorga soporte legal a lo que venía siendo común en la práctica judicial⁸⁰⁰. Ahora bien, cómo deuda de valor, para evitar una devaluación del importe a recibir, con el consiguiente enriquecimiento injusto que ello supondría para el deudor e infracompensación para la víctima, las cuantías de las partidas resarcitorias que se determinen a fecha del accidente deberán recalcularse al momento de la primera resolución judicial estimatoria en instancia⁸⁰¹.

En ese sentido, el nuevo sistema esclarece, en cierta medida, el vaivén judicial respecto a la aplicación de intereses o actualización del baremo como medio más adecuado para acercar la cuantía indemnizatoria al valor real de los bienes a compensar. Se introduce un ámbito de exclusión de ambos de modo que, corresponderá la actualización del baremo para el cálculo del importe atendiendo a la actualización anual correspondiente a fecha del acuerdo extrajudicial o resolución judicial (art. 40.1.). No obstante, cuando corresponda el devengo de cualesquiera intereses moratorios, se impondrá la aplicación de los intereses sobre cualquier actualización (art. 40.2.).

Lo anterior nos lleva a preguntarnos acerca de cuándo podrá declinarse la actualización para iniciar el devengo de intereses moratorios. Al respecto,

800 Por todas, STS, Sala 4ª, de 2 de febrero de 2000 [rec.200/1999]. Para un análisis detenido sobre esta cuestión, se remite al lector al aptad. 3º del Cap. IX.

801 LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. M.: "Efecto expansivo...", op. cit., págs. 13 y 14.

“se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro” (art. 20.3. LCS).

Empero, cuando la peculiaridad de los daños conlleve una prolongación o consecución del sufrimiento durante un período mayor a tres meses o no pueda ser valorada y determinada con exactitud, generando dificultades para la presentación de la “oferta motivada” por parte de la aseguradora (art. 9.a.), el orden jurisdiccional competente –Juzgados de lo Social en nuestro caso- resolverá sobre la suficiencia de cantidad consignada. Para la clasificación como suficiente de tal cantidad se atenderá a las circunstancias del caso y a los dictámenes e informes que se precisen, pudiendo el juzgador solicitar una ampliación de la cantidad ofrecida atendiendo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados por el nuevo baremo (art. 9. b.).

Cabe entonces plantearse el devengo o no de intereses sobre la cuantía diferencial en relación a la cantidad consignada en comparación con el total de la cuantía reconocida finalmente como indemnizable. En ese sentido dos son las soluciones posibles, puede plantearse que el haber obtenido la acreditación de suficiencia por parte del juzgador exonera a la aseguradora de posibles intereses moratorios ante una posterior cuantía superior o, a la inversa, podría sostenerse que dicha cuantía dejada de percibir –diferencial- atiende a un bien patrimonial que el deudor debía compensar y, por ende, la no aplicación de intereses sobre ésta deviene en detrimento del patrimonio de la víctima que al no recibir intereses por ella, ve infracompensado su daño, mientras la aseguradora ha obtenido un lucro derivado de la no consignación de dicha cuantía.

La primera de las posturas resulta más acertada en términos de seguridad jurídica, pues la cantidad a consignar resulta ilíquida en dicho momento y se encuentra confirmada por la calificación de suficiente a criterio del juzgador. Es por ello que podría defenderse la falta de pago como causa justificada que exonere del devengo de intereses (art. 20.8 LCS). Lo anterior, al no devengarse intereses moratorios, sería suplido por la actualización que de las cuantías se realiza atendiendo al baremo vigente en la anualidad de la resolución judicial o extrajudicial (art. 40.1).

A la contra, se podría considerar que la especial claridad y certeza que el baremo arroja sobre la valoración de los daños hace todavía más difícil atenerse a la deuda ilíquida para abstenerse del pago, y desde una lógica de protección del trabajador, una consignación parcial no puede repercutir en detrimento del acreedor y en beneficio del deudor. Sin embargo, no creo que sea esta una postura a sostener ya que, de una u otra manera –intereses o actualización-, el deudor ve satisfecha su cuantía adaptada a la valoración real de los daños a fecha de la resolución judicial de instancia.

Queda visto cómo la aplicación de los intereses moratorios es relegada a los casos en los que no se consigne cantidad alguna por parte de la aseguradora, o siendo parcial, no reúna la calidad de suficiente a criterio del juzgador. En tal caso, se iniciará el devengo desde la fecha del siniestro, imponiéndose un pago del interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por cien; y cuando transcurran más de dos años desde el siniestro, un interés anual no inferior al 20 por cien (art. 20.4 LCS).

Sobre lo que no cabe duda alguna es respecto al descuento que en la cuantía final deba realizarse de las cuantías abonadas previamente por la aseguradora (art. 40.4).

2.- Valoración del daño corporal

El análisis que a continuación se realiza repara en las diferentes modalidades que el nuevo baremo identifica como situaciones específicas sujetas a valoración, a través de un desglose para los casos de muerte, lesiones permanentes y lesiones temporales, atendiendo a la triple valoración de “perjuicio personal básico”, “perjuicio personal particular” y “perjuicio patrimonial”. Con los dos primeros conceptos se resarcirá el daño extrapatrimonial y con el tercero, por su parte, el daño patrimonial. En ese sentido, el último de los conceptos merece especial atención ya que será sobre la que se realiza la detracción de las prestaciones públicas previamente percibidas por el trabajador.

2.1.- Indemnizaciones por causa de muerte

Para los casos de fallecimiento de la víctima, cuando de la valoración del “perjuicio personal básico” se trata (Tabla 1.A.), la norma prevé unas cantidades fijas para cada perjudicado atendiendo al grado de cercanía respecto con la víctima (cónyuge viudo, ascendientes, descendientes y allegados). Las cantidades reconocidas oscilarán entre la más baja de 10.000 euros para cada allegados, hasta las máximas de 90.000 euros para los casos del cónyuge viudo (hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía hasta 67 años) o descendientes (a cada hijo que tenga hasta 14 años).

La valoración del “perjuicio personal particular” (Tabla 1.B.) consistirá o en la aplicación de unos factores correctores que a modo porcentual aumentarán el “perjuicio personal básico”; o mediante el reconocimiento de una cuantía adicional cuando el perjudicado haya convivido con la víctima o en los casos de fallecimiento de víctima embarazada con pérdida de feto. Si con el anterior concepto las cuantías se determinaban en función de la posición del perjudicado para con la víctima, ahora, el factor discriminador

resultará, a su vez, de las condiciones particulares de cada víctima en relación a las condiciones presentadas en la unidad familiar. En ese sentido, los incrementos porcentuales oscilarán entre un 25 por cien y un 75 por cien.

Mayor detenimiento merece la valoración que del “perjuicio patrimonial básico” se realiza, y su subdivisión entre daños emergentes y lucro cesante (Tabla 1.C.).

Para la valoración del daño emergente se diferenciará, por un lado, entre aquellos “gastos razonables que cause el fallecimiento, como el desplazamiento, la manutención, el alojamiento y otro análogos”, para los que se calcula una cuantía objetiva mínima de 400 euros (sin necesidad de justificación), susceptible de aumento mediante prueba de daños superiores. Por otro lado, prevé el baremo la indemnización de unos gastos específicos consistentes en el traslado del fallecido, repatriación, entierro y funeral. En este sentido, se echa en falta el establecimiento de una cuantía mínima como en el primero de los apartados, ya que su cuantía queda plenamente condicionada a la prueba de los mismos.

En cuanto a la valoración del lucro cesante, se veía como positiva la superación del factor corrector del anterior baremo, por la descorrelación que éste presentaba respecto los daños reales. Ahora bien, cabe recordar el cambio doctrinal que la STS de 23 de junio de 2014 [rec. 1257/2013] supuso, desvinculándose de la interpretación de la naturaleza mixta que la jurisprudencia civil reconocía a dicho factor, para admitir una única naturaleza en él, cual es la de compensar daños personales y no patrimoniales⁸⁰². En ese sentido, dado que el nuevo baremo desarrolla un nuevo sistema de

802 MEDINA CRESPO, M.: “La repercusión del nuevo Baremo de tráfico sobre la cuantificación de la responsabilidad civil adicional del empresario por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 54, 2015, pág. 24.

cálculo exhaustivo de daños extrapatrimoniales, el nuevo escenario no tiene por qué suponer una merma en la valoración del daño extrapatrimonial que desde los tribunales sociales se realice.

La configuración que ahora se establece para el cálculo del lucro cesante, entendido como “las pérdidas netas que sufren aquellos que dependían económicamente de los ingresos de la víctima” (art. 80), parte de un modelo actuarial obtenido a través de la multiplicación de dos factores: el multiplicando y el multiplicador (art. 81). Mientras el multiplicando recoge los ingresos netos de la víctima fallecida⁸⁰³, el multiplicador se construye como un coeficiente individualizado a cada perjudicado y a aplicar sobre el multiplicador, que variará atendiendo a factores como la duración del perjuicio, el riesgo de fallecimiento del perjudicado, la tasa de interés de descuento o la deducción de pensiones públicas.

2.2.- Indemnizaciones por secuelas

Según la definición aportada por el nuevo baremo, tendrán la valoración de secuelas las deficiencias físicas, intelectuales, orgánicas y sensoriales y los perjuicios estéticos que derivan de una lesión y permanecen una vez finalizado el proceso de curación (art. 93).

Para la determinación de la cuantía relativa al “perjuicio personal básico” (Tabla 2.A.), a semejanza del anterior baremo, se diferencia entre una tabla de puntos acorde a parámetros médicos (Tabla 2.A.1.) y una tabla de cuantías económicas sobre la que volcar los puntos obtenido en la primera

803 Respecto a las situaciones en las que la víctima no percibiese sueldo como consecuencia de su condición de sostén de la unidad familiar, desarrollando una dedicación exclusiva a las tareas del hogar, dicha actividad se equiparará a una actividad profesional a efectos de computar como lucro cesante una cuantía igual al salario mínimo interprofesional anual (art. 82).

para (Tabla 2.A.2.), así, obtener la cuantía indemnizatoria final. Inicialmente, se realiza una valoración atendiendo un baremo médico en el que, diferenciando por gravedad e intensidad, se integran los perjuicios psicofísico, orgánico y sensorial permanente, con su clasificación, descripción y medición, así como un capítulo específico para el perjuicio estético (arts. 96 y ss.). Obtenida la relación de puntos, se acude a un baremo económico para extraer la indemnización final correspondiente a los puntos concretos, es decir, el daño moral que se considera inherente a dichas secuelas.

El “perjuicio personal particular” (Tabla 2.B.) derivado de las secuelas hará referencia al daño moral complementario que se demuestre concurre en la víctima, para incrementar la indemnización atendiendo para ello a los daños morales complementarios por perjuicio psicofísico (19.200-96.000 euros), daños morales complementarios por perjuicio estético (9.600-48.000 euros), perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas – con una subdivisión en muy grave, graves, moderados y leves- (1.500-150.000 euros, en función de la calificación), perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de los familiares de grandes lesionados (30.000-145.000 euros), pérdida de feto a consecuencia del accidente (15.000 o 30.000 euros), y perjuicio excepcional (incremento de un hasta 25 por cien).

Dentro del “perjuicio patrimonial” (Tabla 2.C.) se buscará el resarcimiento del daño emergente (arts. 113 y ss.), integrado por los gastos de asistencia sanitaria futura, prótesis y órtesis, rehabilitación domiciliaria y ambulatoria, así como por la pérdida de autonomía personal, en lo que resulta novedoso la inclusión del coste de ayuda de tercera persona. Del mismo modo, se recoge una exhaustiva baremación del lucro cesante a indemnizar, calculado a través de la multiplicación de los ingresos netos de la víctima –

multiplicando⁸⁰⁴ por el coeficiente actuarial que corresponda –multiplicador– (art. 127).

El cálculo del multiplicando variará en función del grado de incapacidad que muestre la víctima (art. 129). Así, en una clasificación consecuente con las contingencias del sistema de Seguridad Social, dada la simetría valorativa existente entre el baremo y las cuantías de las prestaciones públicas por los mismos conceptos, se diferencia entre incapacidad total (Tabla 2.C.4.), absoluta (Tabla 2.C.5.) o parcial (Tabla 2.C.6)⁸⁰⁵.

Cuando los daños devengan en una incapacidad para prestar cualesquiera actividades profesionales o trabajos, el lucro cesante reconocido será el 100 por cien de los ingresos dejados de percibir. Cuando la incapacitación resulta para con la actividad profesional o trabajos que habitualmente desempeñaba la víctima, el perjuicio de la víctima se estimará en un 55 por cien, en tanto no se superen los 55 años, o del 75 por cien, cuando la víctima supere dicha edad, por la inherente dificultad que para reincorporarse al mercado laboral enfrenta este colectivo. Para aquellos supuestos en los que consecuencia de las secuelas, la víctima vea disminuidos parcialmente sus ingresos o su rendimiento normal en el ejercicio de su trabajo o actividades profesionales habituales de forma acusada, lo cual se presumirá en casos de disminuciones igual o superiores a un 33 por cien, se estimarán perjuicios equivalentes a dos anualidades de ingresos.

Para el cálculo del coeficiente que formará el multiplicador (art. 128), con el que si pretende individualizar el lucro cesante a particularidad de la

804 Para la composición del ingreso a efectos de cómputo se atenderá a los ingresos percibidos el año anterior al siniestro o a la media de los obtenidos en los tres años anteriores al mismo, si fuesen superiores (art. 128.2).

805 Se recogen, a su vez, unas tablas específicas de cálculo del lucro cesante para los casos de incapacidad absoluta y total cuando el lesionado todavía no haya accedido al mercado laboral (Tablas 2.C.7. y 8.)

víctima, los factores que el nuevo baremo toma en consideración a efectos de su determinación son los siguientes:

- a) Las pensiones públicas de incapacidad permanente absoluta, total o parcial a las que tenga derecho el lesionado.
- b) La duración del perjuicio.
- c) El riesgo de fallecimiento en función de su grado de incapacidad.
- d) La tasa de interés de descuento, que tiene en cuenta la inflación.

No obstante, no es ésta una lista cerrada, ya que se prevé la posibilidad de que por vía reglamentaria se establezcan otros factores complementarios que “tengan en cuenta otras contingencias relativas al lesionado y que sirvan a la mejor individualización del perjuicio” (art. 128.3). Del mismo modo, para aquellos supuestos en los que se pruebe la percepción de pensiones distintas, deberán ser éstas estimadas (art. 128.4).

2.3.- Indemnizaciones por lesiones temporales

Se entienden por tal concepto las que sufre el lesionado desde el momento del accidente hasta el final de su proceso curativo o de la estabilización de la lesión y su conversión en lesión (art. 134).

El “perjuicio personal básico” (Tabla 3.A.) reconocido para las lesiones temporales se calcula como una indemnización común consistente en 30 euros por día, a lo cual habrá de sumarse, en concepto de “perjuicio personal particular” (Tabla 3.B.), la cuantía valorada como pérdida temporal de calidad de vida, valorada, a su vez, por días. Con el último de apartados, se busca compensar “el perjuicio moral particular que sufre la víctima por el impedimento o la limitación que las lesiones sufridas o su tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal” (art. 137),

Coherente con la individualización que requiere el concepto, el perjuicio podrá ser calificado como muy grave, cuando se pierde temporalmente la autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales de la vida ordinaria (100 euros/día); grave, cuando se pierde temporalmente la autonomía personal para realizar una parte relevante de las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal (75 euros/día); o moderado, cuando se pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo persona (52 euros/día).

El último de los conceptos atiende al “perjuicio patrimonial” (Tabla 3.C.) con el que se resarcan, en concepto de daño emergente, los gastos sanitarios⁸⁰⁶ y una serie de “gastos diversos resarcible” como pueden ser los incrementos de los costes de movilidad del lesionado, los desplazamientos de familiares para atenderle, o cualesquiera que se justifiquen y sean razonables en atención a las circunstancias personales y familiares de la víctima (art. 142). El lucro cesante, consistente en la pérdida o disminución temporal de ingresos netos provenientes del trabajo personal del lesionado, de modo que, siendo una cantidad líquida referida a un período cerrado y por lo tanto fácilmente constatable, se circunscribirá al importe que así se justifique.

3.- El nuevo baremo y su aplicación a la reparación de daños por AT y EP: aplicación de la técnica del descuento

Queda visto el modo de calcular la cuantía indemnizatoria a través del nuevo baremo, de modo que corresponde ahora analizar cómo afectará al

806 “Gastos de asistencia sanitaria y el importe de las prótesis, órtesis, ayudas técnicas y productos de apoyo para la autonomía personal que por prescripción facultativa necesite el lesionado hasta el final del proceso curativo o estabilización de la lesión y su conversión en secuela, siempre que se justifiquen debidamente y sean médicamente razonables en atención a la lesión sufrida y a sus circunstancias” (art. 141)

montante final el descuento que sobre la misma se aplica por la jurisprudencia social, en cuantía igual a la percibida por cada concepto homogéneo de las prestaciones públicas de la Seguridad Social.

No obstante, no puede pasarse por alto la posibilidad de que el antiguo baremo de tráfico siga siendo de aplicación para aquellos supuestos en los que el procedimiento se ha venido solventado con él, ya que esa, aparentemente, se presenta como la opción más acorde a la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva de las partes, pues sobre esa valoración tabular se ha armado y desenvuelto el litigio. Ahora bien, no resulta ello óbice, a mi parecer, para que el juez que deba determinar el caso en cuestión pueda aplicar las tablas del nuevo baremo, en tanto que resultan éstas más beneficiosas para el perjudicado. Es decir, a resultas del carácter orientativo del sistema tabular y la libre valoración que el juez ostenta en los ámbitos diversos al de la responsabilidad en accidentes de circulación⁸⁰⁷, podrá el juez ponderar ambos baremos, antiguo y nuevo, y aplicar el que considere más acertado a una valoración del cómputo total de los daños.

Veamos, entonces, cómo debe el juzgador aplicar dicho baremo al ámbito concreto que nos resulta de análisis, así como el modo en el que se deberán computar sobre las partidas a las que previamente haya tenido derecho el perjudicado.

807 Haciendo mención al uso orientativo del baremo, después de su entrada en vigor de 1 de enero de 2016, véanse AP de Navarra, sección 1ª, de 29 de octubre de 2015 [rec. 621/2015]; la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, sección 1ª, de 30 de septiembre de 2015 [rec. 1121/2015] o STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª, de 15 de enero de 2016 [rec. 275/2014].

3.1.- Daño no patrimonial

Resulta evidente el progreso que el nuevo baremo conlleva a la hora de realizar una valoración del daño no patrimonial, dada la exhaustiva tasación que en él se acomete de los daños morales. Sin embargo, la aplicación de este concepto al ámbito laboral precisa de una interpretación especial de mano del juzgador. Acorde al principio de reparación íntegra del daño, la reparación de que del pretium doloris y que de cualquier ataque a los derechos de la personalidad se acometa, encuentra una especial caracterización en la valoración específica para la reparación de los daños derivados de AT o EP. A través del nuevo baremo, el legislador otorga al juzgador un instrumento adecuado para la valoración de la pérdida de utilidad que experimenta la víctima, y así, evitar la variación errática de las indemnizaciones⁸⁰⁸.

No obstante, a pesar de lo acertado del nuevo sistema al garantizar una igualdad para todos los siniestros, a la par que arroja seguridad jurídica y certeza para el desenvolvimiento de los procesos. Erra al cerrar la cuantificación del juzgador a las partidas indemnizatorias en él previstas (art. 33.5), ya que, a pesar de la encomiable labor del legislador para desgranar la valoración del daño moral, no se recoge en él el daño moral en toda su virtualidad⁸⁰⁹.

La especial idiosincrasia que se presenta en el daño moral derivado de AT o EP deriva no tanto de la naturaleza de los bienes sobre los que recae la

808 NAVARRO ESPIGARES, J. L. y MARTÍN SEGURA, J. A.: *Valoración económica del daño moral. Una metodología aplicable en los accidentes y enfermedades laborales*. CES, Madrid, 2008, pág.62.

809 LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. y MARCOS GONZÁLEZ, J. I.: "El nuevo baremo de la Ley 35/2015 y su aplicación al ámbito laboral", en *CEF.- Trabajo y Seguridad Social*, n. 393, diciembre 2015, pág. 96 y ss.

lesión, que serán los mismos cuando la víctima resulte de un accidente de etiología común o profesional, sino más bien, por las consecuencias que sobre la víctima concurren. Es decir, consecuencias que en una reparación de daños derivados de accidente de circulación pueden parecer de una extensión compensatoria excesiva, no lo son desde el prisma de una reparación íntegra del daño en el ámbito de la PRL.

La reparación del daño moral, acorde a las nuevas teorías valorativas, debe centrarse en el valor que el lesionado otorgaba a los daños esperados o al riesgo al que se veía expuesto, desde una perspectiva previa al acaecimiento del siniestro⁸¹⁰. Es decir, la valoración de los daños morales debiera atender al valor que la víctima asignaba *ex ante* al daño esperado, consciente del riesgo al que se sometía⁸¹¹. En ese sentido, el trabajador lesionado que ve actualizado un riesgo profesional no siempre conoce la potencialidad lesiva de los riesgos con los que interacciona, ni ostenta la facultad de gestionarlos y controlarlos. Así, los daños morales derivados de AT o EP requieren de una valoración especial respecto al daño moral complementario que pueden generar.

Nos referimos, en primer lugar, al daño no patrimonial que genera el acaecimiento de un AT o EP como consecuencia de un actuar culpable o negligente en la conducta empresarial, que se muestre como una infracción de sus obligaciones de PRL. En ese sentido, los trabajadores desempeñan sus actividades económicas en lo que se considera un entorno seguro, y así, corresponde al empresario, deudor de seguridad, garantizar que sus trabajadores laboran en un espacio libre de riesgos, dentro de lo que los

810 Se abandona así la tradicional postura de valorar los daños morales, en la que la cuantía resarcitoria se determinaba a través de una cuantificación que atendiese a la capacidad *ex post* del dinero para compensar las lesiones. PINTOS AGER, J.: *Baremos...*, op. cit., págs. 235 y ss.

811 *Ibidem...*, pág. 236.

conocimientos científicos y un actuar diligente pueden prever. Por ello, la infracción de medidas preventivas que degeneren en un AT o EP conlleva una destrucción de esa percepción de seguridad y confort que todo trabajador percibe. A menudo, podría incluso generarse una trasgresión de la buena fe que las partes de la relación contractual se deben recíprocamente.

En ese sentido, los infortunios laborales pueden, no en pocas ocasiones, demoler esa concepción de espacio seguro y de buen hacer empresarial provocando un daño no patrimonial, inmaterial, sobre el personal asalariado que ve expuesta su actividad a unos riesgos profesionales específicos, y a modo individual, sobre el propio trabajador víctima que ve pulverizada la concepción del puesto de trabajo como espacio seguro y libre de riesgos. Cabe preguntarse entonces si no debe el empresario compensar este tipo de daño no patrimonial genérico que sobre el trabajador se genera, a fin de no incurrir en una contravención de la reparación íntegra del daño.

A favor de una visión parecida se ha defendido la valoración de un daño moral complementario derivado de la conculcación de un derecho fundamental, concepto o partida compensatoria que encuentra acomodo normativo en el art. 183 de la LRJS. Como postula esta doctrina, toda vulneración de un derecho fundamental conlleva, inherentemente, la existencia de un daño moral, con una identidad propia que lo diferencia del resto de partidas tabulares del sistema de valoración tasada⁸¹². En ese sentido, no debiera quedar exenta la valoración de este daño cuando el daño sea consecuencia de un riesgo de etiología laboral desencadenado a raíz de una infracción de las obligaciones preventivas que acompañan a empresario.

812 LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. y MARCOS GONZÁLEZ, J. I.: "El nuevo baremo...", op. cit., pág. 99.

En segundo lugar, ya a modo más específico, la aplicación orientativa del nuevo baremo obliga en ocasiones a una interpretación acorde a criterios específicos atendiendo al nuevo ámbito de aplicación. Ello resulta patente cuando se hablaba de la posibilidad de extender el concepto de “allegados” que el baremo recoge, a aquellos compañeros de trabajo sobre los que sobrevenga un “daño por rebote”, en tanto que sujetos terceros, reciben un daño, normalmente no patrimonial, como consecuencia del daño inicial de la víctima, dado el especial vínculo que con ésta mantenían.

En la misma línea, cuando el nuevo baremo construye la valoración de los perjuicio personales de la víctima. Debe el juez de lo social acometer, cuando sea necesario, una interpretación acorde a las consecuencias específicas que en el ámbito laboral pueden generarse. Nos referimos, por ejemplo, al caso de daños morales ante supuestos de lesiones permanentes o secuelas y, concretamente, en la valoración del perjuicio estético. Al respecto, considero que debiera añadirse dentro de los grados y la calificación que este concepto recibe, un factor adicional por el que se reparase a la repercusión que sobre la víctima puede acarrear un determinado perjuicio estético, atendiendo a las particularidades de su puesto de trabajo. No resulta igual el daño moral que una cicatriz en la zona facial puede generar para un trabajador de una tele operadora que el generado a un comercial que desempeña su actividad a modo presencial con los clientes.

Del mismo modo, tampoco resulta equiparable la “cojera relevante” (considerada para todos los supuestos como de una gravedad media) que, aunque no repercuta en el desarrollo de las actividades propias de la categoría profesional de la víctima, sufra un trabajador que requiere de movimiento físico en su actividad productiva, respecto del que la realiza sin trasladarse de un mismo punto.

Por todo ello, considero que la aplicación de la valoración tabular del nuevo baremo debe aplicarse de un modo flexible y no mimético, prestando

especial atención a las consecuencias que se generan sobre la víctima, en su condición de trabajador.

Así las cosas, debieran compensarse, a su vez, los daños no patrimoniales que pudieran generarse sin ser consecuencia de un daño corporal. Concepto que queda fuera del nuevo baremo.

Sobre las cantidades que determinen como indemnización por daño no patrimonial, con aplicación orientativa de los apartados relativos al “perjuicio personal básico” y “perjuicio personal particular”, no se acometerá ninguna reducción atendiendo a las prestaciones públicas que la víctima haya podido percibir previamente, ya que, al no resultar estos conceptos homogéneos respecto de las partidas de las pensiones públicas, resultan ajenas a la lógica del descuento

3.2.- Daño emergente

A diferencia de lo mantenido para con los daños no patrimoniales, el concepto que sí se considera homogéneo respecto de las partidas percibidas de la Seguridad Social nos lo encontramos con la reparación de los daños patrimoniales. Lo dicho no genera dificultad cuando el concepto a descontar sea el percibido por el trabajador como daños emergentes cubiertos por la Seguridad Social, dentro de lo cual, la detracción de estos últimos se realizará sobre las partidas del baremo que venga a valorar aquellos gastos generados por el siniestro y que respondan a conceptos homogéneos, como resulta con el relativo a los gastos sanitarios. El resto de gastos que excedan de las cuantías cubiertas por la protección pública, y que encuentren justificación, deberán ser indemnizados.

No obstante, genera controversia la existencia de unos mínimos y máximos que el nuevo baremo establece como límites, ya que, mientras ello puede encontrar justificación en un ámbito de responsabilidad objetiva como

el de la responsabilidad civil en accidentes de circulación, resulta de una lógica ajena a la de los AT o EP, de reparación íntegra del daño.

Es por ello que estos límites máximos no podrán suponer una merma o barrera en la valoración de daños por AT y EP, debiendo computarse a efectos indemnizatorios todos aquellos daños que encuentren justificación. Ahora bien, no resulta tan clara la reflexión respecto a las cuantías de mínimos, como la determinación de una cuantía valorada en 400 euros para la valoración del “perjuicio personal básico” del daño emergente (Tabla 1.C.1.) que el legislador ha considerado que debe valorarse siempre, sin necesidad de justificación. En ese sentido, puede pensarse que esa cantidad resulta un mínimo exento de prueba, de valoración objetiva, lo cual no exime a la cantidad de ser susceptible de detracción de otras cuantías percibidas, a su vez, como consecuencia de una valoración objetiva como la de las prestaciones públicas de la seguridad social y, por ende, queda afectada por el descuento.

A la contra, resulta defendible la tesis de proteger esta cuantía sobre cualquier descuento que pudiese efectuarse con motivo del montante percibido de las prestaciones públicas, en tanto se ha concebido como una cuantía adicional a la dimanante de la protección social y que debe estar siempre presente. Esta tesis vendría corroborada por la lógica con la que se construye el baremo, que ya en sus cuantías se ha acometido previamente la detracción de las pensiones públicas, siendo la suya una valoración adicional. A su vez, esto encajaría con la filosofía del baremo específico proyectado por la Disp. Final 5ª de la LRJS y la reserva de un ámbito de valoración objetiva del daño. Por todo ello, considero acertada esta postura por ser, a mi parecer, la más congruente con la lógica del nuevo baremo, así como con el principio *pro operario* propio del orden social.

3.3.- Lucro cesante

El descuento de las prestaciones públicas encuentra su principal exponente en la detracción que sobre el concepto de lucro cesante se realiza en el sistema valorativo, justificado en la identidad conceptual de ambas partidas. Líneas atrás se ha hecho alusión a la posible cuantificación de éste concepto sin tener que acudir para ello a un sistema de tasación legal, en tanto la indemnización que a la víctima le corresponde por este concepto deviene de fácil cuantificación, consistiendo en la cuantía diferencial entre lo ya percibido a través de las prestaciones sociales y la cuantía total de los ingresos dejados de obtener. Sin embargo, el mimetismo con el que el baremo de circulación se aplica desde los Tribunales de lo social hace pensar que el nuevo sistema de valoración actuarial y sus tablas serán tomadas como referencia para el cálculo del lucro cesante de la víctima. Es por ello que se presenta como necesario analizar la coincidencia existente entre las cuantías calculadas por el sistema público de Seguridad Social y la estimación de lucro cesante del baremo, a efectos de indemnizar únicamente aquél montante que en la responsabilidad civil empresarial exceda del primero de los conceptos.

En dicha labor, el nuevo baremo presenta una especial singularidad ya que, como en las siguientes líneas se expone, se realiza una valoración que ya integra el descuento debido de las pensiones públicas. Ello hace preguntarse, en primer lugar, sobre la identidad o no de sujetos beneficiarios en cada sistema resarcitorio y, en segundo lugar, sobre el nivel cuantitativo ya detráido para cada situación (muerte, lesiones permanentes y lesiones temporales).

3.3.1.- Valoración del lucro cesante para casos de muerte

La primera de las diferencias que el nuevo baremo presenta respecto de las cuantías reconocidas a través de las pensiones o indemnizaciones a tanto alzado reconocidas por el sistema público de Seguridad Social reside en

la ampliación de sujetos afectados que el nuevo sistema prevé. Por ello, el descuento de las cuantías otorgadas por el sistema de seguridad social únicamente se acometerá sobre el lucro cesante reconocido a aquellos sujetos que, del mismo modo, resultan perjudicados con derecho a compensación por las prestaciones públicas. En ese sentido, no podrá realizarse descuento alguno sobre las cuantías que como lucro cesante se reconozcan a los nietos, hermanos y allegados.

Por cuestiones obvias, quedan excluidas del análisis las situaciones en las que la persona fallecida mantenía una dedicación en exclusiva a las tareas del hogar de la unidad familiar y que encuentran compensación en la responsabilidad por accidentes de circulación, por no haber una relación laboral entre la víctima y el responsable y, por lo tanto, resultan ajenas a nuestra materia. En ese sentido, cuando la víctima estuviese acogida a una reducción de la jornada de trabajo para compatibilizar el trabajo remunerado con las tareas del hogar de su unidad familiar, la responsabilidad por lucro cesante del empresario infractor quedará circunscrita al lucro cesante derivado de la falta de ingresos de su actividad productiva, y no a cuantías de lucro cesante que excedan de la relación laboral. Por ello, no puede considerarse válida la estimación que el multiplicando del sistema tabular efectúa cuando calcula ésta en un tercio del salario mínimo interprofesional (arts. 84 y 85), ya que una adecuada valoración debiera ceñirse al lucro cesante real que efectivamente resulte de la reducción de jornada de trabajo que presentaba la víctima. La equiparación que de los ingresos de la víctima se realiza en estos supuestos, para estimar sus ingresos en cuantía igual al salario mínimo interprofesional, podrá resultar válida en el ámbito de la responsabilidad en accidentes de circulación, pero no en la reparación de daños derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Para el supuesto en que el fallecido desarrollase su actividad productiva a jornada completa, las tablas del nuevo baremo calculan el multiplicando atendiendo a los ingresos netos acreditados de la víctima, de

modo que para estos casos, la estimación sería trasladable a la reparación de daños por AT y EP. Sin embargo, debemos preguntarnos acerca del modo de calcular dicha cuantía, para ver si mantiene una homogeneidad con el cálculo respecto al lucro cesante cubierto por las prestaciones.

En ese sentido, el nuevo baremo obtiene el multiplicando tomando en consideración el año natural anterior al fallecimiento o la media de los obtenidos durante los tres años naturales inmediatamente anteriores al accidente, si fuera superior, que se proyectará hasta la edad de jubilación y, a partir de ésta, en la pensión de jubilación estimada (art. 83).

Respecto al segundo de los factores que utiliza el nuevo sistema para obtener la cuantía de lucro cesante correspondiente a cada perjudicado, se realiza una individualización para cada perjudicado, a través del denominado multiplicador⁸¹³. De esta manera, se tomarán en consideración, como se ha visto, una serie de factores entre los que se encuentran “las pensiones públicas a las que tenga derecho el perjudicado por el fallecimiento de la víctima” (art. 86. b.), obtenidas mediante las bases técnicas actuariales que son establecidas por el Ministerio de Economía y Competitividad (art. 48). Consiguientemente, estas pensiones vendrán a reducir la cuantía final a la que el perjudicado tenga derecho (art. 88.1).

De lo expuesto dimana la pregunta acerca de la correspondencia de realizar o no una final deducción de las prestaciones públicas sobre la cuantía final resultante de la valoración realizada por el nuevo baremo. Es decir, si las cuantías recogidas por las Tablas 1.C resultan consecuencia de una detracción de las pensiones a las que el perjudicado tiene derecho en el

813 Cada grupo de perjudicados ostentará una cuota diferente sobre el multiplicando. Así, mientras el cónyuge o un solo perjudicado obtendrán una cuota del 60 por ciento, cuando exista más de un perjudicado, la cuota del cónyuge será del sesenta por ciento, la de cada hijo del treinta por ciento y la de cualquier otro perjudicado del veinte por ciento (art. 87)

sistema de seguridad social, no debiera entonces realizarse un posterior descuento del juzgador sobre la cuantía de la Tabla, a fin de no incurrir en un doble descuento por el mismo concepto y la consiguiente infracompensación de la víctima.

Al respecto, cabe hacer ciertas matizaciones. En primer lugar, las hipótesis utilizadas para la conformación de la Tabla se realizan partiendo de un supuesto en el que la víctima cotizaba en el Régimen General de la Seguridad Social y, por lo tanto, todos aquellos sujetos sometidos a los regímenes especiales presentan unas condiciones diferentes a las bases técnicas actuariales y, por ende, requieren de un estudio actuarial del caso concreto que valore el real lucro cesante del caso en cuestión⁸¹⁴.

Del mismo modo, se atiende a unos parámetros acordes a un sistema de cálculo dirigido a la cobertura de contingencias comunes, lo cual difiere considerablemente de la base reguladora superior empleada para el cálculo de las pensiones por contingencias profesionales⁸¹⁵.

Consciente de la pluralidad de casos a los que el baremo puede ser aplicado, el legislador ha previsto la posibilidad de acreditar una “pensión

814 LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. y MARCOS GONZÁLEZ, J. I.: “El nuevo baremo...”, op. cit., pág. 87.

815 Piénsese que para el cálculo de casos de fallecimiento por AT o EP, la BR será el cociente de dividir por 12 los sumandos siguientes:

- Sueldo y antigüedad diarios del trabajador en la fecha del accidente o de la baja por enfermedad multiplicado por 365 días.
- Pagas extraordinarias, beneficios o participación, por su importe total en el año anterior al accidente o a la baja por enfermedad.
- El cociente de dividir los pluses, retribuciones complementarias y horas extraordinarias percibidas en el año anterior al accidente, por el número de días efectivamente trabajados en dicho período

distinta de la prevista en las bases técnicas actuariales del multiplicador” (art. 88.3), ya que éstas establecen una presunción *iuris tantum*⁸¹⁶.

Por todo ello, se ha considerado que el nuevo baremo ya integra la deducción de las pensiones públicas y, por ende, las cuantías de las tablas relativas al lucro cesante de la víctima ya prevén la reducción, de modo que reflejan esa parte diferencial por encima de la cobertura básica. Lo cual, convierte en innecesario y contrario a derecho, una nueva deducción sobre estas cantidades⁸¹⁷. Ahora bien, creo que tal afirmación comete el error de asimilar las pensiones derivadas de contingencias comunes con las derivadas de contingencias profesionales. Por ello, deberá el juzgador realizar una deducción sobre cuantías previstas en la Tabla, si bien, dicha reducción se limitará a la diferencia cuantitativa entre la protección por contingencias comunes y por contingencias profesionales, ya que este montante diferencial será la única cuantía económica pendiente de detracción. Empero, siempre que se demuestre y justifique razonadamente una pérdida de ingresos futuros superior, deberá ser compensada.

Cabe hacer una única afirmación más al respecto. Si las pensiones públicas que se detraen responden a las cubiertas por las contingencias comunes, y éstas han sido sufragadas, en parte, por el propio trabajador y no en exclusiva por el empresario. Tal reducción genera que se esté descontando al trabajador una cantidad por un concepto sobre el que él mismo ha cotizado, lo cual, revierte en una reducción favorable para un tercero, como es la aseguradora, que se ve exenta de abonar una suma que se repercute doblemente sobre el trabajador.

816 *Ibidem...*, pág. 88.

817 *Ibidem...*, pág. 89.

3.3.2.- Valoración del lucro cesante para secuelas y lesiones permanentes

Se ha visto que el lucro cesante para estos casos se obtiene a través de multiplicar los ingresos netos de la víctima. En el cálculo de los ingresos, se atenderá a la ganancia frustrada en función del grado de incapacidad que muestre el lesionado. Para ello, los ingresos a tener en cuenta a los efectos del cálculo del lucro cesante serán los percibidos durante el año anterior al accidente o la media de los obtenidos en los tres años anteriores al mismo, si ésta fuera superior (art. 128.2).

Dicho ello, el baremo calcula la pérdida de ingresos tomando en consideración el 100 por cien del salario cuando el grado de incapacidad sea absoluta, para supuestos de incapacidad permanente total, el perjuicio que se sufre se estima del 55 por ciento de los ingresos, hasta los cincuenta y cinco años, y del 75 por ciento, a partir de esta edad; y para los casos de incapacidad permanente parcial, el perjuicio se considerará equivalente a los ingresos de 2 anualidades. Obtenido el multiplicando, con una casi total simetría con el sistema valorativo de las prestaciones públicas de la Seguridad Social, se aplicará el coeficiente del multiplicador, a fin de individualizar la indemnización correspondiente.

Como ha quedado visto en el supuesto anterior, el multiplicador, en lo que a nuestro análisis interesa, integra la reducción de las pensiones sociales de las que la víctima tenía derecho, minorando la cuantía del multiplicando. De esa manera, las cuantías ofrecidas por los apartados relativos al lucro cesante de la Tabla 2.C ya integran la deducción de las prestaciones públicas de las que resulta beneficiario el lesionado.

Lo dicho ha llevado a la doctrina civilista a afirmar la innecesidad de un nuevo descuento sobre las cuantías de las Tablas del nuevo Baremo, ya que tales cifras se dirigen a compensar unos daños adicionales a los de la

cobertura social⁸¹⁸. Desde una visión diametralmente opuesta, se ha considerado aplicable la deducción de las prestaciones públicas y las mejoras voluntarias en tanto resultan conceptos homogéneos con las partidas del nuevo baremo⁸¹⁹.

Al respecto, entiendo acertada la primera de las posturas, por ser la única que evitaría un doble descuento que generase una indemnización por debajo del daño real, vulnerando el principio de reparación íntegra del daño. La segunda de las posturas, a su vez, redundaría en beneficio de la aseguradora, al obligársele al pago de una indemnización por debajo de los daños reales que debería resarcir.

No obstante, al igual que se ha defendido para el cálculo del lucro cesante en casos de fallecimiento, la hipótesis de la que se ha partido para el cálculo de las pensiones sociales a reducir difiere de las reales prestaciones por contingencias profesionales. Cuando el baremo de tráfico habla de pensiones públicas no se precisa la extensión de este concepto, lo cual, hace imaginar que las pensiones sociales de las que se hace referencia sean aquellas dirigidas a la cobertura de las contingencias comunes. En ese sentido, cuando el baremo calcula el multiplicando atendiendo a los “ingresos netos” de la víctima, tampoco se precisan los conceptos integrantes de éste, lo cual evidenciaría la similitud o diferencia del multiplicando respecto de la BR tomada en consideración para el cálculo de la cuantía por incapacidad permanente total o absoluta.

818 MEDINA CRESPO, M.: “La repercusión del nuevo Baremo...”, op. cit., pág. 27 y LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. M.: “Efecto expansivo...”, op. cit., pág. 18. Con una postura contraria a cualquier tipo de reducción sobre la indemnización concreta por lucro cesante, atendiendo a las prestaciones de Seguridad Social, YÁÑEZ DE ANDRÉS, A.: “Baremo...”, op. cit., pág. 12.

819 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Incidencia del nuevo baremo de tráfico en la fijación de la indemnización por responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo”, en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2016, pág. 14.

En definitiva, las Tablas 2.C del baremo ya integran la reducción del capital-coste relativo a las pensiones sociales de las que la víctima resulta beneficiada, sin embargo, cuando la víctima lo sea por AT o EP, las pensiones sociales aumentan y, por ende, debe todavía descontarse la diferencia que sobre las pensiones sociales derivadas de contingencia común se produce. Sólo así se consigue un cálculo del lucro cesante adicional a la cobertura de las prestaciones sociales.

Empero, cabe recordar cómo las cantidades del baremo se encuentran constreñidas por unos topes, inaceptables en la reparación de daños derivados de AT y EP, de modo que cuando se acrediten daños superiores, deberán ser éstos resarcidos.

No se puede olvidar la especial particularidad de la reparación de daños derivados de AT y EP al presentar, junto a las prestaciones públicas, unas mejoras voluntarias que vienen a incrementar la cuantía percibida como pensión por la víctima. Como se ha defendido líneas atrás, no considero que sean éstas unas partidas reducibles del lucro cesante cuantificado por el baremo, en tanto la naturaleza de éstas difiere de las prestaciones públicas, sobre las que encuentran diferente fundamento. No obstante, mientras no se acometa un cambio jurisprudencial o modificación legal al respecto, éstas seguirán descontándose de la partida referida al lucro cesante que se prevea por el baremo de tráfico. Siendo que la hipótesis de la que se ha partido para la configuración de las Tablas del baremo desconoce la presencia de mejoras voluntarias a percibir por el trabajador, las cifras adicionales que se recogen resultan ajenas a estas mejoras, por ello, resultarán éstas deducibles sobre las cuantías recogidas por el baremo de tráfico (Tabla 2.C)⁸²⁰.

820 En este mismo sentido, véase MEDINA CRESPO, M.: “La repercusión del nuevo Baremo...”, op. cit., pág. 28.

Otra de las novedades del nuevo sistema reside en la valoración del perjuicio generado por la necesidad de ayuda de tercera persona (arts. 121-125). Al igual que sucede con el incremento de la pensión de la Incapacidad Absoluta o Total que genera el reconocimiento de Gran Invalidez en el sistema de pensiones públicas, el baremo de tráfico reconoce un incremento de la cuantía a indemnizar cuando la incapacidad permanente haga necesaria la asistencia de tercera persona. Cabe preguntarse entonces sobre la necesidad de reducir la cuantía de las prestaciones sociales sobre la cuantía que para ese concepto prevé el baremo de circulación (Tabla 2.C.3.).

El multiplicador para este concepto se establece mediante el cómputo de las horas asistenciales necesarias, sobre las que se aplica un coeficiente –multiplicador- en el que se integran las pensiones públicas a las que tenga derecho el lesionado, con las que se reduce la cuantía final (art. 125). Por ello, la cifra final se presenta como resultado del descuento de las pensiones públicas correspondientes, lo cual ha llevado a negar cualquier nueva detracción sobre este concepto⁸²¹. No obstante, considero necesaria traer nuevamente a colación la tesis planteada en los supuestos anteriores, ya que si la pensión pública detraída está basada en una base de cotización por contingencias comunes, difiere de la cuantía resultante de un incremento de la pensión de Gran Invalidez como consecuencia de contingencias profesionales y, por ende, con una base de cotización diferente. Por ello, quedaría pendiente una nueva detracción sobre la cuantía recogida por la Tabla del baremo de tráfico, consistente en la cuantía económica individualiza, atendiendo al plus cuantitativo que genera la pensión derivada de contingencias profesionales sobre la derivada de contingencia común.

El último de los supuestos será el relativo a la cantidad compensatoria en concepto de lesiones permanentes no invalidantes, es decir, cuando la

821 *Ibidem...*, pág. 27.

disminución parcial de ingresos o del rendimiento normal no alcancen el 33 por ciento (art. 129. b.). Estos daños, que no encuentran valoración en el baremo de tráfico, sí encuentran reparación a través del sistema público de Seguridad Social. En ese sentido, no se realizará detracción alguna de las cuantías percibidas de la cobertura social por no existir cuantía tabular homogénea. Ahora bien, dentro de la reparación de daños derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, dónde el baremo ostenta un carácter orientativo y su aplicación resulta facultativa para el juzgador, éste podría considerar la valoración y reparación de tales daños, si considera que, atendiendo al caso concreto, sólo así puede darse cumplimiento a la reparación íntegra de los daños. En tal caso, sobre las cuantías que por lesiones permanentes no invalidantes reconoce la cobertura social deberán descontarse sobre el montante que a tal fin se cuantifique discrecionalmente.

3.3.3.- Valoración del lucro cesante para lesiones temporales

El apartado relativo a la valoración del lucro cesante para lesiones temporales no genera la controversia analizada en las situaciones anteriores, ya que, en tanto el lucro cesante consiste en la pérdida o disminución temporal de ingresos netos provenientes del trabajo personal del lesionado, resulta éste fácilmente delimitable. Por ello, no prevé el baremo una valoración tabular al respecto, dejando el importe pendiente de determinación mediante la prueba justificada del daño. Se entiende, entonces, que de la cuantía que el juzgador determine deba descontarse el total del montante reconocido al perjudicado como prestación derivada de la incapacidad temporal por contingencia profesional, ya que desde el baremo no se ha realizado detracción alguna. Considero acertada la opción del baremo de no desarrollar una valoración tabular para el cálculo del lucro cesante de este daño patrimonial, en virtud de la innecesaria virtualidad estimatoria para una deuda líquida como la presente.

CAPÍTULO XI-
VÍA DE REGRESO DE LOS COSTES (*COST
ALLOCATION*) EN LOS SISTEMAS DE
SEGURIDAD SOCIAL O *WORKERS'
COMPENSATION*

CAPÍTULO XI- VÍA DE REGRESO DE LOS COSTES (*COST ALLOCATION*) EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL O *WORKERS' COMPENSATION*

La especificidad o forma de presentación de la acción de regreso o acción de repetición en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en lo que a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores se refiere, se muestra con una variada casuística. La pluralidad de sujetos con obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, el régimen de solidaridad que normalmente entre ellos rige, y la posible intervención de terceros, generan que cuando hablemos de acción de repetición podamos encontrarnos con una variedad de situaciones tales como acciones del empleador contra sus propios empleados; acciones de repetición entre empresa principal, contratista y subcontratista; acciones de las compañías aseguradoras contra terceros culpable; acciones de repetición contra los servicios de prevención propios o ajenos; repetición contra fabricantes; o la acción de repetición de las mutuas o entidades gestoras de la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedad profesional⁸²².

822 ALFONSO MELLADO, C. L.: “La responsabilidad de “terceros” por accidente de trabajo”, en *Jornadas Catalanas de Dret Social*, 2007, págs. 3 y ss.; CAMAS RODA, F.: “La responsabilidad civil...”, op. cit., págs. 72 y ss.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La responsabilidad del tercero ajeno a la relación laboral por daños derivados del accidente de trabajo: desajustes del sistema español de reparación del daño”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Cinca, Madrid, 2013, págs.1 y ss. [Comunicación; figura en CD adjunto]; PAZOS PÉREZ, A.: “La acción de repetición”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Cinca, Madrid, 2013, págs. 6 y ss. [Comunicación; figura en CD adjunto].; CARRILLO LÓPEZ, A.: *La responsabilidad civil del empresario por daños derivados del accidente de trabajo*. Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2014, págs. 529-544. Disponible en (última consulta el 25/06/2015):

<http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/34201/1/2407696x.pdf>

Cuando se habla de vía de regreso de los costes se referirá a la capacidad que la seguridad social⁸²³ ostenta para hacer repercutir sobre el culpable de la generación de la “situación de necesidad”, parte o el total de las prestaciones satisfecha por ésta. Esta acción, como se verá, puede derivar de un derecho autónomo, propio de la seguridad social, o presentarse como un derecho derivado del derecho originario que asiste a la víctima del daño respecto del causante de éste.

1.- Modelos teóricos

La complejidad de esta institución obliga a unas previas aclaraciones en lo que a este mecanismo se refiere. Es fundamental identificar previamente el modelo de seguridad social en el que nos encontramos, ya que en función de ello variará su naturaleza y, por consiguiente, sus repercusiones. Como si de una pirámide de naipes se tratase, la acción de regreso o de retorno sobre la que nos adentramos, no puede ser entendida sino desde una visión de conjunto de la estructura de la seguridad social, en el que esta carta juega un papel fundamental para mantener el pleno equilibrio, desde la base hasta la cúspide del sistema.

1.1.- La acción de regreso en una seguridad social como aseguramiento de la responsabilidad empresarial objetiva o por riesgo

Vista queda la fundamentación de los modelos teóricos, y la relevancia de construir un modelo como aseguramiento público de la responsabilidad civil empresarial o como un moderno sistema de seguridad social. Pues bien, cuando el aseguramiento social actúe como sustitutivo de una responsabilidad

823 Cuando en este apartado se haga referencia a seguridad social, entiéndase por ello cualquier sistema de *Workers Compensation* o entidades gestoras que asuman el papel de ésta.

civil empresarial, la acción de regreso tendrá un difícil encaje en el sistema, debido a que cuando el aseguramiento social cumple las funciones de un aseguramiento de la responsabilidad civil, la seguridad social no puede, en principio, ejercer una acción de regreso hacia el asegurado, siendo que en el sentido del aseguramiento está el exonerar al empresario de una responsabilidad directa por los daños causados dentro de ese margen de cobertura⁸²⁴.

La acción de subrogación se entiende dentro del aseguramiento por responsabilidad civil como acción para repetir los costes contra terceros responsables⁸²⁵. En esta lógica, la aseguradora ejerce una acción derivada de la primaria que ostentaría la víctima asegurada y, por ende, la aseguradora se subroga en la posición del perjudicado-asegurado, frente al causante del siniestro, de modo que la facultad de la seguridad social o entidad gestora en estos supuestos no difiere de la regla general *neminem laedere* del derecho común, o del derecho de reembolso o reintegro propio del seguro privado, según el cual, la entidad actora ejercita las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo⁸²⁶.

Cuando la seguridad social cubre una responsabilidad empresarial de corte objetivo, no cabe duda de la inmunidad que asiste al empresario ante

824 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "Protección por accidentes...", op. cit., págs. 379 y 378.

825 Ejemplo de ello se nos mostraría la articulación de la acción de subrogación como mecanismo para ejercitar la acción de reembolso contra los fabricantes, importadores y suministradores de productos de trabajo, cuando se reconozca la responsabilidad de éstos. Véase RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Responsabilidades de los fabricantes...*, op. cit., págs. 389 y ss.

826 ROZAS BRAVO, J. M.: "La diatriba y el negocio de culpas dispersos en las responsabilidades civiles, administrativas y penales dimanantes del accidente de trabajo en el ordenamiento jurídico español. Hacia el estatuto único del accidente de trabajo", en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 45, primer trimestre 2013, págs. 51 y 52.

daños generados en ese marco⁸²⁷, justificado por la equivalencia de los ámbitos de cobertura de ambos mecanismos resarcitorios. Por ello, una acción de regreso resulta inicialmente incompatible cuando los daños sean consecuencia de un actuar asegurado. En esa lógica, sólo cabría una actuación de regreso para casos que medie una culpa cualificada que hiciese escapar el supuesto del ámbito asegurado. En ese caso, la acción de regreso de la seguridad social se presentaría como un traspaso de derechos de la víctima hacia ésta, es decir, como una subrogatoria por pago⁸²⁸, dado que el organismo público responde del pago de unas prestaciones cuando existe un responsable civil como es el empresario y, consecuencia de ello, se produce a su favor una cesión del crédito que ostenta directamente el perjudicado⁸²⁹.

Resulta entendible que un equitativo y eficiente sistema de seguridad social no puede desembocar en situaciones de inmunidad patrimonial del empresario infractor cuando medie culpa en su actuar, ya que entonces nos encontraríamos fuera del ámbito asegurado. Ello debe ser evitado, so pena de incurrir en una vulneración del principio de prohibición de enriquecimiento a costa de otro, ya que supondría amnistiar al empresario por un pago del que vendría obligado como consecuencia de su mal obrar. A su vez, desde una perspectiva de prevención óptima del daño, resulta contrario a la búsqueda de un nivel óptimo de prevención integral el hecho de que una actuación contraria a derecho no encuentre el consecuente reproche jurídico-económico.

827 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., págs. 164 y ss.

828 ALVAREZ DEL BENITO, P.: "Prescripción de la acción de regreso de la Seguridad Social contra entidades aseguradoras", en *Revista Española de Seguros*, núm. 82, abril/junio 1995, págs. 69.

829 TATO PLAZA, A.: *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 52 y ss.

Esto nos lleva a tener que dilucidar qué clase de culpa puede investir a la seguridad social en legitimadora activa para ejercitar una acción de regreso sobre el empresario. En otras palabras, qué culpa se considera de una magnitud tal como para justificar una acción regreso de los costes generados como consecuencia de ella.

Considero que, en un modelo de aseguramiento de la responsabilidad objetiva, sólo una culpa grave puede justificar un regreso del total de los costes en los que haya incurrido la seguridad social, una actitud por parte del empresario que demuestre un actuar negligente de especial gravedad entendido como una clara desatención de sus obligaciones preventivas. De esa manera, únicamente aquella actuación en la que la parte empresarial haya mostrado una omisión flagrante de las medidas preventivas más elementales podría justificar la subrogación del ente público para el reembolso de los gastos satisfechos.

Dentro de esta misma vertiente objetiva, se veía la posibilidad de que la seguridad social venga a cubrir una responsabilidad empresarial por riesgo. Si en una responsabilidad objetiva la seguridad social resarce, por mandato legal, desde el mismo momento que se prueba la existencia de unos daños, en el aseguramiento de una responsabilidad por riesgo el resarcimiento se realizara *ad casum*, en función de la calificación del riesgo generador del infortunio o patología, es decir, acorde a la licitud o ilicitud del riesgo en cuestión ⁸³⁰. Recordemos, este tipo de responsabilidad encontraba su justificación en la especial posición del empresario, dada su condición de generador y controlador de unos riesgos de los cuales obtiene un lucro, así como por su capacidad para asegurar y distribuir la carga de su coste. Por ello, la seguridad social se convertirá en aseguradora de los daños que se

830 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "La responsabilidad civil por riesgo como garantía, op. cit., págs. 1 y ss.

produzcan dentro de este marco de riesgos lícitos, socializando su reparación precisamente por considerarlos daños inherentes a un proceso productivo que, en última instancia, revierte positivamente sobre su comunidad.

A la inversa, cuando los daños sean consecuencia de la actualización de un riesgo ilícito, por mediar culpa o incumplimiento de las obligaciones preventivas, la reparación de estos daños resulta del mismo modo cubierta por la seguridad social, dada la automaticidad de la cobertura que la caracteriza, si bien resulta un coste que no le corresponde afrontar a la seguridad social. Por ello, es aquí donde la acción de regreso se presenta como mecanismo de equilibrio para la transferencia de estos costes al empresario infractor.

Entiendo que la acción de regreso en un modelo de seguro de la responsabilidad civil lleva o debiera llevar, al menos, junto a su ínsita naturaleza indemnizatoria, la búsqueda de la diligencia por parte de su asegurado. Con la nueva configuración del seguro de responsabilidad civil como seguro a favor de la víctima, hemos entrado en un terreno de quiebra de la diligencia del asegurado, y es ahí donde la acción de regreso aparece también como reproche ante su despreocupación de la prevención o su actuar negligente⁸³¹.

De esa manera, cuando se presente un actuar negligente o culpable por parte del empresario y éste genere una contingencia profesional, la seguridad social activará una acción de regreso contra el empresario. Ahora bien, el montante a repercutir variará, como más adelante veremos, en función de la ilicitud del riesgo producido o dependiendo del nivel de reproche del actuar empresarial. Se entienden, en consecuencia, fuera de la acción de

831 ALONSO SOTO, R.: "Responsabilidad civil y seguro", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, pág. 204.

regreso los importes satisfechos por la seguridad social en concepto de accidentes de trabajo pero que escapen de la responsabilidad empresarial por “desbordar” la noción del riesgo profesional⁸³². No se puede convertir al empresario en responsable absoluto de la seguridad y salud de los trabajadores, por lo que es de entender que exista un margen de riesgo ajeno a su control, como sucede con los accidentes *in itinere* o en misión y la relación de ocasión de éstos con el trabajo. Ahora bien, ello no es óbice para que en el caso de demostrarse un nexo causal entre el accidente y un incumplimiento, total o parcial, de la normativa preventiva, devenga culpable el empresario⁸³³.

En definitiva, ya sea que nos encontremos ante el aseguramiento de una responsabilidad objetiva o por riesgo, con la subrogación se consigue que la seguridad social no acabe respondiendo por unos costes que no le son atribuibles, de modo que en virtud de una justicia distributiva, se acomete un reparto equitativo en la asunción de los costes generados por los riesgos profesionales, a la par que se incentiva la prevención⁸³⁴. Los agentes partícipes encuentran un claro beneficio ya que la víctima del daño recibe una automática cobertura del daño, si bien todavía no íntegra; el ente público asegurador externaliza unos costes que no le corresponde asumir, y el empresario infractor, responderá únicamente cuando su conducta sea calificada como de especial gravedad. Al dejar en mejor posición a todos los

832 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., pág. 80.

833 Para un análisis transversal de las diferentes responsabilidades empresariales en los casos de accidentes de trabajo *in itinere*. Véase GARCIA BLASCO, J. y PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: *El accidente de trabajo in itinere...*, op. cit., págs. 19 y ss.

834 GINÈS I FABRELLAS, A.: “Coordinación de indemnizaciones...”, op. cit., pág. 9.

GÓMEZ POMAR, F.: “La responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: “Collateral Source Rule” y afines”, en *InDret*, núm. 1, 2000, págs. 7 y 8. Disponible en (última consulta el 25/06/2015):

http://www.indret.com/pdf/005_es.pdf

agentes implicados, la acción de regreso se considerará como socialmente beneficiosa⁸³⁵.

1.2.- La acción de regreso en una seguridad social como “moderno sistema de seguridad social”

Recordemos, según la lógica de un moderno sistema de seguridad social, superador de la Bismarckiana concepción de los seguros sociales hacia unos criterios publicistas de socialización de los riesgos, las prestaciones por contingencias tienen un carácter puramente resarcitorio y la cobertura queda, o debería quedar, desvinculada de la etiología de los daños. Desaparece entonces la sinalagmaticidad entre prestación y pérdida real, pues el objetivo no reside en indemnizar por unos daños asegurados sino más bien en asegurar la superación de un estado de necesidad del sujeto protegido⁸³⁶. De ese modo, el empresario contribuye por obligación legal al aseguramiento de los daños pero no ya como pago de unas primas para un aseguramiento en interés propio o ajeno, sino como sujeto obligado a contribuir en el mantenimiento del *Welfare* mediante sus ingresos a las arcas públicas⁸³⁷. El derecho social a la Seguridad Social, aparece como “derecho de desmercantilización” y otorga una inmunidad al individuo respecto a su posición “contractual” en las relaciones de mercado⁸³⁸. Se presenta como “garantía social” que protege a los ciudadanos ante unas situaciones de necesidad, “contingencias”, previamente definidas.

835 ARQUILLO COLET, B.: “La acción de regreso de las compañías aseguradoras en la jurisprudencia: la aplicación del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro”, en *InDret*, Working Paper núm. 121, enero de 2003, pág. 3.

836 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Seguridad social, riesgo profesional y accidente de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1,2000, págs. 10-14.

837 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Protección por accidentes...”, op. cit., págs. 374 y ss.

838 MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Determinación de contingencias...”, págs. 69-71.

En esas coordenadas, y derivado del principio de eficiencia de las arcas públicas, la acción de repetición trata de proteger el patrimonio de la seguridad social⁸³⁹, la cual ejercita un derecho propio para proteger los fondos públicos frente al déficit⁸⁴⁰ y da así traslado del coste de modo que la empresa causante haga frente al pago del importe capitalizado de las prestaciones públicas⁸⁴¹.

En ese sentido, al igual que desaparece la sinalagmaticidad entre cotización y protección, desaparece a su vez la correlación entre protección y criterios de imputación subjetiva. Es decir, si carece de importancia el origen o causa del daño que genera el derecho al acceso a las prestaciones, de igual modo resulta irrelevante la concurrencia de elementos culpabilísticos en el agente o sujeto generador del daño, no hay reproche moral⁸⁴².

Ahora bien, ello no puede llevarnos al erróneo juicio de desvincular completamente del sistema cualquier repercusión por un actuar culpable de la parte empresarial. Ciertamente, si la parte empresarial debe, en todo caso, responder en regreso del montante total que la seguridad social de modo automático, *ex ante*, ha sufragado, desaparece todo tipo de incentivo preventivo y, recordemos, ello debe ser evitado por todo sistema que pretenda realizar una efectiva cobertura de los riesgos profesionales. Por ello, y a fin de que el sistema contribuya a la prevención activa de los accidentes de trabajo, resulta especialmente recomendable en estos casos la introducción de

839 CORREA CARRASCO, M.: *Accidente de trabajo...*, op. cit., págs. 51 y 52.

840 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "Protección por accidentes...", op. cit., pág. 381.

841 GINÈS I FABRELLAS, A.: *Prestaciones de la seguridad social...*, op. cit., págs. 91 y 92.

842 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "Protección de Seguridad Social y responsabilidad civil por accidente de trabajo: aporías del modelo español de responsabilidad y reparación por accidente de trabajo", en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Cinca, Madrid, 2013, págs. 3 y 4. [Comunicación; figura en CD adjunto].

sistemas de primas por riesgos profesionales que logren, a fin de cuentas, adaptar las cotizaciones empresariales al actuar en el cumplimiento de las medidas preventivas⁸⁴³.

Ejemplo de lo anterior es que un país como Holanda, donde la socialización del riesgo profesional ha creado un sistema de no diferenciación de contingencias, lleve planteándose desde tiempo atrás la instauración de una acción de regreso de la Seguridad Social⁸⁴⁴.

1.3.- La acción de regreso en una seguridad social como seguro de personas

El tercero de los modelos teóricos con el que podemos encontrarnos sería aquel sistema de seguridad social que construye la protección dispensada a los riesgos profesionales como un seguro de personas. En este caso, el sujeto sobre el que recae el aseguramiento será el propio trabajador, a quien se le garantiza un lucro determinado para el supuesto de que se produzca el hecho causante, es decir, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional⁸⁴⁵. La acción por subrogación propia de los seguros de daños quedaría vetada para este tipo de seguros “de cobertura abstracta” en los que coincide la persona de asegurado y perjudicado en el mismo trabajador. “Lo que el asegurador paga es la contrapartida de las primas satisfechas o de las contraprestaciones convenidas”, que traspasado al objeto de nuestro análisis, se traduce en que la seguridad social no cubre una responsabilidad de tercero

843 VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: *Aseguramiento y protección social...* op. cit., págs. 73 y ss.

844 FAURE, M. y HARTLIEF, T.: “Toward an Expanding...”, op. cit., págs. 259 y ss.

845 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Protección por accidentes...”, op. cit., págs. 373 y 374.

sino que busca que el asegurado obtenga una cobertura para la superación de un estado de necesidad concreto⁸⁴⁶.

Pese a ello, como se verá a continuación, se admite una excepción por la que se activa la técnica del regreso de costes, concretamente en lo relativo a los gastos por asistencia médico sanitaria.

2.- El objeto de la acción de regreso

Cuando se habla del objeto a repercutir, interesa conocer éste desde una perspectiva tanto cuantitativa como cualitativa, cuál es la cantidad económica y qué tipos de costes son repercutibles en regreso. Para ello, el modelo de construcción del aseguramiento público por el que se haya optado resulta trascendental a la hora de determinar dichos parámetros.

2.1.- Perspectiva cuantitativa

- Modelos de aseguramiento de la responsabilidad civil empresarial

Siguiendo el esquema teórico del apartado anterior, cuando nos encontremos con modelos basados en un aseguramiento de la responsabilidad civil y ésta resulte de corte objetivo, la regla general será la exclusión de cualquier acción de regreso, por resultar ésta incongruente con la propia función eximente del aseguramiento. Ahora bien, los casos en los que el asegurador incurra en una falta muy grave o muestre mala fe en su actuar, rompen la lógica aseguradora y generan el derecho para repercutir en dicha vía. Se entiende entonces que los daños son derivados de una conducta

846 YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Responsabilidad civil por accidentes de trabajo”, en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.): *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II, 5ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 1912 y 1913.

no asegurable, como es la mala fe del empresario, de modo que la seguridad social ostenta la capacidad de accionar en regreso los costes en los que se haya incurrido como consecuencia, lo cual, puede abarcar tanto los costes primarios, secundarios y terciarios a los que se refería CALABRESI.

Respecto al montante económico susceptible de repercusión cuando medien acciones u omisiones conductuales de especial reproche, y en la parte empresarial se muestre una intencionalidad de generar daño sobre el trabajador o se precie un claro desprecio a la vida e integridad física de sus trabajadores, entiendo que la seguridad social podrá accionar en regreso la totalidad de los costes. De esa manera, debiera ser repercutible tanto el montante relativo a las prestaciones por contingencias profesionales (lucro cesante y gastos sanitarios) como los gastos transaccionales o administrativos que se generen para hacer efectiva la acción de regreso.

Cuando el modelo de seguridad social encuentre su fundamento en un aseguramiento de la responsabilidad civil por riesgo, ello adquiere un matiz diferente. Poca duda cabe en lo referido a los supuestos en los que el accidente o enfermedad devenga como consecuencia de la materialización de un riesgo lícito, ya que resulta intrínseco al razonamiento del aseguramiento la no repetición *ex post* contra el asegurado de la cuantía satisfecha por su aseguradora. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que el infortunio acaezca como consecuencia de unos riesgos ilícitos, los costes generados al sistema de seguridad social ya no son merecedores de ser asumidos por los sistemas de seguridad social o WC, y debieran trasladarse en acción de regreso contra los empresarios que, como consecuencia de un actuar recriminable desde la perspectiva de prevención de riesgos laborales, hayan convertido el riesgo lícito en ilícito.

De esa manera, en estos sistemas de aseguramiento de la responsabilidad civil por riesgo, el elemento culpabilístico en la parte empresarial carece de importancia para la obtención de la prestación por

contingencias profesionales por parte de la víctima, pero no así, se convierte en trascendental para dilucidar la cuantía que la seguridad social puede repercutir sobre el empresario. Es decir, el montante con el que acudir en regreso queda sujeto a un análisis de imputación subjetiva para mostrar qué parte del riesgo partícipe en el fatal desenlace puede considerarse como ilícito y, en ese caso, exigirse a la parte empresarial.

Al respecto, considero adecuado realizar una diferenciación entre los supuestos que presenten una especial gravedad en la conducta empresarial, entendiendo por ello aquellos casos en los que se produzca una flagrante violación de las normas básicas de prevención de riesgos laborales, aquellos casos que muestren graves incumplimientos de las medidas u obligaciones legales que así se determinen en la normativa específica y, finalmente, las situaciones de infracción, inobservancias o desobediencias leves de la normativa al respecto. En esa línea, siendo que en todas ellas el riesgo generador de la contingencia se podría catalogar de ilícito, resulta adecuado dividir estos supuestos en cuatro bloques. De esa manera, se califican como gravísima, graves, leves y levísimas en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado.

De esa manera, se atiende a una doctrina “gradualista”, que adaptada al ámbito de la responsabilidad empresarial en la materia, entiende que “el alcance o contenido de la responsabilidad ha de ser proporcional a la gravedad del incumplimiento empresarial y a la gravedad del daño causado al trabajador afectado”⁸⁴⁷.

En el primero de ellos, referido a infracciones gravísimas, se entiende que darían lugar a acciones de regreso con el total de los costes generados

847 MONTROYA MELGAR, A.: “Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, pág. 311.

al sistema de seguridad social, como ocurría en el modelo teórico anterior. Quedan fuera de aseguramiento los daños infringidos por un riesgo ilícito y, por lo tanto, el causante deberá responder del total de los costes generados como consecuencia.

Respecto a las infracciones graves, si en el anterior supuesto se partía de un regreso del 100% del *quantum* cubierto por la seguridad social, se trata ahora de realizar una disminución proporcional en función de la gravedad de la medida infringida, así como atendiendo a la potencialidad lesiva que ésta haya presentado sobre la víctima.

En el tercero de los bloques, infracciones leves, considero que la cuantía en regreso debería quedar circunscrita al nivel porcentual que exceda del nivel de protección básico que el sistema de seguridad social haya socializado. Es decir, habrá que observar cual es el nivel de cobertura que el sistema de seguridad social o de WC prevé para los casos de contingencias comunes, ya que se entiende que es ese el nivel de socialización del daño al que el sistema otorga protección, más allá de la etiología del daño y la imputabilidad del mismo, y el porcentual restante hasta la reparación de las contingencias profesionales se haga, de modo que será esta última la cantidad susceptible de exigirse en regreso.

De ese modo, ello englobaría el montante económico relativo a los primeros días que cubre la seguridad social tras un AT o EP y que usualmente quedan fuera de cobertura en las contingencias comunes. Junto a ellos, la diferencia porcentual entre ambas prestaciones, es decir, si la contingencia común cubre un 60 por ciento de la base reguladora y la contingencia profesional resulta un 75 por ciento, el regreso quedará circunscrito a un 15 por ciento. Asimismo, se añadirían los conceptos retributivos que, no teniéndose en consideración para el cómputo de la base reguladora de contingencias comunes, sí se tenga para las contingencias profesionales, como pueden ser las horas extraordinarias.

Finalmente, el cuarto bloque quedaría dirigido a las infracciones levísimas, de menor gravedad. Considero que la acción de regreso no debe activarse para este tipo de supuestos ya que la conducta imprudente o culposa del empresario no reviste reproche tal como para expulsar al empresario del ámbito de cobertura del aseguramiento. Ahora bien, ello no obsta a que se active el sistema de incentivos económicos abordado en el capítulo anterior.

- Modelo de “moderno sistema de seguridad social”

Cuando nos encontremos ante un moderno sistema de protección social, con la consecuente socialización del riesgo, la primera impresión lleva a entender que los riesgos profesionales han sido asumidos por la sociedad en su conjunto y las prestaciones por contingencias se transforman en un servicio público universal, por lo que el empresario queda liberado de cualquier acción de regreso ante posibles conductas reprochables desde la perspectiva prevencionista. Ahora bien, si en estos sistemas la naturaleza del regreso responde a una naturaleza de distribución de costes y no a un reproche moral, efectivamente cabría una acción de regreso en ese sentido y el *quantum* a repercutir debiera entonces ser la totalidad del coste generado a la seguridad social, cuantía que posteriormente el empresario puede “internalizar”⁸⁴⁸ como considere oportuno, pudiendo darle aseguramiento privado y lograr así su “colectivización”⁸⁴⁹.

Acorde a un sistema como el presente resultarían atenuaciones de la carga del reembolso atendiendo a la situación económica financiera de la

848 SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La configuración jurídica del accidente de trabajo*. Laborum, Murcia, 2013, págs. 472 y ss.

849 FAURE, M. G.; HARTLIEF, T. y PHILIPSEN, N. J.: “Funding of personal injury litigation and claim culture. Evidence from the Netherlands”, en *Utrecht Law Review*, vol. 2, núm. 2, diciembre 2006, págs. 17 y 18. Disponible en (última consulta en 01/07/2015):

<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/23/23>

empresa. Resulta entendible que no todas las empresas disponen de la misma capacidad para enfrentarse a los costes sobrevenidos, por ello resulta recomendable abrir la vía al aseguramiento de estos montante económicos, y hacer más sobre llevable la carga económica mediante una reducción de la cuantía a regresar cuando la empresa tomando como criterios discriminatorios la magnitud de la empresa y su situación económica.

- Modelo de aseguramiento como seguro de personas

Se veía, cuando el aseguramiento responde a un seguro de personas el ente asegurador no se subroga en la acción primaria de la víctima, ahora bien, se admite la posibilidad de que la aseguradora acuda en regreso para obtener la totalidad de aquellos gastos derivados de la asistencia médico sanitaria.

2.2.- Perspectiva cualitativa

Cuando se habla de la perspectiva cualitativa, se alude a los tipos de daños que resultan cubiertos por el ente asegurador para posteriormente acudir en regreso. Es decir, nos preguntamos sobre qué daños son repercutibles en regreso. Ante lo cual, nos encontremos en el modelo que nos encontremos, la regla general será la de acudir en regreso los costes de los mismos daños que han recibido cobertura pública por la seguridad social o equivalente. Ahora bien, cierto es que la cobertura del daño emergente para los gastos sanitarios y del lucro cesante por pérdida de la capacidad de ganancia, en definitiva, los daños patrimoniales, se relacionan en mayor medida con el modelo de seguro de daños y, en este caso, el aseguramiento de la responsabilidad civil empresarial⁸⁵⁰ y, sin embargo, para los seguros de

850 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., págs. 187 y 188.

personas, queda vetado el regreso de aquellos importes de prestaciones extrasanitarias⁸⁵¹.

Por lo tanto, estaremos hablando del lucro cesante o ganancias dejadas de percibir y que resultan sustituidas por las prestaciones de la seguridad social, así como de los gastos sanitarios o de dispensa de tratamiento sanitario cubiertos la prestación pública de asistencia sanitaria. Sin embargo, no resulta tan pacífico el dilucidar qué sucede cuando entre los daños cubiertos por la seguridad social respectiva aparecen daños de carácter extrapatrimonial⁸⁵², como los biológicos o psicofísicos (incluyendo daños morales)⁸⁵³. Cuando el aseguramiento ya no otorga únicamente una prestación para garantizar una subsistencia como consecuencia de una pérdida de ganancias salariales, sino que se extiende también a “limitaciones funcionales no determinantes de una reducción de la capacidad de ganancia”⁸⁵⁴.

Ejemplo de esta disyuntiva se muestra la compensación por daños corporales y sus respectivas indemnizaciones básicas. Resulta controvertida la viabilidad de una acción de regreso de aquellos costes que respondan a la indemnización por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter no definitivo, causadas por AT o EP que, sin llegar a constituir incapacidad permanente, generan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador. Al respecto, se ha considerado desde doctrina civilista que tales conceptos debieran quedar excluidos de una acción de regreso “por no atender a un daño concreto en concepto de salario no percibido, sino que se

851 YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Responsabilidad civil..., op. cit., págs. 1912 y ss.

852 Véase el apartado 4, Cap. VI.

853 REGLERO CAMPOS, L. F.: “Conceptos generales..., op. cit., pág. 157.

854 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño..., op. cit., págs. 83 y 84.

fijan por medio de tablas y responden más al modelo de los seguros de sumas o de personas”⁸⁵⁵.

No así, la praxis mostrada por un país como Italia, con una dilatada trayectoria de *azione di regresso* por parte del INAIL⁸⁵⁶, extiende el *quantum debeat* a todos aquellos gastos a los que la seguridad social haya tenido que hacer frente. De esa manera, si el Instituto Nacional cubre no sólo el daño patrimonial en sentido estricto, sino también la reducción de la capacidad de trabajo no incidente de modo directo sobre su potencial de ingresos reales⁸⁵⁷, resulta entendible que cuando el ente público ejercite ese crédito de valor⁸⁵⁸, el reembolso integre a su vez las cuantías relativas al danno biológico que previamente han sido anticipadas por el INAIL⁸⁵⁹.

Cabe cuestionarse si dentro del regreso resultan subsumibles aquellos daños en los que el bien lesionado ostente una naturaleza personalísima como sucede con el daño biológico y moral, o si concurriría sobre éstos una imposibilidad de transmisión o de subrogación en beneficio del ente público asegurador. Al respecto, entiendo que debe diferenciarse entre el propio daño en sí y el derecho de crédito de carácter patrimonial que de él deriva⁸⁶⁰, ya

855 YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Responsabilidad civil...”, op. cit., pág. 1919.

856 La *azione di regresso* se enmarca, junto a la *azione di surroga*, dentro de la genérica *azione di rivalsa*. Si bien, mientras la primera se dirige contra el empresario o sujetos obligados por normativa de prevención de riesgos laborales, la última se orienta contra terceros ajenos al *rapporto assicurativo*. Al respecto, véanse los arts. 10 y 11 del Decreto del Presidente della Republica n. 1124 del 30 giugno 1965, Testo unico delle disposizioni per l’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, así como el art. 142 del Decreto Legislativo del 2005 numero 209.

857 MASCIOCCHI, P.: *Sicurezza del lavoro...*, op. cit., págs. 180 y 181.

858 Cassazione nr. 5909/2003.

859 Art. 13 del Decreto Legislativo 23 febbraio 2000, n. 38, Disposizioni in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, a norma dell’articolo 55, comma 1, della legge 17 maggio 1999, n. 144.

860 “Es un derecho con contenido muy peculiar que se deriva de la transformación de un interés no pecuniario en un derecho patrimonial”, véase OROZCO GADEA, G. A.: “Transmisibilidad del derecho a la reparación del daño moral”, en *Revista de Derecho*, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas núm. 17, 2014, pág. 68

que aunque “el bien o derecho lesionado sea de carácter personalísimo (vida, integridad física y moral, bienes y derecho de la personalidad, etc.), el derecho al resarcimiento que por ello surge es un derecho de crédito como otro cualquiera”⁸⁶¹.

Sin embargo, esto llevará a tener que dilucidar qué parte del daño no patrimonial se considera bajo esta cobertura social. Esta espinosa delimitación resulta esencial ya que, como más adelante se tratará en profundidad, se debe prestar especial atención a la clasificación y cuantificación de estos daños para poder así realizar posteriormente un acertado descuento en las cuantías reconocidas en sede judicial como indemnización por daños y perjuicios, so pena de incurrir en una doble repercusión de costes sobre el empresario, en caso de no realizarlo correctamente.

De la diversa naturaleza entre la compensación del INAIL y la propia del derecho civilístico se desprende la diferencia cuantitativa y cualitativa de ambas vías resarcitorias. Ello lleva a que el INAIL únicamente cubra el componente “*statico*” del danno biológico, como daño *in re ipsa*, dejando fuera el aspecto “*dinamico*” del mismo. En definitiva, quedan fuera de la cobertura pública y, por ende, del regreso, diferentes variantes de la “amplia e onnicomprensiva”⁸⁶² categoría de daño no patrimonial como sucede con el daño biológico derivado de incapacidades con una reducción inferior al 6 por ciento, el daño “*temporáneo biológico*”, el daño biológico debido “*iure proprio*” a los supervivientes del trabajador accidentado, y en esa misma lógica el

861 CANO CAMPOS, T.: “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la administración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, mayo-agosto 2013, pág. 156.

862 Cassazione n. 3677/2009.

“*danno morale soggettivo*”⁸⁶³ y el “*danno esistenziale*” en su variante subjetiva⁸⁶⁴.

Por todo ello, el *petitum* del INAIL en el regreso queda circunscrito, más allá de los gastos médico sanitarios derivados de la cura, prótesis y rehabilitación, al daño patrimonial cubierto a través de las cuantías capitalizadas mensualmente, así como por el danno biológico permanente superior a un 6 por ciento⁸⁶⁵. Todo ello, con las inherentes revalorizaciones e intereses de las cuantías en el momento de la liquidación⁸⁶⁶.

De esta manera, se puede decir que los daños subsumibles en la acción de regreso serán todos aquellos a los que el sistema de socialización o de aseguramiento público haya dado cobertura, dentro de lo cual entrará el daño patrimonial derivado de la pérdida de la capacidad laboral, así como el daño no patrimonial en su vertiente objetiva y general, despojada de carices individualizados.

863 MARANDO, G.: *Responsabilità, danno...*, op. cit., pág. 514.

864 “*Per el danno esistenziale connesso con il danno biologico, invece (ossia per le compromissioni esistenziali derivanti da una lesione all'integrità psicofisica suscettibile di accertamento medico legale), opera la copertura assicurativa, sempre che si tratti di danno esistenziale normale*”, en BUFFA, F. y CASSANO, G.: *Il danno esistenziale...*, op. cit., pág. 75.

865 Sobre la tabla para la valoración del daño biológico por parte del INAIL, véase el Decreto del 12 julio 2000 sobre la “*Approvazione di "Tabella delle menomazioni"; "Tabella indennizzo danno biologico"; "Tabella dei coefficienti"; relative al danno biologico ai fini della tutela dell'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali*”.

866 DE LUCA, G.: “*L'azione di regresso dell'INAIL e la tutela dei lavoratori*”, en *Osservatorio Sicurezza Lavoro*, 26 ottobre 2011, págs 20 y 21. Disponible en (última consulta en 06/10/2015):

http://www.osservatoriosicurezzaalavoro.it/convegni/azione-di-regresso-dell_inail/

3.- *Articulación y gestión de la acción de regreso en la visión comparada*

El modo en el que se construya la acción de regreso vendrá determinado, en cierta medida, por el modelo de seguridad social en el que se inserte el regreso, así como por la determinación de un sistema público o privado para el aseguramiento de los riesgos profesionales. De ello dependerá, entre otras cosas, que la acción se inserte en el curso de un procedimiento eminentemente administrativo o que su devenir se desenvuelva en mayor medida en sede judicial.

De esa manera, Inglaterra y Gales no posibilitan una acción de regreso de las instituciones de WC a título propio pero, sin embargo, autorizan a estas instituciones a presentarse en el procedimiento judicial incoado por el trabajador afectado para obtener el reintegro de determinadas prestaciones⁸⁶⁷. No existe, por lo tanto, un procedimiento autónomo de índole administrativa, empero, sí la posibilidad de reembolso mediante una acción parasitaria de la acción judicial de la víctima⁸⁶⁸. En ese esquema, es el mismo juez quien determina y hace efectiva la orden de pago de la aseguradora privada hacia las instituciones públicas, junto a la cantidad a indemnizar a la víctima en *torts*⁸⁶⁹.

867 LEWIS, R.: "Employers' Liability...", op. cit., págs. 170; 191-193.

868 El modelo anglo-sajón de aseguramiento de los riesgos profesionales establece una doble cobertura, por un lado, unas prestaciones limitadas a cargo del *Industrial Injuries Disablement Benefits*, bajo el criterio de "no fault", complementada por un aseguramiento de corte privado de la responsabilidad civil empresarial. En este esquema, las instituciones públicas se presentan en sede judicial para solicitar de la aseguradora privada las cantidades satisfechas de modo automático por ellas. Véase WRIGHT, M. y MARSDEN, S.: *Changing business behavior- would bearing the true cost of poor health and safety performance make difference?*. Health and Safety Executive, Norwich, 2002, págs. 4 y ss.

869 "The state recovers over £ 335 million a year from the scheme and now has an interest in each tort claim brought". Véase LEWIS, R.: "Employers' Liability...", op. cit., pág. 170 y 201.

Considero peligrosa esta vía, ya que el anclar el reintegro de los fondos públicos a una acción independiente de iniciativa individual puede generar una vía de “escape” por la que eludir dicho pago. Es decir, ello puede incentivar una desjudicialización de la acción indemnizatoria hacia pactos extrajudiciales, inicialmente recomendables, si bien, ello conllevaría despojar a las instituciones públicas de su capacidad para recuperar los gastos en los que haya incurrido.

Desde la otra vertiente, cuando las instituciones públicas o semi-públicas ostentan el monopolio del aseguramiento público de los riesgos profesionales, el proceso se inicia, se gesta y se ejecuta dentro de un procedimiento administrativo, siendo la vía judicial un segundo paso para la resolución de controversias. Esta estructura de acción de regreso resulta de mayor concordancia con un sistema de seguridad social fuerte y moderno, ejemplo de ello se nos presenta Francia y su “impropia” acción de regreso.

La seguridad social francesa prevé un incremento de las prestaciones por contingencias profesionales cuando la conducta empresarial tras el AT o EP sea calificada como de “*faute inexcusable*”⁸⁷⁰. Cabe remarcar como la *Court de Cassatio* relaciona el concepto con la noción de “*obligation de sécurité de resultat*”⁸⁷¹ desbordando la noción de falta grave para instituir la

870 “*Lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une indemnisation complémentaire*” (art. L 452-1 Code du Sécurité Sociale), “*droit reçoivent une majoration des indemnités qui leur sont dues en vertu du présent livre*” (art. L 452-2 Code du Sécurité Sociale).

871 G'SELL, F. y VEILLARD, I.: “Employers’ Liability and Workers’ Compensation: France”, en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers’ Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, págs. 229y 230. En palabras del tribunal, “*en vertu du contrat de travail, l'employeur est tenu envers le salarié d'une obligation de sécurité de resultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par l'intéressé du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise. Le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver*” (entre

como un elemento acorde al sistema de garantía social al que pertenece, alejándola de la concepción propia de la responsabilidad civil ordinaria⁸⁷². De esta manera, la definición de este concepto ha ido mutando desde su aparición, abandonando el elemento de la excepcionalidad de la falta⁸⁷³, y extendiendo su radio de acción hacia una mayor protección del trabajador⁸⁷⁴. No obstante, no se hablará de una presunción de culpa inexcusable del empresario, ya que éste preserva la posibilidad de escapar de ella siempre que pruebe que se hubiesen adoptado de todas las medidas de prevención exigibles.

En consecuencia, la regulación aplicable y que dará fundamento al reintegro de los costes será la normativa de seguridad social y, asimismo, serán los juzgados de la seguridad social quienes conozcan los contenciosos en la materia.

La “*majoration*” dispensada por la “*caisse*”, nunca podrá superar el importe de la indemnización en capital recibida, o en el caso de que tome el modo de renta, el importe del incremento será fijado de tal modo que la renta incrementada concedida a la víctima no pueda exceder, bien la fracción del salario anual correspondiente a la reducción de capacidad, bien el importe de este salario en el caso de incapacidad total⁸⁷⁵. A efecto de evaluar el montante

otras, véanse Cour de Cassation, Chambre sociale, du 28 février 2002, 00-11.793, y más recientemente, Cour de Cassation, Chambre civile 2, 27 novembre 2014, 13-26.327).

872 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., págs. 175 y 176.

873 LYON-CAEN, A.: “Une révolution dans le droit des accidents du travail”, en *Droit Social*, núm. 4, 2002, pág. 446.

874 Véase la Tesis doctoral de GINÈS I FABRELLAS, A.: *Instrumentos de compensación de daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*. Universidad Pompeu Fabra, 2011, págs. 410 y 411. Disponible en (última consulta en 12/11/2015):

<http://www.tesisred.net/bitstream/handle/10803/52065/tagf.pdf?sequence=1>

875 “*Lorsqu'une indemnité en capital a été attribuée à la victime, le montant de la majoration ne peut dépasser le montant de ladite indemnité*” o “*Lorsqu'une rente a été attribuée à la victime, le montant de la majoration est fixé de telle sorte que la rente majorée allouée à la victime ne puisse excéder, soit la fraction du salaire annuel correspondant à la*

a percibir por la víctima, se acudirá al baremo específico para la determinación de la renta-capital a reembolsar cuando el causante sea un tercero⁸⁷⁶

Será esta cantidad complementaria derivada de la culpa inexcusable del empleador la que podrá ser recuperada de la parte empresarial, si bien, no mediante la técnica usual de la acción de regreso, sí mediante un incremento de las cuantías a pagar por el empresario durante los próximos períodos contributivos⁸⁷⁷. De esta manera, el regreso se inserta dentro del esquema contributivo de la seguridad social, la cual ve así recuperado “*le capital représentatif auprès de l’employeur*”. Para satisfacer tal requerimiento, el empresario deberá realizar el reembolso inmediato de una asignación de capital (supuestos de “*préjudices personnels*”) o, según el caso, hacer frente a una cotización complementaria por los riesgos profesionales (supuestos de “*incapacité permanente*”)⁸⁷⁸ diluida en el tiempo⁸⁷⁹.

Concretamente, este importe adicional podrá extenderse durante más de veinte años, sin que su tasa exceda del 50 por ciento del aporte empresarial

réduction de capacité, soit le montant de ce salaire dans le cas d’incapacité totale” (art. L 452-2 Code du Sécurité Sociale).

876 Baremos recogidos en los Anexos I y II del Arrêté du 27 décembre 2011 relatif à l’application des articles R. 376-1 et R. 454-1 du code de la sécurité sociale, modificados en última instancia a través del Arrêté du 11 février 2015 modifiant l’arrêté du 27 décembre 2011 modifié relatif à l’application des articles R. 376-1 et R. 454-1 du code de la sécurité sociale.

877 “*La majoration est payée par la caisse, qui en récupère le capital représentatif auprès de l’employeur dans des conditions déterminées par décret*” (art. L 452-2 Code du Sécurité Sociale). En aclaración del artículo, véase la Circulaire 11/2014 de la Caisse Nationale-L’Assurance Maladie, sobre la “*Modification des règles d’opposabilité et de remboursement des conséquences financière en matière de FIE*”. Disponible en (última consulta el 09/11/2015):

<https://prevantis.files.wordpress.com/2014/08/circulaire-cnamts-10-juin-2014.pdf>

878 Este incremento no se debe confundir con los aumentos de la tarifa como consecuencia de la aplicación de medidas de *experience rating* (“bonus-malus”) como las que se analizarán en el próximo Cap., las cuales revisten naturaleza suplementaria sobre la prima base y no se conciben, como es el caso, como pago complementario.

879 MOREAU, A.: “Deux poids, deux mesures, ou quand la faute inexcusable des employeurs justifie l’irresponsabilité des organismes de sécurité sociale”, en *La Semaine – Édition Sociale*, núm. 21, 21 mai 2013, págs. 17 y 18.

por contingencias profesionales, ni del 3 por ciento de los salarios que sirvan de base para esta cotización⁸⁸⁰. Se trata de un recargo en las primas de las prestaciones.

Este “*capital représentatif*” se recuperará en las mismas condiciones y tiempo que las sumas reconocidas en concepto de indemnización por daños y perjuicios a las que el trabajador puede optar en sede judicial, para obtener así indemnización por los daños restantes que no hayan sido cubiertos por medio de las prestaciones de la seguridad social⁸⁸¹. Ello permite que la seguridad social relegue su cobro a la previa percepción de la indemnización por parte de la víctima. Es decir, la *Sécurité Sociale* prioriza antes el pago al trabajador como garantía ante posibles insolvencias empresariales.

La práctica habitual, sin embargo, muestra unos sistemas procesales mixtos en los que tras un previo procedimiento administrativo, la acción no resulta ejecutable hasta que así se sentencia en sede judicial, en la que la seguridad social o entidades delegadas se presentan como parte interesada en el proceso, pudiendo iniciar éstas de oficio dicha reclamación o presentarse junto a la víctima del AT o EP. Empero, esto puede llevar a la confusión de asimilar la acción de regreso a una acción de subrogación contra terceros, en una interpretación forzada para dar cabida a este tipo de acción reintegradora, según la cual la tesorería respectiva abona automáticamente las prestaciones correspondientes y posteriormente ejercita la facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil para hacer efectiva la

880 Art. R. 452-1 del Code du Sécurité Sociale, tras la última reforma del Décret n° 2015-653 du 10 juin 2015 portant application au partenaire d'un pacte civil de solidarité et au concubin de dispositions prévues en matière de rentes d'ayants droit au livre IV du code de la sécurité sociale et extension aux régimes des salariés et des non-salariés agricoles de dispositions prévues au même code en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

881 Art. D. 452-1 1 del Code du Sécurité Sociale, tras ser modificado por el Décret n° 2014-13 du 8 janvier 2014 relatif aux modalités de récupération des majorations de rente versées aux salariés par les caisses de sécurité sociale en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle imputable à une faute inexcusable de l'employeur.

indemnización, ya que se subroga de pleno derecho en la acción de la víctima⁸⁸².

En ello, se muestra de especial interés para el estudio, otra vez más, el procedimiento seguido por la “azione di regresso” italiana, sobre la que conviene acercarse en detalle.

En la primera de sus fases, previo a la activación de la acción judicial, el INAIL abre una instrucción preliminar o “fase istruttoria” por medio de la cual se acomete un doble filtrado que condicionará la prosperidad o no de la causa⁸⁸³. Por un lado, se analizará si efectivamente concurren los requisitos de responsabilidad tales como para legitimar una acción de regreso en el supuesto concreto y, por otro lado, se realizará una ponderación entre coste y beneficio para evaluar la razonabilidad económica de la acción.

Atendiendo a lo anterior, para el inicio de las actuaciones deberá concurrir una responsabilidad civil del empleador, configurable sólo si el acto que causó la lesión o la etiología es considerado como delito perseguible de oficio y es cometido por el empleador o persona de quien él deba responder según la legislación civil. Al respecto, los supuestos de muerte por AT o EP, AT con pronóstico de lesiones incierto, AT con lesiones consideradas como

882 Esta lógica, como se ha visto líneas atrás, respondería a un sistema de aseguramiento de la responsabilidad empresarial. Sin embargo, se presenta a toda luz impropio en un aseguramiento de la seguridad social en concepto de seguro de personas.

883 Para el análisis del funcionamiento y las directrices técnicas sobre el desenvolvimiento procesal de la acción de regreso italiana, se ha acudido a la “*Linee guida per la gestione delle azioni di rivalsa*” elaborada por la *Direzione Generale* del INAIL (*Direttore Generale Maurizio Castro*) y publicada en Roma, el 18 de junio de 2004. Disponible en (última consulta en 10/11/2015):

<http://www.laprevidenza.it/documenti/lavoro/linee-guida-per-le-azioni-di-rivalsa-inail-inail-istruzioni-operative-18-giugno-2004>

graves o gravísimas⁸⁸⁴ y que, a su vez, sobrevengan como consecuencia de una violación de la normativa preventiva, y las EP con lesiones personales en las que concurra culpa grave o gravísima en su causación, serán todos ellos supuestos desencadenantes de la apertura de oficio.

Vista la posibilidad de encuadrar los hechos en alguno de los supuestos anteriores, se iniciará desde los operadores del INAIL una fase instructora para confirmar tales presupuestos⁸⁸⁵, y se adquirirá la información necesaria del resto de instituciones partícipes⁸⁸⁶ para obtener una conclusión final en la que, de confirmarse alguno de los anteriores, proseguir hacia lo contencioso.

Finalizado el proceso administrativo con resultado confirmatorio y obtenido un resultado favorable en el balance coste beneficio de la acción de regreso⁸⁸⁷, deberá observarse si existe un procedimiento penal en curso. Si

884 Concretamente, la *"perdita di un senso, perdita di un arto, perdita dell'uso di un organo, perdita di una funzione fondamentale (come il linguaggio), ustioni estese, ed altre situazioni analoghe"*.

885 *"Interrogatorio dell'infortunato e dei testimoni, indagini ispettive INAIL, verbali di accertamento dei fatti della A.S.L., della Direzione Provinciale del lavoro, degli Organi di Polizia, etc."*.

886 Como se afirma en la guía del Instituto, se solicitará la siguiente información:

- *"Alla ASL e/o alla Direzione Provinciale del lavoro notizie e documenti riguardanti eventuali prescrizioni o contravvenzione;*
- *Alla Direzione Provinciale del lavoro di esperire l'inchiesta amministrativa di cui all'art. 56 T.U., nei casi in cui non sia stata già effettuata;*
- *Alla CON.T.A.R.P. regionale la valutazione sulle cause e circostanze dell'evento con particolare riguardo al rispetto delle norme di prevenzione, semprechè tale valutazione non sia ricavabile da altra documentazione probante già disponibile;*
- *Alla segreteria della Procura della Repubblica informazioni sull'eventuale instaurazione del procedimento penale e sulle sue fasi. In mancanza, peraltro, di un preciso obbligo di detta Organo a fornire una risposta scritta, è indispensabile che le informazioni sull'eventuale apertura del procedimento penale, e sulle sue fasi, vengano acquisite mediante diretti contatti."*

887 Se considerarán resultados susceptibles de generar el archivo de la causa aquellos de saldo final negativo o "desfavorable", entendiendo por éste el supuesto en el que de la suma a hacer efectiva en regreso y el coste de la operación, resulte una desproporción

tal es el caso, se da traslado a la Fiscalía para valorar la participación del Instituto como parte civil en el proceso. Si no existiese procedimiento penal en curso, escuchada la Fiscalía, el Direttore de la Sede valorará la pertinencia de incoar un procedimiento penal, demandar al empleador en el orden civil en aras de determinar la consecuente responsabilidad civil, o archivar el caso por “*insussistenza dei presupposti di legge*”. Como fase previa al litigio civil, acorde a una resolución armónica, se da traslado al empresario para que voluntariamente satisfaga la cuantía del reembolso y mediante un acuerdo transactivo se logre una conciliación y evite así la judicialización del proceso. Una vez iniciado el proceso, ya sea en vía civil o penal, el procedimiento queda regido por la normativa general y monitorizado por el Instituto.

4.- La acción de regreso de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y de las Entidades gestoras en el régimen español

Sobreviene la necesidad de avanzar al lector la inexistencia en España de una acción de regreso como la que se ha venido exponiendo líneas atrás. Es por ello que a través de las letras que restan para acabar con el capítulo, no se tratará tanto de explicar o realizar un fotograma de la situación actual, sino más bien de entender la proclive situación del contexto para con la introducción de esta acción.

cuantitativa superior a un 15% del presunto crédito. En este segundo supuesto, será determinante para optar finalmente por el archivo o no del asunto el haber valorado el presumible éxito del juicio y la solvencia del presunto *debitore*.

4.1.- El encaje de la acción de regreso en nuestro sistema público de Seguridad Social

En esa labor, como ya ha quedado patente, resulta fundamental el esclarecimiento de ciertos extremos como el reconocimiento del modelo de seguridad social y su fundamento jurídico.

Al iter histórico seguido por nuestro sistema de reparación de daños derivados de contingencias profesionales se ha dedicado el Capítulo III. Ello nos permite descender ya a las interpretaciones que del fruto final se han realizado desde la doctrina, tratando de clarificar el fundamento de nuestra Seguridad Social⁸⁸⁸. Como se irá viendo, nuestro sistema absorbe y supera el modelo bismarckiano, para llegar a un “maduro” sistema de Seguridad Social⁸⁸⁹. No obstante, como consecuencia de los lastres evolutivos que el sistema arrastra, en lo que al aseguramiento de los riesgos profesionales se refiere, se integran y omiten, al mismo tiempo, características de ambos sistemas, hasta conformar un desolador “piélago profundo”⁸⁹⁰ del que difícilmente se logra salir a flote.

Una primera vertiente doctrinal vería en la Seguridad Social actual una superación de la teoría de la responsabilidad empresarial objetiva⁸⁹¹, de modo que su protección se despojaría del “arcaico mecanismo de la responsabilidad patrimonial directa y objetiva del empresario”⁸⁹². Se acomete una socialización del riesgo profesional y se equipara al resto de riesgos cubiertos por el sistema

888 Para una concisa y ordenada recopilación, véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Protección de Seguridad Social...”, op. cit., págs. 3 y ss.

889 ALARCON CARACUEL, M. R.: *La Seguridad Social...*, op. cit., pág. 55.

890 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., págs. 94 y ss.

891 VIDA SORIA, L.: “Las peculiaridades en la protección...”, op. cit., pág. 58.

892 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Seguridad social...”, op. cit., pág. 9.

público de protección. No hay entonces, atisbo de reproche moral hacia la conducta del empresario ya que el aseguramiento social únicamente atiende al daño producido, indiferentemente de la deuda de responsabilidad empresarial. El eje de la prestación es el “estado de necesidad” y no la etiología de los daños o la responsabilidad en la generación de éstos.

Otra corriente doctrinal, consciente de los cambios del sistema de público de protección, sostiene la supervivencia de un aseguramiento de la responsabilidad empresarial, adaptada a los nuevos tiempos pero que todavía mantiene la “matriz original” del aseguramiento de riesgos profesionales. De este modo, la Seguridad Social asume el aseguramiento de la responsabilidad empresarial objetiva, hasta donde legalmente se predetermine⁸⁹³. En esa lógica, el empresario accede al sistema de protección pública como si de una póliza de seguro por cuenta propia se tratase, ya que una vez efectuados los requisitos de la afiliación y el alta, se convierte en asegurado⁸⁹⁴.

Como efecto de derivar esa responsabilidad hacia la Seguridad Social, el empresario abona las primas resultantes de los tipos de cotización por contingencias profesionales, y el ente público se hace cargo de los gastos derivados de la asistencia sanitaria, los tratamientos de rehabilitación, las prestaciones de incapacidad y las posibles prestaciones generadas por fallecimiento del trabajador⁸⁹⁵.

Una interpretación acorde a la realidad normativa muestra una Seguridad Social basada en un responsabilidad objetiva, si bien, con aspectos propios de un moderno sistema de protección social⁸⁹⁶. No resulta entonces

893 Resulta una objetivación tanto de la causa como de la cuantía a percibir por la víctima. Véase MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., págs. 73 y 74.

894 *Ibidem...*, op. cit., pág. 75; DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., págs. 86.

895 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., pág.77.

896 DESDENTADO BONETE, A.: “El daño...”, op. cit., págs. 85.

una socialización del riesgo, sino una obligatoriedad de aseguramiento público de la responsabilidad empresarial, para otorgar garantía pública a las prestaciones. De esa manera, lo que se socializa es la garantía de la cobertura, dándole efectividad aunque el empresario incumpla sus obligaciones⁸⁹⁷.

Como rasgo propio de la sinalagmaticidad aseguradora, cuando la parte empresarial incumpla sus obligaciones de cotización durante un período determinado, le serán exigibles de modo directo las prestaciones a las que, como consecuencia del principio de automaticidad que rige en nuestro régimen público de Seguridad Social, hayan tenido que hacer frente las mutua colaboradoras con la Seguridad Social o entidades gestoras. Es precisamente éste, junto al de las prestaciones sanitarias, el único supuesto de hecho que dará lugar a la acción de subrogación por parte de las entidades colaboradoras con la Seguridad Social.

La falta de afiliación o alta, no obstan para el nacimiento de la obligación empresarial de cotizar. Desde el mismo momento en que se reúnan los requisitos para ello, se entenderá al trabajador en alta de pleno derecho y el empresario vendrá obligado a abonar las cotizaciones por ello (art. 166.4 LGSS -antiguo art. 125.3 LGSS). El incumplimiento de estas obligaciones de afiliación, altas y bajas y cotizaciones, determinará la exigencia de responsabilidades por el pago de las prestaciones (art. 167.2 LGSS -antiguo art. 126.2 LGSS-). Los incumplimientos empresariales en materia de afiliación y alta generan la responsabilidad del empresario respecto del conjunto de la acción protectora, con la peculiaridad en el caso de riesgos profesionales, donde juega el principio de alta de pleno derecho, del que deriva la automaticidad absoluta de las prestaciones y, por tanto, el anticipo de las

897 *Ibidem*...., pág. 86.

mismas por parte de la entidad gestora o colaboradora⁸⁹⁸. No obstante, no cualquier descubierto o retraso en el pago de las cuotas podrá dar lugar a responsabilidad⁸⁹⁹

En tales supuestos, nuestro sistema de aseguramiento público prevé unos mecanismos tuitivos para evitar que casos de insolvencia empresarial puedan desembocar en situaciones de desamparo del trabajador víctima. Para ello, las mutuas colaboradoras o las entidades gestoras proceden al anticipo de las prestaciones y se establece una responsabilidad subsidiaria de las entidades gestoras (art. 167.3 LGSS –antiguo art. 126.3 LGSS-). De esta manera, éstas se subrogan en los derechos y acciones de los beneficiarios contra terceros responsables.

Ahora bien, las cuantías o importes que resten de abonar en concepto de cotización por contingencias profesionales correrán a cargo exclusivo del empresario infractor (art. 141.3 LGSS –antiguo art. 103.3 LGSS), quien deberá reintegrar el capital coste resultante a la mutua colaboradora o entidad gestora que lo anticipó (art. 95 Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprueba el texto articulado de la ley 193/1963, de 21 de diciembre, de bases de la Seguridad Social⁹⁰⁰).

898 TORTUERO PLAZA, J. L. (investigador principal): *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social; Ministerio de Empleo y Seguridad Social, págs. 53 y 54. Disponible en (última consulta el 06/12/2014):

<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174201.pdf>

899 CARPENA NIÑO, J. M.: “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social por infracotizaciones”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, pág. 26.

900 Los artículos 94-97 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, continúan vigentes pero con valor reglamentario, y así se deben tener en consideración junto al art. 167 LGSS. STS (Sala de lo Social) de 1 de febrero de 2000 (rec. cas. 694/1999). Al respecto, y sobre el necesario desarrollo reglamentario que tras 40 años, el legislador sigue sin realizar, véase GALA DURÁN, C.: “Un nuevo avance en la delimitación del alcance de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones. Comentario a la STS de 16 de febrero de 2005 (RJ 3492)”, en *IUSlabor*, núm. 3, 2005, pág. 5. Disponible en (última consulta el 06/12/2015):

Más allá de estas acciones de reclamación de reintegro de prestaciones abonadas como consecuencia de incumplimientos empresariales en materia de cotización por contingencias profesionales, es el reintegro de los gastos sanitarios por parte de terceros responsables, el caso de mayor similitud a una acción de regreso como la que se analiza en el capítulo actual.

Concretamente, se alude al derecho de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y de las Entidades gestoras, para exigir al causante del daño los gastos de asistencia sanitaria a los que hayan hecho frente⁹⁰¹. En ese sentido, se establece que “con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o comunidad autónoma correspondiente y, en su caso, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente ley” (art. 168.3 LGSS).

Sin embargo, esta subrogación de la compañía aseguradora se contempla para aquellos supuestos en los que intervengan terceros culpables, de ahí que el caso típico sea el referido a los accidentes *in itinere*. La

https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2005-3/GalaDuranResponsabilidadPrestaciones.pdf

901 El primer reflejo normativo de esta capacidad para obtener el reintegro de los costes derivados de la asistencia sanitaria, se remonta al art. 53 del texto Refundido de la legislación de Accidentes de Trabajo de 1956 y art. 189 del Reglamento de Accidentes de Trabajo. Para un análisis de los antecedentes históricos de esta acción de regreso y su evolución jurisprudencial, véanse YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Responsabilidad civil...”, op. cit., págs. 1905-1909; MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., págs. 213 y 214.

Seguridad Social se subroga en la posición del acreedor originario⁹⁰², y reclama los costes como si de un simple pago por cuenta de tercero se tratase, al asumir unas “obligaciones ajenas mediando interés o mandato legal”⁹⁰³. Se trata entonces de una sustitución de la titularidad del crédito hacia las entidades de previsión, las cuales asumen los derechos preexistentes en la persona a la que prestaron asistencia⁹⁰⁴.

Empero, tampoco encaja lo anterior con una acción de regreso dirigida a traspasar al empresario los costes derivados de la cobertura de contingencias profesionales, en casos en los que medie culpa en la parte empresarial. Después de todo, a resultas de la omisión normativa sobre una acción de regreso como la teorizada líneas atrás, cabría concluir la inexistencia de ésta en el sistema público de Seguridad Social. Ahora bien, la realidad muestra, aunque indirectamente, un escollo sobre el que efectivamente considera el legislador la necesidad de reintegrar a la Seguridad Social los costes derivados de las contingencias profesionales.

4.2.- Una acción de regreso indirecta ante determinadas infracciones preventivas de especial gravedad

La sección 2.^a- *Disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo en el Régimen General*, del Capítulo XVI de la LGSS, prevé dos supuestos en los que el empresario, derivado de una grave infracción de medidas preventivas, ve equiparada su situación a la falta de formalización de la protección por contingencias profesionales del trabajador afectado. En

902 Establece el art. 43 de Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que “el asegurador, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

903 MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas...*, op. cit., pág. 217.

904 *Ibidem...*, op. cit., págs. 218 y 219.

consecuencia, la Seguridad Social puede reintegrarse en vía ejecutiva de las prestaciones previamente satisfechas.

Cuando desde la parte empresarial se muestre un incumplimiento de las “órdenes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la autoridad laboral en materia de paralización de trabajos que no cumplan las normas de seguridad y salud”, ello generará la equiparación, respecto a los accidentes de trabajo que pudieran acaecer, “a la falta de formalización de la protección por dicha contingencia de los trabajadores afectados” (art. 242). Lo expuesto será compatible con las responsabilidades o sanciones a las que, adicionalmente, hubiera lugar.

Mismo efecto resultará del incumplimiento de la obligación de efectuar reconocimientos médicos⁹⁰⁵, previos o periódicos, a aquellos trabajadores que vayan a desempeñar su actividad laboral en un puesto de trabajo sobre el que concurra un riesgo específico susceptible de generar enfermedades profesionales⁹⁰⁶. Es decir, cuando se incumpla la obligación preventiva de efectuar exámenes de salud⁹⁰⁷, se sitúa a la empresa como “responsable

905 Reconocimiento médico, no como instrumento empresarial para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, sino como derecho del trabajador a la vigilancia de su salud (STC núm. 196/2004, de 15 de noviembre [rec. 1322/2000]). Control que deberá abstraerse de cualquier intromisión en la *privacy* del trabajador y respetar el espacio de libertad de la persona, inherente a su derecho a la intimidad, y su dignidad. Véase GOÑI SEIN, J. L.: “Vigilancia de la salud versus protección de la intimidad del trabajador”, en HORTAL IBARRA, J. C.; MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dir.): *Protección penal de los derechos de los trabajadores*. Edisofer, Madrid, 2009, págs. 46 y ss.

906 El legislador se “está refiriendo a aquellas empresas que empleen procesos productivos de cierta peligrosidad, que realizan actividades, utilicen sustancias o desarrollan actividades en los lugares y condiciones expresamente detallados en el” Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establece criterios para su notificación y registro (STSJ de Asturias (Sala de lo Social, sección 1ª) núm. 245/2012, de 27 de enero [rec. 1767/2011]).

907 Los exámenes de salud constituyen una técnica instrumental preventiva, en cuanto posibilitan conocer la necesidad de adaptar el trabajo a la persona, así como alertar acerca de la idoneidad o no de las medidas preventivas desarrolladas en relación a la pretendida eliminación o reducción de los riesgos para la salud, como consecuencia del desempeño de las funciones concretas o del propio puesto de trabajo. Véase PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.:

directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una mutua colaboradora con la Seguridad Social⁹⁰⁸, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora” (art. 244)⁹⁰⁹. Asimismo, nada impide la acumulación de esta medida con el resto de responsabilidades o sanciones derivadas del mismo hecho imponible⁹¹⁰.

La lógica de esta equiparación de efectos deriva de entender que la contingencia no habría sobrevenido si el empresario hubiera cumplido plenamente su obligación de practicar los reconocimientos médicos a que viene obligado⁹¹¹. En otras palabras, el legislador considera que cuando la contingencia devenga como consecuencia de una falta grave en el cumplimiento de medidas preventivas elementales, como las expuestas arriba, debe recaer sobre el empresario infractor el deber de asumir los costes derivados de ello.

La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas. Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, págs. 20 y ss.; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen jurídico laboral.* Bomarzo, Albacete, 2011, págs. 9 y ss.

908 Si la contingencia va a ser cubierta por medio de una mutua colaboradora, y ésta incumple la obligación de conocer previamente el certificado o los resultados del reconocimiento médico y, sin embargo, hacen constar que tal obligación ha sido cumplida, establece la ley un marco de responsabilidad también para ellas. Véase GARCIA SERRANO, A. y PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: *Vigilancia de la salud de los trabajadores: aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo.* La Ley-Actualidad, Las Rozas, 1999, págs. 84 y 85.

909 Esta equiparación se realiza en todos sus términos, de modo que el INSS, en caso de insolvencia empresarial, se convierte en responsable subsidiario del abono de la prestación (STJ del País Vasco (Sala de lo Social) núm. 2511/2005, de 2 de junio [rec. 2089/2005]).

910 Esta medida es plenamente compatible, entre otras, con el recargo de prestaciones y con la sanción administrativa por infracción grave por «no realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, o no comunicar su resultado a los trabajadores afectados», que prevé el artículo 12.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (STSJ del País Vasco (Sala de lo Social, sección 1ª) núm. 2272/2006, de 26 de septiembre [rec. 1127/2006]).

911 STSJ del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1246/2005, de 17 de mayo [rec. 201/2000].

No es este sino un indicador más del aseguramiento de la responsabilidad empresarial conforme al cual se instituye nuestro sistema de aseguramiento de los riesgos profesionales. De este modo, la acción de regreso encaja para aquellos supuestos en los que la mutua colaboradora o las entidades gestoras hayan tenido que responder de unas contingencias derivadas de la materialización en AT o EP de unos riesgos ilícitos. Riesgos que de haberse cumplido la normativa de prevención de riesgos laborales, no habrían concurrido.

4.3.- La acción de regreso como institución de viable y recomendable introducción.

La compatibilidad que de este reintegro el legislador expresamente prevé respecto del resto de responsabilidades y sanciones que puedan derivarse, refleja la naturaleza propia y autónoma de esta acción. Una acción orientada hacia la distribución de costes y la incentivación de la conducta empresarial, y alejada de atisbos de carácter punitivo y represor.

En ese sentido, como se viene incidiendo, la acción de regreso se asienta en la lógica de una responsabilidad por riesgo, según la cual, no corresponde a la Seguridad Social asumir los costes derivados de una actualización de un riesgo que deviene ilícito en tanto y cuanto se muestre como consecuencia de un incumplimiento de las normas básicas de seguridad y salud en el trabajo, en definitiva, por un incumplimiento de la deuda de seguridad que el empresario asume a raíz del contrato de trabajo.

Se produce, a su vez, una vulneración del deber público del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo, en tanto deber de “proteger los intereses generales de seguridad y salud en el trabajo que recaen sobre los

bienes jurídicos previstos en el art. 15 CE⁹¹². El empresario, como garante del control de una fuente de riesgo permitida, debe evitar que ese peligro se materialice en daños. El no cumplir con dicha encomienda, por concurrir una infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales que genere daños sobre la clase trabajadores, propicia un incumplimiento de su deber público de seguridad. En consecuencia, deberá responder de los costes que como consecuencia se hayan generado sobre el sistema.

La Seguridad Social cubre, entonces, una responsabilidad por riesgo lícito, en un marco en el que el empresario muestra una conducta, dentro de unos parámetros normales, de cumplimiento de la normativa específica en prevención de riesgos laborales.

Por ello, el legislador admite, y la jurisprudencia refrenda, un reintegro de los costes ante determinados incumplimientos de especial gravedad. Entonces, no parece que se halle inconveniente teórico para la introducción de un sistema de regreso adecuadamente institucionalizado, a través de un reintegro gradual de los costes como queda expuesto líneas atrás, tomando como criterio la gravedad de los incumplimientos empresariales en materia de medidas de prevención de riesgos laborales. De esa manera, se conferiría generalidad al régimen excepcional en el que la acción de regreso queda constreñida a los dos supuestos de responsabilidad expuestos.

La introducción de la acción de regreso tampoco resultaría contraria a un teórico principio de inmunidad empresarial, derivado del aseguramiento de los riesgos profesionales que el empresario realiza. En un sistema de Seguridad Social como el nuestro, cierto es que permanece una anacrónica institucionalización del aseguramiento de la responsabilidad empresarial, sin

912 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "Prevención de riesgos laborales y crisis económica", en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 15, 2014, págs. 243 y 244.

embargo, acorde al modelo de moderno sistema de seguridad social que se ha expuesto en repetidas ocasiones a lo largo del trabajo, se acomete en España una socialización de la reparación, que despoja al aseguramiento público de determinadas lógicas propias del seguro privado. En ese sentido, principios como la sostenibilidad y eficiencia de la financiación de la Seguridad Social deben prevalecer sobre una posible exoneración empresarial de su responsabilidad en orden a las prestaciones por contingencias profesionales, cuando éstas se activen como consecuencia de la actualización de un riesgo ilícito⁹¹³.

La institucionalización de la acción de regreso sería plenamente respetuosa con un socialmente adecuado aseguramiento del daño y, a su vez, evitaría un enriquecimiento injusto de la parte empresarial. Esto es así ya que las mutuas colaboradoras y las entidades gestoras quedarían liberadas de sufragar unos costes que quedan fuera de su aseguramiento, y en contrapartida, el empresario sería quien asumiese los costes derivados de un actuar vulnerador de sus obligaciones en prevención de riesgos laborales. De esa manera, se crea un incentivo adicional para la corrección de la conducta transgresora.

Esta acción no resulta contraria al principio de *non bis in idem*, ya sea en su faceta material o procesal⁹¹⁴. Aparece como respetuosa para con los instrumentos sancionadores de nuestro sistema jurídico con los que, como ya

913 Lamentablemente, la doctrina ha tendido a focalizar la atención, cuando de sostenibilidad de la financiación de las prestaciones de Seguridad Social se trata, en dos pilares básicos como el sistema de pensiones y las prestaciones sanitarias, sin mostrar especial interés hacia la financiación de las prestaciones vinculadas a las contingencias profesionales. Véase RUESGA BENITO, S. M. (dir.): *Hacia un nuevo modelo de financiación de la Seguridad Social en España (Parte I)*. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, pág. 79. Disponible en (última consulta el 16/12/2015):

<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174265.pdf>

914 PÉREZ MANZANO, M.: *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 24 y ss.

se ha visto, no coincide en su fundamento⁹¹⁵. Mientras el bien jurídico protegido por el derecho penal del trabajo y el derecho administrativo sancionador específico en la materia, es la seguridad y salud de los trabajadores⁹¹⁶, en la acción de regreso, sería el patrimonio de la Seguridad Social y la viabilidad y eficiencia del sistema⁹¹⁷. En los casos que darían lugar a la acción de regreso, no existe merma de los derechos protectores que el sistema público de Seguridad Social contempla, ya que la víctima siempre recibe de modo automático las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, de modo que el bien jurídico fundamentalmente lesionado es la propia Seguridad Social⁹¹⁸, que asume unos costes que no le corresponde absorber.

Tampoco encuentra incompatibilidad con los mecanismos de resarcimiento del daño derivado de AT y EP. No existirá incongruencia alguna, siempre que las cuantías que ya han sido satisfechas, inicialmente, a cargo de las mutuas colaboradoras o entidades gestoras y, posteriormente, reintegradas por el empresario, se descuenten del montante a recibir por el trabajador en concepto de indemnización civil adicional. Con ello, se evita un

915 “La duplicidad de sanciones es admisible cuando la normativa contempla os hechos desde la perspectiva de un interés jurídico diferente o desde una relación jurídica diferentes entre sancionador sancionado”. SANCHEZ GASCÓN, A.: *Duplicidad de sanciones (“non bis in idem”)*. Exilibris, Madrid, 2004, p.8.

916 La normativa administrativa no sanciona por una lesión efectiva sino por la creación de un riesgo, que no el riesgo en sí, como sucede en el orden penal. REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, págs. 196 y ss. Ese riesgo y la consiguiente situación de peligro al que se refiere el art. 316 CP, “es un tipo de peligro concreto, en un campo en el que sólo los tipos de peligro abstracto pueden ser eficaces”. BAYLOS, A. y TERRADILLOS: *Derecho penal del trabajo*. Trotta, Madrid, 1997, pág. 157.

917 En ese sentido, “un sistema público de respuesta ante el infortunio ha de velar por sus recursos económicos escasos y no puede tolerar de forma pasiva sus efectos de exoneración de responsabilidades privadas en supuestos de conductas ilegítimas, en este caso, del empresario”, en GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: “Propuesta de reforma del sistema...”, op. cit., pág. 474.

918 Una argumentación análoga y que considero aplicable al caso, se defiende para los supuestos de retención y no ingreso de las cuotas de la Seguridad Social, en REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora de la administración...* op. cit., 384 y ss.

enriquecimiento injusto en la parte del trabajador-víctima, ya que de no realizarse dicho descuento, vería doblemente compensado un mismo daño. A su vez, resulta plenamente apto para la consecuencia de la íntegra reparación del daño, en el sentido que la víctima ya ha recibido una indemnización básica de parte del Estado y, posteriormente, mantiene la posibilidad de acudir a la responsabilidad civil adicional para completar el daño no cubierto (daño complementario y diferencial).

La introducción de esta técnica, acompañada de una mejora del régimen de prestaciones públicas (tanto cuantitativa como cualitativamente), podría relegar la responsabilidad civil a un plano de verdadera “responsabilidad por culpa”, quedando el resto de supuestos solventados sin recurrir a la judicialización del conflicto. De esta manera, no se estaría más que equiparando el “tratamiento de los incumplimientos culpables y graves en materia de prevención a los mismos efectos que tienen los incumplimientos empresariales en materia de encuadramiento y cotización”⁹¹⁹. Sobre esto se volverá en detalle más adelante.

A su vez, la introducción de la acción de regreso se muestra como una técnica capaz de contrarrestar y hacer frente a supresión que del recargo de prestaciones se defiende desde esta parte. En ese orden, entre las contrapartidas a las que obliga la desaparición del recargo de prestaciones, se encuentra la relativa a la función punitiva/preventiva de éste. Desde la óptica preventiva, la acción de regreso se sitúa como un instrumento preventivo adicional dada la faceta disuasoria que sobre el empresario se genera al hacerle responsable de un cuantía significativamente mayor como consecuencia de un incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.

919 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Protección de Seguridad Social...”, op. cit., pág. 12.

No existe, por lo tanto, objeción teórica para la institucionalización de la acción de regreso, al igual que tampoco la hay desde un aspecto formal procedimental. El art. 97 Decreto 907/1966, de 21 de abril prevé un procedimiento para la exigencia de responsabilidad que, a pesar de su necesaria actualización, resulta válido. Para la adaptación, nuestro sistema prevé unos procedimientos tanto para la instauración del recargo de prestaciones como de las sanciones administrativas, que pueden absorber los trámites requeridos para la conformación de la fase inicial.

Como sucede con el recargo de prestaciones, la competencia tanto para declarar la responsabilidad en orden al pago de las contingencias profesionales, como para valorar el grado de incumplimiento de las medidas preventiva y, por ende, del porcentaje aplicable para calcular la cuantía a regresar, estaría atribuida al Director Provincial del INSS⁹²⁰. Será la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la encargada de elaborar el informe-propuesta⁹²¹ sobre los hechos y circunstancias concurrentes⁹²². Asimismo, una lectura acorde al derecho de los trabajadores a participar en la prevención de riesgos laborales, recomienda la participación de los órganos de representación específica en esta materia, junto a la labor investigadora y de control que ejerce la inspección⁹²³.

920 MUÑOZ MOLINA, J.: "El recargo de prestaciones...", op. cit., pág. 153.

921 Esta materialización del informe se corresponde con la previsión del art. 9.1 d) LPRL.

922 Debiera introducirse una nueva medida derivada de la actividad inspectora, a las ya previstas en el art. 22 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, consistente en instar del órgano administrativo competente la declaración del reintegro de las prestaciones cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional se infiera una falta de medidas de seguridad y salud laboral. Para un interesante estudio sobre los procedimientos para la investigación del accidente de trabajo y sus métodos, véase SALCEDO BELTRÁN, M. C.: *Investigación de los Accidentes de Trabajo: aspectos jurídicos*. Bomarzo, Albacete, 2012, págs. 91 y ss.

923 Esto encuentra especial justificación en casos como el de la responsabilidad empresarial por falta de paralización de actividades por riesgo grave e inminente, en el que la facultad para paralizar la actividad que la representación de los trabajadores ostenta se presenta como singularidad de nuestro sistema jurídico. Véase SOLÁ MONELLS, X.: *La protección de los trabajadores frente a situaciones de riesgo grave e inminente*. Bomarzo, Albacete, 2015, págs. 63 y ss.

Posteriormente, una vez que por resolución administrativa se declare como procedente el reintegro, se dará apertura a la vía de procedimiento administrativo de apremio. Para ello, será la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social quien ostente la competencia exclusiva de la gestión recaudatoria del reintegro ⁹²⁴ y, concretamente, la Unidad de Recaudación Ejecutoria⁹²⁵.

924 Habría que adicionar un nuevo recurso a la enumeración prevista en el art. 1 Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aludiendo al reintegro de las prestaciones anticipadas por mediar responsabilidad empresarial.

925 Ar. 4 Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se desarrolla el Reglamento General de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

**CAPÍTULO XII.-
ASIGNACIÓN DE LOS COSTES Y FINANCIACIÓN
DE LOS SISTEMAS DE ASEGURAMIENTO DEL
DAÑO PROFESIONAL: INCENTIVOS
ECONÓMICOS**

CAPÍTULO XII: ASIGNACIÓN DE LOS COSTES Y FINANCIACIÓN DE LOS SISTEMAS DE ASEGURAMIENTO DEL DAÑO PROFESIONAL: INCENTIVOS ECONÓMICOS

La naturaleza primordial de los sistemas de aseguramiento de los daños profesionales, se veía, reviste una naturaleza compensatoria o reparadora; no obstante, ello no es óbice para la búsqueda de objetivos preventivos por medio de estos sistemas. En mayor medida, diría, para la búsqueda de un sistema equitativo de compensación de los daños se requiere la integración de medidas de naturaleza preventiva, como es el caso de los incentivos económicos dentro de los sistemas de WC o de seguridad social.

Como se veía líneas atrás, CALABRESI caracterizaba la justicia y la equidad como ejes de los sistemas resarcitorios, dentro de lo cual diferenciaba tres niveles de costes sobre los que se debe lograr un juego de equilibrios. Siguiendo esa tripartición de costes, pero con mayor calidad de hilvanado por su precisión, cinco son las categorías de costes que se identifican en los accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo: costes de productividad, costes médico-sanitarios, coste relativo a la pérdida de calidad de vida, costes administrativos y costes de aseguramiento, en donde se inserta el coste del montante del pago para la compensación, así como las cotizaciones o primas⁹²⁶. De modo que un sistema de aseguramiento de los daños profesionales debe focalizarse en lograr una correcta distribución de

926 La EU-OSHA ofrece en un extenso estudio una recopilación de las diferentes metodologías llevadas a cabo para el análisis de los costes de los daños relacionados con los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, dentro de lo cual los costes relativos a estas infortunios o incapacidades, se han dividido en estas cinco categorías; DE WEERD, M; TIERNEY, R.; VAN DUUREN-STUURMAN, B. y BERTRANOU, E.: *Estimating the cost of accidents and ill-health at work: a review of methodologies*. European Agency for Safety and Health at Work, Luxembourg, 2014, pág. 4 y ss.

estos costes, repercutiéndolos sobre las partes (Estado, empleador, trabajador) en función del papel o participación que a cada una se le reconozca en la generación del riesgo, acaecimiento del accidente y su capacidad para internalizar y gestionar esos riesgos.

En la Tabla 3ª, se mostraba cómo parte de los costes generados tras el acaecimiento de una contingencia profesional vienen financiados directamente por la parte empresarial, quedando el resto a cargo del aseguramiento social, la cual, a pesar de financiar el pago de las contingencias profesionales a cargo exclusivamente empresarial, diluye su carga financiera mediante la socialización de estos riesgos.

Por lo tanto, desde los sistemas de aseguramiento de los daños profesionales se deben estudiar las técnicas para lograr una modulación de esta carga contributiva que recae sobre el empresario, siendo conscientes de la necesaria intervención normativa para lograr esa eficiente asignación o realojamiento de los costes. La ineficiencia del mercado en ese objetivo resulta patente en un ámbito como el de las relaciones laborales, con imperfecta circulación de información, descompensación absoluta en capacidad de internalización de los costes por las diferentes partes, así como en la capacidad de gestión de los riesgos⁹²⁷.

Aflora entonces la pregunta de cómo se repercute el coste sobre los empresarios, y ahí se distinguen varias modalidades: tarifas planas (dependientes del nivel de magnitud salarial), tipos variables en función de parámetros (nivel de riesgo, sector, número de trabajadores etc.), sanciones de carácter administrativo, primas o contribuciones a los sistemas de

927 WAGNER, G.: "Tort, Social Security, and no-fault schemes: lessons from real-world experiments", en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 23, núm. 1, 2012, págs. 14 y ss.

aseguramiento públicos o privados, y por último, el reembolso o regreso de los costes hacia el empresario⁹²⁸, materia ésta de estudio posterior.

De esa manera, se quiere enfatizar en la necesidad de lograr un sistema de aseguramiento del daño que mantenga un equilibrio en la relación triangular de reparación, rehabilitación y prevención, para la cual resulta obligatorio el equitativo reparto de los costes, dentro de lo cual los incentivos económicos juegan un papel especialmente relevante.

Indiferentemente del sistema de aseguramiento de los daños profesionales con el que nos encontremos, ya sea un sistema de seguro social de corte Bismarckiano, de aseguramiento público inserto en el Sistema de Seguridad Social, o de aseguramiento privado, todos recogen incentivos económicos de mayor o menor enjundia. Dentro del marco europeo, ya en el año 1993, la *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, a través de una comisión específica, desarrolló un modelo concreto sobre incentivos económicos -el “*European Model for Motivation by Incentives*” (EMMI)- donde se sugería la introducción de mecanismo como la graduación de las contribuciones mediante la inserción de sistemas de *bonus* o inversiones en aquellas empresas que requiriesen ayudas para el desarrollo de medidas o programas preventivos específicos.

1.- Una figura de diverso acomodo

El escenario comparado revela la variedad y versatilidad de las diferentes medidas incentivadoras desarrolladas por los sistemas de

928 KLEIN, R. W. y KROHM, G.: “Alternative funding mechanisms for Workers’ Compensation: An international comparison”, en *International Social Security Review*, vol. 59, 2006, pág. 5.

aseguramiento social⁹²⁹, pudiendo ser accionadas en base a criterios objetivos, como el nivel de riesgos en la empresa, el sector o la actividad; en función del tamaño de la empresa o del nivel de facturación; así como por criterios subjetivos o conductuales, en los que se valora la actitud y labor en el trabajo.

Más allá de sistemas de tasas, subvenciones del empleador en materia de seguridad y salud u otro tipo de ayudas directas orquestadas desde las políticas gubernamentales, las medidas que centran nuestra atención, por encontrarnos en el análisis del modo en el que el aseguramiento de los riesgos profesionales puede y debe contribuir al objetivo basilar que es la prevención, son los incentivos económicos relacionados con el propio sistema de aseguramiento los que centran nuestra atención: variaciones de la cuantía de las primas o contribuciones y, concretamente, lo que fuera de nuestras fronteras se ha denominado como *experience rating*⁹³⁰, mecanismos a través de los cuales se pretende equiparar el pago de cada empleador con los gastos/costes que se estima, generarán al sistema⁹³¹.

Por medio de la introducción de mecanismos de *experience rating*, se trata de hacer consciente al empresario de los costes generados por una falta o mala actuación en prevención de riesgos laborales, haciéndole participe al otorgarle la posibilidad de reducir sus aportaciones económicas como resultado de aplicar medidas preventivas o lograr la consecución de resultados satisfactorios desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo. De este modo, el empresario obtiene una reducción de las cuantías a pagar y, a su vez, ve disminuir los costes indirectos al descender los

929 FAURE, M.: "Compensation for occupational...", op. cit., pág. 133 y ss.; WALTERS, D.: *An international Comparison...*, op. cit., págs. 28 y ss.

930 ELSTER, D. y TAYLOR, T. N. (ed.): *Economic incentives to improve occupational safety and health...*, op. cit., págs. 20 y ss.

931 KLEIN, R. W. y KROHM, G.: "Alternative funding mechanisms...", op. cit., págs. 17 y ss.

accidentes⁹³². Lo cual genera un resultado óptimo tanto para la empresa, como para la propia sociedad.

Dentro de las diferentes modalidades de *experience rating*, la tendencia general será la de designar como criterio determinante el número de reclamaciones por AT o EP que haya recibido la empresa en cuestión (*claim experience*), tomando como referencia un período concluido. En un segundo nivel, el criterio base se traslada al número real de AT o EP acaecidos en ese período (*accidents experience*)⁹³³. De esta manera, se consiguen individualizar los tipos variables sobre las experiencias de cada empresa, pudiéndose lograr así incentivar la cultura preventiva de éstas. En contra de este sistema, se argumenta la dudosa efectividad de unos sistemas que se centran en el análisis de conductas ya realizadas, de modo que el empresario no dispone ya de maniobrabilidad para la modificación de su actuar pasado⁹³⁴. Ahora bien, tal crítica se desvanece cuando estas políticas se aplican anualmente, de modo que el efecto de la medida se dirige a la obtención de un cambio de conducta futuro, en vistas al próximo período contributivo.

932 Para un análisis empírico de coste-beneficio, sobre diferentes incentivos económicos, y del modo en que contribuyen a la mejora de las condiciones de seguridad y salud laboral, véase ELSLER, D., TREUTLEIN, D., RYDLEWSKA, I. (et al.): "A review of case studies evaluating economic incentives to promote occupational safety and health", en *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, vol. 36, núm. 4, 2010, págs. 289-298; Tomando en consideración el sistema de incentivos económicos aplicados al sistemas alemán de aseguramiento de los daños profesionales en el sector de la industria cárnica, para concluir con la idea de cómo una reducción motivada de las tarifas de las empresas conlleva en última instancia un beneficio global al reducir los costes indirectos, véase VAN DEN BROEK, K. y KRÜGER, H.: "Cost-benefit-analysis of economic incentives at national level", en *E-FACTS, EU-OSHA- European Agency for Safety and Health at Work*, núm. 50, págs. 2 y ss.; Sobre los efectos preventivos y de reducción de accidentes que generan estos mecanismos, haciendo referencia a su vez a autores relevantes en la escena comparada, véase PHILIPSEN, N. J.: "Compensation for industrial accidents and incentives for prevention...", op. cit., pág. 169.

933 ELSTER, D. y TAYLOR, T. N. (ed.): *Economic incentives to improve occupational safety and health...*, op. cit., págs. 29 y ss.

934 PARSONS, C.: "Liability Rules...", op. cit., págs. 374 y 375.

A su vez, esta técnica plantea una problemática de segundo nivel, dado que puede propiciar un posible registro a la baja o una presentación de datos falseada desde la parte empresarial, tergiversación orientada a garantizar la obtención estos beneficios. Por ello, todo sistema que desarrolla mecanismos incentivadores como los presentes debe, a su vez, acompañarse de un exhaustivo sistema de registro, supervisado por la autoridad laboral competentes.

Junto al anterior sistema basado en la experiencia pasada de la empresa, resulta de interés el sistema de tarifas *premium*⁹³⁵ (*premium assessment rates*). Esta técnica consta de dos fases, como paso inicial, la tarifa es evaluada mediante la comparación con el resto de empresas del mismo sector o empresas del mismo grupo de riesgo, siguiendo un sistema de catalogación predeterminado. En un segundo nivel, se procede a la determinación de tipos variables como consecuencia de unos resultados positivos o negativos, al comparar índices concretos de *experience rating*, con los índices medios en el sector o grupo de riesgo al que se pertenezca⁹³⁶. Es decir, aquella empresa que culmine el período de referencia con unos resultados satisfactorios, tomando como punto de comparación los resultados de sus empresas homólogas, por compartir grupo de catalogación, recibirán un *bonus* por ello; no así, si presentan resultados desfavorables se les aplicará una tarifa agravada, *malus*.

935 *Premium* en el sentido de sistema más favorable a nivel fiscal o contributivo, por la consecuencia de unos determinados resultados.

936 ELSTER, D. y TAYLOR, T. N. (ed.): *Economic incentives to improve occupational safety and health...*, op. cit., págs. 29 y 30.

2.- *Los incentivos económicos en los sistemas de aseguramiento social: ¿experiencia aislada o tendencia?*

Ya se ha dicho que el uso de incentivos económicos o de financiación dentro los sistemas de aseguramiento de los riesgos profesionales, junto a la técnica legislativa para la prevención de riesgos laborales, resulta una práctica común fuera de nuestras fronteras. El recurso a *premiums* en función de cifras o ratios de siniestralidad en la empresa, así como los índice de reclamaciones recibidas en el pasado, resultan las principales técnicas. Ciertamente es que algunos Estados introducen criterios distintivos, normalmente suplementarios, como sucede en los países que realizan una diferenciación de los tipos en base al tamaño o magnitud de la empresa en cuestión (Bélgica, Francia, Finlandia, Holanda y Polonia)⁹³⁷. Por ello, resulta inexcusable apearse para el análisis de algunos de estos modelos.

2.1.- Francia

En esta retrospectiva, especial atención merece el caso francés, donde la *Sécurité Sociale* realiza un cálculo de las cotizaciones empresariales tomando como criterios de discriminación el número de asalariados de la empresa en cuestión, así como el concreto sector de actividad, y el índice de siniestralidad de los años precedentes (art. D. 242-6 y ss. du Code de la Sécurité Sociale)⁹³⁸.

937 *L'Assurance accidents du travail-maladies professionnelles dans les pays de l'Union européenne*. EUROGIP, Paris, 2004.

938 Para una mayor información sobre el modo de cálculo concreto, véase:

<http://www.ameli.fr/employeurs/vos-cotisations/le-calcul-des-taux/les-differents-modes-de-tarifification.php> (última consulta el 05/02/2015).

De esa manera, las empresas que cuenten con menos de 20 asalariados quedan sometidas a la denominada “*tarification collective*”. Se trata de una tarifa uniforme para todas las empresas del sector que no lleguen a 20 trabajadores asalariados, una tarifa grupal actualizada anualmente y determinada en función del índice de siniestralidad del sector en los tres años inmediatamente precedentes⁹³⁹.

Para aquellas empresas que se encuentren entre los 20 y los 149 trabajadores asalariados, el tipo de cotización será una “*tarification mixte*”, una conjunción entre una tasa fija calculada ex ante en función del sector de actividad, y una variable en función de la empresa, la cual irá ascendiendo exponencialmente en la medida que se aproxime a la cifra de los 149 asalariados.

Finalmente, la “*tarification individuelle*” abarca a aquellas empresas que emplean a un total de trabajadores asalariados igual o superior a los 150, y se determina mediante un individualizado cálculo ex post basado en el índice de siniestralidad concreto de la compañía⁹⁴⁰.

939 *Arrêté du 24 décembre 2014 modifiant l'arrêté du 17 octobre 1995 relatif à la tarification des risques d'accidents du travail et des maladies professionnelles et fixant les tarifs des cotisations d'accidents du travail et des maladies professionnelles des activités professionnelles relevant du régime général de la sécurité sociale pour 2015.*

940 Para el cálculo de esta tasa neta, inicialmente se debe determinar la tasa bruta (TB) de la empresa, obtenida ésta mediante una multiplicación del coste medio de la categoría de siniestros (tabla predeterminada anualmente para los casos de incapacidad temporal e incapacidad permanente) y el número de siniestros de la categoría en los 3 últimos años, dividido por la masa salarial de la empresa en esos mismos tres años, y multiplicado todo por cien.

$$TB = \frac{\text{Coste medio de la categoría de siniestro X número de siniestros en la categoría durante esos 3 años}}{\text{Masa salarial en los 3 años}} \times 100$$

Posteriormente, para determinar la tasa neta (TN), se somete la TB a cuatro aumentos (A), subidas de carga idénticas para todas las empresas y establecidas anualmente por medio de decisión ministerial:

- A1: cubre el costo de los accidentes *in itinere*. (en 2015: A1 = 0,25%).
- A2: cubre todos los costes de gestión de riesgos laborales. (en 2015: A2 = 55%).
- A3: cubre el costo de las transferencias a otros regímenes y los fondos dedicados a la atención específica de trabajadores expuestos al amianto (en 2015: A3 = 0,61%).

Diferentes estudios empíricos sobre la repercusión que en el número de infortunios genera el incremento de *premium rates*, concretamente mediante *experience rating* a nivel sectorial, han mostrado un resultado favorable traducido en un descenso del índice de siniestralidad y mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo⁹⁴¹.

A modo de esbozo, ya que en el próximo capítulo se tratará con detenimiento, resulta resaltable del caso francés cómo cuando la contingencia profesional sea consecuencia de una “*faute inexcusable*” en la conducta empresarial, el trabajador recibirá un montante económico complementario en sus prestaciones. Este montante será reembolsado por la seguridad social a través de un incremento de las contribuciones empresariales de los próximos períodos contributivos.

2.2.- Alemania

Con una configuración peculiar, Alemania presenta unas técnicas de incentivos económicos interesantes, propias de un sistema basado íntegramente en el aseguramiento público de los riesgos profesionales. La clara determinación legal para que los diferentes seguros sectoriales desarrollen sistemas de incentivos económicos, ha generado iniciativas

-
- A4: cubre el coste de transferir a la *Branche vieillesse de la Sécurité sociale* la jubilación por “*pénibilité*” (2015: A4 = 0,00%).

$$TN = (TB + A1) \times (1 + A2) + A3 + A4 ;$$

Ejemplo: Tasa real de 2015 = $(TB + 0,25 \%) \times (1 + 55 \%) + 0,61 \% + 0,00 \%$

941 LENGAGNE, P.: “Experience Rating and Work-Related Health and Safety”, en *Journal of Labor Research*, 12 septiembre de 2015, págs. 16 y ss. Disponible en (última consulta el 13/11/2015):

<http://link.springer.com/article/10.1007/s12122-015-9216-x>

especialmente eficientes como sucede con el Seguro de Accidentes de la Industria Cárnica (*Fleischerei Berufsgenossenschaft, FBG*)⁹⁴².

El FBG se asienta sobre tres pilares: el Programa de Primas Variables (*Beitragsnachlass*), el Programa de Descuentos (*Rabattverfahren*) y el Programa de Financiación (*Prämienverfahren*). Según el Programa de Primas Variables, dirigido a analizar el número de siniestralidad de la empresa en su último año, la empresa puede disfrutar de un reembolso de hasta un 10% en su tarifa anual⁹⁴³. En una línea similar, el Programa de Descuentos realiza una ponderación entre el nivel de siniestralidad recogido en los últimos 5 años por la empresa, y el promedio de siniestralidad de su sector, generando incrementos (hasta 10%) o descuentos (hasta un 5%) en función de los resultados⁹⁴⁴.

942 ELSTER, D. y TAYLOR, T. N. (ed.): *Economic incentives to improve occupational safety...*, op. cit., págs. 106-119; VAN DEN BROEK, K. y KRÜGER, H.: "Cost-benefit-analysis of economic incentives...", op. cit., págs.2-5; ELSLER, D., TREUTLEIN, D., RYDLEWSKA, I. (et al.): "A review of case studies evaluating economic incentives...", op. cit., págs. 290 y ss.

943 La determinación del porcentaje a reembolsar se realiza mediante un sistema de puntos en el que, junto al número y gravedad de los accidentes acaecidos en la empresa, se tendrá en consideración el coste total generado al FBG (entre 1 y 50 puntos, según una escala monetaria), la extensión del período de incapacidad temporal generado (> 42 días= 5 puntos; >84 días= 10 puntos), o en casos de incapacidad permanente, en función de la gravedad del accidente (entre 15 y 100 puntos), siendo el fallecimiento del trabajador la mayor de las agravaciones (100 puntos). Véanse:

<http://www.bgn-fleischwirtschaft.de/mitgliedschaft/beitragsnachlassverfahren/> y <http://www.bgn-fleischwirtschaft.de/mitgliedschaft/beitragsnachlassverfahren/berechnung-und-hoehe/> (última consulta el 11/02/2015)

944 Tomando como base las cifras del Programa de Primas Variables, se realiza un comparación de los datos relativos a los últimos cinco años, comparándolos con los resultados reflejados por el sector, de modo que si el resultados es positivo, la empresa disfrutará de un *bonus* (hasta un 5%) sobre la tarifa anual, Véase:

<http://www.bgn-fleischwirtschaft.de/mitgliedschaft/rabattverfahren/> (última consulta el 11/02/2015).

Si el resultado de la empresa resulta negativo, es decir, superior al promedio de siniestralidad del sector, la empresa recibe un recargo (*malus*) de un 10% en su tarifa. Véase:

<http://www.bgn-fleischwirtschaft.de/mitgliedschaft/zuschlagsverfahren/> (última consulta el 11/02/2015).

Finalmente, el Programa de Financiación, de naturaleza preventiva, se ocupa de financiar medidas y actividades preventivas desarrolladas por la empresa, mediante un sistema de listas de medidas preventivas necesarias en el sector, en el que la empresa que voluntariamente decida participar puede obtener una reducción de sus primas. El programa *Prämienverfahren*, trata de reducir los índices de siniestralidad de las empresas mediante la financiación de unas predeterminadas medidas preventivas. Este tipo de ayudas económicas resultan especialmente eficaces dada su precisión en cuanto a las medidas preventivas a subvencionar, así como por la economía procesal para su obtención. El procedimiento consiste en unos cuestionarios a cumplimentar por las empresas en el que éstas son preguntadas, entre otras muchas cuestiones, acerca de las condiciones de seguridad y salud de la empresa, la adopción de concretas medidas preventivas, la organización del trabajo, y un largo etcétera. De esta manera, en función de la satisfacción o desarrollo de las medidas o acciones aconsejadas por el cuestionario, la empresa acaba recibiendo un número total de puntos, siendo 100 puntos la cantidad máxima, equivalente a una reducción de un 5%.

Esta técnica resulta especialmente útil en la implementación de seguridad y salud en el trabajo ya que las empresas conocen de antemano qué tipo de medidas preventivas deben desarrollar para la obtención del *bonus*.

2.3.- Italia

En el caso de Italia, el legislador ha creado un sistema de financiación del aseguramiento público ofrecido por el INAIL en el que se diferencian cuatro tipos de tarifas en función del sector (Industria, artesanía, sector servicios y “otras actividades”) para las cuales determina, a su vez, unas tarifas y

premiums propios⁹⁴⁵. En lo que a incentivos económicos que atenúen o agraven tales tarifas se refiere, se establecen tres tipos de variaciones⁹⁴⁶.

La primera de ellas, irá dirigida a aquellas empresas que su encuentren en su primer bienio de actividad (*oscillazione nel primo biennio di attività*), y atendiendo al respeto que de las normas de seguridad e higiene en el trabajo efectúe la empresa en cuestión, podrá gratificársele con una reducción de hasta un 15%. Para las empresas que superen ese período de actividad, se analizan los ratios de siniestralidad habidos en la empresa concreta y se comparan con los niveles medios de siniestralidad del sector (*oscillazione per andamento infortunistico*), de modo que resultados inferiores a la media darán lugar a *bonus* para la empresa y, a la inversa, la empresa que exceda los niveles medios colectivos, recibirá un *malus* y verá incrementada su tarifa. Finalmente, se establece desde el INAIL un sistema de descuento tomando como guía las medidas preventivas desarrolladas por la empresa (*oscillazione per prevenzione*).

Esta última técnica, dirigida a valorar los esfuerzos preventivos y premiar por ello, merece especial detenimiento por lo completo y exhaustivo de su ámbito de acción. Mediante esta técnica de descuento, se premia a aquellas empresas que demuestren la realización de mejoras en las condiciones de seguridad y salud en la empresa, más allá de la normativa mínima exigida. En base al Decreto ministerial de 3 de diciembre de 2010, que modifica el art. 24 del Decreto ministerial del 12 de diciembre de 2000, la

945 Decreto del 12 de diciembre 2000, sobre “*Nuove tariffe dei premi per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali delle gestioni: industria, artigianato, terziario, altre attività, e relative modalità di applicazione*”.

946 Para más información, véase:

<http://www.inail.it/internet/default/INAILcosafa/Sicurezza sullavoro/Sostegnoalleimprese/Agevolazionitariffarie/index.html> (última consulta el 11/02/2015).

reducción de la tasa será una cifra fija y determinada en función del número de trabajadores de la empresa en el año respectivo⁹⁴⁷.

El impreso de solicitud de reducción que las empresas deben cumplimentar consta de tres partes: *scheda informativa generale, domanda di riduzione, dichiarazione del richiedente*⁹⁴⁸. Una primera, relativa a la evaluación de la regularidad contributiva y aseguradora del empleador solicitante; una segunda, sobre el cumplimiento de las exigencias legales en materia de seguridad e higiene en el trabajo; y una tercera, dirigida a certificar el nivel de calidad preventiva de la empresa, para lo cual se somete a la empresa a un listado de medidas concretas que resultan de aconsejable desarrollo⁹⁴⁹.

3.- Puntos clave para unos incentivos económicos eficaces

Dada la efectividad mostrada por la técnica de los incentivos económicos en la obtención de un decremento de los niveles de siniestralidad de las empresas, resulta menester el apunte de unas trazas comunes en la

947 El porcentaje de reducción se encuentra entre un 30% en empresas que empleen a menos de trabajadores, y descendiendo gradualmente en función que aumenta el número de trabajadores en plantilla, hasta llegar a un 7% en empresas que cuenten con más de 500 empleados.

948 ISTRUZIONI OT24-2015: "*Guida alla Compilazione. Domanda per la riduzione del tasso medio di tariffa ai sensi dell'art. 24 delle Modlità di applicazione delle Tariffe dei premi (d. m. 12/12/2000 e s.m.i) dopo il primo bienio di attività*", publicado por el INAIL. Disponible en:

<http://www.inail.it/internet/default/INAILincasodi/Gestionerapportoassicurativo/Pagareilpremi oassicurativoinaliquidazione/Oscillazione deltasso/Perprevenzione/index.html>

949 Los presupuestos para la solicitud se dividen en nueve secciones, desarrollada cada una en un extenso y detallado contenido para el cual se establecen, a su vez, los documentos requeridos para su prueba. Los temas abordados en cada sección son los siguientes:

- Sección A: "*Intervenciones de carácter general*".
- Sección B: "*Intervenciones de carácter general inspiradas en la Responsabilidad Social*".
- Sección C: "*Seguridad y supervisión sanitaria*".
- Sección D: "*Prevención de riesgos específicos*".

gran mayoría de los modelos. El recurso a esta técnica es una clara opción de política nacional, de modo que cada Estado afronta la cuestión de modo diverso, si bien la mayoría de nuestros congéneres europeos prevén algún tipo de incentivo económico al respecto. No es extraño que en ocasiones se opte por otorgar mayor presencia a esquemas de subsidios públicos, haciendo hincapié en las subvenciones como método para la promoción de actividades preventivas⁹⁵⁰.

A modo de premisa, todo incentivo económico que pretenda incidir sobre los niveles de siniestralidad, debe focalizar parte de su ámbito de impacto en el aspecto preventivo de la medida. Es decir, junto a criterios *a posteriori* que analicen las consecuencias de la aplicación o inaplicación de políticas de seguridad y salud en el trabajo (*experience rating*), resulta recomendable introducir parámetros que midan el actuar de la empresa en aras de reducir el riesgo futuro. Para lo cual, reviste especial interés la elaboración de listados con medidas preventivas a desarrollar por las empresas del sector, de modo que éstas dispongan de información sobre concretas actuaciones a realizar para lograr una disminución de las tarifas, y en definitiva, una disminución de la siniestralidad individual.

Asimismo, se debe realizar una diferenciación entre aquellas empresas de mayor tamaño y las pequeñas y medianas empresas, para lo cual se puede considerar como criterio diferencial tanto el número de trabajadores en plantilla como la magnitud económica de la empresa. Esto resulta evidente dado que las necesidades preventivas de unas y otras, así como la capacidad

950 DEN HELD, M (dir.): *Economic impact of Occupational Safety and Health in the Member States of the European Union*. European Agency for Safety and Health at Work, Bilbao, 1999; ELSTER, D. y TAYLOR, T. N. (ed.): *Economic incentives to improve occupational safety...*, op. cit., págs. 201 y ss.; ELSLER, D.; TREUTLEIN, D., RYDLEWSKA, I. (et al.): "A review of case studies evaluating economic incentives...", op. cit., págs 289 y ss.; *L'Assurance accidents du travail-maladies...*, op. cit., págs. 12, 20, 23, 31, 36-37, 45, 50,57, 61-62, 65, 69 ; ELSLER, D. ; HEYER, A. y KUHL, K. ; EECKELAERT, L. (eds.) : *How to create economic incentives in occupational safety and health : A practical guide*. European Agency for Safety and Health at Work, 2011, págs. 21 y ss.

económica para hacer frente a los costes, difieren considerablemente. Del mismo modo, cuando de la técnica de *experience rating* se trata, mientras una empresa con elevado número de asalariados dispone de espacio de maniobra para la reducción de la siniestralidad, empresas de reducida plantilla no encuentran ese campo de maniobrabilidad ya que el incremento en uno o varios accidentes les puede suponer alcanzar porcentualmente la cuota máxima y por lo tanto perder el derecho a *bonus*, incluso situarse en el campo negativo de los *malus*⁹⁵¹.

En la misma línea, para que los incentivos económicos cumplan su función, como resulta obvio, éstos deben ser suficientemente altos o gratificantes como para suscitar motivación en la parte empresarial, y deben mantener una correcta correlación entre el nivel de actividad preventiva deseado y el grado de recompensa dispensado.

Por último, debe el legislador prestar especial atención al nivel de costes indirectos generados mediante la aplicación de esta técnica. Una alta burocratización o gestión administrativa acarrearía un coste económico que, en definitiva, conllevaría trasladar y repercutir nuevos costes sobre la Administración. Resultaría paradójico, al menos, que la aplicación de una medida de incentivos económicos hacia la parte empresarial produjese, a su vez, una desincentivación económica para la Administración. La búsqueda de la justicia distributiva debe primar en todo momento, de modo que aquellas empresas que mayor coste generan en la comunidad, mayores costes asumirán.

951 Esta negatividad se acentúa cuando se trate de en un sistema basado en comparaciones estadísticas. Véase KLEIN, R. W. y KROHM, G.: "Alternative funding mechanisms...", op. cit., págs. 18 y 19.

4.- Sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales en el régimen español

El mecanismo para el aumento o reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales en España, ha encontrado regulación durante once años en el art. 108 de la LGSS, relativo a la cotización por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, manteniéndose su redacción inalterada hasta la entrada en vigor el 1 de enero de 2016, del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁹⁵². Se acomete entonces una modificación de continente, que no de contenido, ya que a pesar de modificar el tenor de la redacción, el nuevo art. 146 LGSS mantiene inalterado su significado⁹⁵³.

952 El primer acercamiento legislativo a la materia se produciría con el alumbramiento del art. 72.3 del texto Refundido de la ley General de la Seguridad Social de 1974.

953 Se deja de hablar de cotización con “sujeción a primas, que podrán ser diferentes para las distintas actividades, industrias y tareas”, para hablar de “tipos de cotización establecidos para cada actividad económica, ocupación o situación”. Esta nueva redacción no sólo resulta más acertada en su calidad jurídica cuando pasa de hablar de primas a tipos de cotización, sino que, además, resulta respetuosa con la clasificación que se realiza en la “Tarifa para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (Tarifa de primas para la cotización por contingencias profesionales), en su última redacción dada por la disposición final décima novena de la ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, con efectos desde 1 de enero de 2014, y de vigencia indefinida. De esa manera, para la determinación del tipo de cotización aplicable, se tomará como referencia lo previsto en los Cuadros I y II para identificar el tipo asignado, en concordancia con la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-2009).

Ahora bien, considero desacertada la terminología utilizada para la clasificación de los tipos aplicables en el Cuadro II cuando el legislador se refiere a éstos como “ocupaciones y situaciones”, ya que efectivamente se trata de ocupaciones concretas que pueden darse en cualquier actividad, pero no de situaciones.

Ésta clasificación del legislador, cuando habla de “actividad económica, ocupación y situación”, resulta más acorde a clasificaciones utilizadas para el estudio de la población económica activa que como criterio de clasificación para la determinación de tipos de cotización por contingencias profesionales. Véase <http://laborsta.ilo.org/applv8/data/SSM5/S/ES.html> (última consulta el 20/11/215)

Con este artículo se posibilita que el tipo de cotización⁹⁵⁴, de carácter único para todo el ámbito de protección del Régimen General, pueda ser diferente en función del “tipo de actividad, ocupación y situación” que se desempeñe, es decir, tomando como referencia prioritaria la actividad económica en la que se encuadra a la empresa obligada⁹⁵⁵.

Estos tipos, dice el precepto, computarán el coste de las prestaciones y las exigencias de los servicios preventivos y rehabilitadores, para así singularizar cada tipo a cada actividad económica concreta. De este modo, se logra asignar un tipo de cotización en razón de la siniestralidad concreta de cada actividad, a la vez que se homogeneiza, sin distorsionar la competencia, la cotización de las empresas⁹⁵⁶.

A su vez, estos tipos de cotización son susceptibles de experimentar oscilaciones, en modo de reducciones “en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención”; así como aumentos “en el caso de empresas que incumplan obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo”. Establece el artículo un tope como límite para las modificaciones cuantitativas, tanto al alza como a la baja, cifrado en un 10 por ciento de los tipos de cotización, si bien, puede aumentarse a un 20 por

954 Tipo de cotización compuesto por una tarifa desglosada en, por un parte, situaciones protegidas de incapacidad temporal (IT) y, por otra parte, incapacidad (invalidez), muerte y supervivencia (IMS).

955 Cuando concurren actividades auxiliares, les será de aplicación el tipo de cotización de la actividad principal de la que derivan. Para el caso de que concurren otras actividades no pertenecientes al ciclo productivo de la actividad principal, el tipo de cotización para los trabajadores ocupados en éste será el previsto para la actividad económica para las actividades que lleven a cabo (apartado dos de la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (Tarifa de primas para la cotización por contingencias profesionales).

956 QUÍLEZ FÉLEZ, M^a T.: *El sistema bonus-malus como línea de actuación en el marco de la estrategia española de seguridad y salud laboral*. Subdirección General de Planificación y Análisis Económico-Financiero de la Seguridad Social-Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2013. Disponible en (última consulta el 10/11/2015):

<http://www.coiim.es/rrii/descargas/jornadasyconferencias/prev11/mtquilez.pdf>

ciento cuando el actuar empresarial sea consecuencia de un reiterado incumplimiento de las obligaciones preventivas⁹⁵⁷.

Posteriormente, cumpliendo con el necesario desarrollo reglamentario que la normativa base requería, se desarrolla el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. Con él, se institucionaliza el sistema incentivos económicos de reducciones para aquellas empresas que muestren, por un lado, una contribución eficaz y contrastable a la reducción de la siniestralidad y que, junto a ello, hayan desarrollado actuaciones, objetivas y eficaces, en la prevención de AT y EP.

4.1.- Requisitos para acceder al incentivo

4.1.1.- Régimen general

La obtención del incentivo económico queda condicionada a la muestra de una actitud acorde a los principios de la LPRL y que, de modo adicional, se reúnan una serie de requisitos (art. 2 RD 404/2010) sobre los cuales conviene realizar algunas anotaciones:

- a) “Haber realizado inversiones, debidamente documentadas y determinadas cuantitativamente, en instalaciones, procesos o equipos en materia de prevención de riesgos laborales que puedan contribuir a la eliminación o disminución de riesgos durante el periodo de observación al que se refiere el artículo 6”. Premiar las inversiones en infraestructura resulta pertinente, sin embargo, la previsión legal presenta una serie de lagunas al tomarse

957 Art. 146.3 LGSS.

en consideración únicamente aquellas que hayan supuesto un desembolso económicamente cuantificable. En consecuencia, se dejan fuera todas las acciones o iniciativas que puedan desarrollarse desde la empresa y que trasciendan del mero gasto económico, como sucedería con campañas de concienciación o sensibilización en la empresa, plenamente aptas para generar una reducción de la tasa de siniestralidad.

Resulta criticable, junto a esa materialización de la acción preventiva que se entrevé en el artículo, la falta de concreción del legislador al no predeterminar qué tipo de inversiones concretas encajan en el supuesto, más allá de la especificación de la necesaria contribución de éstas a la reducción de la siniestralidad. Al respecto, sería aconsejable la introducción de tablas en las que se especificasen tanto inversiones como actividades concretas a desarrollar, al estilo del programa *Prämienverfahren* alemán. Estas tablas podrían ser singularizadas para cada actividad económica y adecuarse, así, a las necesidades de cada sector.

Con ello, se otorgaría seguridad jurídica a las empresas, ya que les permitiría conocer de antemano las inversiones computables, así como las medidas preventivas a desarrollar para acceder al incentivo económico.

- b) “Haber cotizado a la Seguridad Social durante el periodo de observación con un volumen total de cuotas por contingencias profesionales superior a 5.000 euros”.

- c) “No rebasar en el periodo de observación los límites que se establezcan respecto de los “índices de siniestralidad general” y “siniestralidad extrema”, para lo cual, no computarán los accidente *in itinere*” (Anexo II). Es decir, calculado el índice de siniestralidad (general y extrema) de la empresa, no podrá obtenerse un resultado superior al previsto en el límite que anualmente

se establece en la Orden de desarrollo de la normativa de cotización a la Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuestos.

Para el cálculo del índice de “siniestralidad general” que presenta la empresa se deberá realizar la siguiente ecuación⁹⁵⁸:

$$I_1 = \frac{\text{Importe total de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales durante el período de observación}}{\text{Cuotas totales por contingencias profesionales durante el período de observación}} \times 100 < \alpha_1$$

$$II_1 = \frac{\text{Número total de partes de AT y EP con baja laboral durante el período de observación}}{\text{Cuotas totales por contingencias profesionales durante el período de observación}} \times 10.000 < \beta_1$$

En parecidos términos, la determinación del “índice de siniestralidad extrema” se obtiene del siguiente modo⁹⁵⁹:

$$III_1 = \frac{\text{Número total de reconocimientos de incapacidad permanente y de fallecimientos en el período de observación} \times 1.000.000}{\text{Cuotas totales por contingencias profesionales durante el período de observación}} < \alpha_1$$

Estos índices límite de siniestralidad, asignados en la clasificación que se establece en los Códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-2009), serán revisados anualmente mediante la Orden por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley de Presupuestos

958 Como se establece en el ANEXO II del Real Decreto, se tendrá en cuenta la permanencia en la situación de activo del trabajador, el número de trabajadores y bases de cotización, así como la relación con la actividad desarrollada reflejada en el tipo de cotización por código (CNAE-2009). El subíndice I₁ e II₁ hacen referencia al tipo de cotización previsto para cada código de la CNAE.

959 El índice de siniestralidad extrema recogerá los datos relativo a fallecimientos, reconocimientos de pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez por contingencias profesionales

Generales del Estado del año en cuestión⁹⁶⁰. Esta labor permite actualizar los datos de modo individualizado para cada actividad económica, atendiendo a los ratios de siniestralidad que presente.

Resulta acertada la exclusión de los accidentes *in itinere* del cómputo ya que este tipo de infortunio queda fuera de la esfera organizativa y de la capacidad de actuación preventiva del empresario⁹⁶¹, y según el concepto de accidente de trabajo de la normativa preventiva, no resulta generador de responsabilidad empresarial. Es decir, dado que este tipo de accidentes, en principio, rebasan el ámbito de riesgo susceptible de control o reducción por parte empresarial, resulta coherente su exclusión del montante a tomar en consideración⁹⁶². No obstante, acorde a una visión respetuosa con la perspectiva integral y dinámica que debe estar presente en toda política empresarial de protección a la salud, los accidentes *in itinere* no resulta, o debieran resultar, un campo ajeno a la prevención de riesgos laborales⁹⁶³.

960 Última, Orden ESS/70/2016, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 [«BOE» núm. 26, de 30 de enero de 2016, páginas 8043 a 8076]

961 VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: “La técnica *bonus-malus* aplicada a la prevención de riesgos laborales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1, febrero 2003, pág. 13.

962 El cómputo de los accidentes *in itinere* para la formación del índice de siniestralidad concreto de cada empresa, es el motivo que mayor jurisprudencia genera en esta materia. Así, resultan usuales los litigios derivados de la desestimación de solicitudes por parte de la Tesorería y la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, derivados de un erróneo cálculo de ésta al no descontar estos accidentes de tipología específica. Entre las más recientes, véanse STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de septiembre de 2015 (rec. núm. 577/2014; rec. núm. 585/2014 y rec. núm. 678/2014); STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de septiembre de 2015 (rec. núm. 683/2014); STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de diciembre de 2014 (rec. núm. 309/2013), y STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de febrero de 2014 (rec. núm. 1101/2012).

963 GARCIA BLASCO, J. y PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: *El accidente in itinere. Un enfoque esencialmente preventivo*. Comares, Granada, 2009, págs. 15 y ss.

En este sentido, considero un avance la asunción de técnicas y principios propios de las normas preventivas por un campo como el de las normas de la Seguridad Social⁹⁶⁴, ejemplo de progreso hacia la integración de una cultura preventiva dentro del aseguramiento social.

d) “Encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de cotización a la Seguridad Social”.

e) “No haber sido sancionada por resolución firme en vía administrativa en el periodo de observación por la comisión de infracciones graves o muy graves en materia de prevención de riesgos laborales o de Seguridad Social, tipificadas en el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto”.

f) “Acreditar, mediante la autodeclaración sobre actividades preventivas y sobre la existencia de representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales que figura como anexo I, el cumplimiento por la empresa de los requisitos básicos en materia de prevención de riesgos laborales. La citada autodeclaración deberá ser conformada, en su caso, por los delegados de prevención, o acompañada de sus alegaciones a la misma”.

Ciertamente, la autodeclaración resulta ilustrativa del nivel de integración y aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, y el hecho de que se delegue sobre los delegados de prevención la capacidad de diagnosticar el estado de la prevención en la empresa resulta respetuoso para con el principio de participación de los trabajadores en todo lo

964 En ese mismo sentido, véase VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: “La técnica...”, op. cit., pág. 14.

concerniente a la prevención en la empresa. Sin embargo, quizás el legislador podría haber otorgado mayor significación a la autodeclaración, de haber previsto con ella algo más que un mero examen del nivel de cumplimiento de la normativa preventiva.

No obstante, puede resultar un tanto excesiva una autodeclaración en la que la empresa debe obtener un resultado afirmativo para cada una de las 30 preguntas, ya que un solo “No” como respuesta hace decaer la valoración favorable de toda la autodeclaración, lo cual, en definitiva, desvirtúa el sentido de la misma. Por lo tanto, sería aconsejable una atenuación de esta pauta restrictiva. Esto podría conseguirse creando un sistema de puntos en el que cada pregunta, cuando resultase posible, fuese contestada a través de una escala métrica progresiva en la que el valor mínimo “1” se correspondiese con un incumplimiento total de la previsión, y el valor “5” con un cumplimiento total de la misma.

g) “Además del cumplimiento de los requisitos preventivos básicos a que se refiere el párrafo f) anterior, la empresa deberá acreditar el desarrollo o la realización, durante el periodo de observación, de dos, al menos, de las siguientes acciones:

- 1.^a Incorporación a la plantilla de recursos preventivos propios (trabajadores designados o servicio de prevención propio), aun cuando no esté legalmente obligada a efectuarlo, o ampliación de los recursos propios existentes.
- 2.^a Realización de auditorías externas del sistema preventivo de la empresa, cuando ésta no esté legalmente obligada a ello.
- 3.^a Existencia de planes de movilidad vial en la empresa como medida para prevenir los accidentes de trabajo en misión y los accidentes «in itinere».
- 4.^a Acreditación de la disminución, durante el período de observación, del porcentaje de trabajadores de la empresa o centro de trabajo expuestos a riesgos de enfermedad profesional.

5.^a Certificado de calidad de la organización y funcionamiento del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa, expedido por entidad u organismo debidamente acreditado por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), justificativo de que tales organización y funcionamiento se ajustan a las normas internacionalmente aceptadas.”

A pesar de ser éste el apartado dispuesto para la promoción de medidas preventivas en las empresas, el legislador lo relega a un mero trámite al exigir el cumplimiento de dos únicas acciones de entre un escueto listado. Se desaprovecha la potencialidad para dirigir a las empresas hacia una cultura preventiva idónea. Medidas como el aumento del número de Delegados de Prevención en la empresa, el reconocimiento de un crédito horario adicional para el desarrollo de funciones de representación específica en prevención de riesgos laborales, la aplicación de campañas de concienciación ante la siniestralidad laboral, la elaboración de protocolos sobre conductas de acoso laboral, el reconocimiento de mejoras voluntarias ante casos de AT y EP, forman todas ellas parte de un largo listado que podría y debería ser introducido entre las medidas a premiar.

4.1.2.- Régimen específico: pequeñas empresas beneficiarias

Para aquellos casos en los que las empresas no hayan superado el volumen de cotización de contingencias profesionales pero rebasen la cuantía de 250 euros⁹⁶⁵, dentro del período de observación de cuatro años⁹⁶⁶ que marca el artículo 2, se prevé el acceso al premio de estas “pequeñas

965 Esta previsión normativa de límite mínimo de 250 euros resulta innecesaria ya que, incluso con la tasa de cotización de menor cuantía prevista en la CNAE (código 14.- Confección de prendas de vestir; tipo de cotización total: 0.90), queda superada tal cuantía cuando se toma en consideración el período de observación máximo de cuatro años.

966 El período de observación será de cuatro años, o inferior, siempre que con las anualidades anteriores se supere la cifra de 5.000 euros como importe satisfecho en concepto de cotización por contingencias profesionales. Lo dicho es aplicable a todas las ocasiones en las que se hable de “período de observación”, en el presente apartado.

empresas beneficiarias”, previa acreditación del cumplimiento de los puntos a), c), e) y f) transcritos líneas arriba. Del mismo modo, deberán acreditar el desarrollo o realización de “alguna” de las dos acciones adicionales (art. 3), si bien, la segunda requiere de la adopción previa de la primera:

“1ª- Asunción por el empresario de la actividad preventiva o designación de trabajadores de la empresa que asuman dicha actividad.

2ª- Obtención, por el empresario o los trabajadores designados que vayan a asumir las tareas preventivas, de formación real y efectiva en materia de prevención de riesgos laborales.”

No resulta muy apropiada la clasificación de “pequeñas empresas beneficiarias”. Se entiende más acertado hablar de “microempresas”, ya que al dirigirse a supuestos en los que la empresa no alcanza, dentro del período de observación, una cotización de 5.000 euros, ello conlleva hablar de empresas de dimensiones muy reducidas. Lo dicho queda patente ya que para empresas a las que les sea de aplicación una elevada tasa de cotización y dispensen un salario medio de mercado, tal umbral queda sobrepasado con el solo cómputo de un trabajador⁹⁶⁷.

De las 3.186.878 empresas que conformaban el tejido productivo español en 2015, el 3,5 por ciento disponían de una plantilla de entre 10 y 49 trabajadores, y sólo el 0,7 por ciento rebasa la cifra de los 50, lo cual arroja un resultado del 96 por ciento de empresas por debajo de los 10 asalariados⁹⁶⁸.

967 En esa línea, si la empresa se dedica a la limpieza, no debería superar los 2 trabajadores en plantilla, o los 8 si la actividad de la empresa fuera la confección textil. Véase ROMERO MIRÓN, A.: “¿Incentivamos la microempresa?”, en *Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya*, núm. 284, 2013, pág. 24.

968 Según los últimos datos del INEbase.-Directorio Central de Empresas, por el que se clasifican las empresas por su estrato de asalariados, de los 3.186.878 de empresas que en el año 2015 había en España, 1.754.002 lo eran sin asalariados su cargo, 1.299.759

De esta manera, para un correcto criterio discriminador, atendiendo a la magnitud de las empresas potencialmente beneficiarias, cuando se tome el estrato de asalariados como factor discriminador, que en definitiva es el realizado indirectamente por nuestro sistema, éste debiera realizar una mayor interiorización del estado de la cuestión español y prever una clasificación de mayor correspondencia con la situación mostrada.

Por lo tanto, la normativa no realiza una correcta división cuando prevé únicamente un supuesto excepcional, para las microempresas, y engloba al resto de las empresas bajo un mismo criterio. Resultaría conveniente realizar un desglose en mayor concordancia con la diversidad mostrada y diferenciar, entonces, entre microempresas sin asalariados (trabajadores autónomos), microempresas con salarios, empresas pequeñas, medianas y grandes empresas. Para esa labor, debiera tomarse en consideración la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas⁹⁶⁹, y su desglose, atendiendo, a su vez, tanto a los efectivos como al volumen de negocios o balance general anual de las empresas⁹⁷⁰.

empresas presentaban una plantilla de entre 1 y 9 trabajadores, 110.619 se encontraban en la franja de entre 10 y 49, y sólo 22.498 superaban los 50 asalariados.

969 Diario Oficial L 124 de 20-5-2003.

970 Se define a una mediana empresa como una empresa que ocupa a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

Se define a una pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.

Se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

4.2.- La necesidad de una adaptación integral de los requisitos

La determinación de los criterios para el acceso al incentivo guarda especial importancia ya que serán el faro por el que las empresas deban guiarse para arribar a la obtención del premio. Es por ello que éstos deben mantener una especial correlación con la realidad a la que se dirigen, así como con los objetivos preventivos a los que se pretende aspirar.

Ha quedado patente el desacierto de ciertos requisitos o, al menos, la necesidad de mejora que algunos de ellos precisan. Es así que se deben introducir ciertas mejoras que pueden sintetizarse, de un lado, en una mejor división de subgrupos a partir de nuevos parámetros métricos, y en la introducción de mayores especificaciones, de otro. De esa manera, una clasificación adecuada sería aquella que separase entre trabajadores autónomos (sin asalariados) –Grupo A-, microempresas (entre 1-9 asalariados, o hasta 25 asalariados en un único centro de trabajo⁹⁷¹) –Grupo B-, pequeñas empresas (entre 10 y 49 asalariados), medianas empresas (entre 50 y 250 asalariados) y grandes empresas (más de 250 asalariados)⁹⁷².

971 Considero acertado extender el criterio de microempresas, para este supuesto, a la cifra de 25 asalariados en plantilla, siempre que la empresa disponga únicamente de un centro de trabajo en el que se desarrolla la actividad habitual, actividad que no dé lugar a riesgos o peligros considerados como de especial gravedad. Ello resulta acorde a la última modificación que del art. 30.5 de la LPRL realizó el art. 39.1 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre. En empresas en las se “ocupe hasta 25 trabajadores, siempre y cuando la empresa disponga de un único centro de trabajo”, el empresario podrá asumir personalmente las funciones relativas al deber de prevención de riesgos laborales, “siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere el artículo 6.1.e) de la” LPRL.

972 Se plantea si resulta conveniente la introducción de la dimensión económica de la empresa como criterios discriminador, como sucede con la Recomendación 2003/361/CE. Sin embargo, se entiende que tal factor resulta irrelevante en materia de prevención de riesgos laborales, ya que el objeto de análisis es el riesgo profesional, el cual, no varía en función de la dimensión económica. No obstante, cierto es que el potencial económico de una empresa permite a ésta la realización de mayores inversiones, así como una mayor asimilación de la carga presupuestaria. Por ello, y como se verá en el apartado siguiente, la dimensión

Una vez efectuada esta diferenciación, debe el legislador tener en consideración el concreto sector específico en el que las empresas actúan, para poder así especificar la acción preventiva exigida a cada una de ellas (requisitos a. y f.). Como se observa en la siguiente tabla, las microempresas sin asalariados, es decir, los autónomos, se concentran en mayor medida en el sector de la construcción, seguidos del comercio y el resto de servicios. En un estadio neutro, las microempresas (entre 1 y 9 asalariados) se encuentran presentes en el total de sectores con una similar presencia. Empero, en el extremo contrario, las empresas pequeñas copan el sector industrial, sector en el que mantienen la hegemonía absoluta las medianas empresas.

Tabla 4.- Distribución sectorial por tamaño de empresa⁹⁷³

Tabla 3. Distribución sectorial por tamaño de empresa, 2013.

	Micro Sin asalariados	Micro 1-9	Pequeñas 10-49	Medianas 50-249	PYME 0-249	Grandes 250 y más
Industria	38,4%	47,4%	11,7%	2,1%	99,6%	0,4%
Construcción	61,5%	35,3%	2,9%	0,3%	99,9%	0,1%
Comercio	49,9%	47,0%	2,7%	0,4%	99,9%	0,1%
Resto de Servicios	55,1%	41,2%	3,0%	0,6%	99,9%	0,1%
Total	53,6%	42,2%	3,5%	0,6%	99,9%	0,1%

Fuente: INE, DIRCE 2014, (datos a 1 de enero de 2014).

Si la anterior modificación atiende a una razón cuantitativa, como es el número de trabajadores expuestos a los riesgos profesionales, no puede ser ajena la introducción, a su vez, de una discriminación cualitativa, atendiendo al nivel de riesgo profesional presente en la actividad. Por ello, cuando las empresas, y especialmente los Grupos A y B, se dediquen a actividades o

económica puede ser un factor a tener en consideración en la determinación de la cuantía final, pero no tanto para con el premio (*bonus*), sino con el castigo (*malus*).

973 *Retrato de las PYME*. Dirección General de Industria y de la PYME; Ministerio de Industria, Energía y Turismo, enero de 2015, pág. 2. Disponible en (última consulta el 27/11/2015):

http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2015.pdf

trabajos recogidos en el Anexo I del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención⁹⁷⁴, dado el especial riesgo y peligro que concurre en ellos, resultaría recomendable un plus en el nivel de requisitos exigidos.

Del mismo modo, cuando la empresa solicitante desarrolle su actividad en un marco de descentralización productiva, siendo que su actividad productiva concurre en un mismo lugar de trabajo con otras empresas, se deberá exigir una diligencia adicional a los deberes de coordinación y cooperación ya contemplados por el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. En ese sentido, medidas como la creación de una figura análoga al delegado de prevención, con dedicación específica en materias de coordinación, o el aumento del crédito horario de los delegados de prevención que representen a trabajadores envueltos en supuestos de

974 El listado de actividades o trabajos de especial peligrosidad que se recoge en el Anexo I del RD, es el siguiente:

- a. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según R.D. 53/1992, de 24 de enero, sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.
- b. Trabajos con exposición a sustancias o mezclas causantes de toxicidad aguda de categoría 1, 2 y 3, y en particular a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de categoría 1A y 1B, según el Reglamento (CE) n.º 1272/2008, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.
- c. Actividades en que intervienen productos químicos de alto riesgo y son objeto de la aplicación del R.D. 886/1988, de 15 de julio y sus modificaciones, sobre prevención de accidentes mayores en determinadas actividades industriales.
- d. Trabajos con exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según la Directiva 90/679/CEE y sus modificaciones, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados a agentes biológicos durante el trabajo.
- e. Actividades de fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos.
- f. Trabajos propios de minería a cielo abierto y de interior, y sondeos en superficie terrestre o en plataformas marinas.

coordinación de actividades, podrían ser medidas exigibles para el acceso al incentivo.

En definitiva, la separación de diferentes subgrupos no se entiende si no es para la exigencia de diferentes requisitos para cada uno de ellos, así como una diferente retribución en consecuencia. Por ello, mientras para los grupos A y B es conveniente un procedimiento rápido y sin elevada carga burocrática, al contrario de lo que actualmente sucede⁹⁷⁵, empresas de mayor tamaño disponen de mayores recursos para el cumplimiento de los trámites y exigencias procedimentales. Tampoco resultan iguales los recursos de una microempresa en comparación a una pequeña, sin hablar ya de medianas o grandes empresas, cuando se trata de la capacidad para desarrollar medidas preventivas y la maniobrabilidad para la reducción de los riesgos profesionales. Todo ello, debe tenerse en consideración para los requisitos exigidos y, primordialmente, para el cálculo del *bonus* final.

4.3.- Retribución a un hacer: sistema de *bonus*

4.3.1.- Procedimiento general de cuantificación del incentivo

Una vez obtenida la estimación favorable de la Dirección General de Seguridad Social, condicionada procedimentalmente a la entrega previa del informe de autoevaluación remitido desde las mutuas en fase inicial, es cometido de las mutuas ejecutar la orden de la Administración y, en orden al mandato, satisfacer o denegar el reembolso correspondiente a cada empresa⁹⁷⁶.

975 ROMERO MIRÓN, A.: “¿Incentivamos la microempresa?”, op. cit., págs. 25 y 26.

976 El proceso queda eminentemente relegado a las mutuas, quienes, al objeto de agilizar los trámites, disponen de formularios específicos, guías y otros tipos de documentación de ayuda. CIRUJANO, A.: “Comprendiendo el sistema de «bonus/malus»”, en *Seguridad y Medio Ambiente*; Fundación Mapfre, Cap. 1, 2010. Disponible en (última consulta el 25/11/2015):

<http://www.mapfre.com/fundacion/html/revistas/seguridad/nEspecial2010/capitulo1.4.html>

De esta manera, cuando el resultado sea favorable, por entender que concurren todos los requisitos, se acometerá un reembolso de hasta un 5 por ciento del importe de las cuotas por contingencias profesionales que la empresa haya pagado en el período de observación. Este porcentaje puede elevarse al 10 por ciento en el supuesto de que la solicitud se enmarque en un período de observación consecutivo e inmediatamente posterior a otro del cual se obtuvo a su vez un resultado favorable (art. 4). El límite cuantitativo que ningún reembolso podrá exceder, lo sitúa la normativa en cuantía igual a las inversiones en materia preventiva efectuadas por cada empresa (apartado a) del art. 2), así como en la cuantía de 5.000 euros a la que hace alusión el artículo 3.1.

Para con las “pequeñas empresas beneficiarias”, el límite se encontrará, asimismo, en el importe de lo cotizado por contingencias profesionales, no pudiéndose superar nunca la cuantía de 250 euros para el primer período de observación, y 500 euros en los siguientes, condicionados los últimos a la percepción del incentivo en los períodos anteriores.

La financiación de estas cuantías correrá a cargo del Fondo de Prevención y Rehabilitación constituido con el 80 por ciento del exceso de excedentes de la gestión de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (art. 5).

4.3.2.- La necesidad de una reformulación cuantitativa acorde a criterios individualizados

Es el nuestro un sistema de cuantificación que, efectivamente, atiende a los dos grandes parámetros que se consideran determinantes a la hora de influir en el nivel cuantitativo del *bonus*, es decir, los ratios individuales de siniestralidad de la empresa concreta y la comparativa de índice de siniestralidad individual respecto del general del sector o actividad económica a la que se pertenece. No obstante, la toma en consideración de estos factores

se realiza de modo inapropiado, ya que no se logra explotar el potencial que estos datos podrían otorgar desde una mirada preventiva hacia la incentivación de la conducta empresarial. Esto es así ya que la repercusión que estos componentes suponen en la variación del *bonus* final resulta difícilmente apreciable.

Igualmente, las “cicateras” cuantías reconocidas como premio⁹⁷⁷, y la limitación de éste al importe de las inversiones en instalaciones, procesos o equipos de prevención de riesgos, son agravantes que acercan este incentivo hacia el campo de la desincentivación.

De lo dicho, se extrae la necesidad de rediseñar el sistema para el cálculo de la cuantía a “devolver” a la empresa beneficiaria. Se habla de “devolver” ya que el *bonus* español, quizás erróneamente, no está construido como una “reducción” o “bonificación” sobre los tipos de cotización, sino más bien como un reembolso o devolución de una cuantía⁹⁷⁸. Un reintegro para el que las empresas deben esperar el extenso lapso de los cuatro años en los que se alarga el período de observación, tal vez una prolongación demasiado dilatada como para incidir en el actuar empresarial.

El rol que el sistema vigente otorga al índice de siniestralidad de cada actividad económica se refleja en el cálculo de los tipos de cotización por contingencias profesionales (desglosado en tipo de cotización para IT, IMS y el Total de ambas). A su vez, resulta trascendente cuando de fijar los límites de siniestralidad general y extrema para cada actividad económica se trata.

977 LAFUENTE SUÁREZ, J. L.: “El sistema de incentivos para la reducción de cotizaciones por contingencias profesionales. Análisis crítico de urgencia”, en *Actualidad Laboral*, núm. 13, julio 2010, pág. 1536.

978 *Ibidem...*, op. cit., pág. 1531. La alternativa se encontraría en un sistema como el francés, donde el tipo de cotización por contingencias profesionales atiende a criterios típicos de un *premium assessment rate*, de modo que absorbe las consecuencias del *bonus* o *malus* correspondiente.

Sin embargo, en contra de lo que sería recomendable, actualmente ello no tiene repercusión alguna en el cálculo del porcentaje a aplicar para obtener el importe final a reintegrar. Esto sería solventado mediante la integración de un sistema de comparación entre los índices concretos de siniestralidad de cada empresa (calculados acorde al sistema recogido en el Anexo II del RD 404/2010) y los índices de siniestralidad medios de cada actividad económica (atendiendo a los códigos CNAE). De esa manera, un resultado positivo, por encontrarse el índice de la empresa por debajo del promedio de siniestralidad del código correspondiente, daría lugar a una mayor reducción del tipo de cotización.

En cuanto al *experience rating* individual que cada empresa presenta, actualmente es computado parcialmente para la elevación del límite porcentual aplicable como beneficio, de un 5 por ciento a un 10 por ciento, en el período de observación consecutivo al período de estimación favorable⁹⁷⁹. Es decir, la empresa que obtenga una evaluación positiva en su solicitud, podrá optar en la próxima convocatoria a una devolución de hasta el 10 por ciento del importe relativo a las contingencias profesionales. Ahora bien, resulta difícil encontrar el aspecto incentivador de esta técnica, ya que mientras aquellas empresas que obtengan una evaluación desfavorable, sea por el motivo que fuere, pierden el aliciente para mejorar para el próximo cuatrienio, las que reciban una estimación favorable tampoco ven trasladado a la cuantía final el resultado de un hipotético descenso de los índices de siniestralidad propios.

Por todo ello, se entendería la instauración de un sistema en el que el porcentaje se aumentase a un hasta 15 por ciento de reducción sobre el importe de los tipos de cotización por contingencias profesionales. Este

979 Computado parcialmente ya que se trata de una toma en consideración indirecta, dado que el elemento a considerar no es el índice de accidentes sino el cumplimiento de los requisitos para obtener la estimación favorable.

importe, se dividiría a su vez en 3 subgrupos. EL primer subgrupo, consistirá en una reducción de hasta un 5 por ciento atendiendo al grado de cumplimiento de los requisitos establecidos para acceder al incentivo económico. El segundo de los subgrupos porcentuales se dirigiría a la obtención de hasta un 5 por ciento, dependiente del resultado favorable al comparar el índice de siniestralidad concreto de la empresa en cuestión, con el índice medio determinado para esa actividad económica, siguiendo los códigos CNAE-2009. La última de las franjas porcentuales, el hasta 5 por ciento restante, se calculará en función del historial presentado por la empresa en lo que a la progresión de su índice de siniestralidad se refiere.

Este sistema de reparto porcentual sería de conveniente aplicación para los Grupos C, D y E, vistos líneas atrás. No así, para los Grupos A y B, dada la reducida magnitud de estas empresas, se acomodaría mejor un reparto en el que hasta un 10 por ciento de la reducción se calculase en virtud del nivel de cumplimiento dado a los requisitos para el acceso al incentivo, con especial atención al grado de realización de las medidas preventivas recomendadas en los apartado f) y g). Ello es así ya que, como se ha precisado anteriormente, la maniobrabilidad de las empresas pequeñas cuando de su *experience rating* se trata, queda bastante limitada, y cualquier oscilación de los resultados dispara sus resultados porcentuales

4.4.- La contraparte del binomio premio-castigo: el ausente sistema de *malus*

De igual modo que cuando la empresa se convierte en beneficiaria por presentar unos resultados favorables acorde a los parámetros exigidos para el acceso al *bonus*. Cuando la empresa presente unos resultados desfavorables, por exceder de modo peyorativo los índices de siniestralidad media de la actividad económica, se imputará un gravamen a la empresa, traducido en un incremento del tipo de cotización. No es éste un instrumento de carácter represivo, como sucede con la sanción responsabilidad administrativa, sino un gravamen del tipo de cotización, derivado, por un lado,

del aumento de los costes (directos e indirectos) que la empresa ha generado como consecuencia de unos índices de siniestralidad que rebasan el promedio de la actividad productiva concreta, y de la necesidad de estimular la conducta empresarial hacia unas medidas tuitivas, de otro⁹⁸⁰. No rige aquí la potestad sancionadora de la Administración ni el principio de legalidad, ya que no se trata de castigar una conducta porque sea antijurídica, sino de obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario. En consecuencia, el *malus* es una figura plenamente compatible con el resto de instrumentos accionados ante AT o EP y, concretamente, con las sanciones derivadas de la responsabilidad administrativa. Es decir, es una figura que no dará lugar a vulneraciones de *non bis in idem*.

La previsión de un *malus* es contemplada por el art. 146 LGSS, cuando dispone, pendiente de desarrollo normativo, la introducción de un sistema de aumento de hasta un 10 por ciento de la cuantía de los tipos de cotización, para aquellas empresas que incumplan sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. Desgraciadamente, el legislador ha optado por no desarrollar este aspecto en el RD. Sin embargo, se alardea de mantener una posición de equilibrio entre *bonus-malus* mientras relega el aspecto penalizador a figuras como el recargo de prestaciones, la responsabilidad administrativa y la pérdida de bonificaciones, todas ellas, figuras ajenas a la lógica y naturaleza de los gravámenes de tipos impositivos y que “poco tienen que ver con una cotización más elevada o con su recargo”⁹⁸¹.

980 No toda resolución administrativa que suponga un gravamen o carga sobre al administrado, por limitar sus derechos individuales, va a ser considerada como una sanción administrativa de carácter represivo. Véanse REBOLLO PUIG, M.: “Derecho administrativo sancionador de las Comunidades Autónomas”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 2, 1990, pág. 42; RAMÍREZ TORRADO, M. L.: “La sanción administrativa y su diferencia con otras medidas que imponen cargas a los administrados en el contexto español”, en *Revista de Derecho*, División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, núm. 27, 2007, págs. 276 y ss.

981 SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Del bonus-malus al bonus-nullus”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, abril 2010, págs. 56 y 57.

Acorde a una cultura preventiva eficaz, el legislador debiera finalizar el proceso de desarrollo del sistema *bonus-malus* y desarrollar el segundo de los términos del binomio. No obstante, ello obligaría a una serie de modificaciones que, a pesar de su profundo calado, tampoco resultarían de difícil encaje en el sistema procedimental actual.

Para hacer efectiva la introducción, el primer paso reside en universalizar el proceso de solicitud, de modo que todas las empresas deban taxativamente participar y ser evaluadas por el sistema *bonus-malus*. Es ésta una consecuencia lógica, ya que de mantenerse la voluntariedad de las solicitudes, aquellas empresas que detectasen un resultado desfavorable en sus solicitudes se abstendrían de la participación en el proceso. De esa manera, como una ampliación más de sus competencias, correspondería a las “Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social”⁹⁸² o las entidades gestoras, la presentación y tramitación de las solicitudes.

En un segundo estadio, cuando la mutua o entidad gestora se encuentren en la realización del informe-propuesta, deberán realizar una fase adicional, consistente en comprobar el motivo por el que las empresas solicitantes no reúnen los requisitos para acceder al *bonus*. Si el motivo encaja en los hechos considerados como generadores del *malus*, la empresa recibirá un gravamen de hasta un 10 por ciento en su tipo de cotización.

Para la determinación de los hechos generadores del gravamen, se atenderá a dos criterios base:

- El resultado de comparar el índice de siniestralidad general y extrema de la empresa solicitante, para con los valores límite de los índices de

982 Respecto a posibles ampliaciones competenciales de las mutuas y su nueva denominación, véase LÓPEZ GANDÍA, J.: “La reforma de las mutuas y la sostenibilidad de la Seguridad Social”, en *Lex Social: Revista Jurídica de Derechos Sociales*, vol. 5, núm. 2, julio-diciembre 2015, págs. 160-162.

siniestralidad general y extrema que para cada ejercicio se determinan, clasificando las actividades económicas acorde a los códigos CNAE⁹⁸³.

- La evolución mostrada por su índice de siniestralidad individual (*experience rating*) durante el período de observación.

Respecto al primero de los criterios, se realizará una comparación entre el índice de siniestralidad individual y los valores límite de siniestralidad para cada actividad económica, de modo que cuando el resultado sea desfavorable, por ser mayor el índice propio de la empresa, el *malus* podría dar lugar a un aumento de hasta un 5 por ciento del tipo de cotización. A su vez, este porcentaje se desglosaría en un hasta 2,5 por ciento, para la comparativa del índice de siniestralidad general; y el restante hasta 2,5 por ciento, dirigido a la comparación del nivel de siniestralidad extrema.

Con el segundo de los criterios, se trata de obtener el *experience rating* individual de la empresa, tomando como objeto de análisis la evolución mostrada por el índice de siniestralidad general y extrema durante el período concreto de observación. Es decir, si durante ese espacio temporal determinado la siniestralidad de la empresa se ha incrementado o ha disminuido respecto a los años anteriores. De esta manera, aquellas empresas que muestren un empeoramiento de sus índices de siniestralidad, tomando en consideración los últimos cuatro años, obtendrán un aumento de sus cotizaciones de un hasta 5 por ciento. Al igual que en el supuesto anterior, esta cifra se desglosará a su vez en dos franjas de hasta 2,5 por ciento, atendiendo la primera a devenir del índice de siniestralidad general, y el segundo margen, a la evolución del índice de siniestralidad extrema. Respecto a los cuatro años a computar, sería aconsejable otorgar mayor importancia a

983 Para el cálculo de los índices de siniestralidad general y extrema, se atenderá a la fórmula expuesta líneas atrás y regulada por el Anexo II del RD 404/2010. Para la obtención de los valores límite, habrá que acudir la Orden por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, contenidas en las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

los años inmediatamente anteriores al del año de solicitud y, en contra, disminuir la relevancia de los años de mayor lontananza.

Para concluir con los factores determinantes para la obtención del porcentaje final a aplicar como aumento sobre los tipos de cotización, considero adecuado introducir un último elemento, ahora sí, atenuante. Cuando las empresas sobre las que vaya a recaer el *malus* pertenezcan a los grupos A y B, y muestre una situación económica negativa, objetivamente constatable⁹⁸⁴, podrá operar una modulación del presente gravamen.

984 Se entenderá que concurren causas económicas cuando la empresa pruebe la existencia continuada de pérdidas, actuales y previstas.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El daño se presenta como elemento basilar para la construcción del sistema de reparación, por ser principio y cimiento sobre el que se edifica la responsabilidad civil, así como los sistemas de aseguramiento y cobertura social. No todo daño recibe la atención del legislador y aplicador del Derecho, sino únicamente aquel sobre el que se reconoce una relevancia jurídica tal como para merecer la acción del sistema jurídico compensatorio, ya sea por el bien jurídico lesionado o la causa generadora del daño, atendiendo al criterio de imputación que active cada uno de los mecanismos compensatorios del sistema.

Dentro del daño reparable, por encontrar éste soporte normativo, resulta necesaria la individualización y vertebración del mismo. De esa manera, se diferenciará, atendiendo a la naturaleza del bien afectado, entre daños de carácter patrimonial y no patrimonial. El primero, alude a las pérdidas de posible cuantificación económica, como son el daño emergente y el lucro cesante; y el segundo, a aquellas lesiones sobre daños no económicos. Mientras el primero de los conceptos resulta susceptible de cuantificación atendiendo al valor de las pérdidas sufridas, el segundo de los conceptos, dada la especial idiosincrasia del *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad que engloban el concepto, queda fuera cualquier valoración monetaria atendiendo a las reglas del mercado, por lo que se requiere de una virtualización discrecional a manos del juzgador.

Ambas caracterizaciones del daño mantienen un juego relacional por el que, indiferentemente de la naturaleza del bien afectado, sea éste patrimonial o extrapatrimonial, las consecuencias de la lesión podrán, a su vez, presentarse como pertenecientes a la esfera patrimonial o extrapatrimonial del perjudicado. Es decir, una lesión sobre un bien patrimonial podrá desembocar tanto en daños nuevamente patrimoniales y extrapatrimoniales; y del mismo modo, una lesión sobre un bien

extrapatrimonial resulta susceptible de generar daños patrimoniales como no patrimoniales. Exponente de esta lógica, con especial interés en nuestra investigación, se manifiesta la lesión que sobre un daño corporal pueda derivarse, lo cual encuentra su clara representación en los daños derivados de AT y EP.

SEGUNDA.- La responsabilidad civil se instituye como mecanismo basilar para la compensación de los daños y perjuicios. Por ello, su ámbito de acción resulta esencialmente resarcitorio, en tanto que se dirige a asegurar que el dañado obtiene una reintegración o reparación, en su justa medida, de los daños y perjuicios sufridos. Así las cosas, se entiende que el deber de reparar alcanza hasta la reparación íntegra de los daños y perjuicios padecidos por la víctima, y no más, so pena de adentrarse en un peligroso camino hacia derroteros punitivos, susceptibles de incurrir en una sobreatribución de funciones, de difícil encaje.

En ese hacer, como ha incidido el Análisis Económicos del Derecho, se busca la traslación de costes desde el deudor al acreedor, haciendo que sea el causante del daño quien asuma los costes derivados de su conducta. Ahora bien, esa atribución requiere de un obligado juicio de imputación por el que se determine en base a qué se considera que el acreedor viene afecto de tal deber.

Se amolda, entonces, la responsabilidad civil empresarial como instrumento con el que reaccionar ante los daños y perjuicios derivados de los nuevos riesgos, para dar cobertura compensatoria a los nuevos sujetos perjudicados. Las particularidades fácticas de la relación laboral, entre patronos y obreros, no responden ya a un plano de igualdad propio del procedimiento civil sobre el que se ha construido la responsabilidad civil, sino a una lógica de jerarquía y dependencia en la que el trabajador aparece como parte necesitada de protección. Ello, obliga a que elementos como la carga

de la prueba y el criterio culpabilístico, bases para armar el procedimiento, se vean necesitados de una reorientación hacia prácticas tuitivas de la parte débil de la relación, los trabajadores. En suma, aparece la teoría del riesgo, como mecanismo por el que imputar la responsabilidad de los daños y perjuicios a aquél que genera y controla los riesgos, de los cuales obtiene un lucro.

TERCERA.- Se alumbra la legislación obrera como instrumento para dar cobertura a los trabajadores y los daños derivados de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Ante lo inadecuado e ineficiente de la responsabilidad empresarial para conseguir garantizar unos mínimos compensatorios para los perjudicados por los riesgos profesionales, se inicia el camino de la intervención pública, a través de los seguros sociales, para garantizar esos mínimos de subsistencia para la clase obrera. Construida sobre unas bases de imputación objetiva, propias de los sistemas de socialización de los riesgos, culminará este proceso con la integración de los seguros dentro de los modernos sistemas de Seguridad Social, pasando de una socialización de la responsabilidad empresarial a una socialización de la reparación, garantizando unas prestaciones básicas ante situaciones de necesidad.

En este punto, los nuevos tiempos generan un cambio de percepción en el sistema compensatorio, para evidenciar la necesaria política preventiva como único medio idóneo para proteger al trabajador. Si bien, la compensación de los daños se presenta como necesaria *ex post*, sólo una política preventiva *ex ante* consigue evitar los daños. En ese sentido, el mejor de los sistemas compensatorios será aquél que consiga no tener que actuar jamás, por haber integrado un sistema preventivo que consiga evitar la actualización del riesgo.

Aparecen entonces nuevos instrumentos con los que, a la par que compensar el daño, el sistema avance hacia la prevención del mismo. El caso

español sustentaría esta labor preventiva en el recargo de prestaciones, mientras a nivel comparado, tal objetivo sería desarrollado a través de instrumentos de traslación del coste como los incentivos económicos o la acción de regreso.

CUARTA.- Desde los albores del actual sistema de Seguridad Social, se encuentra ya el inacabado debate acerca del modo de coordinación de dos instituciones, cuando integradas en un mismo sistema de reparación del daño, deben dar compensación a un mismo suceso. Es decir, el cómo debe interaccionar la Seguridad Social para con la responsabilidad civil, en aras de conseguir la reparación total de los daños derivados de AT y EP, ha sido una materia controvertida desde sus inicios.

En esa labor interaccional, se evidencia necesaria la delimitación de la cobertura correspondiente a cada mecanismo, de modo que los daños que no vengan a ser cubiertos por uno, lo sean por el otro. En ese sentido, es menester analizar cuáles son los daños que cada instrumento compensa, y evitar así un errático devenir de solapamientos indebidos.

QUINTA.- Desde la óptica del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el daño se conceptualiza tanto desde la visión preventiva como reparadora. Mientras la normativa de prevención de riesgos laborales lo teoriza como objeto para construir el andamiaje preventivo de la LPRL, la Seguridad Social lo cristaliza a través de dos instituciones: el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

La calificación de AT se obtendrá como consecuencia de una triple concurrencia entre el elemento objetivo –lesión corporal-, subjetivo –condición de trabajador- y la relación de causalidad entre el daño y el trabajo. La ambigüedad de la redacción normativa ha generado que sea la labor

jurisprudencial la encargada de conformar cada término, desde el amplio y elástico concepto de lesión a la presunción *iuris tantum* del nexo causal. En ese sentido, se presenta como necesaria la elaboración de un cuerpo normativo que, de modo integral, regulase los accidentes de trabajo para aportar claridad y certeza sobre cada elemento. La anomia del actual marco normativo obliga a una constante labor interpretadora para extender cada concepto, lo cual se presenta especialmente relevante cuando el análisis recae sobre las lesiones no traumáticas, o en la delimitación de ampliaciones *ex lege* como los accidentes *in itinere* y “en misión”.

Lege ferenda, se podría dar solución al constreñimiento que de las enfermedades se realiza en el sistema de lista cerrada actual, para progresar hacia un “sistema mixto” con el que, a través de una sistema presuntivo, dar acogida a aquellas enfermedades profesionales que, a pesar de su naturaleza profesional, quedan actualmente fuera del especial ámbito protector de las contingencias profesionales.

SEXTA.- La búsqueda de una armonización comunitaria en el desarrollo de una responsabilidad civil adicional no ha desembocado en unas pautas comunes, más allá de las disposiciones mínimas en materia de seguridad, higiene y salud laboral que prevé la Directiva Marco 89/391 CEE. En ese sentido, sería conveniente superar las diferencias que cada Estado presenta en sus sistemas internos de reparación del daño derivado de AT y EP, para centrarse en un desarrollo de parámetros mínimos de cada instrumento, como pueden ser los daños a los que cada instrumento otorga cobertura, así como las técnicas para distribuir los costes generados por los siniestros laborales.

SEPTIMA.- Diversos son los modelos de estructuración del aseguramiento público de los riesgos profesionales, como diverso el grado de

cobertura de daños que cada uno dispensa, si bien, como tónica general, las cuantías resultantes difieren cuantitativamente de una completa reparación del daño, para dirigirse a una reparación mínima de bases. En ese sentido, la naturaleza de cada régimen de seguridad social o WC demarcará el nivel cuantitativo y cualitativo de la protección, así como la necesidad de interaccionar con otros mecanismos, dígase responsabilidad civil, para cumplir el objetivo basilar de un nivel óptimo de reparación del daño, entendido como *restitutio in integrum*, así como de prevención.

OCTAVA.- El espacio al que la responsabilidad civil empresarial queda relegado a nivel internacional muestra un triple escenario, pudiéndose presentar ésta como un mecanismo acumulativo sobre las protecciones de las prestaciones derivadas del aseguramiento social; como un espacio de complementariedad, dirigido a cubrir, como *top up*, los daños no cubiertos por los sistemas de seguridad social o *Workers' Compensation*; o en un tercer escenario, como campo vetado, rigiendo plenamente el principio de inmunidad empresarial.

La idoneidad de cada sistema de interacción mantiene una directa correlación con los dos principios vertebradores que deben regir todo sistema, representados en la búsqueda de la reparación íntegra del daño y la correcta distribución de los costes entre las partes actuantes: trabajador-Estado-empresario. En ese sentido, la técnica del descuento deviene como único modelo viable. Mientras el aseguramiento social asume unos costes en base a una responsabilidad objetiva, la responsabilidad empresarial queda relegada a aquellos supuestos en los que el daño devenga como consecuencia de un actuar indebido, ya sea por concurrencia de culpa en la conducta o por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales. Así, el sistema se mantiene, a su vez, fiel al objetivo prevencionista que debe regir en todo modelo reparador del daño derivado de AT y EP.

De esa manera, la técnica de complementariedad aparece como el mecanismo más apropiado para conseguir la *restitutio in integrum* del perjudicado, en tanto que las pensiones públicas se dirigen a cubrir unos costes mínimos, y la responsabilidad civil empresarial adquiere un papel adicional para completar esos mismos daños, hasta el total de la cuantía real del daño –daño complementario-, a la vez que otorga reparación a los daños que no han encontrado cobertura en el aseguramiento público, por quedar éstos condicionados a la concurrencia de una valoración subjetiva de la conducta del deudor de seguridad.

NOVENA.- Una efectiva reparación del daño se conseguirá únicamente a través de una compensación que evite una sobrecarga en la parte empresarial, por hacerle responsable de la asunción de unos costes de los que no deviene responsable; y que al mismo tiempo, no suponga una infracompensación de los daños padecidos por el trabajador, ya que ello conllevaría atribuirle unos costes que no le pertenecen. Un incorrecto juego de distribución de los costes generaría un enriquecimiento injusto por alguna de las partes, ya sea la empresarial, al responder por unos daños inferiores a los que viene obligado; o por el trabajador, al recibir una compensación por encima de los daños realmente sufrido.

DÉCIMA.- Dentro del modelo de interacción basado en la complementariedad, la solución radica en la aplicación de la técnica del descuento de los conceptos homogéneos –*compensatio lucri cum damno*-, ya que sólo así se consigue una configuración real del daño en su cuantía final. Para ello, debe el juzgador cuantificar de modo vertebrado los diferentes daños que ha recibido cobertura dentro del sistema de aseguramiento público de los riesgos profesionales, para posteriormente, descontar tales cantidades sobre la cuantía debida en la indemnización de daños y perjuicio, a lo cual, se añadirá el montante económico en concepto de las partidas no cubierta por

las prestaciones públicas, piénsese en el daño no patrimonial. Ahora bien, debe guardarse especial recelo a la hora de identificar como conceptos homogéneos las partidas a descontar, ya que no podrán reducirse las cantidades que no mantengan esa identidad.

En ese hacer, el devenir de la jurisprudencia ha presentado un camino errático ya que, ante la ausencia de un sistema de valoración específico para los daños derivados de AT y EP, se ha decantado la práctica judicial por una aplicación orientativa del baremo específico para el ámbito de los accidentes de circulación.

Lo inapropiado de trasladar un sistema de tasación legal construido sobre los cimientos de la responsabilidad objetiva a un campo como de imputación subjetiva sobre el que se fundamenta la responsabilidad civil adicional empresarial, ha quedado patente. La encomiable labor de los juzgadores a la hora de interpretar dicho baremo ha corroborado la necesidad de elaborar un baremo propio para la materia que resulta de análisis, para poder cristalizar los avances interpretativos, así como para arrojar certeza sobre extremos que a día de hoy resultan inconclusos.

UNDÉCIMA.- El sistema español requiere de una reorganización del modo de interaccionar de los mecanismos compensatorios más allá del derivado de las prestaciones públicas y la indemnización civil, y ello viene sustentado en la aparición de mecanismos resarcitorios adicionales como las mejoras voluntarias y el recargo de prestaciones.

En ese sentido, considero inadecuado el actual descuento que de modo indubitado efectúa la jurisprudencia sobre estas partidas, por ser éste un concepto que obedece a lógicas ajenas a las de las prestaciones públicas, si bien encuentra su cálculo en correlación con ellas.

Tampoco resulta entendible la acumulación de las cuantías resultantes de la aplicación del recargo de prestaciones, en tanto que resulta éste un híbrido incompatible con nuestro sistema jurídico, por solaparse con el resto de partidas compensatorias, en atención a su faceta compensatoria; y respecto del sistema sancionador punitivo que nuestro ordenamiento jurídico prevé, en atención a su faceta sancionadora/preventiva. Por ende, no cabe sino su completa supresión para colmar con otros instrumentos esa función social que, en efecto, cumple en su vertiente material.

DUODÉCIMA.- Se han realizado significativos avances desde la normativa social, si bien, dirigidos a colmar determinadas lagunas a nivel individual y no a tratar la temática desde la visión integral que sólo podría materializarse a través de la elaboración de un cuerpo legislativo específico para la materia. En ese sentido, el reconocimiento legal para la centralización en el orden jurisdiccional social de todos aquellos litigios que respondan a una infracción de normativa laboral, como pueda ser la relativa a la infracción de normativa de prevención de riesgos laborales, resulta laudable. Se pone fin así a un ciclo de vaivenes interpretativos derivados de las discordancias de las Salas del TS e implícitamente, se da apoyo legal a la labor interpretativa que se venía desarrollando desde la Sala de lo Social, como puede suceder respecto de la concepción que de la carga probatoria y de la deuda de seguridad se venía manteniendo.

No obstante, se hace con la LRJS una tímida mención a la necesaria elaboración del sistema de valoración específico para AT y EP, de un modo ambiguo, para arrojar más dudas que certezas.

DECIMOTERCERA.- Mientras no se desarrolle el baremo específico, seguirán los Tribunales recurriendo, facultativamente y a modo orientativo, al sistema de valoración previsto para los accidentes de

circulación, a fin de otorgar cierta igualdad y seguridad jurídica a la valoración de los daños. Obliga ello a prestar atención a la reciente promulgación de Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Nuevamente, resulta éste un sistema que, si bien supone un considerable aumento en lo que a la valoración de los daños patrimoniales se refiere y ahonda en la difícil vertebración de las diferentes partidas valorativas del daño moral, genera nuevos interrogantes para su aplicación en el ámbito objeto de nuestro estudio.

En esa línea, a pesar de que expresamente se recogerá la reparación íntegra del daño como principio guía del sistema, resulta ello una panacea, un camino guiado por el fuego fatuo que nunca se llega a alcanzar. La misma instauración del baremo conlleva la limitación de las cuantías resarcitorias, en tanto que su objetivo resulta cuantificar unos daños que, a menudo, dada su especial idiosincrasia –daños no patrimoniales- requieren de una individualización y valoración atendiendo a la inherente casuística de los supuestos en cuestión. Por ello, cualquier baremo de carácter cerrado deviene contrario al objetivo de la reparación íntegra del daño, principio únicamente salvable a través de una tasación de mínimos, a implementar por el propio juzgador.

Acorde a una aplicación orientativa del mismo, deberá el juzgador reconocer todos aquellos daños no previstos en el baremo y que efectivamente resulten probados.

Respecto al descuento de los conceptos homogéneos que maneja nuestro sistema de reparación del daño, el nuevo baremo arroja nuevas dudas e incertidumbres al integrar dentro de sus cuantías tabulares el previo descuento de las pensiones públicas de las que vendría beneficiado el perjudicado. No puede esta parte sino disentir de las voces que dan por válida

tal detracción, por ser a todas luces inadecuado dicha reducción, al haberse sustentado sobre unas bases reguladoras diferentes a las presentes en el caso de las contingencias profesionales. Por ello, si la aplicación en el orden social del nuevo baremo pretende solucionar los problemas que el viejo baremo generaba en relación al modo de realizar el descuento, el nuevo sistema, vuelve a obligar a una necesaria valoración *ad casum* del daño patrimonial de manos del juzgador, para reducir el montante diferencial que se extraiga de la comparación entre las cuantías derivadas de las contingencias comunes para con las contingencias profesionales.

Respecto al daño moral a valorar dentro de la reparación de daños derivados de AT y EP, debe el juzgador social atender a la especial particularidad en la que se actualiza el riesgo generador del infortunio, así como a la peculiaridad que puede presentar la víctima, en su condición de trabajador.

DECIMOCUARTA.- Una vez logrado el objetivo central de la reparación íntegra del daño, resulta ineluctable al sistema la construcción de un andamiaje preventivo. No hay daño mejor compensado que aquél que nunca se ha generado. En ese sentido, no resulta ajeno a los modernos sistemas de seguridad social el desarrollo de mecanismos preventivos con los que, a la vez que se previene el daño, se traspase sobre al agente generador y controlador del riesgo, los costes derivados de su impericia o mal hacer. Máxime, cuando éste se viene lucrando de tal riesgo. Se trata así de hacer consciente al empresario de los costes generados por su infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales y, a su vez, otorgarle la capacidad para reducir en el futuro su carga cuantitativa, siempre que se atenga a unos parámetros conductuales predeterminados legalmente.

Acorde a una justicia distributiva de las cargas, resulta coherente que ni la seguridad social ni el trabajador asuman unos costes de los que no

devienen responsables, y de los que no han obtenido lucro, sino únicamente perjuicio.

DECIMOQUINTA.- El primer instrumento preventivo que el marco comparado desvela y que se considera de necesaria introducción en el ordenamiento jurídico español, nos lo encontramos en la acción de regreso. Por medio de esta institución, se posibilitaría que la Seguridad Social acudiese contra el empresario infractor para reintegrarse de algunos de los costes que, en base al principio de automaticidad y de cobertura mínima que dispensa, ha venido obligada a sufragar. En ese sentido, cuando el ámbito de cobertura de la Seguridad Social se dirige a unos riesgos lícitos, por ser éstos considerados como de imposible eliminación total o, al menos, por resultar asumidos por la sociedad como tales, las consecuencias dañinas de los siniestros quedan bajo la cobertura de la protección social, y el empresario, en buena medida, resulta exonerado de una responsabilidad individualizada de corte culpabilista.

Ahora bien, cuando el daño devenga como consecuencia de la actualización de un riesgo ilícito, por generarse éste como consecuencia de una vulneración relevante de la normativa de prevención de riesgos laborales o por concurrir un desprecio de las normas conductuales básicas o elemental pericia debida, el empresario quedaría responsabilizado de los costes generados a consecuencia de su hacer, de modo que la Seguridad Social expulsaría de su ámbito de cobertura el supuesto en cuestión y responsabilizaría de modo de directo al empresario de los costes prestacionales.

Este reintegro se construiría como una acción de regreso interna de la Seguridad Social, compatible con el resto de responsabilidades del empresario, en tanto que no encuentra solapamiento ni incongruencia con ninguno de los instrumentos compensatorios-punitivos del ordenamiento jurídico, por responder a una lógica de distribución de costes. No obstante, a fin de evitar duplicidades cuantitativas, cuando se configure el montante

indemnizatorio en sede judicial, deberá limitarse el *quantum* compensatorio a los daños pendientes de compensación, lo cual, obliga a descontar las prestaciones públicas satisfechas, en regreso, por el empresario.

DECIMOSEXTA.- El segundo de los mecanismos preventivos, de especial desarrollo a nivel comunitario, es el de los incentivos económicos, también conocidos como *bonus-malus*. Actualmente el ordenamiento jurídico español prevé la aplicación de un sistema de *bonus*, si bien, no ha logrado ni hacer descender la alarmantes índices de siniestralidad del mercado de trabajo ni corregir, conductualmente a las empresas hacia un mejor cumplimiento de la normativa preventiva.

Ello es así, eminentemente, por la escasa trascendencia que en la práctica se le confiere a este sistema, dada su reducido nivel de repercusión sobre las tarifas o tipos de cotización empresarial, así como por la podredumbre calidad preventiva de su contenido. Se requiere una reconfiguración de la institución, para caminar hacia una técnica que clasifique los deberes y resultados preventivos de un modo coherente con el tejido empresarial español, consciente del campo de maniobra de las diferentes empresas, atendiendo a su potencial económico. Del mismo modo, se deberán integrar adecuados mecanismos de *experience rating* que permitan obtener una real fotografía del nivel preventivo de cada empresa, así como integrar listados exhaustivos de medidas preventivas a fomentar, y aportar así seguridad jurídica al sistema.

A su vez, todo sistema de incentivos económicos requiere de un premio por unos buenos resultados, pero también, un *malus* para los supuestos en los que la empresa no haya cumplido con los mínimos estándares preventivos, o muestre unos niveles inaceptables de siniestralidad. Actualmente nuestro sistema, erróneamente, ha prescindido de esta segunda parte del binomio, sin la cual, el sistema de incentivos económicos no se despliega en toda su plenitud. Por ello, conviene dar fin al modelo disfuncional actual.

DECIMOSEPTIMA.- Sólo con una reconfiguración total del sistema de reparación de daños derivados del trabajo, corrigiendo las disfuncionalidades que cada mecanismo o instrumento padece a nivel interno, y los problemas de interacción que se muestran a nivel externo, se puede lograr el preciado objetivo de compensar correctamente los daños y perjuicios de la víctima en su integridad. A la vez, se trata de conseguir que las cargas de esa compensación se repartan entre los diferentes agentes atendiendo a la responsabilidad que en la generación del siniestro se ha mostrado, socializando únicamente los riesgos libres de ilicitud. Y finalmente, llegar así al esperado nivel óptimo de prevención del riesgo, generando alicientes en los sujetos partícipes de la relación.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- *Accidents at work and diseases: flat rate or full reparation? European survey on the condition for the victims*. EUROGIP, junio 2005.
 - *Enfermedades Relacionadas Con el Trabajo*. Unión General de Trabajadores-UGT, junio de 2015.
 - *L'Assurance accidents du travail-maladies professionnelles dans les pays de l'Union européenne*. EUROGIP, Paris, 2004.
 - *Retrato de las PYME*. Dirección General de Industria y de la PYME; Ministerio de Industria, Energía y Turismo, enero de 2015.
 - *The Compensation Myth. Seven myths about de "Compensation culture"*. Association of Personal Injury Lawyers; Trade Union Congress, 15 April 2014.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La Seguridad Social en España*. Aranzadi, Pamplona ,1999.
- "Los orígenes de la Seguridad Social en España.", en *Seguridad social: una perspectiva histórica*. Subdirección General de Publicaciones; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, págs. 21-44.
- ALEMÁN BRACHO, C. y RAMOS LORENTE, M. M.: "Política Social y Bienestar Social en España.", en ALEMÁN BRACHO, C. y FERNÁNDEZ GARCIA, T. (coord.): *Política Social y Estado del Bienestar*. Tirant lo Blanch, Valencia , 2006, págs. 181-223.
- ALFONSO MELLADO, C. L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- “La intervención de los diferentes órdenes jurisdiccionales ante el accidente de trabajo: puntos críticos”, en *RGDTSS*, núm. 13, 2007, págs. 1-40.
- “La responsabilidad de “terceros” por accidente de trabajo”, en *Jornadas Catalanas de Dret Social*, 2007, págs. 3 y ss.
- “De nuevo sobre la competencia del orden social para conocer de las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y otras cuestiones en la materia”, en *Aranzadi Social*, núm. 16, 2011.
- *Prevención de riesgos laborales y accidente de trabajo en la ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. Bomarzo, Albacete, 2011.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA.: *Instituciones de Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 2002.

ALONSO SOTO, R.: “Responsabilidad civil y seguro”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, págs. 193-204.

ALVAREZ DEL BENITO, P.: “Prescripción de la acción de regreso de la Seguridad Social contra entidades aseguradoras”, en *Revista Española de Seguros*, núm. 82, abril/junio 1995, págs. 69-80.

ANNUNZIATA, G.: *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*. CEDAM, Milan, 2010.

APARICIO TOVAR, J.: “Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo.”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 49 , 1991, págs. 705-748.

- “Sobre la responsabilidad civil del empresario por infracción de las obligaciones de seguridad y salubridad en el trabajo”, en *Relaciones Laborales*, vol. II, 1994, págs. 539-557.

- “Sobre la responsabilidad civil del empresario por infracción de las obligaciones de seguridad y salubridad en el trabajo”, en MONERÉO PÉREZ, J. L. (ed.): *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral. XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1996, págs. 709-721.
- “Siguiendo el debate sobre la Seguridad Social. Habla Joaquín Aparicio”, publicado el 25 de julio de 2007 en el blog del Profesor Baylos Graus.
- “La Seguridad Social, pieza esencial de la democracia”, en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.^a N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*. Comares, Granada, 2008, págs.117-138.

ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P.: “Los límites competenciales de la jurisdicción social en materia de prevención de riesgos laborales”, en ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P. (dir.): *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, págs. 437-476.

- “Artículo 96. Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo”, en MERCADER UGUINA, J. R. (dir.): *Ley reguladora de la jurisdicción social comentada y con jurisprudencia*. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015, págs. 676-686.

ARQUILLO COLET, B.: “La acción de regreso de las compañías aseguradoras en la jurisprudencia: la aplicación del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro”, en *InDret*, Working Paper núm. 121, enero de 2003.

ARUFE VARELA, A.: “Jurisdicción social”, en BAYLOS GRAU, A.; FLORENCIO THOMÉ, C. y GARCÍA SCHWARZ, R. (coords.): *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 1217-1219.

AVIO, A.: “Gli infortuni su lavoro e la responsabilità civile”, en *Lavoro e Diritto*, núm. 1, invierno 2014, págs. 145-158.

AZNAR LÓPEZ, M.: “¿Hacia el «big-crunch» de la Seguridad Social española? De nuevo entorno al modelo constitucional de Seguridad Social”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 9, septiembre 2015, págs. 53-83.

BAEZ LEON, C., y B. MORENO JIMÉNEZ.: *Factores de Riesgos Psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*. Ministerio de trabajo e Inmigración, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), Madrid, 2010.

BARRÓN DE BENITO, J. L.: *El baremo de daños corporales. Materiales para la valoración de su cuestionada constitucionalidad*. Dykinson, Madrid, 1998.

BARROS BOURIE, E.: “Criterios de atribución de riesgos en materia contractual un contrapunto con la responsabilidad extracontractual.”, en BARROS BOURIE, E.; GARCIA RUBIO, M. P. y MORALES MORENO, A. M.: *Derecho de Daños*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 135-192.

BAYLOS, A. y TERRADILLOS: *Derecho penal del trabajo*. Trotta, Madrid, 1997.

BILBAO, A.: *El accidente de trabajo: entre lo negativo y lo irreformable*. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1997.

BLASCO MAYOR, A.: “Daños derivados del trabajo”, en *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2001, págs. 173-193.

BORRAJO DACRUZ, E.: “Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva. (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900).”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000. págs. 81-89.

BRUUN, N. y HEPPLÉ, B.: “Economic Policy and Labour Law.”, en HEPPLÉ, B. y VENEZIANI, B. (ed.): *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*. Hart, Portland, 2009. págs. 31-57.

BUSTO LAGO, J. M.: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Tecnos, Madrid, 1998.

BUFFA, F. y CASSANO, G.: *Il danno esistenziale nel rapporto di lavoro*. UTET, Torino, 2005.

CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F.: “Presunción de laboralidad de los accidentes acaecidos en el lugar y tiempo de trabajo (art. 156.3 LGSS)”, en ROMERO RODENAS, M. J. (coord.): *Accidentes de trabajo y sistemas de prestaciones*. Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 165-188.

CALABRESI, G.: *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Ariel, Barcelona, 1984.

CAMAS RODA, F.: “La responsabilidad civil por daños en el Derecho”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Cinca, Madrid, 2013, págs. 19- 84.

- *La normativa internacional comunitaria de seguridad y salud en el trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- *Los fundamentos jurídico laborales de la obligación general de seguridad empresarial*. Universitat de Girona, Girona, 2000.

CANE, P.: *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. Eighth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

CANO CAMPOS, T.: "La transmisión mortis causa del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la administración", en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, mayo-agosto 2013, págs. 113-157.

CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F. J.: *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable*. Bomarzo, Albacete, 2005.

CARPENA NIÑO, J. M.: "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social por infracciones", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, págs. 13-34.

CASAS BAAMONDE, M. E.: *Autonomía colectiva y seguridad social: (un estudio sobre la contratación colectiva en materias de seguridad social y conexas)*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

- "La nueva jurisdicción social. ¿Una jurisdicción auténticamente «social»?", en *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2012, págs. 1-28.
- "Jurisdicción y competencia del orden social", en NOGUEIRA GUASTAVINO, M. y GARCÍA BECEDAS, G. (dirs.): *Lecciones de jurisdicción social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 49-108.

CASTELLS, M.: *La era de la información: la sociedad red*. Alianza editorial, Madrid, 2005.

CAVAS MARTINEZ, F., y FERNANDEZ ORRICO, F. J.: *La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema de Seguridad Social*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

CAYTON, A.: "Workers' Compensation: A Background for Social Security Professionals." en *Social Security Bulletin*, vol. 65, núm. 4, 2003/2004, págs 7-15.

CIRUJANO, A.: "Comprendiendo el sistema de «bonus/malus»", en *Seguridad y Medio Ambiente; Fundación Mapfre*, Cap. 1, 2010.

CENDON, P.: *I danni risarcibili nella responsabilità civile: Il danno in generale*. UIET Professionale, Torino, 2005.

COMÍN COMÍN, F.: "Los seguros sociales y el Estado del Bienestar en el Siglo XX.", en PONS PONS, J. y SILVESTRE RODRÍGUEZ, J. (eds.): *Los orígenes del Estado del Bienestar en España (1900-1945): los seguros de accidentes, vejez, desempleo y enfermedad*. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2010.

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

CORTÉS, E.: "El daño patrimonial derivado de las lesiones a la integridad psicofísica. Notas sobre la jurisprudencia de la C.I.D.H.", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 12 y 13, 2007, págs. 307-323.

CRISTÓBAL RONCERO, R.: "La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario.", en *Revista del Ministerio y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, págs. 13-28.

DE ANGEL YAGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1988.

DE CUPIS, A.: *El daño*. Bosch, Barcelona, 1975.

DE FRANCISCO LÓPEZ, R.: “Los orígenes de la Prevención de Riesgos Laborales en y el comienzo del intervencionismo de Estado hasta 1939.”, en CASTELLANOS MANTECON, F. y SARACÍBAR SAUTÚA, A. (dir. y coord.): *Historia de la prevención de riesgos laborales en España*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo; Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2007, págs. 16-79.

- “La construcción en España de las primeras estrategias preventivas con relación a enfermedades de trabajo y riesgos en el trabajo.” en ASENJO, A. (dir. y coord.): *Trabajo y Salud. Desde la protección a la prevención*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene; Fundación Largo Caballero; Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2010, págs. 48-83

DE LA ASUNCIÓN RODRÍGUEZ, M. T.: “Daños y perjuicios.” en *LA LEY*, vol. 7, 2008-2009.

DE LA VILLA GIL, L. E.: “El Derecho del Trabajo en España, durante la Segunda República.” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIII, núms. 34; 35 y 36, 1969.

- “La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español.”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000. págs. 3-35.

DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO, M^a.: *Las enfermedades de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

DE LUCA, G.: “L’azione di regresso dell’INAIL e la tutela dei lavoratori”, en *Osservatorio Sicurezza Lavoro*, 26 ottobre 2011.

DE MATTEIS, A.: “Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008”, en *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, anno X, núm. 2, 2010, págs. 389-403.

DE WEERD, M, R. TIERNEY, y B. y BERTRANOU, E VAN DUUREN-STUURMAN.: *Estimating the cost of accidents and ill-health at work: A review of methodologies*. European Agency for Safety and Health at Work, Luxembourg, 2014.

DEAKIN, S. y MORRIS, G. S.: *Labour Law*. HART Publishing, Oxford; Portland (Oregón), 2009.

DEN HELD, M (dir.): *Economic impact of Occupational Safety and Health in the Member States of the European Union*. European Agency for Safety and Health at Work, Bilbao, 1999.

DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA, A.: “Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, págs. 639-732.

- “El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario.”, en *Seguridad Social: una perspectiva histórica*. Subdirección General de Publicaciones; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, págs. 219-292.

DESDENTADO BONETE, A.: “Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de la Seguridad Social”, en *Aspectos complejos en materia de seguridad social*. Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial; Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2001, págs. 219-292.

- “La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo. Estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de reparación”, en AA. VV.: Congreso de los Magistrados del Orden Social: el futuro de la Jurisdicción Social. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 401-501.
- “El daño y su valoración en los accidentes de trabajo.”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, págs. 79-104.

DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de Daños*. Civitas, Madrid, 2000.

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. V.- La responsabilidad civil extracontractual*. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *Los riesgos laborales: doctrina y jurisprudencia civil*. Thomson Civitas, Madrid, 2007.

DURÁN LÓPEZ, F.: *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*. Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001.

DURAND, P.: *La Política Contemporánea de Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

ELLIS, D. D. Jr.: “Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages.”, en *Southern California Law Review*, vol. 56, núm. 1, 1982 y 1983, págs. 1-78.

ELORRIAGA DE BONIS, F.: “Del daño por repercusión o rebote.”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, núm. 2, 1999, págs. 168-198.

ELSTER, D. y TAYLOR, T. N. (ed.): *Economic incentives to improve occupational safety and health: a review from the European*

perspective. European Agency for Safety and Health at Work, Luxembourg, 2010.

ELSLER, D., TREUTLEIN, D., RYDLEWSKA, I. (et al.): "A review of case studies evaluating economic incentives to promote occupational safety and health", en *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, Vol. 36, núm. 4, 2010, págs. 289-298.

ENGELHARD, E. F. D.: "Shifts of Work-Related Injury Compensation. Background Analysis: The Concurrence of Compensation Schemes", en KLOSSE, S.: *Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases*. Springer-Verlag/Wien, Vienna, 2007, págs. 8-82.

ESPING-ANDERSEN, G.: *Los tres mundos del Estado del bienestar*. Alfons el Magnánim, Valencia, 1993.

FAURE, M.: "Compensation for occupational diseases and the importance of prevention: a law and economic perspective", en *European Journal of Social Security*, vol. 9, núm. 2, 2007, págs. 127-167.

FAURE, M. G.; HARTLIEF, T. y PHILIPSEN, N. J.: "Funding of personal injury litigation and claim culture. Evidence from the Netherlands", en *Utrecht Law Review*, vol. 2, núm. 2, diciembre 2006.

FAURE, M. y HARTLIEF, T.: "Social Security versus Tort Law as Instruments to compensate Personal Injuries: A Dutch Law and Economics Perspective", en MAGNUS, U. (ed.): *The Impact of Social Security Law on Tort Law*. Springer, Viena, 2003, págs. 222-265.

- "Toward an Expanding Enterprise Liability in Europe? How to Analyze the Scope of Liability of Industrial Operators and their Insurers", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 3, 1996, págs. 235-270.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Accidente de Trabajo en el Sistema de Seguridad Social (su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)*. Atelier, Barcelona, 2007.

- “Protección de Seguridad Social y responsabilidad civil por accidente de trabajo: aporías del modelo español de responsabilidad y reparación por accidente de trabajo”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Cinca, Madrid, 2013.[figura en CD adjunto]

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: “La problemática del perjuicio estético: especial referencia a su valoración”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 34, 2010, págs. 9-44.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 49, 2004, págs. 127-170.

- “Lo esencial en la reforma de la Seguridad Social de 2011: modificaciones en la acción protectora y regímenes especiales”, en *Justicia Social: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2011, págs. 47-82.

FISHBACK, P. V. y KANTOR, S. E.: “The adoption of Workers’ Compensation in the United States, 1900-1930”, en *National Bureau of Economic Research Working Paper*, núm. 5840, noviembre 1996.

FLEMING, J. G.: “The Collateral Source Rule and Loss Allocation in Tort Law”, en *California Law Review*, vol. 54, núm. 4, 1996, págs. 1478-1549.

- *The Law of Torts*. The Law Book Company Limited, Sidney, 1987.

GALA DURÁN, C.: “Un nuevo avance en la delimitación del alcance de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones. Comentario a la STS de 16 de febrero de 2005 (RJ 3492)”, en *IUSlabor*, núm. 3, 2005, págs. 1-6.

- (invest. ppal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual (FIPROS/2006/44)*. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

GALAN GARCÍA, A.: “Los accidentes de trabajo en la agricultura española durante el primer tercio del S. XX.”, en *Revista Digital de Prevención*, núm. 1, 2010, págs. 1-22.

GARCIA BLASCO, J. y PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: *El accidente in itinere. Un enfoque esencialmente preventivo*. Comares, Granada, 2009.

GARCIA GONZÁLEZ, G. “La integración del régimen especial del empleado de hogar en el régimen general: logros y retos del futuro.” en *Aranzadi Social*, vol. 4, núm. 8, 2011, págs. 197-215.

GARCIA MATAMOROS, L. V. y HERRERA LOZANO, M. C.: “El concepto de daños punitivos o punitive damages.”, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 5, núm. 1, 2003, págs 211-229.

GARCIA MURCIA, J. G.: *Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

-“Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en CEF.- Trabajo y Seguridad Social, núm. 395, 2016, págs. 90-100.

GARCÍA ORMAECHEA, R.: *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1933.

GARCIA ORTEGA, J.: “El accidente de trabajo. (Actualidad de un concepto centenario).”, en *Tribunal Social*, núm. 109, 2000, págs. 36-59.

GARCIA SERRANO, A. y PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: *Vigilancia de la salud de los trabajadores: aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*. La Ley-Actualidad, Las Rozas, 1999.

GARCIA VIÑA, J.: Indemnización por daños y perjuicios en el orden social: una panorámica”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, marzo de 2015, págs. 25-56.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Antecedentes normativos y aparición del sistema de Seguridad Social en España. La Constitución Española”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (dir.): *Derecho de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 49-74.

GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*. Comares, Granada 2008.

GHERSI, C. A.: *Teoría general de la reparación de daños*. Astrea, Buenos Aires, 1997.

GINÈS I FABRELLAS, A.: *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*. Universidad Pompeu Fabra, 2011.

- *Prestaciones de la seguridad social por contingencias profesionales*. Bomarzo, Albacete, 2012.

- “Baremo de valoración del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en *Aranzadi Social*, núm. 2, 2012, págs. 1-18.

- “La Ley de la Jurisdicción Social: punto y final al eterno debate acerca de la jurisdicción competente en materia de responsabilidad civil

del empresario”, en *Relaciones Laborales*, núm. 21-22, 2012, págs 79-103.

- “Coordinación de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo: estudio empírico de los efectos de la dualidad de jurisdicciones competentes y de técnicas de coordinación sobre la compensación del daño”, en *InDret*, núm. 3, 2013.

GIL-LACRUZ, M. y GIL-LACRUZ, A. I. “Capital humano y capital social, implicaciones en el crecimiento económico.”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, págs. 93-104.

GOERLICH PESET, J. M.: “El derecho de la Seguridad Social”, en ROQUETA BUJ, R. y GARCIA ORTEGA, J. (dirs.): *Derecho de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 31-51.

GÓMEZ CABALLERO, P.: “La seguridad y la salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria”, en *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, págs.161-194.

GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “Responsabilidad por accidente de trabajo, infracción de normas laborales y jurisdicción competente. Comentario a la STS, 1ª, 15.1.2008 (RJ 2008/1394; MP: Encarnación Roca Trías)”, en *InDret*, octubre de 2008.

GÓMEZ POMAR, F.: “Daño moral.”, en *InDret*, 20-10-1999.

- “La responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: “Collateral Source Rule” y afines”, en *InDret*, núm. 1, 2000.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Incidencia del nuevo baremo de tráfico en la fijación de la indemnización por responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo”, en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2016, págs. 1-14.

GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y Salud en el trabajo y responsabilidad contractual empresarial*. Cedecs, Barcelona, 1996.

- “El recargo de prestaciones y la reforma: ¿un retorno a 1900 o la pérdida de su carácter coactivo?”, en MONERÉO PÉREZ, J. L. (ed.): *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral. XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1996, págs. 722-744.
- “Indemnización de daños y perjuicios por incumplimientos de obligaciones preventivas: la doctrina del Tribunal Supremo sobre el quantum indemnizatorio único y su proyección sobre el ejercicio de una tutela reparadora fragmentada”, en *RDS*, núm. 7, 1999, págs.153-172.
- “Artículo 4. Definiciones”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.); CARDENAL CARRO, M. (coord.) y ALZAGA RUIZ, I. (coord.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 75-101.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "El marco normativo de la seguridad y la salud laboral" en AGUSTÍ JULIÀ, J. (dir.): *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 1, 1999, págs. 15-44.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. Trotta, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ POVEDA, P.: “La responsabilidad por riesgo”, en SIERRA GIL de la CUESTA, I. (coord.): *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Bosch, Barcelona, 2008, págs. 699-713.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. “El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La

Directiva 89/319/CEE.” en *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1991, págs. 393-398.

GONZÁLEZ SANCHEZ, J. J.: *Seguridad e higiene en el trabajo: formación histórica y fundamentos*. Consejo Económico Social, Madrid, 1997.

GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Civitas, Madrid, 1988.

- “Vigilancia de la salud versus protección de la intimidad del trabajador”, en HORTAL IBARRA, J. C.; MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dir.): *Protección penal de los derechos de los trabajadores*. Edisofer, Madrid, 2009, págs. 37-72.

GOÑI SEIN, J. L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Tratamiento de datos de la salud del trabajador”, en ARCOS VIEIRA, M. L. (dir.): *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, (en prensa).

GRAVELLE, H. y WATERSON, M.: “No win, no fee: some economics of contingent legal fees”, en *The Economic Journal*, vol. 103, núm. 420, septiembre 1993, págs. 1.205-1.220.

GURTLER, P. R. “The Workers’ Compensation Principle: A Historical Abstract of the Nature of Workers’ Compensation.”, en *Hamline Journal of Public Law and Policy*, vol. 9, 1988-1989, págs. 285-296.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*. CES, Madrid, 1999.

- *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo*. Civitas, Madrid, 2004.

- “Protección por accidentes de trabajo de la Seguridad Social y responsabilidad por riesgo.”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, págs. 363-394.
- *Compensaciones económicas derivadas de accidente de trabajo. Problemática y reformas*. Comares, Granada, 2009.
- “La responsabilidad civil por riesgo como garantía de la compensación de daños por accidentes de trabajo tras la Ley de Jurisdicción social 36/2011”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Cinca, Madrid, 2013. [Comunicación; figura en CD adjunto]
- “Prevención de riesgos laborales y crisis económica”, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 15, 2014, págs. 237-249.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: “Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900”, en GARCIA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M^a. A. (dirs.): *Legislación histórica de previsión social*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 43-52.

- “Propuesta de reforma del sistema de compensaciones económicas en los accidentes de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2010, págs. 461-481.

G’SELL, F. y VEILLARD, I.: “Employers’ Liability and Workers’ Compenastion: France”, en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers’ Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, págs. 203-264.

HART, H. L. A.: *Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law*. Clarendon Press, Oxford, 1970.

HEDERMANN, J. W.: *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

HEPPLE, B.: *La Formación del Derecho del Trabajo en Europa: análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

HERNAINZ MARQUEZ, M.: *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

HOBBSAWM, E.: *La era del capital*. Crítica, Barcelona, 1998.

HOOP, R. I. R.: "Shifts in Work-Related Injuries: An Explanatory Analysis", en KLOSSE, S.: *Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases*. Springer-Verlag/Wien, Vienna, 2007, págs. 82-158.

JURADO SEGOVIA, A.: "Nuevo acercamiento de criterios entre la Sala Civil y Social del TS en materia de responsabilidad por accidente de trabajo (a propósito de la STS, Sala Civil 24-7-2008)", en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2009, págs. 607-618.

KIEFFER, C.: "What recognition of work-related mental disorders? A study on 10 European countries.", en *EUROGIP*, febrero 2013.

KLEIN, R. W. y KROHM, G.: "Alternative funding mechanisms for Workers' Compensation: An international comparison.", en *International Social Security Review*, vol. 59, 2006, págs. 1-28.

KLOSSE, S. y HARTLIEF, T. (eds.): "Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases: Concluding Observations", en KLOSSE, S.: *Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases*. Springer-Verlag/Wien, Vienna, 2007, págs. 221-227.

KOTEICH KHATIB, M.: "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés.", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 18, 2010, págs. 159-204.

KRITZER, B. y JANKOWSKY, J. (coord.): *Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2012*. Social Security Administration (SSA) e International Social Security Association (ISSA), Washington, 2012, págs 11 y ss.

LAFUENTE SUÁREZ, J. L.: “El sistema de incentivos para la reducción de cotizaciones por contingencias profesionales. Análisis crítico de urgencia”, en *Actualidad Laboral*, núm. 13, julio 2010, págs. 1528-1537.

LAHERA FORTEZA, J.: “Compatibilidad limitada entre indemnizaciones civiles y prestaciones sociales en los accidentes de trabajo: ¿socialización del riesgo o seguro de responsabilidad empresarial? (Comentario a la STS, Sala 4., 22 de septiembre de 2008^a)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2009, págs. 649-658.

- “Cuantificación de la indemnización civil en los accidentes de trabajo tras la Ley de Jurisdicción Social 36/2011”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Cinca, Madrid, 2013, págs. 6 [Comunicación; figura en CD adjunto].*

LASAOSA IRIGOYEN, E.: *Delimitación Competencial entre los Órdenes Social y Civil de la Jurisdicción: un Estudio Jurisprudencial*. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

LAMBERT-FAIVRE, Y.: *Le Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*. Dalloz, Paris, 1990.

LENGAGNE, P.: “Experience Rating and Work-Related Health and Safety”, en *Journal of Labor Research*, 12 septiembre de 2015, págs. 1-29.

LESAGE, M.: “Enfermedades relacionadas con el trabajo y enfermedades profesionales: lista internacionales OIT”, en *Enciclopedia de Seguridad y Salud en el Trabajo de la OIT*, núm. 26, 1998, págs. 2-6.

LEWIS, R.: “How Important are Insurers in Compensating Claims for Personal Injury in the U.K.?” en *The Geneva Paper*, núm. 31, 2006, págs. 323-339.

- “Employers’ Liability and Workers’ Compensation: England and Wales”, en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers’ Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, págs. 137-202.

LINARES RODRÍGUEZ, P. J.: “Reflexiones en torno a la crisis y la salud laboral”, en *Revista de la Fundación 1º de mayo*, Revista de Estudios 14, 20-06-2010, págs. 10-15.

LINDENBERGH, S. D.: “Employers’ Liability and Workers’ Compensation: The Netherlands”, en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers’ Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, págs. 351-368.

LØDRUP, P.: “Norwegian Report”, en el *XIth World Congress of the International Association for Insurance Law (AIDA)* sobre “Alternative compensation, mechanisms for damages, Common Report and National Reports from the Nordic countries: Denmark, Finland, Norway, Sweden”, que tuvo lugar los días 20 y 25 de octubre de 2002, en Nueva York, págs 117-150.

LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “Concurrencia y compatibilidad de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales”, en LÓPEZ AHUMADA, J. E. (dir.): *Responsabilidad empresarial y protección de la salud laboral: análisis jurídico interdisciplinar*. Juruá, Lisboa, 2013, págs. 401-452.

LÓPEZ GANDIA, J.: “Formación histórica de la demanda de Seguridad Social: conceptos y técnicas. La Seguridad social en España. El modelo constitucional de Seguridad Social. Las fuentes de la Seguridad Social”, en BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J. C.: *Cursos de Seguridad Social*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 31-66.

- “La reforma de las mutuas y la sostenibilidad de la Seguridad Social”, en *Lex Social: Revista jurídica de Derechos Sociales*, vol. 5, núm. 2, julio-diciembre 2015, págs. 153-179.

LÓPEZ GANDIA, J., y AGUDO DÍAZ, J.: *Nueva Regulación de las enfermedades profesionales*. Bomarzo, Albacete, 2007.

LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J.: “El nuevo baremo es el mejor sistema europeo de valoración del daño corporal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 913, 2015, págs 1 y 2.

LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. y MARCOS GONZÁLEZ, J. I.: “El nuevo baremo de la Ley 35/2015 y su aplicación al ámbito laboral”, en CEF.- Trabajo y Seguridad Social, n. 393, diciembre 2015, págs. 65-99.

LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. M.: “Efecto expansivo del nuevo Baremo de Tráfico en la responsabilidad por accidentes laborales. Su repercusión en el tratamiento resarcitorio del lucro cesante”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 54, 2015, págs. 9-18.

LUDOVICO, G.: “La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale”, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 4, vol. 23, 2013, págs. 1049-1079.

LUQUE PARRA, M.: *La Responsabilidad Civil del Empresario en Materia de Seguridad y Salud Laboral*. Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2002.

LUQUE PARRA, M.; GOMEZ LIGÜERRE, C. I. y RUIZ GARCIA, J. A.: “Accidente de trabajo y responsabilidad civil”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2000, págs. 1-15.

LYON-CAEN, A.: “Une révolution dans le droit des accidents du travail”, en *Droit Social*, núm. 4, 2002, págs. 445-449.

MAGNUS, U.: “Impact of Social Security Law on Tort Law Concerning Compensation of Personal injuries – Comparative Report”, en MAGNUS, U. (ed.): *The Impact of Social Security on Tort Law*. Springer, Viena, 2003, págs. 266-306.

MARANDO, G.: *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*. Giuffrè, Milano, 2003.

MARÍN CORREA, J. M.: “Accidente de trabajo. Ampliación del concepto”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, págs. 257-269.

MARIN GAMEZ, J. A.: *Aborto y Constitución*. Universidad de Jaén, Jaén, 1996.

MARTIN CASALS, M.: “Notas sobre indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en *Centenario del Código Civil*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 1230-1274.

- “¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de daños corporales?”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002, págs. 21-34.
- “La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil. XV Jornadas de la Asociación de*

Profesores de Derecho Civil A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011.
Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2011,
págs. 11-111.

- “Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“baremo”). Líneas generales de los trabajos de la “Comisión de expertos””, en *InDret*, núm. 4, 2012

MARTIN VALVERDE, A. (et. al.):. *La legislación social en la historia de España, de la revolución liberal a 1936.* Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

- “Accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900.* Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, págs. 219-256

MARTIN VALVERDE, A., y GARCIA MURCIA. J. (dir. y coord.): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social.* Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzandi, 2008.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, GÓMEZ, L.: “La responsabilidad civil derivada de la prevención de riesgos laborales”, en LÓPEZ GARCIA DE LA SERRANA, J. M. (dir.): *Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios.* Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2005, págs.179-194.

MARX, K.: *El Capital.* Orbis, Barcelona, 1984.

MARX, K., y F. ENGELS.: “Manifiesto del Partido Comunista.”, en MONEREO PEREZ J. L. (dir.): *Obras escogidas de Karl MARX y Friedrich ENGELS.* Comares Granada, 2012, págs. 32-68.

MASCIOCCHI, P.: *Sicurezza del lavoro: profili di responsabilità: adempimenti, procedure, formulario*. Wolters Kluwer, Milanofiori (Assago), 2010.

McGREGOR, H.: *On Damages*. Sweet & Maxwell Limited, London, 1997.

MEARS, T. y CHAPPLE, S.: *Government involvement in Health and Safety: a literature review*. New Zealand Department of Labour Occasional Paper Series, Wellington, 1996.

MEDINA CRESPO, M.: "La doctrina judicial italiana sobre el daño biológico: un ejemplo de superación de los obstáculos legales: La experiencia española como término de comparación", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1819, 1998, págs. 857-865.

- "La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 40, cuarto trimestre, 2011, págs. 25-42.

- "La repercusión del nuevo Baremo de tráfico sobre la cuantificación de la responsabilidad civil adicional del empresario por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 54, 2015, pág.

MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2001.

- "Coordinación de actividades empresariales y siniestralidad laboral", en ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P.: *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, págs. 339-399.

- “CAPÍTULO I – De la jurisdicción”, en MERCADER UGUINA, J. R. (dir.): *Ley reguladora de la jurisdicción social comentada y con jurisprudencia*. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015, págs. 51-95.
- “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, veinte años después”, en revista de Información Laboral, núm. 8, 2015, págs. 21-42.

MISHRA, R.: *The Welfare state in crisis: social thought and social change*. Wheatsheaf Books, Brighton (Gran Bretaña), 1984.

MONATERI, P. G.; GIANTI, D. y SILIQUINI CINELLI, L.: *Danno e risarcimento*. G. Giappichelli, Torino, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*. Civitas, Madrid, 1992.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNANDEZ AVILÉS, J. A. “Determinación de contingencias de la Seguridad Social: (revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesiones).”, en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, núm. 20, 2009, págs. 69-112.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 4.- Definiciones”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dir.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*. Comares, Granada, 2004, págs. 52-61.

MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*. Tecnos, Madrid, 2015.

MONTERO GARCIA, F.: *Los Seguros Sociales en la España del Siglo XX. Orígenes y antecedentes de la previsión social*. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988.

MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Civitas, Madrid, 1992.

- “Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, págs. 307-319
- “El Derecho del Trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres”, en CASAS BAAMONDE, M. E.; DURAN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (coord.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. La Ley, Madrid, 2006, págs. 413-434.
- “La aplicación del Derecho del Trabajo y el sistema de principio, valores y derechos fundamentales.”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 88, 2010, págs. 13-30.

MOREAU, A.: “Deux poids, deux mesures, ou quand la faute inexcusable des employeurs justifie l’irresponsabilité des organismes de sécurité sociale”, en *La Semaine – Édition Sociale*, núm. 21, 21 mai 2013, págs. 16-19.

MORENO CALIZ, S.: “Aproximación al concepto de Enfermedad Profesional.”, en *Tribunal Social*, núm. 131, 2001, págs. 46-66.

MUÑOZ MARÍN, A. J. y HUETE PEREZ, L.: *La responsabilidad civil derivada de accidente laboral en el proceso penal*. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2014.

MUÑOZ MOLINA, J.: “El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2005, págs. 143-170.

NAVARRO ESPIGARES, J. L. y MARTÍN SEGURA, J. A.: *Valoración económica del daño moral. Una metodología aplicable en los accidentes y enfermedades laborales*. CES, Madrid, 2008.

NAVARRO NIETO, F.: *La Tutela Jurídica frente al Acoso Laboral*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*. Thomson Reuters, Valladolid, 2012.

NAVEIRA ZARRA, M. M.: *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Universidad de la Coruña, La Coruña, 2004.

New Zealand. Description of the organization of the occupational health and safety systems and the delivery of prevention services. Institute for Work & Health, Expert Advosry Panel, Occupational Health and Safety Prevention and Enforcement System, Ontario Ministry of Labour, 2010.

OCHANDO CLARAMUNT, C.: *El Estado del Bienestar: objetivos, modelos y teorías explicativas*. Ariel practicum, Barcelona, 1999.

OJEDA AVILÉS, A.: “Los modelos europeos de Seguridad Social en la perspectiva comparada”, en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.^a N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*. Comares, Granada, 2008, págs. 285-305.

OLIPHANT, K.: “The Changing Landscape of Work Injury Claims: Challenges for Employers Liability and Workers Compensation”, en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers' Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, págs. 519-559.

OLIVER ARAUJO, J.: *El sistema político de la Constitución española de 1931*. Universitat de les Illes Balears, Servei de Publicacions i Intercanvi Científic, Palma (de Mallorca), 1991.

OROZCO GADEA, G. A.: “Transmisibilidad del derecho a la reparación del daño moral”, en *Revista de Derecho*, Universidad Centroamericana-Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 17, 2014, págs. 27-74.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La responsabilidad del empresario en organizaciones complejas de empresas”, en BLASCO PELLICER, A. (dir.): *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 219-231.

- *Derecho del Trabajo e Ideología*. Tecnos, Madrid, 2011.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.

PANTALEON PRIETO, A. F.: “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, págs. 167-192.

PARSONS, C.: “Employers Liability Insurance- How Secure is the System?”, en *Industrial Law Journal*, vol. 28, junio 1999, págs. 109-132.

- “Liability Rules, Compensation Systems and Safety at Work in Europe.”, en *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 27, núm. 3, julio 2002, págs. 358-382.

PASCUAL ESTEVILL, L.: *Derecho de daños: principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual*. Bosch, Barcelona, 1995.

PAZOS PÉREZ, A.: “La acción de repetición”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*; Cinca, Madrid, 2013. [figura en CD adjunto]

PAZ-ARES, C.: “La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del derecho)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 34, núm. 3, 1981, págs. 601-708.

PEDRAJAS MORENO, A.: “La enfermedad profesional: concepto y manifestaciones.”, en *Justicia Laboral*, núm. 37, 2009, págs. 15-36.

PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*. Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.

PÉREZ CAPITÁN, L.: *La Imprudencia del Trabajador Accidentado y su Incidencia en la Responsabilidad Empresarial*. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

PÉREZ MANZANO, M.: *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Daño moral por incumplimiento de contrato*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

PHILIPSEN, N. J.: “Compensation for industrial accidents and incentives for prevention: a theoretical and empirical perspective.”, en *European Journal of Law and Economics*, núm. 28, 2009, págs. 163-183.

PINTOS AGER, J.: *Baremos, Seguros y Derecho de Daños*. Civitas, Madrid, 2000.

- “STC de 29/6/00, sobre el baremo”, en *InDret*, núm. 3, 2000.

PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad (en el sistema español de la Seguridad Social)*. Reus, Madrid, 2008.

PRIEST, G. L.: "The Modern Expansion of Tort Liability: its Sources, Its Effects and Its Reform.", en *Journal of Economic Perspective*, noviembre 1991, págs. 31-50.

QUÍLEZ FÉLEZ, M^a T.: *El sistema bonus-malus como línea de actuación en el marco de la estrategia española de seguridad y salud laboral*. Subdirección General de Planificación y Análisis Económico-Financiero de la Seguridad Social-Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2013.

RAMÍREZ TORRADO, M. L.: "La sanción administrativa y su diferencia con otras medidas que imponen cargas a los administrados en el contexto español", en *Revista de Derecho*, División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, núm. 27, 2007, págs. 272-292.

REBOLLO PUIG, M.: "Derecho administrativo sancionador de las Comunidades Autónomas", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 2, 1990, págs. 39-62.

REGA RODRÍGUEZ, A. L.: "La Ley de accidentes de trabajo de 8 de octubre de 1932", en GARCIA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M^a A. (dirs.): *Legislación histórica de previsión social*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 105-128.

REGLERO CAMPOS, L. F.: "Conceptos generales y elementos de delimitación", en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.): *Tratado de Responsabilidad civil*. Tomo I, 5^a edición (actualizado por PEÑA LÓPEZ, F.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 65-263.

- "Los sistemas de responsabilidad civil", en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.): *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, 5^a edición (actualizado por PEÑA LÓPEZ, F.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 265-315.

- "Conceptos generales y elementos de delimitación", en REGLERO CAMPOS, F. y BUSTO LAGO, J. M. (coord.): *Lecciones de*

responsabilidad civil. 2ª edición (actualizada por PEÑA LÓPEZ, F.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 41-62.

REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

ROCA TRÍAS, E.: “Concurrencia de indemnizaciones en los accidentes de trabajo”, en AZÓN VILAS, F. V. [et. alt.] (coords.): *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales*. Consejo General del Poder Judicial; Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2009, págs

RODRÍGUEZ LOPEZ, P. *Manual sobre responsabilidad en el Derecho español*. Edisofer, Madrid, 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Seguridad social, riesgo profesional y accidente de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2000, págs. 3-14.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “El Estado y la Seguridad Social (notas a la Base Preliminar de la Ley de Bases de la Seguridad Social)”, en *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964, págs. 41-83.

RODRÍGUEZ RAMOS, M^a J.: “Concepto y antecedentes de la Seguridad Social. Las fuentes del Derecho de la Seguridad Social”, en RODRÍGUEZ RAMOS, M^a J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistemas de Seguridad Social*. Tecnos, Madrid, 2009, págs. 27-47.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Responsabilidades de los fabricantes en materia de Prevención de Riesgos Laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2005.

- “El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la Directiva Marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y la razonablemente factible.” en *Derecho Social*, núm. 39, 2007, págs. 156-128.
- “Desajustes de los sistemas de reparación del daño derivado de accidente de trabajo y propuestas para un nuevo modelo”, en *Minerva-Revista de Estudios Laborais*, Año VI, núm. 10, marzo de 2007.
- “La responsabilidad del tercero ajeno a la relación laboral por daños derivados del accidente de trabajo: desajustes del sistema español de reparación del daño”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Cinca, Madrid, 2013. [figura en CD adjunto]

ROMAGNOLI, U.: “El futuro no será el que una vez fue”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 10, octubre 2015, págs. 15-19.

ROMERO MIRÓN, A.: “¿Incentivamos la microempresa?”, en *Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya*, núm. 284, 2013, págs. 24-26.

ROMERO RODENAS, M^a J. “Conceptos y elementos integrantes del accidente de trabajo en la doctrina judicial.” en ROMERO RODENAS, M^a J. (coord.): *Accidentes de trabajo y sistema de prestaciones*. Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 7-31

- *El recargo de prestaciones en la doctrina judicial*. Bomarzo, Albacete, 2010.

ROQUETA BUJ, R.: *Las Mejoras voluntarias de la seguridad social: los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

ROSSETTI, M. [et. alt.]: *La prova del danno biologico*. Giuffrè Editore, Milano, 2014.

ROSSI, A.: “La problemática riferibilità del principio di unitarietà del danno non patrimoniale al risarcimento del danno da infortunio sul lavoro”, en *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, anno X, núm. 1, 2010, págs. 133-149.

ROZAS BRAVO, J. M.: “La diatriba y el negocio de culpas dispersos en las responsabilidades civiles, administrativas y penales dimanantes del accidente de trabajo en el ordenamiento jurídico español. Hacia el estatuto único del accidente de trabajo”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 45, primer trimestre 2013, págs. 47-58.

RUESGA BENITO, S. M. (dir.): *Hacia un nuevo modelo de financiación de la Seguridad Social en España (Parte I)*. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, págs. 1-147.

RUGGIU, C.: “Danno ed oneri probatori”, en VIOLA, L. (a cura di): *Inadempimento delle obbligazioni: accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*. CEDAM, Lavis, 2010.

RUIZ RESA, J. D.: “Franquismo y trabajo: el nacionalismo y los derechos de los trabajadores”, en FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F. (ed.): *Franquismus and Salazarismus Legitimation durch Diktatur?*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2008, pág 235-264.

SALCEDO BELTRÁN, M. C.: *Investigación de los Accidentes de Trabajo: aspectos jurídicos*. Bomarzo, Albacete, 2012.

SALVADOR CODERCH, P: "Punitive damages.", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, págs. 139-152.

SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M^a T.: *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Marcial Pons, Madrid, 1997.

SANCHEZ GASCÓN, A.: *Duplicidad de sanciones ("non bis in idem")*. Exilibris, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: "Una propuesta normativa en torno al nuevo sistema de indemnizaciones sobre accidentes de trabajo", en *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2012, págs. 6-19.

- *La configuración jurídica del accidente de trabajo*. Laborum, Murcia, 2013.

SANCHO CUESTA, J.: *La Seguridad e Higiene Laboral en el Ordenamiento Jurídico Comunitario. Estudio y Código de Directivas*. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho sustantivo y Derecho procesal*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1993.

SANZ ENCINAR, A.: "El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho.", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, págs. 27-56.

SCHÄFER, H. B. y OTT, C.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*. Tecnos, Madrid, 1991.

SCHAWARTZ, G. T.: "Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: a comment.", en *Southern California Law Review*, vol. 56, núm. 133, 1982-1983, págs. 133-153.

SEIJAS QUINTANA, J. A.: “Los accidentes laborales y el orden jurisdiccional civil”, en AA. VV.: *Congreso de los Magistrados del Orden Social: el futuro de la Jurisdicción Social*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 537-561.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M.: *Transposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de Europa*. Fundación Mapfre, Madrid, 2000.

SEMPERE NAVARRO, A., J. GARCIA BLASCO, y M. y CARDENAL CARRO, M GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*. Civitas, Madrid, 2001.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *El recargo de prestaciones*. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

SEMPERE NAVARRO, A. V.: “¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad del empresario derivada de accidente de trabajo?”, en *Aranzadi Social*, núm. 1, 2008, págs. 1-17.

- “Problemas de jurisdicción: el ámbito de la jurisdicción penal, contencioso-administrativa, civil y social”, en AZÓN VILAS, F. V. [et. alt.] (coords.): *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales*. Consejo General del Poder Judicial; Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2009, págs. 335-464.

- “Del bonus-malus al bonus-nullus”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, abril 2010, págs. 53-64.

SIERRA HERNÁIZ, E.: “Los sujetos responsables en el marco de las infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales”, en *Tribuna Social*, núm. 239, 2010, págs. 28-38.

SOLÁ MONELLS, X.: *La protección de los trabajadores frente a situaciones de riesgo grave e inminente*. Bomarzo, Albacete, 2015.

SOLE FELIU, J.: “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español.”, en *InDret*, núm. 1, 2009.

SORIGUERA SERRA, A.: “La problemática, sobre todo práctica, de la aplicación del baremo y los intereses por mora de los daños y perjuicios por AT/EP (y II)”, en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2014, págs. 1-31.

SOTO CARMONA, A.: “La higiene, la seguridad y los accidentes de trabajo. España (1874-1936).”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 23, 1985, págs. 389-423.

STEYNBERG, L. y MILLARD, D.: “Distinguishing between private law and social-security law in deducting social grants from claims for loss of support”, en *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, vol. 14, núm. 4, 2011, págs. 260-351.

STRÖMBÄCK, E.: “Sweden’s No-Fault Rule for Accidents at Work – Recent Developments.” en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 41, 2001, págs 503-519.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*. Estudios de Trabajo y Previsión, Madrid, 1967.

SULLIVAN, M.: *The development of the British Welfare State*. Prentice Hall/ Harvester Wheatsheaf, London, 1996.

TATO PLAZA, A.: *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

TORTUERO PLAZA, J. L.: “El Texto refundido de accidentes de trabajo de 1956 y la formación del sistema de seguridad social”, en GARCIA MURCIA, J. (dir.): *Legislación histórica de previsión social*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 235-261.

- (invest. ppal): *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*.

Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social;
Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen jurídico laboral*. Bomarzo, Albacete, 2011.

TRIGUEROS, SÁNCHEZ.: “La violencia de género en el trabajo: perspectiva de Seguridad Social.”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2007, págs. 2-33.

TRILLO GARCIA, A. R.: “El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo”, en ORTIZ CASTILLO, F.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (coords.): *La responsabilidad del empresario*. Laborum, Murcia, 2012, págs. 171-225.

ULFBECK, V.: “Employers’ Liability and Workers’ Compensation; Denmark”, en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers’ Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, págs. 111-136.

VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: “La técnica bonus-malus aplicada a la prevención de riesgos laborales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1, febrero 2003.

- *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*. Bomarzo, Albacete, 2012.
- “La responsabilidad por daños en la Seguridad Social por riesgos laborales.”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*; Cinca, Madrid, 2013, págs. 256-311.

VALDEOLIVAS Y. y MORÓN, R.: “La seguridad en el trabajo: de la ley de Accidentes de Trabajo a la vigente Ley de Prevención de Riesgos laborales”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, págs. 679-696.

VÁLDES ALONSO, A.: “Seguridad Física en la Empresa versus Seguridad y Salud en el Trabajo (Una reflexión sobre la legalidad y constitucionalidad de los polémicos controles de detección del consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes en instalaciones nucleares y radiactivas”, en *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2014, págs. 45-67.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El derecho del trabajo en la Segunda República”, en ARÓSTEGUI SANCHEZ, J. (coord.): *La República de los trabajadores: la Segunda República y el mundo del trabajo*. Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2006, págs. 176-223.

VAN DEN BROEK, K y KRÜGER, H.: “Cost-benefit-analysis of economic incentives at national level.”, en *E-FACTS, European Agency for Safety and Health at Work*, núm. 50, 2010, págs. 1-8.

VELA TORRES, F.: “Concurrencia entre los distintos órganos jurisdiccionales en materia de prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral”, en LÓPEZ GARCIA DE LA SERRANA, J. M. (dir.): *Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2005, págs. 137-157.

VICENTE DOMINGO, E.: “El daño”, en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.): *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 317-462.

VICENTE HERRERO, M. T., y RAMIREZ INIGUEZ DE LA TORRE, M. V. (et al.): “El concepto de daño laboral en España y su comparativo internacional: revisión legislativa española, hispano-americana y europea.”, en *Revista CES Ssalud Pública*, vol. 3, núm. 1, 2012, págs. 73-93.

VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L. [et. alt.]: *Manual de Seguridad Social*. Tecnos, Madrid, 2012.

VIDA SORIA, L.: “Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de Seguridad Social”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir. y coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000, págs. 37-59.

VILAR RODRÍGUEZ, M.: “La cobertura social a través de los socorros mutuos obreros, 1839-1935. ¿Una alternativa al Estado para afrontar los fallos del mercado?”, en PONS PONS, J. y SILVESTRE RODRÍGUEZ, J. (ed.): *Los orígenes del Estado del Bienestar en España (1900-1945): los seguros de accidentes, vejez, desempleo y enfermedad*. Pressas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2010, págs. 84-122.

VINEY, G.: “De la responsabilidad civil (arts. 1340 a 1386)”, en HINESTROSA, F.: *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción: Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Libro III, títulos III y XX*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, págs. 245-284.

VISINTINI, G.: *Trattato breve della responsabilità civile*. CEDAM, Padova, 2005.

WAGNER, G.: “New Perspective on Employers’ Liability- Basic Policy Issues”, en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers’ Compensation*. De Gruyter, Berlín, 2012, págs. 561-598.

- “Tort, Social Security, and no-fault schemes: lessons from real-world experiments.”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 23, núm. 1, 2012, págs. 1-61.

WALTERMANN, R.: “Employers’ Liability and Workers’ Compensation: Germany”, en OLIPHANT, K. y WAGNER, G. (eds.): *Employers Liability and Workers’ Compensation*. De Gruyter, Berlin, 2012, págs. 265-296.

WALTERS, D. *An international Comparison of Occupational Disease and Injury Compensation Schemes*. Industrial Injuries Advisory Council (IIAC), 2007.

WILLIAMS, C. A.: *An International Comparison of Workers’ Compensation*. Kluwer Academic, Boston, 1991.

WRIGHT, M. y MARSDEN, S.: *Changing business behaviour- would bearing the true cost of poor health and safety performance make difference?*. Health and Safety Executive, Norwich, 2002.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, A: “Baremo y responsabilidad civil”, en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2016, págs. 1-30.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Responsabilidad civil por accidentes de trabajo”, en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.): *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II, 5ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 1857-1935.