La diatriba y el negocio de culpas disperso en las responsabilidades civiles, administrativas y penales dimanantes del accidente de trabajo en el ordenamiento jurídico español. Hacia el estatuto único del accidente de trabajo

Juan Manuel Rozas Bravo
Abogado

I.- Introducción y delimitación legal del accidente laboral

El accidente de trabajo en España, con absoluta abstracción del hecho jurídico, que no humano, es, sin duda, uno de los ejemplos de dispersión de efectos y superposición de responsabilidades legales más excepcionales de la literatura jurídica y jurisprudencial y, en mi modesta opinión, la carencia de regulación unitaria, convierte tal figura en un germen de inseguridad y en un negocio jurídico del daño y de la responsabilidad del empleador, que incluso se desarrolla al margen de la propia voluntad del trabajador.

A tenor del art. 115.1 LGSS, y prácticamente desde la Ley de 1900 (Ley de Accidentes de 30 de Enero) es accidente de trabajo toda lesión

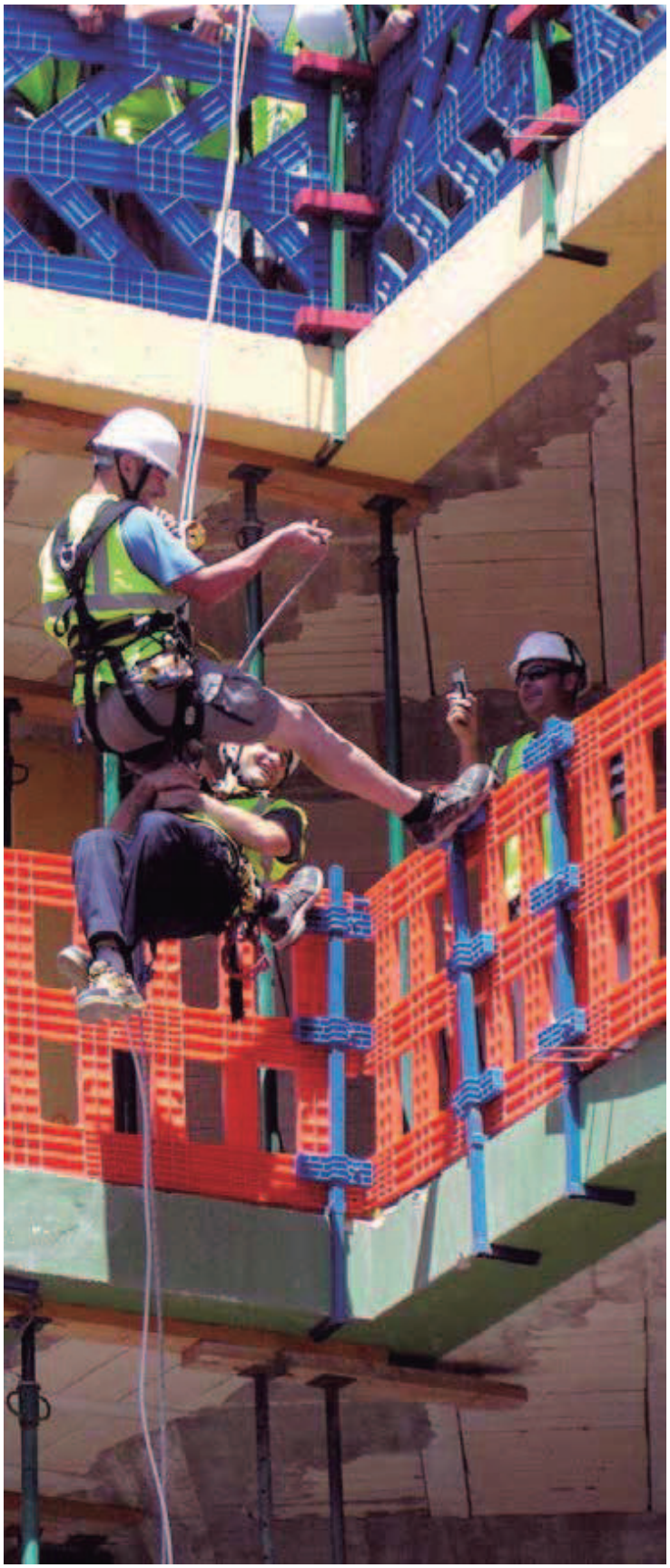
corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, si bien en la actualidad este campo, al menos en lo atinente a su concepción, puede abarcar a otras figuras no asalariadas, sobre todo por la tendencia de nuestra legislación a homologar el status de personal laboral y funcionario de las Administraciones Públicas.

No va a versar, ni mucho menos, esta ponencia sobre la naturaleza, distinción, alcance, presunción o características del siniestro laboral, ni sobre el variado juego de interconcurrencias o intercomunicaciones entre la protección pública y privada, o sus prestaciones sociales o convencionales, sino sobre un aspecto poco desarrollado, pero fundamental en los tiempos en que vivimos, y que se hace preciso consolidar con una regulación unitaria, como es el alcance de la responsabilidad de la empresa y terceros respecto del resultado lesivo o daños para el trabajador.

Para ello ha de atenderse, como he dicho, al tembloroso pulso del legislador actual, pese al tímido intento de unificación hacia el proceso laboral, tras la promulgación, a finales de 2011, en el ocaso del gobierno socialista, de la Ley 36/11, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que en su artículo 2.e) y q) deja, eso si, a los jueces del orden contencioso administrativo, los recursos jurisdiccionales de impugnación de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, acabando, en materia de responsabilidad por accidente de trabajo, con la ficticia separación de los ordenes civiles y laborales según existiese o no incumplimiento de medidas de seguridad, cuestión esta que tanta literatura jurisprudencial arrastró y se cruzó, no siempre de firma sincronizada, entre ambas Salas de Casación, la Primera y la Cuarta del Palacio de las Salesas (n1)

II.- Los campos de actuación, sujetos, órganos y otros recaudadores del siniestro

Básicamente, el accidente laboral tipo, grave, con secuelas de lesiones corporales o fallecimiento, apertura, casi automáticamente, la responsabilidad penal de los posibles causantes, y por consiguiente la civil directa y/o subsidiaria, y abre una tábula rasa en el complejo campo del derecho administrativo sancionador, junto a los posibles expedientes de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, ello unido a las posibles acciones de reintegro y repetición de los terceros, como pueden ser la Mutua de Accidente de Trabajo, y el propio Instituto Nacional de la Seguridad Social,



ex artículos 11,12 y 13 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, del año 2000, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto RCL\2000\1804, ello en conexión directa con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, BOE del 10 de Noviembre.

En el ámbito penal y dejando al margen las faltas de lesiones o los delitos de lesiones por imprudencia, y los accidentes de circulación in itinere hablamos de de la posible comisión de un delito contra la Seguridad en el Trabajo que se recoge en el art. 316 y 317 del Código Penal de 1995 y que castiga a aquellos que con infracción de normas de prevención de riesgos laborales pongan en peligro grave la vida de terceros trabajadores y en el caso de administradores o encargados del servicio la responsabilidad penal concurre si hubieran sido responsables o conocedores pudiendo remediar el daño.

Los artículos citados se encuentran dentro del título XV del Código Penal democrático, el de 1995 denominado "de los delitos contra los derechos de los trabajadores" y concretamente referidos a la imputación por dolo (316) o por culpa (317) y que curiosamente en su art. 318 contiene una referencia para la atribución de estos hechos a las personas jurídicas, para la imposición de la pena señalada a sus Administradores o encargados del servicio, precepto éste último que no ha sido reformado y atemperado a las circunstancias de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, de Reforma del Código Penal, que contiene la revisión del concepto penal de inimputabilidad de las sociedades jurídicas.

Este es el primer escalón y obstáculo con el que los operadores jurídicos nos encontramos ya que no siempre, aun existiendo sanción de la Inspección de Trabajo, y no dando ésta traslado a la autoridad judicial del posible tanto de culpa, el instructor archiva la causa por el delito específico, y ello aunque la propia Ley de Infracciones prevé que sea la Inspección de Trabajo la que manifieste la posible ilicitud penal de los hechos. (n2)

Resulta, por lo tanto, relevante, destacar que si la máxima autoridad (Provincial) y especializada en derecho laboral y autorizada expresamente por Ley formal para velar por el cumplimiento de la normativa de Seguridad e Higiene en el Trabajo, ha entendido que los hechos no son constitutivos de infracción administrativa, ni siquiera leve, el principio de intervención mínima que guía nuestro derecho penal impediría o debería impedir, de facto y a limine,

criminalizar unos hechos que son del todo ajenos a la esfera punitiva del derecho penal desde el momento en el que la Inspección no levanta el tanto de culpa.

Tan solo, por tanto, en aquellos casos en los que la Inspección de trabajo haya entendido que la infracción es muy grave, podríamos encontramos ante la posibilidad de que se haya cometido un delito que tenga encuadre en el tipo que se imputa en los artículos 316 y 317 del Código Penal de 1995, bien por dolo directo, bien por imprudencia grave, pues sería paradójico que infracciones que en el ámbito administrativo se consideran leves, y que llevan aparejadas en ocasiones meras amonestaciones o multas de escasa entidad, puedan confirmar al mismo tiempo los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que se esta imputando.

En el ámbito administrativo se superponen, o se encadenan, la responsabilidad por sanción, que está desarrollada en la LISOS, y que se tramita a través del Procedimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2000, aprobado por Real Decreto núm. 138/2000 de 4 de febrero, RCL 2000\457, y que en principio responde únicamente al principio punitivo del injusto, esto es, a la actuación dolosa o imprudente de la empresa en materia de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y a la necesaria prevención de riesgos laborales.

Llegados a este punto–palanca, resultará que La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (ahora laboral), 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 las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, según el texto del Real Decreto Ley 5/2000, artículo 43.

En segundo lugar, y al margen de las resoluciones que recaen en materia de invalidez o incapacidad, permanente o transitoria, y de las sanciones en materia de prevención de riesgos de la citada LISOS, aparece el llamado recargo de prestaciones, de amplio espectro, por la abstención o propagación de esta multa adicional, dependiendo de la actuación de la Inspección y de terceros perjudicados, incluida la administración de la Seguridad Social, a través de su gestora, el Instituto Nacional de la Seguridad Social que puede, de oficio o a instancia de parte, decretar el recargo de prestaciones hasta en un 50% sobre el cálculo de la base reguladora a su vez tomado por el INSS para la correspondiente pensión.

Este recargo de prestaciones se encuentra regulado, como no, autónomamente, en la Ley General de la Seguridad Social (n3) y a través del art. 123.1 LGSS que establece que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán entre un 30% y un 50% 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 y salud 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.

La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, (n4) interpretando el artículo 123 de la LGSS, viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) que la empresa haya cometida alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999), b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y 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 interesado (STS 6 de mayo de 1998)".

Esta figura, muy discutida, y que está a caballo entre la sanción y el resarcimiento no asegurable, es de aplicación absolutamente discrecional por la administración, y aunque no parte ni puede partir de criterios de responsabilidad objetiva, como lo hacen las prestaciones automáticas de la Seguridad Social, sino por dolo o culpa, debe revisarse y reconfigurarse, ya que es, en mi opinión, incompatible con la sanción que se impone a la empresa, que es doblemente sancionada dependiendo muchas veces de un inestable criterio del INSS que lo aplica aunque la Inspección de Trabajo no haya indicado o

promovido la correspondiente apertura de expediente de recargo.

Es más, se dan supuestos tan kafkianos como que existan causas penales por delitos contra la Seguridad en el Trabajo que no han sido objeto de recargo por prestaciones ni, por supuesto, informados en tal sentido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social correspondiente.

El recargo, obviamente, no es asegurable, ni puede transmitirse o delegarse, si bien es habitual que las grandes constructoras intenten vincular, por ejemplo, las retenciones de los subcontratistas a efectos de asegurar la responsabilidad solidaria del recargo, existiendo alguna jurisprudencia que ha declarado nulo este tipo de pactos, basándose para ello en la figura del fraude de Ley (n6)

En tercer lugar aparecen, de forma colateral, y con más fuerza cada día, las acciones de reintegro por gastos sanitarios y médicos ajenos a la acción pública e independiente de la voluntad del trabajador, como es el derecho de repetición de las MATEPSS y/o empresarios, ex artículo 127 de la LGSS. (n7) que además inspiró, por cierto, o tuvo un efecto dominó en las Resoluciones de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda para delimitar y exigir la responsabilidad solidaria del contratista y subcontratista ante la existencia de deudas tributarias. (n8)

Las Mutuas de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en su calidad de entidades gestoras en virtud del mandato conferido en los arts. 126 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social, poseen esta facultad singular, como vemos, para el reintegro o reembolso de prestaciones sanitarias adelantadas en virtud del aseguramiento del riesgo sufrido por los trabajadores y derivado de accidentes de trabajo, frente al tercero responsable, civil o penalmente, del siniestro.

El precepto fundamental que legitima a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y de la Seguridad Social para la recuperación o reintegro de las prestaciones abonadas en favor del operario damnificado, al que ha asistido por concierto con la empresa, tiene su base en el art. 127 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 1/94 de 20 de Junio, BOE de 29/06/94), ya citado, pero vaya por delante, como se ha dicho, que no nos encontramos ante un derecho de repetición o de subrogación que pudiera derivar de los arts. 1902 o 1903 del Código Civil, ni del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980, y por lo tanto, a pesar de la confusión que ha reinado en la doctrina, sobre todo de las Audiencias menores, no se trata del derecho genérico de subrogación legal que establece el art. 1210 del Código Civil, y que regula la subrogación en los casos de pago por tercero que tiene interés legítimo en el cumplimiento de la obligación.

Muy al contrario, se trata de una facultad *ex-lege* y que se incardina en el nombrado artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social que tuvo su antecedente inmediato en el mal llamado derecho de repetición o regreso reconocido en el art. 79.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/74, de 30 de mayo, y que también se consagraba en el artículo 53 de la derogada Ley de Accidentes de Trabajo y su reglamento, e igualmente en el lejano art. 97.3 de la Ley articulada de la Seguridad Social de 12 de Abril de 1966.

Lo fundamental es reseñar que no estamos ante un derecho de repetición ni de subrogación, pues éstos solo se dan en los casos donde expresamente la Ley lo establece, y en el ámbito del seguro privado tampoco podemos encuadrar este derecho de reembolso o de reintegro puesto que el art. 3.4 de la Ley General de la Seguridad Social excluye el aseguramiento del accidente de trabajo del que pudiera ser cubierto, con esta naturaleza, por las compañías mercantiles privadas.

Otra cosa es que el derecho de repetición esté expresamente previsto con ocasión del seguro obligatorio de vehículos a motor, si bien es evidente que –aunque supone la mayoría de los casos– nada tiene que ver con un accidente de trabajo in itinere aunque se haya producido con ocasión de la circulación.

Sentado lo anterior, y dejando para otros ámbitos el estudio de esta especial acción, altamente desconocida, y sobre la que tuve la oportunidad de escribir en su día (n9) es claro que estamos ante el ejercicio de una acción de repetición, en virtud de la cual, la entidad demandante reclama directamente de la entidad aseguradora del tercero responsable o a este mismo, el coste de la asistencia sanitaria prestada por aquélla a la víctima de un accidente de circulación. No se trata propiamente de una acción de subrogación, cual la establecida en el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro, en virtud de la cual la entidad actora ejercitaría las acciones que por razón del siniestro corres-

pondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización, sino que estamos ante una facultad de repetición sin subrogación propiamente dicha; la entidad Mutual no ocupa la posición jurídica de la persona a la que ha prestado la asistencia sanitaria, sino que ejercita un derecho propio, que le viene reconocido legalmente, para resarcirse de unos gastos efectuados en cumplimiento de una obligación también legalmente impuesta. En la hipótesis de la acción de subrogación o reembolso ex art. 43 LCS, ésta se enmarca en el ámbito de la acción de exigencia de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, regulada en el art. 1.902 del Código Civil, en cuyo ejercicio se subroga la aseguradora en la posición del perjudicado-asegurado, frente al causante del siniestro, en reclamación del importe del daño causado e indemnizado. Sin embargo, en el caso de la acción de repetición ex art. 127.3 LGSS la facultad de reclamar no nace de un hecho generador de responsabilidad criminal o civil, sino de la ley, abstracción hecha de la efectiva declaración de dicha responsabilidad, siquiera ésta constituya un presupuesto para la prosperabilidad de la acción.

Por último, y es quizá la actual estrella de la materia, aparece, obviamente, la responsabilidad civil complementaria o adicional, derivada del accidente de trabajo, que merece ser objeto de tratamiento autónomo, en cuanto surge cada vez con más fuerza en el panorama judicial español, como si se hubiera despertado de un largo letargo, y tras el peregrinar por diversas jurisdicciones e interpretaciones, siempre con el freno de la doble indemnización, y con la barrera adicional de la falta de especialización para las reclamaciones que invariablemente y hasta el dictado de las sentencias de la Sala Primera.

III. La actual dispersión sustantiva de la responsabilidad. La necesidad de unificación de responsabilidades ante la concurrencia de indemnizaciones. El principio de reparación íntegra, el enriquecimiento sin causa, y la aplicación de la teoría de la homogeneidad y complementariedad

A estas alturas parece meridianamente claro para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que cuando se ejercite la acción de responsabilidad civil adicional, se deben descontar las prestaciones de la Seguridad Social, concebidas como un seguro de responsabilidad civil del empresario, aunque no el recargo. Todo ello partiendo de la base de que, además, nos encontramos con unos mismos hechos y unos mismos daños.

A estas alturas parece meridianamer
Tribunal Supremo que cuando se ej
civil adicional, se deben descontar las
concebidas como un seguro de respor
no el recargo. Todo ello partiendo de la
con unos mismos hecho

Por el contrario, ya advertía también la Sala de lo Civil del Alto Tribunal que se trata de dos conceptos netamente diferenciados, independientes, por lo que cabe la acumulación de las indemnizaciones de una y otra índole. Se trataría de institutos de naturaleza, alcance y función totalmente diversos y, por consiguiente, colocados en planos diferentes y faltos de homogeneidad, provenientes de fuentes distintas de las obligaciones.

Esta tendencia ha venido a ser revisada no obstante, y perfilada a partir de la Sentencia por todos conocida de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) de 17 julio de 2007, RJ 2007\8300 en la que se da perfil al sistema de resarcimiento "en colisión" con prestaciones indemnizatorias de la seguridad social.

En el mismo sentido, y citando la anterior, y la del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7039) aparece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 82/2011 de 25 febrero. AS 2011\1460 que trata además de la ponderación de la indemnización con base en la intervención del trabajador, como circunstancia moderadora de la indemnización, si bien en el campo de la responsabilidad civil, que no del recargo, y cita la sentencia de esa misma Sala extremeña de 18 de febrero de 2009 (AS 2009, 1463) como criterios de corrección de las indemnizaciones cuando el trabajador ha contribuido de alguna manera a la producción o con-causación del accidente.

El Tribunal Superior de Justicia sito en Cáceres, en dicha sentencia, estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador que recurría al haber sido desestimada íntegramente su sentencia en instancia por la conducta imprudente del factor demandante que, para el Juzgador de lo Social, fue causa de exoneración. La teoría de la Sala viene a mantener que pese a la existencia de concurrencia de culpas no puede en ningún caso y salvo que fuera exclusiva y excluyente la conducta del trabajador dar lugar a la exoneración de responsabilidad, sino a su moderación en la cuantía, que ha de determinar la Sala.

Basta a estos efectos, de concurrencia de culpas o de culpa exclusiva, citar la básica y consolidada doctrina del Tribunal Supremo, sentada, antes de dejar todas las competencias a la jurisdicción social, en su Sentencia de la Sala de lo Civil, núm. 1308/2002 de 31 diciembre. RJ 2002\10759, que proclama la improcedencia de

nte claro para la Sala de lo Social del
ercite la acción de responsabilidad
s prestaciones de la Seguridad Social,
nsabilidad civil del empresario, aunque
base de que, además, nos encontramos
os y unos mismos daños

la responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, ya que no hay o no tiene por que haber culpa civil, aunque haya responsabilidad laboral de la empresa demandada. (n10)

En el mismo sentido, y como ya hemos adelantado la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Enero de 2010 (Revista LA LEY Nº 7414), Ponente Don Aurelio Desdentado Bonete, Sala Cuarta, de lo Social, comentada por el Magistrado del Tribunal Supremo Don Manuel Iglesias Cabero, ratifica que en materia de recargos de prestaciones por falta de medidas no procede aplicar compensación de culpa alguna, con independencia de la ruptura del nexo de causalidad, puesto que el deber de garantía del empresario respecto de la integridad e higiene de los trabajadores es de carácter absoluto e indiscriminado, y se configura como un deber incondicionado y prácticamente ilimitado del empresario, siguiendo la teoría de que el recargo es responsabilidad puramente sancionadora y ello desde la sentencia del Tribunal Constitucional nº 158 de 1985.

Finalmente, y en esta materia, y en el específico apartado de la cuantificación de la indemnización civil adicional, es donde se hace más necesaria una unificación de criterios al efecto de evitar el enriquecimiento injusto de la aplicación analógica del baremo aprobado por la Dirección General de Seguro en relación con las prestaciones voluntarias y obligatorias que el trabajador percibe por la acción protectora de la Seguridad Social.

Así, y siguiendo la última jurisprudencia, ya citada, del Tribunal Supremo, esta compensación debe de realizarse sobre conceptos homogéneos, que en el caso de los resarcidos por la Seguridad Social, prestaciones que se abonan para paliar la disminución de ganancia temporal o permanente, deben compensarse con las indemnizaciones de lucro cesante, siendo esta teoría la aplicada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de Octubre de 2007 (RJ 2008/607) y la de 14 de Julio de 2009 (La Ley 59/2010).

Tendríamos, por tanto, que restar complementando, a título de ejemplo, y siendo estrictos para evitar el enriquecimiento injusto, como ha dispuesto el Tribunal Supremo, ante determinadas secuelas o daños derivados de Accidente de Trabajo por la falta de toda previsión legal específica en la materia, sin que pueda ser de aplicación el baremo de lesiones permanentes no invalidantes de la Seguridad Social, y la factible aplicación analógica de otra normativa -ex art. 4.1 CC, han determinado que la doctrina unificada admita la aplicación orientativa del Anexo introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, el famosísimo y maltratado por los legisladores patrios, el Decreto 632/1968, de 21 de Marzo, cuyos módulos son actualizados por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y que pueden servir de ayuda para determinar la indemnización por daños y perjuicios derivados.

Pero bien entendido, como expresa la muy reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 5653/2012 de 13 noviembre, Jurisprudencia Aranzadi 2013\1572 que esa aplicación orientativa de la LRCSCVM no implica una reproducción mimética. (n11)

Y por ello debemos descontar del montante de la suma de la responsabilidad civil adicional determinadas partidas, atendiendo al criterio de complementariedad determina que, a efectos de fijar la indemnización adicional, deban descontarse del importe del daño total las prestaciones de la Seguridad Social, en la medida en que éstas cubren la responsabilidad objetiva del empresario por el mismo hecho y han sido financiadas por éste dentro de un sistema de cobertura pública en el marco de la Seguridad Social; descuento del que, sin embargo, se excluye el recargo de prestaciones en la medida en que el mismo cumple, según la doctrina de la Sala, una función preventiva autónoma (Sentencia del Pleno 2 de octubre de 2000, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2000, 9673)

Ocurre, siguiendo las pautas de la crucial Sentencia de 23 julio 2009. RJ 2009\6131 (n5) que la complementariedad solo puede operar sobre el anterior criterio de homogeneidad, y en concreto, para las prestaciones de incapacidad temporal el perjudicado en concepto de lucro cesante debe percibir, al menos, el cien por cien del salario cobrado al tiempo del accidente y que las prestaciones sociales percibidas no puedan compensarse con la indemnización señalada con arreglo a la Tabla V mientras las mismas no superen ese cien por cien.

En cuanto al descuento del capital coste de la pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, (que se capitalizan y depositan por 10 años) hay que recordar que se trata de prestaciones que se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia y, por ello, es lógico practicar la correspondiente deducción.

Se descontará, por ello, la indemnización reconocida por lucro cesante (Tabla IV, factor de corrección por perjuicios económicos) y, parcialmente el factor de corrección de lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, pues este último factor compensa no sólo la pérdida de capacidad laboral en sentido estricto, sino también la pérdida de otras actividades, satisfacciones y oportunidades del disfrute de la vida. El capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por ese factor corrector de las lesiones permanentes, por lo que, de momento, y con todas las bendiciones y en palabras del propio Tribunal Supremo, queda al prudente arbitrio del juzgador de la instancia determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida.

Y finalmente, el capital del seguro de accidentes colectivo, siempre alzado, que existe de adoptarse en la negociación colectiva, y que también debe, obligatoriamente, ser descontado de las indemnizaciones del baremo que resarzan la incapacidad permanente, al ser mejora con la misma razón que la incapacidad laboral definitiva de la acción protectora de la Seguridad Social.

IV.- Conclusiones, de *lege ferenda*

Primera.- La actual dispersión normativa de la Responsabilidad Penal y Civil que deriva del accidente laboral o accidente de trabajo en España, implica un sobreesfuerzo para todos los interlocutores jurídicos, puesto que actualmente, y con independencia de la tendencia a criminalizar el accidente de trabajo, un solo siniestro laboral sea por culpa civil o dolo penal, da lugar a la iniciación de al menos dos expedientes administrativos de carácter sancionador (la posible sanción administrativa por una falta leve a muy grave de la LISOS y el recargo de prestaciones del art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social) y la más que posible apertura de una causa penal bien por delito del 316 o 317 del Código Penal de 1995 con sus inaceptables consecuencias en muchos casos al tratarse de un delito o norma penal en blanco, o por falta simple de imprudencia, así como la imputación por responsabilidad civil de los patronos o encargados actuantes en el siniestro, que configuran la llamada responsabilidad civil complementaria o adicional.

Segunda.- Este maremagnum de imputaciones, junto a los recargos, y sanciones, supone, en la práctica, la merma de seguridad jurídica, fundamentalmente para el empresario infractor, pues existen determinados actos o hechos que se superponen y que prejuzgan la responsabilidad, como por ejemplo, el que la Inspección de Trabajo pueda o no sancionar y dar un tanto de culpa penal, o el que exista un recargo de prestaciones que tiene una vida independiente a la vía declarativa civil y a su vez puede quedar condicionada por una causa penal que opera con prejudicialidad, y que puede ser instada incluso por la Mutua de Accidentes de Trabajo, o el propio trabajador, lo que en muchas ocasiones supone una dilación inexplicable en el tiempo, unida a la falta de conocimiento en la materia de los jueces de instrucción, dicho sea con los debidos respetos.

Tercera.- La de por sí complicada responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo, colisiona a su vez con las prestaciones que de tipo voluntario o por protección del sistema público de Seguridad Social hacen acreedor al trabajador para el resarcimiento del daño y para ello no es suficiente la interpretación o integración jurisprudencial de la teoría de la complementariedad y homogeneidad y de la aplicación supletoria de las tablas del baremo de lesiones aprobado por la Ley 30/1995 en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y que señala las cuantías para valorar daños y perjuicios en materia de tráfico. Y que al final vienen a quedar en la más amplia discrecionalidad del Juzgador, sin ser tan fiable el resarcimiento como el que resulta de la aplicación del baremo de tráfico.

Cuarta.- Por ello, y una vez más, y desde esta inestimable y especializada tribuna, debo de abogar y votar por la creación de una Ley formal que regule de una vez por todas el Estatuto del Accidente de Trabajo, y que unifique y a su vez distinga las responsabilidades de los causantes del mismo, que determine y aúna las competencias de la Inspección de Trabajo y de los Tribunales de Justicia, y sobre todo que permita la pervivencia simultánea de las acciones públicas y privadas a fin de no perjudicar dilatoriamente a los interlocutores sociales, seguramente limitando la prejudicialidad penal o declarándola de forma inmediata, y sobre todo dando lugar a un baremo único para la indemnización de lesiones permanentes y daños y perjuicios sufridos por los accidentados, unifican-

do en esta materia los diferentes parámetros indemnizatorios tanto de la protección pública como convencional, y el del resarcimiento integro del daño sin enriquecimiento injusto para el accidentado.

Notas

(n1) Hasta la LJS Ley 36 de 2011, la jurisprudencia consideraba que la responsabilidad por accidentes de trabajo nacía del incumplimiento de una obligación legal, porque la Ley está determinando el contenido obligacional del contrato de trabajo. La obligación de seguridad pertenecía al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual al establecerlo la Ley de 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.

La Sala IV fijaba la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social.

Esta doctrina fue seguida por otras muchas posteriores como las de 19 de febrero de 2008 (RJ 2008, 5497) (rec. 4572/00), 16 de abril de 2008 (RJ 2008, 5771) (rec. 449/01), 19 de mayo de 2008 (RJ 2008, 5772) (rec. 872/01), 4 de junio de 2008 (RJ 2008, 4237) (rec. 428/01), 17 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6930) (rec. 133/01), 15 de diciembre de 2008 (rec. 317/01) y 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4767) (rec. 1554/04), y ha culminado con la reciente resolución del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 66/2010 de 25 febrero RJ 2010\1408 que viene a establecer textualmente:

La causa de pedir es, por tanto, el incumplimiento de unas obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores que, como indica la referida doctrina de esta Sala, "forman parte del contenido del contrato de trabajo según las normas legales", fundamentalmente los arts. 19 ET en relación con su art. 5 d), 14 LPRL en relación con su art. 42 y 127.3 y 123.3 LGSS. En consecuencia la doctrina aplicable, sentada por la citada sentencia de 15 de enero de 2008, es que "las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social " (FJ 5º, párrafo último).

(n2) Ex art. 3.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, al decir:

2. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.

(n3) Artículo 123. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. RCL 1994\1825 Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional

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.

(n4) Por ejemplo, en sentencia de 22 de julio de 2010, remitiéndose a la doctrina de la STS de 2 de octubre de 2000)

(n5) "Significa ello que en el cálculo de una adicional responsabilidad civil por culpa empresarial forzosamente se ha de tener en cuenta aquella indemnización por responsabilidad objetiva [prestaciones de la Seguridad Social], en la siguiente disyuntiva de aplicación:

a).- Bien sea para descontar su capital/coste del importe de una previa capitalización del lucro cesante, que es la solución que se impone en los supuestos –inmediatamente antes aludidos– que significan una excepción a la regla de equivalencia entre prestación y lucro cesante, y que son los casos de (1º) cotización inferior al salario real, (2º) IP fronteriza con el grado inmediatamente superior; (3º) dificultades de rehabilitación laboral por edad o singularidades personales, o incluso de escasas oportunidades en el mercado laboral que llevan a excluir posibilidades de trabajo meramente teóricas, y (4º) los supuestos de pérdida de expectativas laborales constatables;

b).- Bien sea para descontar su importe mensual del verdadero lucro cesante en el mismo período de tiempo [salario percibido hasta el accidente], sin necesidad de capitalización alguna, que es la solución que también procede en los citados casos de discordancia salario/cotización y aquellos otros en los que se evidencia que la pensión no resarce la real pérdida de ingresos, al ser presumible que estos no van a ser complementados con nueva actividad laboral, de difícil acceso en razón a las causas antes referidas; yEn otros muchos supuestos -a determinar casuísticamente-, para excluir toda indemnización adicional por el concepto de lucro profesional cesante [cuando esté ya resarcido por las prestaciones], limitando -en este último caso- la responsabilidad indemnizatoria a los restantes apartados de daños [corporales, morales y emergentes].

(n6) Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª) Sentencia núm. 182/2010 de 26 febrero. JUR 2010\197392, que fue citada y aportada en el acto de la vista por esta parte, sentencia que establece, siendo Dragados y Construcciones la demandada, que...

Las cláusulas elusivas de dicha responsabilidad solidarias son las siguientes, transcribiéndose a continuación su texto literal:

"Novena. Retenciones, Garantías y Seguros.- 9.2. Las mencionadas retenciones y fianzas no podrán ser liberadas en caso de estar implicado el CONTRATISTA o el SUBCONTRATISTA, en algún procedimiento administrativo o judicial, cuyas causas dimanen de acciones u omisiones del propio subcontratista o de su personal, hasta tanto no haya sentencia o resolución definitiva firme, en la que el CONTRATISTA quede liberado de cualquier responsabilidad que le hubie-

re sido imputada. Si en dichos procedimientos se imputase alguna responsabilidad al CONTRATISTA, éste la atenderá con cargo a dichas retenciones y fianzas. Si no hubiera suficiente, el CONTRATISTA se reserva el derecho a reclamar al SUBCONTRATISTA la cantidad que falte. Si hubiera cantidad sobrante, se devolverá al SUBCONTRATISTA.

"Duodécima. Obligaciones del subcontratista en materia de Prevención de Riesgos Laborales. 12.7. Las sanciones u otras consecuencias evaluables económicamente que por parte de los órganos administrativos o judiciales sean exigidas al CONTRATISTA por falta de cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales o normas jurídico técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, del personal del SUBCONTRATISTA o de las empresas que subcontrate, le serán repercutidas en los pagos correspondientes. 12.8. Si la actuación del órgano administrativo o judicial se produce como consecuencia de un accidente de trabajo, el SUBCONTRATISTA está obligado a entregar al CONTRATISTA un aval bancario a primer requerimiento, para garantizar las responsabilidades que se exijan, sin perjuicio del derecho del CONTRATISTA a retener toda la facturación y retenciones pendientes de abono."

Estableciendo, el Tribunal de Justicia citado, respecto de esta cláusula que

En el presente caso, atendido el contenido de las cláusulas de los contratos, se llega a la conclusión de que mediante las mismas se pretendía eludir la responsabilidad material de la contratista, de tal modo que, en definitiva, las consecuencias de una posible sanción en materia de prevención de riesgos laborales recayeran sobre las subcontratistas. Y tal pacto constituye un auténtico fraude de ley pues al amparo de la libertad de contratación se intentaba conseguir una finalidad distinta y contraria a la ley, que, como ya se ha señalado, es que tanto las empresas contratistas como subcontratistas respondan todas ellas de forma solidaria, no sólo formal o aparentemente, sino también material o económicamente, de las infracciones que en materia de prevención de riesgos laborales puedan cometerse. Según ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 28 de enero de 2005, 9 de marzo y 20 de julio de 2006, en interpretación del artículo 6.4 del Código Civil, el fraude de ley requiere como elemento esencial un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, vulneran el contenido ético de los preceptos que la amparan. Se caracteriza por la presencia de dos normas, aquella a la que se acoge el acto o conducta para dotarle de apariencia de legalidad, y aquella otra que es la que se pretende eludir, con la finalidad de conseguir un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente. Y se exige la intención o conciencia de burlar la ley, es decir, que la actuación se encamine a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente.

Y continua diciendo que

En definitiva, y como ya se ha expuesto, la responsabilidad solidaria de contratistas y subcontratistas ha de ser real y no meramente aparente, consecuencia ésta que se produce con los pactos que, como en el caso de autos, pretenden exonerar a la empresa contratista de las consecuencias económicas de una posible inobservancia de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Y de las propias cláusulas de los contratos se desprende el fraude de ley y la culpabilidad de la recurrente, por lo que la sanción impuesta es conforme a derecho.

(n7) Apartado Tercero del Art. 127. LGSS. Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente.

Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de la Salud y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente Ley.

Para ejercitar el derecho al resarcimiento a que refiere el párrafo anterior, la Entidad Gestora que en el mismo se señala y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o empresarios, tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados al efecto del artículo 104 del Código Penal (RCL 1973, 2255).

(n8) RESOLUCIÓN DE LA HACIENDA PÚBLICA, Relativa a la responsabilidad de los contratistas o subcontratistas regulada en el artículo 43 de la Ley 58/2003, de 17-12-2003 (RCL 2003\2945), General Tributaria.

(n9) Ponencia expuesta por mi en el X Congreso de Derecho de la Circulación y Seguro, Mayo de 2005, Organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Cáceres, EL MAL LLAMADO DERECHO DE REPETICIÓN DE PRESTACIONES SANITARIAS POR LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO.

(n10) El motivo ha de ser desestimado, y ello por los propios razonamientos contenidos en la sentencia recurrida en los párrafos segundo y tercero del fundamento de derecho quinto en los que claramente se expone la compatibilidad de las acciones civil y laboral de forma que determina el art. 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo (RCL 1956, 1048 y 1294), y lo sostiene la jurisprudencia de esta Sala como se ha dicho en la Sentencia de 19 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3885), que no viene vinculada la jurisdicción ordinaria civil, por la laboral «siendo por tanto independiente –se dice en la citada sentencia– para enjuiciar conductas cuando se acciona al amparo de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, ya que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo», por lo que las infracciones de las normas laborales sirvieron indudablemente para fundamentar en su día las acciones indemnizatorias a las que dieron lugar en la jurisdicción laboral, con independencia de la existencia o no de culpa aquiliana, pero no pueden sin más servir de base para una posterior reclamación indemnizatoria invocando la culpa aquiliana, pues como bien dice la sentencia recurrida en el fundamento de derecho citado más arriba, esta descansa en el clásico principio de responsabilidad subjetiva, consistente en la imputación del hecho u omisión causante del daño a una actitud dolosa o negligente del agente, como así mismo ha de tener presente la repercusión en el daño que ha tenido la propia conducta del perjudicado, como se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia de esta Sala, que en numerosas ocasiones se ha aplicada la llamada compensación de culpas para atemperar la indemnización a la vista de la participación que la propia víctima ha tenido en la producción del resultado dañoso, hasta llegar a la exoneración de la misma, cuando sea debido este, a culpa exclusiva de la víctima y por consiguiente

no se contemple en la producción del resultado, la actividad de la parte demandada. A este respecto, la sentencia recurrida ha entendido, por una parte, que el demandado señor B. no tenido intervención del resultado dañoso, ya que ha sido únicamente autor de los planos del proyecto, y no ha intervenido de forma alguna en la dirección de la obra (hecho tenido por probado en la sentencia recurrida y que no ha sido impugnado en el recurso).

(n11) Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 5653/2012 de 13 noviembre. JUR 2013\1572, en su último fundamento jurídico,... pues no hay que olvidar -resumimos- que: a) ello sería opuesto, por definición, a la aplicación orientativa; y b) con el Baremo del Anexo se está regulando la responsabilidad de una aseguradora de automóviles en el marco de una responsabilidad objetiva en materia de accidentes de tráfico, mientras que en el supuesto de accidentes de trabajo se trata de la indemnización que pueda atribuirse al empleador por concurrencia de culpabilidad en la producción del resultado lesivo. Y por lo mismo, tampoco han de seguirse necesariamente los concretos importes máximos previstos en el citado Anexo, pues bien pudieran incrementarse en atención a diversos factores (SSTS -recogiendo precedentes sobre la aplicación analógica- de 17/07/07 (RJ 2007, 8300) -rcud 513/06-; 17/07/07 (RJ 2007, 8303) -rcud 4367/05-; 20/09/07 -rcud 3326/06; 30/01/08 (RJ 2008, 2064) -rcud 414/07-; y 20/10/08 (RJ 2008, 7039) -rcud 672/07)....

Bibliografía.

- Accidente de trabajo: Delimitación legal (I). Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia. Nuevos Clásicos (Civitas). BIB 2008\3297

- La reclamación por daños y perjuicios en el contrato de trabajo. Antonio V. Sempere Navarro y Carolina San Martín Mazzucconi. Monografías. BIB 2011\5680. Monografías. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2011. ISBN 978-84-9903-913-8

- Responsabilidades empresariales derivadas de la comisión de infracciones. Responsabilidades en materia de seguridad social. Ignacio Duréndez Sáez. Catedrático E. U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social(ex) Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Técnica. Editorial Aranzadi, SA, Septiembre de 2009. ISBN 978-84-9903-245-0

Sánchez Pérez, J.: Abogado. Profesor de la universidad de Granada «La configuración jurídica del accidente de trabajo», Tesis doctoral, Universidad de Granada, noviembre de 2012

Mª Dolores Valdueza Blanco. Prof. Doctora de Derecho del Trabajo y de la S. Social. Universidad Carlos III de Madrid. Aranzadi Social num. 9/2012 parte Observatorio de Riesgos Laborales. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012.

Los criterios de imputación de la responsabilidad civil en los accidentes de trabajo. Alejandro Díaz Moreno y María Ascensión Martín Huertas. Revista de Derecho Patrimonial num. 22/2009 1. BIB 2009\85

Indemnizaciones por daños y perjuicios previstas pero no cuantificadas en la legislación laboral: por accidente de trabajo o enfermedad profesional/Recargo de prestaciones. Antonio V. Sempere Navarro Carolina San Martín Mazzucconi Monografías. BIB\2011\5682

Accidente de Trabajo. Recargo de las Prestaciones por Falta de Medidas de Seguridad. Compensación de Culpas. No proceden los recargos (comentario de Don Manuel Iglesias Cabero, en la Revista Jurídica LA LEY nº 7414, 1 de Junio de 2010.

Daños por Accidente de Trabajo y Criterios de Cuantificación. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 de Noviembre de 2007.

Josefa Romeral Hernández. Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos, Aranzadi Social BIB/2008/846.