

VI.- CONFERENCIAS

EL EMPRESARIO COMO GARANTE DE LA SEGURIDAD LABORAL: RESPONSABILIDADES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Antoni Oliver Reus

En la Academia se ha venido considerando que los temas que deben ser tratados en las actividades de formación, particularmente a través de conferencias, deben ser los que, en cada momento, suscitan mayor preocupación e interés en el ámbito jurídico-social. Y, en nuestros tiempos, es evidente que la crisis económica ocupa el primerísimo lugar entre estos temas. Esta evidencia ha motivado dos de las conferencias que tuvieron lugar en el curso 2009-2010. Una de ellas del Catedrático de Derecho mercantil de la UIB Guillermo Alcover Garau sobre la refinanciación bancaria y los concursos de acreedores –publicada en el X Boletín de la Academia, págs. 99 a 110–, y otra que debía insertarse en el ámbito laboral. Esta conferencia fue impartida el día 4 de Junio del pasado año 2009 por el Magistrado de la Sala de lo Social de nuestro TSJ Antoni Oliver Reus, quien trató sobre las consecuencias jurídicas derivadas de los accidentes de trabajo, por considerar que, desgraciadamente, constituyen un incidente siempre presente en las relaciones laborales. Expuso en su conferencia, y se inserta aquí, el tratamiento jurídico de los mismos de manera completa y detallada, en el que no faltaron tampoco las controversias que se han suscitado entre las Salas 1ª y 4ª del Tribunal Supremo.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO.

III. LA ACCIÓN PROTECTORA

IV. EL RECARGO DE PRESTACIONES

Concepto

Criterios de imputación

Sujetos responsables

Cuantía

Algunas cuestiones de procedimiento

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO

Competencia

La jurisprudencia social

El daño y su cuantificación

I. INTRODUCCIÓN

La prevención de riesgos laborales es uno de los campos en los que en el ámbito de la UE se ha avanzado más en los últimos años, probablemente para impedir que los pasos que la UE ha dado hacia la liberalización económica y aumento de la competitividad lo sean en detrimento de la seguridad de los trabajadores. La seguridad es cara y es fácil caer en la tentación de reducir los costes que genera. La externalización y otros fenómenos destinados a la optimización de beneficios a menudo suponen una relajación en la actividad preventiva de las empresas. Por todo ello, la seguridad en el trabajo se ha convertido en uno de los campos con más actividad dentro de la política social de la UE.

En nuestro país el art. 40 CE ordena a los poderes públicos velar por la seguridad y salud en el trabajo, pero la nueva tendencia se inicia con la transposición de la Directiva 89/391/CEE de 23 de junio de 1989 mediante la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Desde entonces se han ido publicando multitud de normas reglamentarias por sectores y actividades.

Dentro de este marco normativo el empresario aparece como el garante del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo en los términos del art. 14 LPRL, pues este derecho tiene su correlativo deber del empresario de «protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales», lo que implica el deber del empresario de garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores a su servicio «en todos los aspectos relacionados con el trabajo mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores» (art. 14.2 LPRL)¹.

El empresario como garante de la seguridad en el trabajo debe llevar a cabo la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

La prevención de riesgos laborales tiene que integrarse en el sistema general de gestión de la empresa de tal modo que ha de implicar a todos los niveles jerárquicos de la misma y extenderse al conjunto de actividades del proceso productivo.

1 - STC 27-3-2007 y STC 2-7-2007.

La Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, dentro del objetivo general de combatir de manera activa la siniestralidad laboral incluyó medidas dirigidas a reforzar la necesidad de integrar la prevención de los riesgos laborales en los sistemas de gestión de la empresa, a la instauración de la presencia de recursos preventivos del empresario y al reforzamiento del control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales a fin de combatir el cumplimiento meramente formal o documental de estas obligaciones, lo que se había convertido en una práctica muy extendida.

El RD 604/2006 de 19 de mayo, de modificación del RD 39/1997, profundiza en la integración de la actividad preventiva en el seno de la empresa.

La integración de la prevención se lleva a cabo a través de un plan de prevención de riesgos laborales (art. 16 LPRL), siendo el instrumento de gestión y aplicación del plan la evaluación inicial (art. 16.2.a) LPRL) y su actualización siempre que cambien las condiciones de trabajo.

Dentro de la evaluación deben incluirse todos los riesgos y cuando la evaluación ponga de manifiesto situaciones de riesgo se realizarán las actividades preventivas para controlar, eliminar o reducir el riesgo (art. 16.2.b) LPRL), debiendo el empresario asegurar el cumplimiento de las actividades incluidas en la planificación mediante un seguimiento continuo.

En cumplimiento del deber de seguridad el empresario debe adoptar las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores (art. 17 LPL). El empresario no sólo está obligado a proporcionar estos equipos sino a velar por su uso.

El empresario también debe garantizar la formación práctica suficiente y adecuada y también la coordinación en los casos de concurrencia de empresas en un mismo centro de trabajo

El deber de seguridad a cargo del empresario es prácticamente ilimitado², así se desprende de lo dispuesto tanto en su artículo 14.2 LPRL y en el 15.4 LPRL, según el cual la efectividad de las medidas preventivas deberá prever incluso las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador

Sin embargo, como señala la STJCE 14-6-2007, el art.5 de la Directiva 89/391/CEE, que consagra la responsabilidad del empresario como garante de la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos del

2 - SSTs de 2 de octubre de 2000 y 22 de abril de 2004.

trabajo, no establece la forma concreta de responsabilidad que incumbe al empresario, sin que del mismo se derive necesariamente un régimen de responsabilidad objetiva.

A pesar de la extensión del deber de cuidado a cargo del empresario la jurisprudencia actual parte de la coexistencia de una responsabilidad objetiva asegurada mediante la acción protectora de la seguridad social y una responsabilidad subjetiva para la reparación total del daño causado cuyo criterio de imputación es la culpa y no el riesgo. Sin embargo, no faltan quienes se muestran a favor de una objetivación de la culpa, incluso en la jurisprudencia civil encontramos pronunciamientos favorables al principio de responsabilidad por riesgo³, no en vano la finalidad económica de la responsabilidad objetiva “consiste en la redistribución del daño de modo que el responsable pueda asegurar el riesgo y repercutir los costes en el precio de sus productos o servicios, lo que en una economía en la que la competencia funcione adecuadamente se traduce en una justa asignación de costes”⁴. La responsabilidad objetiva o por riesgo y el aseguramiento obligatorio tiene la ventaja de que se garantiza el resarcimiento del daño. En contra se argumenta que esto puede llevar a una relajación de la actividad preventiva del empresario. Sin embargo, esta relajación puede evitarse o combatirse mediante un sistema de sanciones para los supuestos en los que interviene culpa empresarial, como ocurre en los sectores en los que se ha impuesto este criterio de imputación, además del recargo de prestaciones. Junto a ello me parecen especialmente interesantes fórmulas como las establecidas recientemente, en cumplimiento de las previsiones de los arts. 73 y 108 LGSS, por 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 a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral, a lo que podría unirse un sistema de incremento de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas con índices excesivos de siniestralidad, lo que según se anuncia en el preámbulo del mencionado Real Decreto 404/2010 está actualmente en estudio por el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

En el presente estudio, sin embargo, voy a examinar la legislación y la jurisprudencia que en la actualidad regulan la responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo por incumplimiento del deber de seguridad.

3 - STS. Sala 1ª. 22.abr.2003 o 18.jun.2004.

4 - Responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias. José María Miquel González. Cuadernos del Poder Judicial 1993.

II. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO

La responsabilidad empresarial por el daño derivado de accidente de trabajo gira en torno a tres figuras: las prestaciones de la acción protectora del sistema de seguridad social, el recargo de prestaciones y la responsabilidad civil del empresario por culpa.

III. LA ACCIÓN PROTECTORA

Lo que se conoce como acción protectora del Sistema de Seguridad Social es un conjunto de prestaciones legalmente establecidas⁵ y de cuantía tasada, como son la asistencia sanitaria, los subsidios de incapacidad temporal, las pensiones de incapacidad permanente o las prestaciones derivadas de muerte y supervivencia, todas las cuales pueden derivar de un accidente de trabajo, dependiendo de las consecuencias del mismo, en cuyo caso las entidades gestoras o colaboradoras satisfacen esas prestaciones.

Se trata, por tanto, de una responsabilidad de carácter público y queda garantizada al margen de posibles incumplimientos empresariales. La responsabilidad directa del empresario se producirá como consecuencia de determinados incumplimientos, pero incluso en estos casos las entidades gestoras o colaboradoras anticiparán el pago de la prestación y repetirán luego contra el empresario responsable directo. En caso de insolvencia empresarial responderá subsidiariamente el INSS como continuador del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

Los supuestos de imputación de responsabilidad directa al empresario derivan, como se ha dicho, de determinados incumplimientos, bien de normas de seguridad social, como la falta de afiliación o alta del trabajador accidentado o la falta de cotización o infracotización (art.126 LGSS), bien de normas sobre prevención de riesgos laborales, como el incumplimiento de la orden de la Inspección de Trabajo de paralización o suspensión inmediata de aquellos trabajos o tareas que realizan sin observar las normas sobre prevención de riesgos laborales y que impliquen grave riesgo para los trabajadores que los ejecuten o para terceros (art.195 LGSS) o el incumplimiento de la obligación de efectuar los reconocimientos previos y periódicos a los trabajadores (art.197.2 LGSS).

La acción protectora de la Seguridad Social se organiza con arreglo a criterios de responsabilidad objetiva, de manera que basta para que opere

5 - Art.38 de la LGSS.

con la simple constatación de que el trabajador se ha lesionado con ocasión o por consecuencia de su actividad por cuenta ajena (art. 115.1 LGSS), surge con independencia de la existencia de culpa y se articula a través de las prestaciones cuya cuantía viene legalmente tasada.

Estas prestaciones pueden ser objeto de mejoras voluntarias (art.39 LGSS) y es común que en los convenios colectivos se pacten indemnizaciones para los casos de daños derivados de accidente de trabajo o la obligación empresarial de suscribir pólizas de aseguramiento colectivo para sus empleados frente a los riesgos derivados de accidente de trabajo.

IV. EL RECARGO DE PRESTACIONES

Concepto

Previsto en el art.123 LGSS⁶, se trata de un incremento de la cuantía de todas las prestaciones derivadas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando la lesión se produce por inobservancia de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

Se ha discutido en la doctrina sobre la naturaleza sancionatoria o indemnizatoria del recargo, pero aunque se materializa mediante una indemnización que incrementa una prestación, no es tanto un mecanismo de reparación del daño como una medida punitiva con finalidad preventiva, que coexiste con las sanciones administrativas sin vulnerar el principio “non bis in idem”⁷, estando prevista la compatibilidad entre el recargo y las

6 - Art.123 LGSS.

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

7 - Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 21 febrero 2002 “La posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comportaría vulneración del principio «non bis in idem», pues conforme a la jurisprudencia constitucional «la regla “non bis in idem”

sanciones administrativas en el art.123.3 LGSS y en el art. 42.3 LPRL.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 2000 (RUD 2393/1999) que sistematizó la interpretación jurisprudencial del recargo, reitera que el recargo es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y ese carácter sancionador determina que la norma reguladora del incremento debe interpretarse restrictivamente y, en consecuencia, no se aplica a las mejoras voluntarias de la acción protectora, pues aunque estén incluidas en el área protectora de la Seguridad Social y participen de los caracteres que ostentan las prestaciones propias de ésta no supone que les sean de aplicación todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias e imperativas de la Seguridad Social⁸.

Criterios de imputación

La mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 2000 (RUD 2393/1999) declara que se trata de responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador, como se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta de negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de accidente laboral de un trabajador con cargo de colaboración en materia de seguridad e higiene⁹.

La imputación de responsabilidad en los supuestos de recargo se revela afectada por el riguroso enjuiciamiento que tras la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales merece el examen de las normas de seguridad en el trabajo¹⁰.

En este sentido, y aun sin desconocer el “prácticamente ilimitado” deber de protección que se impone al empresario, no puede obviarse el “carácter sancionador del recargo” con el reproche “culpabilístico” que comporta (SSTS

no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral)» y que por su misma naturaleza «sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior» (STC 159/1985 de 25 de noviembre), en tesis concordante con la jurisprudencia ordinaria (entre otras, STS/III 30-5-2000), destacándose doctrinalmente que es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde «la misma perspectiva de defensa social», pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores.

8 - entre otras, SSTS/IV 20-3-1997 y 11-7-1997.

9 - STS/IV 6-V-1998.

10 - STSJ Catalunya de 27 de diciembre de 2002.

de 2 de octubre de 2000 y 22 de abril de 2004); lo que impone la justificada acreditación de un incumplimiento por parte de aquél de una medida de seguridad en funcional conexión causal con el accidente producido.

Como se reitera en la STS de 12.jul.07, para que surja la responsabilidad empresarial deben darse los siguientes requisitos:

a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de la creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen la normas genéricas o deudas de seguridad¹¹, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador¹².

b) Que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador.

c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado¹³ pues en casos singulares la conducta del trabajador puede determinar no sólo la graduación de la responsabilidad sino también incluso su exoneración¹⁴, pero para ello, como veremos, la conducta de la víctima debe operar como causa exclusiva del accidente sin que concurra con un incumplimiento imputable al empresario.

No cabe imponer el recargo por la mera infracción de medidas de

11 - La doctrina judicial ha resaltado que la responsabilidad por recargo puede derivar incluso del incumplimiento de cualquier otra medida de seguridad que racionalmente fuera necesaria a consecuencia de la evaluación de riesgos, aunque no fuera normativamente exigible ya que la obligación general de seguridad que alcanza al empresario le obliga a desarrollar un seguimiento permanente de la actividad preventiva con el fin de perfeccionarla de manera continuada (STS Asturias 15-6-2005). Al no ser posible que el legislador concrete la variadísima gama de mecanismos de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador para que se asume responsabilidad (STS 12-7-2007). En cuanto al incumplimiento se va evolución desde la idea de que debe alegarse y probarse el incumplimiento de una concreta norma de seguridad hacia la idea de que la responsabilidad por recargo puede derivar incluso del incumplimiento de cualquier otra medida de seguridad que racionalmente fuera necesaria a consecuencia de la evaluación de riesgos, aunque no fuera normativamente exigible ya que la obligación general de seguridad que alcanza al empresario le obliga a desarrollar un seguimiento permanente de la actividad preventiva con el fin de perfeccionarla de manera continuada (STS Asturias 15-6-2005). Al no ser posible que el legislador concrete la variadísima gama de mecanismos de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador para que se asume responsabilidad (STS 12-7-2007).

12 - STS 26.mar.99.

13 - STS 6.may.98.

14 - STS 30.jun.03 y 16.ene.06, entre otras.

seguridad e higiene en el trabajo cuando no guarda relación con el daño, no siendo procedente imponer el recargo cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención o por imprudencia temeraria del propio trabajador accidentado, cuando no se acogen o utilizan las medidas adoptadas por la empleadora y puestas a su disposición¹⁵.

Ahora bien, como enseña la mejor doctrina, es exigible al empresario el cuidado y cumplimiento de normas de seguridad, debiendo organizar el trabajo en la forma más adecuada a la integridad física y salud del empleado e incurre en responsabilidad por recargo de prestaciones salvo que pruebe haber adoptado las medidas exigibles a la actividad desempeñada, debiendo imponerse el recargo cuando se omiten medidas que de haber existido el accidente se hubiera aminorado o evitado¹⁶, dicho de otro modo, lo esencial no es analizar si el trabajador accidentado, otro distinto o incluso un tercero ajeno a la empresa han contribuido a la producción del resultado dañoso con una actuación negligente o dolosa, sino determinar si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y ésta, de haberse cumplido, lo hubiera evitado o minorado. Distinto sería si éste hubiera sido igual aunque se hubiese adoptado la concreta medida de seguridad vulnerada, porque es sólo entonces cuando deja de darse el imprescindible nexo causal entre esa infracción y el daño sufrido por el trabajador accidentado¹⁷.

Por tanto, ante una infracción de normas de seguridad e higiene es irrelevante de todo punto la posible culpa de un tercero, pues la responsabilidad empresarial derivaría de culpa in eligendo o in vigilando, en tanto que, independientemente de las responsabilidades internas que deben de ventilarse dentro de la empresa, ésta es la obligada de velar por el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene reglamentariamente previstas, tanto directamente como indirectamente, haciéndolas cumplir a sus trabajadores¹⁸ y el cuidado y organización del trabajo compete a los encargados, cuyo incumplimiento o errores no exoneran a la empresa a la que pertenece la potestad exclusiva de su nombramiento y en quienes delega el

15 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 8189/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 18 noviembre de 2005.

16 - STS 6-5-98 RUD 2318/97.

17 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia País Vasco (Sala de lo Social), de 7 de mayo de 1996.

18 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 3304/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 15 abril de 2005.

desarrollo concreto de las tareas laborales¹⁹.

En cuanto a la actuación del propio trabajador accidentado, sólo su imprudencia temeraria²⁰ permite excluir el recargo, pues las medidas preventivas deben prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador²¹, por lo que la negligencia del trabajador derivada del exceso de confianza en el desarrollo de la operación que se realiza no exonera del recargo a la empresa cuando junto a ella se produce también una infracción de normas por parte de la empresa. La conducta imprudente del trabajador servirá normalmente para ponderar la cuantía del recargo dentro de los límites legales, pero no sirve para exonerar de responsabilidad al empresario infractor. En tal sentido, el art. 15.4 LPRL “tiene claramente por objeto que el empresario no pueda eludir en circunstancias normales su responsabilidad alegando la existencia de concurrencia de culpas por parte del trabajador”²². En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007 en la que se señala que “la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene cuando no opera como causa exclusiva del accidente entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador”.

Esta idea ha guiado multitud de pronunciamientos como los relativos a atrapamientos en máquinas en las que era posible introducir las manos estando en marcha²³ u otros supuestos en los que concurre culpa del trabajador, como por ejemplo, la caída con resultado de muerte desde una altura de diez metros de un operario que presentaba una tasa de alcohol en sangre de 1,65 gr./l al no haberse adoptado las medidas de seguridad que

19 - Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en sentencia de 17 de junio de 1993.

20 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cantabria núm. 1579/2003 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 15 diciembre de 2004.

21 - Art.15.4 LPRL.

22 - STSJ Catalunya de 30 de marzo de 2006.

23 - Como la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 2007 (RUD 938/2006), en la que se confirma el recargo a pesar de haber recibido el trabajador instrucciones escritas con la prohibición expresa de meter las manos en la máquina, al haberse identificado el riesgo de atrapamiento en la evaluación previa, con la necesidad de dotar a la máquina de dispositivos de seguridad que impidieran la introducción de las manos en la misma mientras estaba en marcha.

habrían evitado la caída²⁴. En esta misma línea, el Tribunal Supremo en reciente sentencia de 20 de enero de 2010 (RUD 1239/2009) descarta la concurrencias de culpas como causa de exoneración de responsabilidad²⁵. Desde esta perspectiva puede afirmarse que la única imprudencia del trabajador que permite exonerar al empresario del recargo es aquélla que aparece como causa exclusiva o excluyente del accidente.

A la hora de valorar la conducta del trabajador uno de los problemas más comunes es el de la no utilización de los medios de protección proporcionados por el empleador y el deber de vigilancia del empleador en relación al cumplimiento de las normas sobre seguridad e higiene. No basta, desde luego, con poner a disposición de los operarios los distintos medios o instrumentos que puedan evitar el riesgo, dejando a su arbitrio la utilización de los mismos, sino que tal obligación implica la de dar las órdenes e instrucciones concretas y oportunas para su utilización, vigilando y controlando que por los operarios se pongan en práctica, ya que no basta la sola prohibición de las prácticas peligrosas si no se adoptan las medidas necesarias para hacer efectiva la prohibición²⁶.

Ahora bien, el deber de vigilancia del empleador no puede concebirse como una fiscalización constante, minuto a minuto, de todas las operaciones ejecutadas en el seno de su ciclo productivo, para obligar al empleo de cuantas medidas de seguridad están indicadas en cada caso, incluso a los trabajadores renuentes o rebeldes a sus indicaciones, convirtiendo al empresario en sombra del trabajador²⁷, sino que han de ponderarse las

24 - STSJ Catalunya de 9 de noviembre de 2006 510/2004, en la que se analiza este supuesto y se confirma el recargo del 40% debido a que ni la planta en la que se encontraba el trabajador, ni ninguna de las demás, estaban dotadas de sistema de protección colectiva perimetral que evitase el riesgo grave de caída y además el trabajador en el momento del accidente no era portador de casco ni de cinturón de seguridad, ni había recibido formación alguna en materia de prevención de accidentes de trabajo, por lo que no es posible atribuir a la ingesta de alcohol la causa exclusiva del accidente, pues “sea cual fuere la causa directa del accidente, un descuido, un tropiezo un mareo, se hubiera podido evitar si la zona en la que el operario estaba trabajando hubiera estado suficientemente protegida o hubiera recibido una formación adecuada en materia de riesgos laborales, máxime teniendo en cuenta los riesgos de una actividad de por sí peligrosa como es la construcción”.

25 - En la sentencia recurrida se entendió que se había roto el nexo causal porque la conducta del trabajador ha sido imprudente por entrar en una zona “en la que no trabajaba” y por actuar de forma unilateral sin que nadie se lo ordenara cuando además se considera que es obvio, “sin necesidad de información ni advertencia previas, el grave peligro que conlleva el entrar en el ámbito de actuación de los robots”.

26 - STS Sala 3ª, Secc.4ª, 03-03-98.

27 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 4218/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 mayo.

circunstancias concurrentes y entre ellas la actividad, el lugar de la prestación y la preparación del trabajador, no siendo exigible una vigilancia constante²⁸.

En general, se exige de responsabilidad al empresario cuando no hay tolerancia de las conductas arriesgadas²⁹, incurriendo en responsabilidad si se constata un incumplimiento sistemático o frecuente de las obligaciones a cargo de los trabajadores y el empresario se muestra permisivo o pasivo³⁰.

Por último, el hecho de que se ignoren las circunstancias exactas por las que se produjo el accidente no es un obstáculo para la imposición del recargo, cuando se incumplió alguna medida preventiva o de seguridad que de haberse adoptado habría evitado el daño o lo habría disminuido³¹, no siendo aplicable la presunción de inocencia³²

28 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Málaga, núm. 506/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 5 marzo, que cita las SSTSJ Castilla y León/Valladolid 30.5.95, Valencia 4.3.92 y 23.3.94.

29 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cantabria núm. 467/2002 (Sala de lo Social), de 9 abril.

30 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 4218/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 mayo.

31 - STS 16-1-2006. “El factor determinante para la estimación del recurso de suplicación, y con ella de la exoneración de la responsabilidad de la empresa demandante, fue que no se conocía la forma en que se produjo realmente la caída al vacío, tal y como antes se dijo, de manera que, unida esa circunstancia a la presunción de inocencia en la imposición de unas medidas de recargo con contenido básicamente sancionador —se argumenta en la sentencia recurrida— la conclusión no podía ser otra que la exculpación de la referida empresa. Sin embargo, la doctrina ajustada a derecho es la que se contiene en la sentencia de contraste, que sostuvo precisamente lo contrario, tal y como esta sala de lo Social del Tribunal Supremo tuvo ocasión de afirmar en su sentencia de 30 de junio de 2003 (recurso 2403/2002). En ésta, en primer término se dice en relación con el principio de presunción de inocencia, que, conforme a reiterada jurisprudencia, únicamente tienen asiento en la esfera jurídico-penal, y no en la esfera civil-laboral de incumplimientos contractuales del deber de seguridad asumido por el empleador. Y se añade que “desde este plano, lo que ha de examinarse, y ello está en relación con la doctrina sobre la carga de la prueba, es si existe o no una relación de causalidad entre la conducta, de carácter culpabilística por acción u omisión, del empresario, en relación a la adopción de medidas de seguridad en el trabajo y el accidente o daño producido, y en la respuesta al interrogante han de valorarse todas las pruebas admitidas en derecho, y, además, las presunciones, reguladas en el momento del hecho causante en los artículos 1249 a 1253 del Código Civil (C.c.) y, en la actualidad, en la sección 9ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) 1/2000 de 7 de enero, que derogó las normas citadas del Código Civil, aunque, en realidad y en lo que nos afecta, tanto el aplicable y derogado artículo 1253 C.c., como el nuevo 386 L.E.C., permiten que el Tribunal a partir de un hecho admitido o probado podrá presumir, a los efectos del proceso, otro hecho si entre el admitido o probado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.

32 - STS 30/06/2008 La presunción de inocencia no es aplicable al recargo de prestaciones, porque éste en nuestro ordenamiento no tiene formalmente el carácter de una sanción

Sujetos responsables

El recargo sólo es imputable a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo³³. En consecuencia, el INSS, como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, queda exento de toda responsabilidad, recayendo la responsabilidad directa y exclusivamente sobre el empresario, lo que se fundamenta como una consecuencia de su carácter sancionatorio. Además, el referido carácter del recargo y su no configuración como una verdadera prestación de la Seguridad Social, impide que pueda ser objeto de aseguramiento público o privado³⁴. No obstante, algún sector minoritario en la doctrina se muestra favorable al aseguramiento.

La idea de empresario infractor es también el elemento decisivo para atribuir responsabilidad directa sobre el recargo al empresario principal en los casos de contrata y subcontratas³⁵.

Esta responsabilidad directa del empresario principal respecto de accidente sufridos por trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas puede derivar de incumplimientos que le sean directamente imputables como titular del centro de trabajo por no adoptar las medidas necesarias previstas en el art. 24.2 LPRL o por incumplimientos en materia de coordinación. En estos casos, es irrelevante que la actividad de la empresa a la que pertenece el trabajador accidentado sea o no propia del contratista principal³⁶.

cada como tal por la ley, aunque pueda cumplir, según la doctrina de la Sala (sentencia de 2 de octubre de 2002), una función preventiva.

33 - entre otras, SSTS/IV 8-3-1993, 7-2-1994, 8-2-1994, 9-2-1994, 12-2-1994, 20-5-1994.

34 - entre otras, SSTS/IV 8-3-1993, 16-11-1993, 31-1-1994, 7-2-1994, 8-2-1994, 9-2-1994, 12-2-1994, 23-3-1994, 20-5-1994 y 22-9-1994.

35 - SSTS/IV 18-4-1992 y 16-12-1997 señalan que cuando se desarrolla el trabajo en el centro de trabajo de la empresa principal, con sus instrumentos de producción y bajo su control «es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e, incluso, que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste» y por ello en estos casos el empresario principal puede ser «empresario infractor» a efectos del artículo 93.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (hoy artículo 123.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994).

36 - El empresario principal que incurra en omisión del deber de seguridad que tiene para con los trabajadores, incluidos los que son de la empresa contratista o subcontratista, que presten servicios dentro del círculo rector, podrá ser declarado responsable en el recargo, aunque la contrata no corresponde a la propia actividad (STS 5-5-1999). Ahora bien, sólo podrá declararse la responsabilidad del empresario principal cuando a él sea imputable la infracción de la normativa de prevención que ha desencadenado el siniestro, pero no de aquellas infracciones que sean imputables al contratista, de lo que se desprende que no puede exigirse al dueño de la obra que vigile el cumplimiento por el contratista de una normativa de seguridad que desconoce por serle ajena, lo cual nada tiene que ver con sus deberes de coordinación de la prevención en el centro de que es titular impuestos por el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (STSJ de Murcia, de 5-12-2005).

Pero, además, art. 24.3 LPRL impone a las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo el deber de vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales y el art. 42.3 LISOS convierte al empresario principal en responsable solidario con los contratistas a que se refiere el art. 24.3 LPRL del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.

Son necesarios, pues, tres requisitos para que surja la responsabilidad solidaria del comitente en relación a los daños sufridos por los trabajadores empleados por la empresa subcontratista: la existencia de una contrata o subcontrata; que el objeto de éstas consista en la ejecución de la actividad propia de la empresa principal; y que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicha empresa principal³⁷.

El hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene es lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control³⁸.

Es la idea de “propia actividad” de la empresa principal lo que hace surgir su responsabilidad solidaria y lo que determina que una actividad sea “propia” de la empresa principal es su condición de inherente al ciclo productivo³⁹.

La responsabilidad de la empresa principal no deriva de que la contrata tenga por objeto una actividad coincidente con la que es propia de la misma⁴⁰.

37 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Baleares núm. 360/2001 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 10 julio de 2002.

38 - STS de 5 de mayo de 1999.

39 - SSTS de 18 de enero de 1995 (RJ 1995/514) y de 24 de noviembre de 1998 (RSU 517/1998).

40 - STS 26 de mayo de 2005. “el sustrato fáctico y legal de este tipo de situaciones viene dado por el hecho de que el trabajo en cuyo desarrollo se produce el accidente, tiene o debe tener lugar bajo el control y la inspección de la empresa principal o de la contratista –en caso de

Como se declara en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2007 cuando una empresa se ha adjudicado una obra para su ejecución, y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata, de forma que su responsabilidad deriva de la falta de control que le era exigible en relación con los trabajadores de la empresa subcontratista y en relación con una obra de la que era adjudicataria.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005, y las que en ella se citan, señala que «para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa» y también nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial».

Descendiendo al caso concreto, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (RUD 3237/2007) rechaza la responsabilidad de la empresa contratista principal, dedicada a la actividad de fabricación de vidrio plano laminar y securit que había contratado la demolición de una nave, al no ser esta una actividad propia y “precisamente porque se procedía al desmontaje, la empresa principal no realizaba en aquel lugar actividad alguna”.

Esta idea de propia actividad ha servido para descartar la responsabilidad solidaria del simple promotor, pues aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas⁴¹, sin perjuicio de que un promotor pueda también

subcontrata-, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercutan en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados de las distintas empresas implicadas en la cadena de contratos, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran.

41 - La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 es esclarecedora en el sentido de la distinción establecida en la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de ordenación de la edificación y así “el promotor se define como cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título” y sus obligaciones en relación con el proceso de edificación son las de ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para

dedicarse a la actividad de construcción en cuyo caso sí respondería solidariamente como contratista principal.

En cuanto a lo que debe entenderse por centro de trabajo la expresión centro de trabajo es equivalente a «lugar de trabajo» (SSTS 22.nov.2002 y 26.may.05, por todas) y en el mismo sentido el art. 2 RD 171/2004, de 30 enero, según el cual «tiene la consideración de centro de trabajo cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deben permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo. Y empresario titular del centro de trabajo, la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo».

Esta doctrina llevó al Tribunal Supremo a la condena de la empresa principal dedicada a telefonía en relación al accidente sufrido por un empleado de la subcontratista, dedicada a la colocación de postes del tendido aéreo de líneas telefónicas, al entender que esta actividad forma parte de la propia de la empresa principal y el lugar en el que se realiza, aunque sea un despoblado

construir en él, facilitar la documentación e información previa necesarias para la redacción del proyecto, gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra, concertar los seguros exigibles y entregar al adquirente la documentación de la obra ejecutada. Por su parte, el constructor es “el agente que asume contractualmente, ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato”, y sus obligaciones son las relativas a ejecutar la obra con sujeción al proyecto, tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor, designar al jefe de obra, asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera, formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato, firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra, facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada y suscribir las garantías previstas en el artículo 19 de la Ley 38/1999 . De esta regulación se desprende que, aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas. El promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa , coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva. Se trata, por tanto, de actividades empresariales que son en sí mismas diferentes, aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional y en este sentido la actividad de construcción no es una actividad “inherente” al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria.” Esta misma línea divisoria la establece la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la Construcción en la definición que de las mismas desarrolla el art. 3 .b) promotor es “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se señala obra, c) contratista o empresario principal es “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato”. Ello sin perjuicio como prevé el párrafo segundo de dicho apartado que “el promotor relicte directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra”, en cuyo caso tendrá también la consideración de contratista a los efectos de dicha Ley.

o en el campo, constituye un centro de trabajo de la empresa principal que ha contratado las tareas⁴².

Por lo demás, carecen de validez frente a los trabajadores accidentados o sus causahabientes los pactos entre contratista principal y subcontratista por los cuales se exime de responsabilidad a uno de ellos por incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos⁴³.

En las empresas de trabajo temporal la empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene⁴⁴ y esta responsabilidad no alcanza a la ETT (art. 42.3 TRLISOS). No obstante, procede declarar la responsabilidad solidaria de la ETT cuando incumpla las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud fijadas en el art. 28.2 y 3 LPRL y esa falta de formación fuera una de las causas que, conjuntamente con las imputadas a la usuaria, propiciaron el accidente⁴⁵, o las obligaciones impuestas por el art. 3.3 del RD 216/1999, relativas a la previa formación teórica y práctica necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador cedido o se incurra en un supuesto de cesión prohibida al prestar servicios el trabajador en una actividad prohibida, según se deduce del RD 216/1999, de 5 de febrero de 1999 ⁴⁶

Cuantía

El carácter sancionador del recargo es también la idea que guía la fijación de su cuantía, la cual oscila entre un 30% y un 50% dependiendo de la gravedad de la falta y no del daño causado, aunque ello no significa que la cuantía no guarde relación alguna con el daño causado, pues ese porcentaje se aplica sobre las prestaciones de la acción protectora que sí toman en consideración el estado de necesidad creado por el accidente o la enfermedad. Sin embargo, como reitera la mencionada STS de 2 de octubre 2000 (RJ 2000\9673), para la graduación del recargo el criterio legal aplicable es

42 - STS de 22 de noviembre de 2002.

43 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 9319/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 29 diciembre.

44 - Art.16.2 de la Ley 14/94 de 1 de junio reguladora de las empresas de trabajo temporal.

45 - STSJ de Madrid de 11-7-2005.

46 - STSJ 28-6-2005.

el de la “gravedad de la falta” a que se refiere el art. 123.1 de la LGSS y tal apreciación está guiada por conceptos normativos como la peligrosidad de las actividades, número de trabajadores afectados, actitud o conducta general de la empresa en materia de prevención, instrucciones impartidas por el empresario en orden a la observancia de estas medidas reglamentarias⁴⁷ o la concurrencia de culpa del trabajador accidentado⁴⁸.

En la vía del recurso judicial, es dable controlar la cuantía porcentual del recargo fijada por Juez de instancia, habiéndose declarado que la Sala de lo Social del TSJ que conoce del recurso de suplicación puede modificar la cuantía porcentual del recargo de prestaciones fijada en la instancia cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con la directriz legal de fijarse en atención a la “gravedad de la falta”⁴⁹.

Algunas cuestiones de procedimiento

La imposición del recargo es competencia del INSS⁵⁰ y el expediente administrativo podrá instarse de oficio, normalmente por comunicación de la Inspección de Trabajo o a instancia de parte, en cuyo caso se incorpora informe de la Inspección. Mientras los recursos contra las actas de la inspección son competencia del orden contencioso-administrativo, las demandas contra el acto de imposición del recargo son competencia del orden social de la jurisdicción. Con el fin de evitar los problemas derivados de la dualidad de jurisdicciones el art. 42.5 LISOS dispone que la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de seguridad social.

Este efecto vinculante se limita a la declaración de hechos probados y no se extiende a la valoración jurídica de tales hechos⁵¹.

Aunque la vinculación que se establece lo es a los hechos probados relativos a la existencia de infracción de normas laborales, sin que se

47 - SSTS de 11-10-94 y de 1-9-1996.

48 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 7585/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 29 octubre de 2004.

49 - STS/IV 19-1-1996.

50 - Art.1 RD 1300/95 de 21 de julio.

51 - STSJ Illes Balears de 26 de junio de 2009 (RSU 165/2009).

expresarse dicha vinculación a la inexistencia de infracción, se ha afirmado que tal vinculación se produce también cuando se declara la inexistencia de infracción⁵². Desde luego, cuando no hay recurso contra la actuación administrativa no entra en juego la mencionada norma.

La vinculación se produce aún cuando la sentencia firme del juzgado contencioso administrativo sea posterior a la sentencia dictada por el juzgado de lo social recurrida y anterior a la resolución del recurso de suplicación⁵³.

Por otra parte, el plazo para reclamar el recargo es el de 5 años previsto para las prestaciones de seguridad social en el art.43.1 LGSS⁵⁴. La prescripción no comienza a correr en la fecha del accidente sino desde el hecho causante de la última de las prestaciones derivadas del accidente⁵⁵.

Tampoco comienza a correr el plazo de prescripción hasta que no finaliza por resolución firme la vía penal y la contencioso-administrativa⁵⁶. En cambio, la existencia de pleito civil sobre indemnización de daños y perjuicio

52 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cantabria núm. 357/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 1 abril. “El mandato de prejudicialidad vinculante del artículo 42.5 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobada por Decreto 5/2000, de 4 de agosto, dispone que la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de seguridad social. Es decir, la vinculación legal, lo es, a los hechos probados del orden Contencioso-Administrativo relativos a la existencia de infracción de normas laborales, sin que se exprese dicha vinculación a la inexistencia de infracción. No obstante, dicho efecto, puede obtenerse de igual forma, del espíritu de la citada norma, cuando la causa de la no imposición de sanción por infracción de normas se debe a la forma de producirse el siniestro, no a otras causas ajenas a su producción, y, lo mismo cabe concluir de la doctrina contenida, entre otras, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 158/1985, de 26 de noviembre y de fecha 29 de mayo de 2000, núm. 143/2000 -ambas citadas en la sentencia recurrida-, que pretenden evitar la apreciación diferenciada en el orden contencioso y laboral del mismo comportamiento trasgresor de la normativa de seguridad, dejando a salvo supuestos de contradicción motivada y fundada en causas expresamente detalladas”.

53 - STSJ , Extremadura de 14/04/2009 (RSU 107/2009) y STSJ Catalunya de 19/11/2009 (RSU 5591/2008).

54 - STS 12 de diciembre de 1997 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha núm. 397/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 28 marzo.

55 - STSJ Catalunya de 3 de julio de 2009 (RSU 542/2006).

56 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Sevilla núm. 2921/2003 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 25 septiembre, “máxime teniendo en cuenta que la declaración de hechos probados de esta última jurisdicción, conforme al artículo 42.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, vincula a la hora de imponer el recargo, lo que es lógico, porque, aunque las distintas jurisdicciones pueden dar desigual tratamiento a los mismos hechos, va contra la seguridad jurídica que un hecho exista para un orden jurisdiccional y no para otro”.

no interrumpe el plazo⁵⁷.

Por otra parte, la declaración del recargo es única y afecta a todas las prestaciones derivadas del accidente, del mismo modo que la determinación del origen atribuible a una situación (origen común o profesional) alcanza a todas las prestaciones derivadas de la misma contingencia que se van produciendo de forma escalonada⁵⁸.

Además, el orden social es también competente para conocer de las impugnaciones de los actos administrativos de la Seguridad Social fundados en infracciones de normas de procedimiento, como la nulidad del acto o la caducidad del expediente⁵⁹.

El plazo para que la Administración de la Seguridad Social dicte su resolución es de 135 días, pero no es aplicable la caducidad del expediente⁶⁰.

57 - STSJ Madrid de 20 de diciembre de 2004 (RSU 4273/04).

58 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia País Vasco núm. 1445/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 13 julio "Esto quiere decir que, si un trabajador sufre un accidente que motiva un recargo del art. 123.1 LGSS, la resolución por la que se acuerda imponer este último afecta a todas las prestaciones devengadas por aquél. No cabe, si hay una serie de prestaciones en cadena (incapacidad temporal, incapacidad permanente, muerte y supervivencia), que en cada una de ellas se pueda cuestionar si ha habido o no incumplimiento empresarial de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, porcentaje de recargo que corresponde aplicar si se ha dado ese incumplimiento y sujetos responsables del mismo".

59 - STS, Social sección 1 del 04 de Enero del 2008 (RUD: 494/2006).

60 - STS, Social sección 1 del 09 de Julio del 2008 (RUD: 4534/2006). La doctrina sobre la cuestión debatida ya ha sido unificada por la Sala en sus sentencias de 9 de octubre de 2006, 21 de noviembre de 2006 y 5 de diciembre de ese año, 14 de febrero de 2.007, 17 de abril de 2007, 26 de septiembre de 2007 y 6 de noviembre de 2.007 . El plazo para que la Administración de la Seguridad Social dicte resolución en un procedimiento de reconocimiento del recargo es, desde luego, de 135 días, conforme a lo que se establece en el Anexo del Real Decreto 286/2003 , pero el incumplimiento de este plazo no produce la caducidad del procedimiento, que prevé el número 2 del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a tenor del cual «en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad» cuando haya vencido el plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución, añadiendo que «en estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92 ». No es aplicable este precepto porque el recargo no implica, con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios. No es, por tanto, el recargo una sanción, ni tampoco puede configurarse como un acto cuyo contenido se agota en la producción de «efectos desfavorables o de gravamen» sobre el empresario, porque la obligación que ciertamente se deriva del acto administrativo de reconocimiento para el empresario se ordena al derecho correlativo que ese reconocimiento produce en la esfera del perjudicado. De esta forma, el procedimiento no se desarrolla en el marco de una relación bilateral entre la Administración y el empresario infractor, sino en el marco más

La mera falta de audiencia en el expediente administrativo de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, no conlleva la nulidad de actuaciones y por ende, de las resoluciones administrativas, salvo el supuesto de que se haya producido una situación de indefensión relevante⁶¹.

Se ha planteado también la cuestión de la obligación del art. 292 LPL en relación al recurso de suplicación, llegando a la conclusión de que al ser la empresa normalmente la demandante, su recurso lo sería contra una sentencia absolutoria y, por tanto, sin posibilidad de ejecución provisional. Distinto sería en el caso de que sea el trabajador quien insta la imposición del recargo o su incremento y la demanda sea estimatoria.

V. La responsabilidad civil del empresario

Competencia

La acción protectora de la Seguridad Social únicamente otorga protección contra la pérdida de retribuciones que conlleva la merma de capacidad laboral derivada de accidente de trabajo y no siempre lo hace con prestaciones que le cubran el 100% de lo que ganaría trabajando, por lo que en buena parte de los casos habrá una merma de ingresos (lucro cesante) y, además, un daño no compensado por la seguridad social (el dolor e incertidumbre de la situación cuando uno está en proceso de curación, la separación de los seres queridos si hay ingresos hospitalarios, la no posibilidad de hacer una vida normal, la influencia de las secuelas en otros órdenes de la vida del trabajador, etc.)⁶². Para la reparación de esos daños el trabajador accidentado o sus causahabientes tienen, como regla, derecho a su reparación íntegra, pudiendo ejercitar las acciones tendentes a ello.

En esta materia, la jurisprudencia civil ha venido reclamando para sí la competencia, aunque con una trayectoria poco rectilínea, como se reconoce en la sentencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2004⁶³, reconociéndose también el alto grado de desacuerdo entre las decisiones

complejo de la denominada actividad arbitral de la Administración, en la que ésta decide una controversia entre dos privados –empresario infractor y perjudicado, en este caso– y a esta actuación ha de aplicarse la regla del número 1 del párrafo citado, conforme al cual «en el caso de que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo».

61 - STS, 11 de Febrero del 2009.

62 - sentencia de 30.12.2002, recurso 2462/2002.

63 - En esta sentencia se explica que a principios del 98 la sala primera del Tribunal Supremo “declaraba por regla general la competencia del Orden Jurisdiccional Civil, pero la

judiciales, incluso del máximo nivel, sobre cuál debe ser el orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad civil del empresario por los daños que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta de aquél⁶⁴.

La jurisprudencia civil vino declarándose competente distinguiendo entre los supuestos en los que la acción se funda en una infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales, en cuyo caso consideraba que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual, con la consecuencia de la competencia del orden social de la jurisdicción para resolver la cuestión, de aquellos otros supuestos en los que la acción se funda en la existencia de culpa o negligencia del empresario no penadas por la Ley (artículos 1089 y 1093 del Código Civil), en cuyo caso habría una responsabilidad extracontractual o aquiliana y la competencia correspondería al orden civil⁶⁵.

En la práctica, la jurisdicción civil vino resolviendo supuestos de responsabilidad contractual, porque la verdad es que “es prácticamente imposible que una acción culposa empresarial no vulnere algún precepto de la normativa de prevención de riesgos laborales y aunque no fuere así, el contrato de trabajo obliga al empresario a dar seguridad al trabajador en su prestación de servicios y los actos imprudentes del empresario que originan un accidente laboral infringen esta obligación⁶⁶”.

Los problemas de esta dualidad de jurisdicciones para conocer de la misma materia, creada jurisprudencialmente⁶⁷, se agravan por la diversidad

Sala especial prevista en el art. 42 LOPJ para resolver los conflictos de competencia entre órganos de dicho orden civil y del orden jurisdiccional social, en cambio, ya había dictado los dos Autos que cita la sentencia impugnada y que efectivamente resolvían el respectivo conflicto a favor del orden jurisdiccional social. Lo problemático de la cuestión siguió manifestándose cuando varias sentencias de esta Sala, situadas aproximadamente en el tiempo entre la fecha de la sentencia recurrida y la que ahora se dicta, optaron decididamente por declarar la competencia del orden jurisdiccional social (SSTS 24-12-97 en recurso 3219/93, 10-2-98 en recurso 505/94, 20-3-98 en recurso 741/94, 23-7-98 en recurso 2494/95 y 24-10-98 en recurso 409/94. Finalmente, desde argumentos de distinto orden se ha retornado a la línea de afirmar la competencia del Orden Jurisdiccional Civil (así, SSTS 30-11-99 en recurso 1110/95, 10-4-99 en recurso 2934/94, 7-7-00 en recurso 2638/95, 22-6-01 en recurso 1445/96 y 2-7-01 en recurso 1464/96, pero no sin el matiz de que para ello la acción ha de fundarse en los arts. 1902 y 1903 CC, ya que si se funda únicamente en el incumplimiento de las medidas de seguridad, que en la relación laboral constituyen una obligación típica del empresario, la competencia corresponderá al orden jurisdiccional social (así, SSTS 11-2-00 en recurso 1388/95, 26-5-00 en recurso 2114/95 y 12-6-00 en recurso 2399/95 ”.

64 - sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 8 de octubre de 2001.

65 - Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 28 noviembre de 2001.

66 - Luis Gil Suárez. Responsabilidad civil o patrimonial derivada de accidente de trabajo II Actualidad Laboral n° 11 del año 2005.

67 - STS sala de lo social de 1 de diciembre de 2003.

de criterios entre la jurisdicción civil y social sobre el carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad civil. La jurisdicción civil tampoco en este punto mantiene una posición clara, como se explica en la sentencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2003⁶⁸ y la aplicación de su propia doctrina sobre culpa extracontractual la han llevado a menudo a posiciones cuasi-objetivas⁶⁹.

La Sala especial de conflictos del Tribunal Supremo se ha decantado a favor de la competencia del orden social de la jurisdicción siempre que se reclama frente al empresario una indemnización por accidente de trabajo que se haya producido como consecuencia de la infracción de una obligación de seguridad, siendo lo relevante que el daño se imputa a un ilícito laboral y no civil⁷⁰.

Tras el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2007, la Sala 1ª del Tribunal Supremo mediante Sentencia de fecha 15 de enero de 2008 se acoge al criterio de la Sala de conflictos⁷¹, sin

68 - Ciertamente es que no pocas sentencias de esta Sala mantienen sobre este punto una línea diferente, en cuanto tienden a objetivar la responsabilidad civil del empresario aproximándola a una responsabilidad fundada casi sin más en el riesgo; así, en un grado tal vez extremo, la sentencia de 17 de octubre de 2001 (recurso núm. 3559/96), que por la defensa de los intereses de las víctimas justifica el nuevo «principio de la responsabilidad por riesgo o sin culpa que responde a las exigencias nuestros tiempos», o las sentencias de 22 de abril y 1 de octubre del corriente año (recursos núm. 2752/97 y 4113/97 respectivamente), que cifran la prueba de la falta de diligencia de la empresa en la propia producción del accidente, o en fin, aunque desde luego en un grado mucho menor, la sentencia de 17 de julio del corriente año (recurso núm. 3682/97), que si bien rechaza explícitamente «la teoría del riesgo para legitimar la inversión de la carga de la prueba, pues riesgo hay en todas las actividades de la vida», justifica en el concreto caso enjuiciado la inversión de la carga de la prueba en contra del empresario por su mayor facilidad probatoria para demostrar que el accidente obedeció a causas fuera de su control. Sin embargo no es menos cierto que otro importante grupo de sentencias rechaza el riesgo como fuente única de la responsabilidad civil por culpa extracontractual, razonando que esta Sala, al sentar doctrina, ha negado la absoluta objetivación de la responsabilidad civil fundada en el art. 1902 del Código Civil y puntualizando que el riesgo tiene que excluirse como base del resarcimiento cuando de riesgos normales o razonablemente previsibles se trate (por todas, sentencia de 31 de marzo del corriente año, en recurso núm. 2476/97, que se funda en los precedentes representados por las de 28-10-88, 21-3-91, 11-2-92, 8-3-94, 8-10-98, 18-11-98 y 6-11-01; línea jurisprudencial ésta que se completa con la que exige una rigurosa prueba del nexo causal al enjuiciar la responsabilidad civil del empresario (así, sentencia de 9 de julio del corriente año, en recurso núm. 3391/97, que recopila la jurisprudencia al respecto).

69 - STS sala civil de 11 de marzo de 2004.

70 - Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2007.

71 - “Debe considerarse que la responsabilidad por accidentes de trabajo nace del incumplimiento de una obligación legal, porque la ley está determinando el contenido obligacional del contrato de trabajo. La obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual al establecerlo la ley de

embargo, en la misma sentencia se declara la competencia del orden civil “al haber sido demandados conjuntamente con la empresa contratista y subcontratista, otras personas que no tienen relación laboral con la víctima del accidente”, en concreto el técnico de la obra y la dueña de la obra.

La Sala 4ª del Tribunal Supremo, por el contrario, mantiene que es competente el orden social de la jurisdicción para conocer de todas las acciones en reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y que sean consecuencia del incumplimiento del deber de seguridad en el trabajo y aunque se dirija la demanda contra el promotor o los directores técnicos de la obra⁷².

Esta doctrina es extensible a otros posibles responsables como los fabricantes, importadores o distribuidores⁷³.

A mi juicio, lo que debiera determinar la jurisdicción competente no es contra quien se dirige la acción sino quien la ejercita y con que fundamento. Y desde esta perspectiva, siempre que quien reclama es un trabajador, o sus causahabientes, que ha sufrido un daño en la ejecución del contrato de trabajo por infracción del deber de seguridad la competencia corresponde al orden social de la jurisdicción cualesquiera que sean las personas contra las que se dirija la acción.

La jurisprudencia social

Los órganos del orden social de la jurisdicción vienen declarando que la cobertura económica de las consecuencias del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional que dispensa el sistema de la Seguridad Social no excluye la posibilidad de demandar del responsable, empresario o tercero, que indemnice el resto de los daños y perjuicios inferidos a la víctima que

Prevención de riesgos laborales en el artículo 14: se trata de una obligación general de diligencia incorporada por ley al contenido del contrato de trabajo.

Esta Sala, por tanto, fija la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social”.

72 - STS 22 de junio de 2005. “En estos supuestos estamos ante una demanda de responsabilidad contra varios demandados en donde puede entrar en juego tanto la responsabilidad derivada de las previsiones contenidas en el art. 1101 del Código Civil como de las establecidas en el art. 1902 del mismo cuerpo legal ; en suma se trata de casos de compleja autoría con independencia de quien sean los agentes, para cuyo conocimiento, pese a tratarse en el caso de los Promotores y Directores Técnicos de supuestos de culpa extracontractual, es competente, como ya hemos dicho el Organismo Jurisdiccional Social, siempre y cuando lo que se reproche a estos sea un ilícito laboral por la causa ya dicha”.

73 - STS Navarra de 7 de enero de 2002.

dicho sistema, de prestaciones legalmente tasadas no alcanza a reparar. Así resulta del art. 127.3 de la LGSS y, en cuanto atañe a los casos en que la causa del accidente estriba en una infracción empresarial de las pertinentes medidas de seguridad e higiene, de los arts. 123.3 de la propia LGSS. y 42.1 de la LPRL.⁷⁴

Esta responsabilidad empresarial emana de forma directa o indirecta del incumplimiento del llamado «deber de seguridad» que deriva de la propia relación laboral⁷⁵ y se corresponde con el derecho de todo trabajador a una protección eficaz⁷⁶. Se trata de una responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional⁷⁷, no es responsabilidad civil objetiva⁷⁸, ni derivada de la creación del riesgo, ni es culpa extracontractual o aquiliana del art. 1902 Código Civil, sino responsabilidad culposa contractual por incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato laboral.

Debe existir y probarse un incumplimiento de la llamada deuda de seguridad y no abarca los daños derivados de caso fortuito, en aplicación del art.1.105 CC. Ahora bien, como se dijo al principio, tal deuda de seguridad es amplia y abarca a todos los aspectos relacionados con el trabajo, debiendo el empresario adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud (art.14.2 LPRL), debiendo preverse las distracciones e imprudencias no temerarias del trabajador (art.15.4 LPRL). Se trata de un deber de protección incondicionado y prácticamente ilimitado, debiendo adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que sean. Y esta protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han

74 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Baleares núm. 74/2005 de 9 febrero.

75 - El éxito de la pretensión resarcitoria exige, por tanto, la comprobación acabada de que el hecho lesivo acaeció por efecto de un incumplimiento culpable del deber legal de seguridad –arts. 4. 2 d) y 19 del ET– que el empresario asume frente a quienes trabajan a su servicio Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Baleares núm. 74/2005 de 9 febrero.

76 - art.19.1 ET y art.14.1 LPRL.

77 - (Tribunal Supremo: 30-9-97, 20-7-00, 22-01-02 y 7-2-03.

78 - Así, el TS, en la citada sentencia de 30-9-97, ha definido el ámbito de la responsabilidad empresarial por daños y perjuicios del siguiente modo: «En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que gozan de una protección de responsabilidad objetiva, venir a duplicar ésta por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana, que nunca podrá ser universal como la prevenida en la legislación social ni equitativa entre los distintos damnificados, como la legislada, más que ser una mejora social se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad. Por ello, en este ámbito la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que ya están previstas e instauradas, con más seguridad y equidad».

de implicar en todo caso aquella consecuencia cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones⁷⁹.

Debe existir un nexo causal entre el incumplimiento y el daño, siendo aplicable el principio de la «causalidad adecuada», que impone la necesidad de valorar, en cada caso concreto, si el acto antecedente se presenta como causa necesaria al efecto lesivo producido, necesidad que no puede quedar desvirtuada por la posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba aplicables en la interpretación de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil pues el cómo y el porqué se produjo el accidente laboral constituyen elementos indispensables en el examen del evento dañoso⁸⁰, el hecho de que se aprecie infracción de la reglamentación de las normas de seguridad en el trabajo no comporta por sí sola la existencia de culpa civil⁸¹.

Debe existir, por último, un daño, a lo que dedicaré el último apartado.

En cuanto a los sujetos responsables, junto al empleador pueden aparecer otros sujetos responsables, siendo el supuesto más claro el del empresario principal en los supuestos de contratas y subcontratas. Cabe reproducir aquí lo que ya se dijo en materia de recargo. La responsabilidad puede también extenderse en los supuestos de sucesión de empresa del art. 44 ET.

La reclamación puede dirigirse contra el tercero responsable, como deriva del art. 127 LGSS, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del

79 - Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 octubre 2001.

80 - STS de 25 febrero 1992 Por otra parte, para la determinación de la existencia de relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión –causa– y el daño o perjuicio resultante –efecto–, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación, no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad, o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los arts. 1092 y 1903 del Código Civil, pues «el cómo y el porqué se produjo el accidente», constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (S. 27-10-1990 y las en ella citadas).

81 - Sentencia de la misma Sala de 27 abril 1992.

empleador en base al art. 1903 CC, ya se trate de otros trabajadores o de personas de cuya actividad frente al trabajador deba responder el empresario.

En este sentido, la responsabilidad de los técnicos de prevención o de las empresas con las que se haya contratado la prevención no permitirá exonerar al empresario de su responsabilidad solidaria frente al trabajador accidentado, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar contra aquéllos.

Deberá estarse al caso concreto para establecer la posible responsabilidad empresarial en los casos en que el responsable directo sea un arquitecto, un aparejador o un fabricante, suministrador o distribuidor, cuyas obligaciones en materia de riesgos laborales aparecen expresamente establecidas en el art. 41 de la LPRL.

El Daño y su cuantificación

En cuanto al daño, su existencia y prueba es elemento indispensable para que surja la responsabilidad que tratamos. Rigen las ideas de reparación íntegra y evitación del enriquecimiento injusto para el indemnizado.

El daño es entendido en sentido amplio, comprendiendo los daños materiales, morales y sociales, el daño emergente y el lucro cesante. La indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios.

Para fijar la cuantía de la indemnización la sala de lo social del Tribunal Supremo tiene declarado, con carácter general, que hay que atender a la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la dependencia económica, las sumas ya percibidas y criterios que pueden servir de referencia, no existiendo baremo legal y siendo libre el juzgador de acudir a criterios de analogía, como los del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación contenidos en el anexo de la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 9 noviembre ⁸².

En esta materia las SSTS de 17 de julio de 2007 (RUD. 513/2006 y 4367/2005) han sistematizado la doctrina jurisprudencial en la materia, que ha sido seguida por la Sala de lo social del TSJIB a partir de su sentencia de 5 de diciembre de 2007 (RSU 380/2007).

Esta doctrina puede sintetizarse del siguiente modo:

⁸² - Sentencia de 2 de febrero de 1998 (recurso 124/1997) sentencia de unificación de doctrina de 2 de octubre de 2000 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 7 febrero 2003.

- La fijación del importe indemnizatorio es facultad del Juzgador de instancia. La discrecionalidad que al respecto le compete no es susceptible de impugnación, salvo que medie notorio error, arbitrariedad, incoherencia con las bases de cuantificación o falta de concreción de la misma (STS 17-7-2007 (RUD 513/2006). En el mismo sentido, STS 17-7-2007 (RUD 4367/2006), al señalar que cuando se acepta la utilización de una norma para la cuantificación del daño, en este caso el baremo de accidentes de circulación, el órgano judicial superior puede revisar y controlar la aplicación adecuada de tal baremo.

- La discrecionalidad en la fijación del importe indemnizatorio, no puede confundirse con arbitrariedad, ya que el órgano judicial debe motivar su decisión. Esto significa que no puede realizar una valoración conjunta de los daños causados «sino que debe hacer una valoración vertebrada del total de los daños y perjuicios, atribuyendo a cada uno un valor determinado. Para ello debe distinguir entre los que corresponden a las categorías básicas: el daño corporal (lesiones físicas y psíquicas), el daño moral (sufrimiento psíquico o espiritual), el daño emergente (pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso), y el lucro cesante (pérdida de ingresos y de expectativas laborales).

- A falta de normativa específica en materia de responsabilidad civil por accidente de trabajo, es oportuno, aunque no obligatorio, aplicar como orientación analógica el sistema de valoración de daños previsto para los accidentes de circulación, si bien no de manera mimética y ateniéndose a la propia y total estructura indemnizatoria de éste, con posibilidad, inclusive, de superar los máximos tarifados⁸³.

83 - Como se declara la en la STS de 17 de julio de 2007 (RUD 513/2006), en materia de accidentes de trabajo no pueden reproducirse miméticamente las concretas operaciones establecidas en el Baremo, por las siguientes razones:

“1. porque sería opuesto, por definición, a la aplicación con carácter orientativo defendida tradicionalmente por la jurisdicción social.

2. porque lo que persigue el baremo es regular la responsabilidad de una entidad aseguradora de automóviles, en el marco de una responsabilidad objetiva en materia de accidentes de tráfico, mientras que en los casos de accidente laboral se trata de una indemnización exigible por mediar culpa del empresario en la causación del accidente, y tiene por objeto completar las prestaciones de Seguridad Social basadas en criterios de responsabilidad objetiva.

3. En el baremo, las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes se determinan con inclusión de los daños morales (Tabla III).

4. En el baremo se consideran como meros factores de corrección de la indemnización por lesiones permanentes (Tabla IV) los perjuicios económicos, en función de los ingresos y de la incapacidad permanente de la víctima.

5. Las indemnizaciones por incapacidad temporal incluyen el daño moral, diferenciando los días de baja según haya existido o no ingreso hospitalario, así como dentro de los mismos los que han impedido para el trabajo y los que no, reiterándose la consideración como simple factor de corrección de los perjuicios económicos.”

En las mencionadas sentencias de 17 de julio de 2007 se reconocen las ventajas de utilizar el sistema de valoración del Anexo a la Ley aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, pues ayudará al juzgador de instancia a vertebrar y estructurar el “quantum” indemnizatorio por cada concepto, a la par que deja a su prudente arbitrio la determinación del número de puntos a reconocer por cada secuela y la determinación concreta del factor corrector aplicable, dentro del margen señalado en cada caso.

Ese uso facilitará, igualmente, la acreditación del daño y su valoración, sin necesidad de acudir a complicados razonamientos, ya que la fundamentación principal está implícita en el uso de un Baremo aprobado legalmente. Precisamente por ello, si el juzgador decide apartarse del Baremo en algún punto deberá razonarlo, pues, cuando una tasación se sujeta a determinadas normas no cabe apartarse de ellas sin razonar los motivos por los que no se siguen íntegramente, ya que así lo impone la necesidad de que la sentencia sea congruente con las bases que acepta.

La aplicación del Baremo comportará un trato igualitario de los daños biológicos y psicológicos, así como de los daños morales, pues, salvo prueba en contrario, ese tipo de daños son similares en todas las personas en cuanto a la discapacidad y dolor que comportan en la vida íntima; en las relaciones personales; familiares y sociales (incluidas las actividades deportivas y otras lúdicas).

Las diferencias dañosas de un supuesto a otro se darán, principalmente, al valorar la influencia de las secuelas en la capacidad laboral, pero, al valorar esa circunstancia y demás que afecten al lucro cesante, será cuando razonadamente el juzgador pueda apartarse del sistema y reconocer una indemnización mayor a la derivada de los factores correctores por perjuicios económicos que establecen las Tablas IV y V del Baremo, ya que, como no es preceptiva la aplicación del Baremo, puede valorarse y reconocerse una indemnización por lucro cesante mayor que la que pudiera derivarse de la estricta aplicación de aquél, siempre que se haya probado su realidad, sin necesidad de hacer uso de la doctrina constitucional sobre la necesidad de que concurra culpa relevante”⁸⁴.

84 - Al valorar la influencia de las secuelas en la capacidad de ganancia y otras circunstancias que afecten al lucro cesante el juzgador puede apartarse del sistema y reconocer una indemnización mayor a la derivada de los factores correctores por perjuicios económicos que establecen las Tablas IV y V del Baremo (STS 17-7-2007 STS 17-7-2007 (RUD 4367/2005). En el mismo sentido STS 17-7-2007 [RUD 513/2006). al precisar que «las indemnizaciones previstas en el baremo de accidentes de circulación no tiene necesariamente porqué limitarse a máximo tarifado en el ámbito de los accidentes de trabajo, sino que aquellos factores (la exigencia culpabilística impuesta por la jurisprudencia y los principios de la acción preventiva) bien pudieran aconsejar en multitud de supuestos....que se supere aquella cuantía en forma de cantidad alzada o que más concretamente se aplique algún coeficiente multiplicador.».

Por ultimo, la Aplicación del baremo agiliza los pagos de los siniestros, al tiempo que disminuye los conflictos judiciales.

- Como regla general y para evitar enriquecimientos torticeros, las diversas indemnizaciones a que dé lugar el accidente se complementan entre sí puesto que el daño es único, de modo que habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto y por posibles pólizas de seguro suscritas por la empresa⁸⁵.

Como excepción a lo anterior, no se deduce de la indemnización civil lo abonado y percibido por el mecanismo del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, dado su carácter sancionador.⁸⁶

85 - SSTs de 17 de febrero de 1999, de 2 de octubre de 2000, de 8 de octubre de 2001, 21 de febrero de 2002 y 7 de febrero de 2003 en la que se declara lo siguiente: Ante la pluralidad de vías procesales para obtener la reparación de tal tipo de daños, son criterios esenciales a respetar que «a) existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar, sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse; b) debe existir también, en principio un límite en la reparación del daño, conforme a las previsiones del Código Civil, aplicables a todo el ordenamiento... (y)... que no puede hablarse que estemos en presencia de dos vías de reclamación compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio».

86 - SSTs de 17 de febrero de 1999, 2 de octubre de 2000, 2 de octubre de 2001, 21 de febrero de 2002, 2 de octubre de 2000 y 1 de junio de 2005, entre otras .La razón esencial de la exclusión de la posible compensación o reducción de la indemnización por el daño o perjuicio sufrido a consecuencia del accidente de trabajo del denominado recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad «ex» art. 123 LGSS deriva de su propia finalidad, la que se dejaría vacía de contenido si se procediera a la deducción pretendida por la empresa recurrente. En efecto:

a) La finalidad del recargo, en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestrabilidad laboral, es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, imputables, por tanto, al «empresario infractor», el que de haber adoptado previamente las oportunas medidas pudiera haber evitado el evento dañoso acaecido a los trabajadores incluidos en su círculo organizativo.

b) Se pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente.

c) Ese específico plus de responsabilidad, que se carga de forma directa sobre el empresario, prohibiendo su cobertura por terceros, su compensación o transmisión, se declara independiente y compatible con las responsabilidades de todo otro orden, y en vez de redundar en beneficio del patrimonio de la Seguridad Social para integrar un posible fondo compensador de accidentes de trabajo, se determina legalmente que sea el accidentado o sus causahabientes, como personas que han sufrido directamente la infracción empresarial, y dentro de los límites establecidos en función exclusiva a la gravedad de la infracción y no del daño, quienes vean incrementadas las prestaciones económicas ordinarias a las que tengan derecho y con independencia del concreto perjuicio realmente sufrido.

En cuanto al descuento de las sumas ya percibidas por las prestaciones de seguridad social se parte de la idea de que las contingencias profesionales y las comunes no son equiparables en la medida que son los empresarios quienes con sus primas aseguran las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional para asegurar su responsabilidad de carácter objetivo⁸⁷.

d) La posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comportaría vulneración del principio «non bis in idem», pues conforme a la jurisprudencia constitucional «la regla “non bis in idem” no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral)» y que por su misma naturaleza «sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior» (STC 159/1985, de 25 de noviembre), en tesis concordante con la jurisprudencia ordinaria (entre otras, STS/III 30-5-2000), destacándose doctrinalmente que es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde «la misma perspectiva de defensa social», pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores.

e) De consistir el recargo ahora analizado en una mera indemnización y siendo ésta, en su caso, a cargo exclusivo de la empresa y en favor del accidentado o de sus beneficiarios, carecería de fundamento legal la actual intervención inicial de la Entidad Gestora en vía administrativa resolviendo sobre su procedencia y porcentaje del incremento [art. 1.1 e) Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio; pues en tal caso, despojado el recargo de su aspecto público o sancionador, se estaría ante un simple litigio entre particulares del que sólo podrían directamente conocer los órganos jurisdiccionales.

f) De adoptarse la tesis contraria a la que ahora se sustenta, resultaría que de haberse fijado en un primer procedimiento una indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo podría invocarse en el ulterior expediente administrativo de determinación de la existencia de infracción de medidas de seguridad e imposición de recargo sobre las prestaciones, así como en el posterior procedimiento impugnatorio, que los daños causados ya estaban plenamente compensados con aquella indemnización lo que impediría entrar a conocer de la cuestión de la procedencia o improcedencia del recargo. Evidenciando que si se integra la indemnización de daños y perjuicios con el importe del posible recargo no existiría esa responsabilidad en el pago del recargo «independiente... con las de todo orden... que puedan derivarse de la infracción» como preceptúa el citado art. 123 LGSS.

g) En suma, nuestro ordenamiento de Seguridad Social, ante dos accidentes de trabajo de los que hubieran derivado en abstracto idénticos daños y perjuicios para los trabajadores afectados, uno originado por una conducta empresarial infractora de medidas de seguridad y otro en el que no concurra tal infracción, quiere que exista una desigualdad, que es dable calificar de objetiva y razonable, en orden a las indemnizaciones de cualquier naturaleza a percibir por el accidentado o sus causahabientes, las que deberán ser superiores en el supuesto en que concurran declaradas infracciones trascendentes en materia de seguridad e higiene o de riesgos laborales. La referida desigualdad desaparecería, por motivos distintos a los de la gravedad de la infracción, de seguirse la tesis contraria a la que ahora se establece.

87 - STS de 17 de julio de 2007 (RUD 4367/2005 "Es lógico computar y deducir lo cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario").

En este punto, la doctrina jurisprudencial ha sido objeto de fundadas críticas por distintos autores⁸⁸ y sea como fuere, de mantenerse el descuento de las cantidades percibidas en concepto de prestaciones de la Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales al menos deberá reformarse el art. 127.3 LGSS, permitiendo que quien haya pagado las prestaciones pueda repetir contra el empresario incumplidor o su compañía aseguradora, evitando así un injustificado enriquecimiento por parte del empresario incumplidor y su aseguradora.

- La propia jurisprudencia pone límites a la compensación de las diversas indemnizaciones, declarando que debe ser efectuada entre conceptos homogéneos, de suerte que las prestaciones de la Seguridad Social que resarcan por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanentemente, sólo pueden compensarse con las

88- Rafael López Parada. “Sobre el cálculo en el orden social de la indemnización por responsabilidad civil derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”. Cuadernos Penales José María Lidón de la Universidad de Deusto, núm 3 (2006). “ Los fundamentos teóricos de este criterio jurisprudencial resultan muy discutibles, porque parten de una diferencia de naturaleza jurídica de las prestaciones de Seguridad Social por contingencias comunes y por accidentes de trabajo que no está prevista en la propia legislación vigente desde 1 de enero de 1967. La creación del sistema de Seguridad Social en 1966 tenía como uno de sus objetivos, precisamente, superar tal diferencia de naturaleza jurídica, propia del sistema anterior de Seguros Sociales. El descuento de las prestaciones económicas no es en ningún caso aplicable respecto de prestaciones de seguros de vida voluntarios suscritos por el trabajador, como tampoco respecto de las prestaciones por contingencias comunes, porque las mismas son claramente herederas de un seguro de personas (el SOVI). Es sabido que en los seguros de personas la cantidad asegurada no puede ser descontada de las indemnizaciones, siendo ese derecho indemnizatorio siempre de la víctima, sin posibilidad de subrogación del asegurador, salvo en lo relativo a los costes de asistencia sanitaria. La vida, la salud y la integridad física no tienen valor de mercado y, por tanto, cuando del aseguramiento de las mismas se trata, en ningún caso existe el sobreseguro, de manera que la prohibición del enriquecimiento injusto del artículo 26 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro, sólo es aplicable a los seguros de daños, siendo imposible hablar de enriquecimiento injusto en el caso de los daños para la vida y la salud, al tratarse de cosas fuera del comercio de los hombres y, por tanto, no sustituibles por dinero. Así lo dispone el artículo 82 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro, cuyo contenido se aplica en materia de Seguridad Social en virtud del segundo párrafo del artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social. Curiosamente en ese artículo 127.3, que traslada a la Seguridad Social la lógica del artículo 82 de la Ley de Contrato de Seguro, no se distingue en modo alguno en función del carácter común o profesional de la contingencia determinante de la prestación. Para separarse de esa lógica, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo considera que las prestaciones de accidentes de trabajo no tienen la naturaleza de seguro de personas, sino que mantiene la idea de un seguro empresarial de responsabilidad civil. Con ello se viene a negar de facto la cobertura de tales contingencias por los mecanismos ordinarios del sistema de Seguridad Social, construyendo un subsistema residual para los accidentes de trabajo como un arcaico seguro de responsabilidad civil empresarial, establecido entonces en beneficio del empresario responsable y no del sujeto protegido”.

indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, mas no por razón de otros conceptos, como el daño emergente y el daño moral

- Desde esta perspectiva, en relación a la incapacidad temporal, el perjudicado en concepto de lucro cesante debe percibir, al menos, el cien por cien del salario cobrado al tiempo del accidente, por lo que tales prestaciones no pueden compensarse con la indemnización que corresponda con arreglo al Baremo mientras que las mismas, junto con su posible mejora, no superen ese cien por cien. Además, para calcular correctamente el perjuicio económico sufrido, deberá tenerse en cuenta los incrementos salariales anuales puesto que tales subidas se extienden al lucro cesante⁸⁹ sin que quepa su compensación con lo reconocido como daño emergente o moral⁹⁰.

Por consiguiente, en relación con la indemnización por incapacidad temporal, el lucro cesante debe cifrarse en la diferencia entre el salario real que se hubiera percibido de permanecer el trabajador en activo y la prestación abonada por dicha situación.

El resarcimiento del daño moral durante la incapacidad temporal ha de realizarse con arreglo a la indemnización prevista en el Baremo para los días de baja (no impositiva o con ingreso hospitalario), sin que pueda aplicarse la indemnización prevista para los días de baja impositiva⁹¹

- En cuanto al descuento del capital coste de las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad permanente total y absoluta o de las indemnizaciones por la incapacidad permanente parcial o de las lesiones permanentes no invalidantes, se declara en la sentencia de 17 de julio de 2007 (RUD 4367/2005) que sólo pueden compensarse del total de la indemnización reconocida como lucro cesante pues “las prestaciones de la S.S. se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral”.

El lucro cesante viene contemplado en el factor corrector «por perjuicios económicos» y el factor corrector por «incapacidad permanente».

Sin embargo tales factores tienen distinta significación, pues mientras

89 - (STS 17-7-2007 [RUD 513/2006]).

90 - STS 17-7-2007 (RUD 4367/2005).

91 - (STS 17-7-2007 [RUD 513/2006]). Conclusión a la que llegamos, fundamentalmente porque si la indemnización básica por IT en la Tabla V se fija «incluidos los daños morales», parece razonable entender que el daño moral está cuantificado en el importe indemnizatorio correspondiente al día «no impositivo», habida cuenta del limitado juego [aumento porcentual] que se da a los ingresos de la víctima de la indemnización básica].

el primero “es claro que compensa por el llamado lucro cesante, lo que abre la posibilidad de compensar lo reconocido por ese concepto con lo abonado por prestaciones de Seguridad Social que reparan la pérdida de la capacidad laboral en algún grado”, el factor corrector por «incapacidad permanente» de tabla IV persigue reparar los daños y perjuicios que se derivan de la incapacidad permanente del perjudicado “para la ocupación o actividad habitual de la víctima”, concepto más amplio que el de incapacidad permanente del art. 137 LGSS, que contempla sólo la incapacidad para el trabajo, pues el factor corrector de la tabla IV abarca el perjuicio que ocasiona la incapacidad para otras actividades de la vida⁹² por lo queda al prudente arbitrio judicial, la ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar qué parte de la cantidad reconocida por su aplicación se imputa a la capacidad laboral y qué parte al impedimento de otras actividades u ocupaciones de la víctima⁹³.

Las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes no tienen la función de compensar por la pérdida de la capacidad de ganancia, ni ningún tipo de incapacidad permanente, por lo que a mi juicio no procedería su descuento de estos factores de corrección, sin perjuicio de su descuento respecto de otros conceptos homogéneos.

Las Sentencias mencionadas se muestran también favorables al descuento del lucro cesante y, en la forma prevista, de las mejoras pactadas en convenio colectivo a cuenta de cualesquiera otras cantidades que pudieran ser reconocidas como consecuencia de responsabilidades civiles. A mi juicio, cuando la mejora no se pacta con tal previsión y lo que se

92 - lo que supone valorar lo que la doctrina francesa denomina “préjudice d’agrément”, concepto que comprende los derivados de la privación de los disfrutes y satisfacciones que la víctima podía esperar de la vida y de los que se ha visto privada por causa del daño, perjuicios entre los que se encuentra, sin ánimo exhaustivo, el quebranto producido para desenvolverse con normalidad en la vida doméstica, familiar, sentimental y social, así como el impedimento para practicar deportes o para disfrutar de otras actividades culturales o recreativas sentencia de 17 de julio de 2007 (RUD 4367/2005).

93 - 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 que parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y que parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, asearse, etc.) y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabía esperar en los más variados aspectos (sentimental, social, práctica de deportes, asistencia a actos culturales, realización de actividades manuales, etc. etc.) sentencia de 17 de julio de 2007 (RUD 4367/2005)

concierta es un seguro de personas no procede el descuento de cantidad alguna y puede percibirse en su integridad además del total de la indemnización por daños en aplicación del art 101 de la Ley 50/80.

En cuanto a los intereses moratorios, las mencionadas SSTs de 17 de julio de 2007, excluían su devengo y partiendo de la naturaleza de deuda de valor que tiene la indemnizatoria, concluían que las normas vigentes al tiempo del accidente son las que determinan el régimen jurídico aplicable para cuantificarla y determinar el perjuicio, según la edad de la víctima, sus circunstancias personales, su profesión, las secuelas resultantes, la incapacidad reconocida, etc... Sin embargo, se declaraba que el importe de la indemnización debía fijarse en atención al valor del punto en la fecha en que se cuantifica el daño por vez primera, siendo el baremo a utilizar el vigente en la fecha en que se fija la sentencia de instancia que lo reconoce, cuantifica y determina, no pudiendo aplicarse intereses moratorios con anterioridad por falta de liquidez de la deuda.

Sin embargo, en la Sentencia de 30 de enero de 2008 (RUD 414/2007) se reconsideró el tema, decantándose la sala IV por una interpretación menos restrictiva y más flexible de la regla “in illiquidis non fit mora” que deriva de los arts. 1100, 1101 y 1108 CC, declarando que en general los intereses moratorios derivados de los arts. 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, se devengan automáticamente desde el momento en que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación, por imponerlo así la defensa de los intereses del trabajador. Excepcionalmente, en supuestos que resulten exorbitantes, esta regla general puede sustituirse por el mecanismo de fijar la indemnización conforme a la actualización de los importes del baremo a la fecha de la sentencia, “en el bien entendido de que ambos sistemas –intereses/actualización– son de imposible utilización simultánea”.

Por lo que a la cuantificación de los puntos se refiere, la sala 1ª del Tribunal Supremo declara que deben hacerse en el momento en que las secuelas del accidente quedan determinadas y este es el momento del alta definitiva, debiendo aplicarse los importes establecidos en el baremo vigente en la fecha en que se produce el alta definitiva del lesionado.⁹⁴

A partir de la Sentencia que reconoce la deuda, el poder adquisitivo se mantiene mediante el cobro de los intereses de mora procesal del art. 576 LEC y, en su caso, los intereses del art. 20 LCS, por aplicación de la salvedad contenida en el art. 576 de la LEC.

94 - 30 de octubre de 2008 (RUD 296/04).

Si el riesgo está asegurado, se aplica el art. 20 de la Ley de contrato de seguro y la doctrina jurisprudencial sobre la existencia de una oposición por causa justificada.

Pero, esto no es aplicable a la mejora voluntaria pactada en convenio colectivo, aunque en el mismo se establezca que el importe es «a cuenta de cuales quiera otras cantidades que pudieran ser reconocidas como consecuencias de responsabilidades civiles». El devengo de esta mejora procede en todo caso, al margen de que se declaren o no estas responsabilidades; por ello los intereses del art. 20 de la Ley de contrato de seguro, se deben desde el día en que se comunique el siniestro a la aseguradora.⁹⁵

ADENDA

Entre la fecha en que se pronunció la anterior conferencia y la fecha de su publicación llega a mis manos el anteproyecto de Ley de Procedimiento Laboral, en el que parece que el legislador quiere zanjar los problemas de competencia en materia de accidente de trabajo a los que he hecho referencia entre las jurisdicciones civil y la social al atribuir en el art. 2 b) a la jurisdicción social la competencia sobre “el conocimiento de las acciones ejercitadas, conjunta o separadamente, por los trabajadores contra el empleador u otros terceros vinculados a él cualquier título, incluso la acción directa contra la aseguradora, por los daños materiales o morales causados con motivo u ocasión de la prestación de servicios, incluido el incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales y por culpa contractual o extracontractual, sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente”.

En el apartado s) se atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de las “reclamaciones del trabajador o sus causahabientes a las que se refiere el apartado b) de este artículo contra empresarios y terceros, así como contra a los aseguradores de éstos, por daños materiales o morales que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Y en el apartado r) se contiene igual previsión en relación a “la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo; así como de los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones, especialmente en

95 - STS 17-7-2007 (RUD 4367/2005).

los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de los trabajadores con carácter general o de sus causahabientes”.

Sin embargo, en el art. 3 se mantiene la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación a la impugnación de las Actas de infracción.

Además, se excluyen también del conocimiento de la jurisdicción social “los litigios en materias de prevención de riesgos laborales que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar las actividades preventivas de riesgos laborales y entre éstos y los sujetos o entidades externos que hayan asumido frente a ellos, por cualquier concepto, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención; y de aquellos otros que tengan por objeto exigir a las Administraciones públicas la responsabilidad derivada de los daños sufridos por sus empleados, cuando sean funcionarios o personal sanitario estatutario, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, por formar parte éstas de la relación funcional o estatutaria”.