

**MÁSTER DE ESPECIALIZACIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL.
CGPJ, PODER JUDICIAL DE CHILE, UNIVERSIDAD DE JÁEN Y
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA (2014)**

**MÓDULO II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL. CUESTIONES GENERALES
SISTEMAS Y FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.
PRESUPUESTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1.- SISTEMAS DE CLÁUSULA GENERAL Y SISTEMAS DE *NUMERUS CLAUSUS*. 2.- RESARCITORIA/COMPENSATORIA Y FUNCIÓN PREVENTIVO-PUNITIVA EN LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL. RESPONSABILIDAD CIVIL Y ASISTENCIA SOCIAL PÚBLICA. 3.- PRESUPUESTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. EL HECHO DAÑOSO. EL DAÑO. EL NEXO CAUSAL Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. 4.- RESPONSABILIDAD POR CULPA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. SISTEMAS DE CLÁUSULA GENERAL Y SISTEMAS DE *NUMERUS CLAUSUS*

-Entre las muchas clasificaciones que pueden establecerse de los distintos sistemas legales de RC, tiene especial relevancia la referida por esta clasificación, que discrimina entre aquellos sistemas, como el español (art. 1902 CC), el francés (art. 1382 *Code*), el italiano (art. 2043 *Codice*) o el chileno (art. 2314 CCCh), que establecen una cláusula abierta o general, que permite entablar una reclamación de daños y perjuicios en cualquier supuesto en el que se hayan producido un daño a un interés digno de protección y se cumplan unos presupuestos generales que permitan imputar estos daños a personas concretas; y aquellos otros sistemas jurídicos, como el alemán o el portugués, que únicamente permiten entablar dicha reclamación cuando el daño produce la lesión de determinados bienes o intereses jurídicamente protegidos y tipificados legalmente (sistemas de daños típicos o *numerus clausus*).

-El sistema español es muy claro, al respecto, con la cláusula general establecida en el art. 1902 del Código civil español (CC), según el cual “*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”, que no es sino la concreción jurídica de la conocida máxima “*Quien daña, paga*”. No muy diferente es el art. 2314 del Código civil chileno (CCCh): “*El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito*” (sobre la distinción entre delito y cuasidelito, *vid.* art. 2284 del mismo).

Suele ser habitual afirmar que estos preceptos suponen la concreción del principio *alterum non laedere*, que suele presentarse como un principio general evidente en cualquier Ordenamiento jurídico del mundo, lo cual no nos parece en absoluto evidente, pues la regla que parece derivarse de estas normas es justamente la contraria: los daños (como ocurre con los lucros) permanecen en el patrimonio del dañado y han

de ser soportados por éste, salvo que se cumplan los requisitos establecidos en estas normas, que permiten entonces al dañado repercutirlo sobre otro patrimonio distinto (el del dañante). Me parece que esta idea es común al Derecho español y chileno y es firmemente defendida, entre otros, por PANTALEÓN PRIETO y BARROS BOURIE. En consecuencia, la regla *alterum non laedere* debe ser entendida en este contexto normativo.

Por esto precisamente, el sistema español presenta el peligro propio de este tipo de técnicas jurídicas: el desbordamiento del sistema y la multiplicación de las reclamaciones de daños y perjuicios, lo que ha tratado de corregirse en la doctrina y alguna jurisprudencia mediante una exigencia adicional para que proceda la indemnización: la antijuridicidad de la conducta causante del daño, de manera que parece exigirse que el hecho dañoso haya lesionado un bien jurídico protegido (así, un derecho subjetivo absoluto o relativo u otro interés jurídicamente protegido).

Pero esta idea de la antijuridicidad se ha entendido de una manera tan amplia en España (en ocasiones, simplemente exigiendo que se haya vulnerado el propio art. 1902 CC o el principio *alterum non laedere*), que no creo que seriamente pueda decirse que sea otra cosa distinta de la culpa, entendida como infracción de un deber de cuidado puesto a cargo del causante del daño, que es uno de los presupuestos generales de la RC. Otra cosa es que, aunque cualquier daño pueda ser en principio indemnizado, ello no es obstáculo para que, también en los sistemas de cláusula abierta, no todos los daños gocen del mismo nivel de protección jurídica, con clara preeminencia de los daños a las personas o a la propiedad, por ejemplo. Cuestión distinta de la antijuridicidad del daño es que se rechace el resarcimiento del daño que procede de una actividad ilícita, de ahí que se defina el daño como “lesión a un interés legítimo”, como en el Derecho francés.

-Sobre la cuestión de los intereses jurídicos protegido por las normas de RC podemos utilizar como ejemplo de lo que decimos un grupo de casos que ha resultado problemático en Derecho español hasta fechas recientes: los daños derivados de la extinción del contrato de trabajo por lesión de derechos fundamentales (generalmente, acoso moral). En este caso, los arts. 50.1 a) y 50.2 de nuestro Estatuto de los Trabajadores (en relación al 56) prevé una indemnización tasada a favor del trabajador equivalente a la determinada para el despido improcedente (45 días de salario por año trabajado con el máximo de 42 mensualidades).

Pero, ¿Es compatible esta indemnización tasada establecida en las normas laborales con una indemnización, generalmente por daño moral, conforme a la legislación civil (arts. 1101 y ss. CC, para la RC contractual) cuando la lesión del derecho fundamental haya causado este daño? ¿Está este daño ya incluido en la indemnización tasada?. La respuesta se ha vinculado, en buena medida, a los bienes o intereses jurídicos protegidos en este caso.

La Sala 4.^a del Tribunal Supremo (de lo Social) modificó definitivamente su primera jurisprudencia contraria a admitir tal compatibilidad; en concreto, deben referirse esencialmente las sentencias de 17 de mayo de 2006, 7 de febrero de 2007 y 20 de septiembre de 2007, que han venido a establecer lo que ya era doctrina consolidada en la Sala 1.^a de lo Civil. En particular, la sentencia de 17 de mayo de 2006, dictada en Sala General, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina (pues existía doctrina contradictoria en los tribunales inferiores) avalando la nueva doctrina favorable a la compatibilidad de indemnizaciones sobre la base de que los demandantes pedían ahora una segunda indemnización por violación de un derecho fundamental (la integridad física y moral del trabajador), de manera que parece que esta era la *ratio* o fuente de la compatibilidad y así se estableció en la sentencia.

No obstante, es de agradecer que semejante argumentación de un fallo que nos parece correcto no pasara desapercibida para todos los magistrados del TS. Dos de ellos formularon un voto particular, que como suele ser habitual, presenta un mayor interés que la propia sentencia:

“El voto se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO. Nuestra discrepancia con la sentencia recurrida no se refiere al fallo, sino a la fundamentación jurídica y sólo en la medida en que ésta no ha rectificado la doctrina de la sentencia de 11 de marzo de 2004. En esta resolución, que sigue el criterio de la sentencia de 3 de abril de 1997, se trataba también de un trabajador que, como consecuencia de una situación vejatoria en el trabajo, había tenido que pedir la extinción de su contrato y le había sido reconocida luego en una pensión de incapacidad permanente absoluta por un proceso depresivo derivado de aquella situación. La reclamación de una indemnización por los daños asociados a su afección psíquica fue rechazada, razonando que el actor ya percibió por la resolución de su contrato una indemnización legalmente tasada, sin que pueda acumularse a ésta otra indemnización, que alargaría «indebidamente el cauce indemnizatorio, sancionando el único comportamiento ilícito empresarial por dos vías pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos y cuya actuación aislada y separada conduciría, contra toda lógica, a sancionar dos veces un mismo hecho de incumplimiento». Por el contrario, la sentencia dictada en este recurso en un caso prácticamente idéntico, en el que una persona que ha sido objeto de acoso moral en el trabajo ejercita la acción de resolución del contrato de trabajo solicitando la correspondiente indemnización más otra derivada del acoso moral del que ha sido objeto y que le ha provocado un trastorno ansioso depresivo, confirma la estimación de la demanda y el reconocimiento de las dos indemnizaciones, considerando que ambas son compatibles porque una responde a la extinción del contrato de trabajo y otra a la lesión de un derecho fundamental, que sería sin duda el derecho a la integridad moral que recoge el art. 15 de la Constitución, pues la dignidad de la persona no es propiamente un derecho fundamental, aunque, según el art. 10 de la Constitución, sea fundamento del orden constitucional.

SEGUNDO

En nuestra opinión el que en un caso se invocara expresamente la lesión de un derecho fundamental y en el otro no hubiese tal invocación, no es una diferencia relevante. En primer lugar, porque en los dos casos se vulneró el derecho fundamental a la integridad moral con un tratamiento degradante que ha producido lesiones psíquicas y el hecho de que no se alegara la norma constitucional –en el marco además de un proceso en el que no es necesario fundar jurídicamente la demanda– no justifica el rechazo de la pretensión. En segundo lugar, porque la lesión del derecho fundamental no crea el daño indemnizable; es simplemente una calificación adicional del ilícito que lo ha producido, que no será sólo un incumplimiento contractual, sino también incumplimiento de una norma constitucional. Es lo que la doctrina constitucional denomina la «pluriofensividad» de determinadas conductas. La lesión de la norma constitucional que se une a la vulneración de un deber contractual [art. 4.2 e) del ET] puede justificar tratamientos privilegiados en el orden procesal (proceso de tutela y recurso de amparo), pero no produce un daño específico e independiente. El daño lo produce una determinada conducta, con independencia de cómo califiquemos jurídicamente ésta, pues no estamos ahora ante el problema del alcance de la obligación de reparación en términos de la ponderación de los criterios subjetivos de imputación (art. 1107 CC). En este sentido el daño es algo que pertenece a la realidad física o psíquica. Lo que se debate es si, aparte del daño que produce la conducta empresarial vejatoria, al obligar al trabajador a extinguir su contrato de trabajo (la pérdida del empleo), hay otro daño que deba también ser indemnizado (el sufrimiento moral y sus secuelas psíquicas) y esos daños indemnizables son, como tales, independientes de la calificación jurídica del incumplimiento (constitucional o meramente contractual). Al trabajador se le indemniza porque ha sufrido un daño y porque la conducta que lo ha producido es ilícita. Pero a efectos de la reparación es indiferente que la conducta ilícita lo sea por violación de una norma constitucional o por violación de una obligación contractual. Para excluir la indemnización, sólo sería relevante que la conducta empresarial fuera lícita. No es posible privar al trabajador de la indemnización que le corresponde, porque no haya invocado un precepto constitucional. Lo que está tasado en el ordenamiento laboral es la indemnización por extinción del contrato de trabajo; no las indemnizaciones por daños producidos al margen

de esa extinción y que pueden concurrir con ella. Por ello, estimamos que la sentencia debería haber rectificado la anterior doctrina de la Sala, reconociendo que en los supuestos de conductas empresariales vejatorias es posible percibir, junto a la indemnización que pueda corresponder por la resolución del contrato, otra indemnización por los perjuicios morales producidos por esas conductas”.

En cualquier caso, esta necesidad de “acotamiento” del sistema ha sido especialmente intensa en aquellos casos en los que la obligación de indemnizar surge con independencia de la culpa, esto es, en los casos de responsabilidad objetiva. Cabe citar especialmente la RC de las Administraciones Públicas españolas (Estado, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos y otros Entes públicos), donde el requisito de la antijuridicidad ha sido establecido legalmente, habida cuenta del peligro que este sistema pueda suponer para los recursos públicos (así, art. 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común).

Esta evolución ha acercado enormemente los sistemas de cláusula abierta a los sistemas de *numerus clausus* o sistemas de daños típicos, puesto que en éstos la evolución ha sido exactamente la contraria: la necesidad, materializada también jurisprudencialmente, de dar cobertura legal dentro del sistema de daños a supuestos no tipificados expresamente, pero que, en comparación con supuestos parecidos sí tipificados, se entienden como merecedores de protección jurídica. De ahí que en estos sistemas de daños típicos sea frecuente la búsqueda de conexión con algunos de los supuestos típicos (así, la vulneración de derechos fundamentales), porque ello posibilita la obtención de una indemnización.

También se presentan importantes problemas aquí. Por ejemplo, los sistemas de daños típicos necesitan de una concepción amplia de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* para dar adecuada respuesta jurídica a casos que “escapan” de los supuestos típicos establecidos, pero que tampoco pueden incardinarse en la RC derivada de contrato. Por ejemplo, en Alemania la jurisprudencia ha tenido que resolver que casos como el llamado *Linoleumfall* (caída de linóleo), en el que una clienta y su hijo entran a una tienda con la intención de realizar alguna compra en ella (pero sin la seguridad de que finalmente se vaya a producir) y mientras observan el género expuesto a la vista sufren un daño por caída de mercancías (linóleo, en este caso), es un supuesto de *culpa in contrahendo* o responsabilidad precontractual, que obliga a indemnizar a los dañados conforme a las reglas contractuales, entendiéndose que se produce una relación jurídica preparatoria de un contrato. Tras la reforma del BGB del año 2000 la figura de la *culpa in contrahendo* ha quedado codificada, y como había hecho la jurisprudencia, en términos muy amplios: el actual § 311 BGB admite incluso que de los llamados “contactos negociales análogos” (distintos de la iniciación de negociaciones contractuales o de la preparación de un contrato) puedan surgir relaciones obligatorias.

-En un punto equidistante entre ambos sistemas (en realidad, acumulando las soluciones de los distintos países) tratan de situarse los denominados *Principles of European Tort Law* o “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil; PETL”, cuyo autor ha sido un grupo de juristas de diversos países europeos (El *European Group on Tort Law*, conocido también como *Tilburg Group* o *Spier-Koziol Group*). Se trata de una iniciativa privada, aunque auspiciada y financiada a nivel europeo, con la intención de producir una aproximación o armonización entre los distintos sistemas de RC europeos, a fin de que pueda adoptarse finalmente un texto a nivel legal común en este ámbito jurídico (un futuro “Código civil europeo”).

El texto se dio a conocer en mayo de 2005 (existe una traducción al castellano, a partir de la originaria versión inglesa, coordinada por el profesor M. MARTÍN CASALS, miembro del Grupo, y publicada en España en 2008) y sus preceptos son prueba palpable de la distinción de sistemas jurídicos. El primero de sus artículos, el 1:101 establece, como norma fundamental, que “*la persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo*”, sin embargo, el siguiente precepto, el art. 2:101, referido al daño resarcible, especifica que “*el daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido*”, señalando a continuación qué son intereses protegidos y cuál es el nivel de protección que cabe dispensar a cada uno. Se otorga la más amplia protección a derechos como la vida, la integridad física o psíquica, la dignidad humana y la libertad; una amplia protección a los derechos reales (incluidas las cosas incorporales); y finalmente, se permite un alcance más limitado a la protección dispensada a los intereses puramente patrimoniales o derivados de relaciones contractuales. Parece un evidente esfuerzo de síntesis de los sistemas legales de RC a nivel europeo.

2. FUNCIÓN RESARCITORIA/COMPENSATORIA Y FUNCIÓN PREVENTIVO-PUNITIVA EN LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL. RESPONSABILIDAD CIVIL Y ASISTENCIA SOCIAL PÚBLICA.

-En el Derecho español, y también europeo, los preceptos que regulan la RC (extracontractual) tratan de resolver un conflicto individual y privado entre el causante del daño o dañante y el perjudicado o dañado, de manera que el primero tiene la obligación legal (es deudor) de reparar el daño, a lo que justamente tiene derecho el segundo (es acreedor). Por ello se entiende que se trata de una institución estrictamente privada que tiene un objetivo muy modesto en nuestro Derecho: solventar un problema de justicia conmutativa entre sujetos privados.

Debe aclararse que los términos “indemnizar” o “compensar” se toman aquí como sinónimos de reparación del daño, lo que puede producirse tanto en forma específica o *in natura*, cuando sea posible, como en forma pecuniaria a través de una cantidad de dinero.

Y no se estima conveniente el uso de esta institución –pensada para esta finalidad concreta– para obtener otras finalidades distintas, como puede ser punitiva, preventiva o incluso asistencial. Por ello y en nuestra opinión, la responsabilidad civil no está dirigida a cumplir una función preventiva especial o general (no se pretende prevenir futuras conductas dañosas, desincentivando su realización mediante la imposición de castigos severos) o punitiva (tampoco se pretende castigar las conductas realizadas a modo de sanción severa para conductas reprochables); cuestión distinta es que algunos potenciales dañantes puedan percibir la amenaza de tener que pagar una indemnización como un castigo y actúen previniendo el daño. Para lograr estos fines, el Derecho español cuenta con otros sectores del Ordenamiento jurídico, como el Derecho penal, el Derecho administrativo sancionador o el sistema de seguridad social o el Derecho tributario, especialmente diseñados para obtener algunos de esos fines preventivos y redistributivos.

-Pero no se trata ésta de una idea defendida unánimemente. La idea de la función preventiva o correctora de la RC parece haber resurgido de sus “cenizas” en los últimos

tiempos. Personalmente estaría de acuerdo con estas ideas si se limitaran a expresar la opinión de BARROS BOURIE (págs. 45-46):

“El fin más inmediato del derecho de la responsabilidad civil es la *óptima prevención de accidentes*. La complejidad de la definición de este óptimo de prevención deriva de que la vida humana tiene fines múltiples, ninguno de los cuales puede ser considerado sin relación con los demás. Por eso, desde un punto de vista instrumental, la finalidad de las reglas de la responsabilidad civil no es evitar a toda costa que se produzcan accidentes, sino impedirlos en la medida que los costos que producen esos accidentes excedan los costos asociados a su prevención. Por eso, no tiene sentido en nuestra sociedad establecer una regla de prevención de accidentes que excluya la posibilidad de que éstos lleguen a ocurrir; ello sería a costa de privaciones de beneficios de la vida cotidiana que no estamos dispuestos a asumir”.

-También creo que debe rechazarse en el Derecho europeo (a excepción del inglés) una supuesta función punitiva del Derecho de daños. No solamente por las dificultades que ello presentaría desde el punto de vista de los principios constitucionales (principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*; principio *non bis in ídem* o principio de presunción de inocencia, como exponen P. SALVADOR y M. T. CASTIÑEIRA), o razones técnicas estrictamente de Derecho privado, sino también por cuestiones de política legislativa: “Si se quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo, proporcionar a quien sufrió un daño sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo. Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o, lo que es lo mismo, al Tesoro público” (DÍEZ-PICAZO).

No obstante y como es frecuente asociar la función punitiva de la RC con el daño moral, esta idea será objeto de estudio en su momento.

-Porque entendemos que la RC tiene una finalidad estrictamente resarcitoria o compensatoria: trata de compensar, indemnizar o resarcir el daño causado, el elemento central, aunque no único, de la RC, es *el daño*, de manera que no hay responsabilidad civil sin daño, sin un perjuicio efectivo para alguien. Es decir, por muy reprochable o ilícita que haya sido la conducta de un sujeto, si tal conducta no causa daño, ello podrá dar lugar al nacimiento de una responsabilidad penal, administrativa, o de otro tipo según los casos, pero no existirá obligación de indemnizar un daño que no se ha llegado a producir. Surgido el daño, el Ordenamiento Jurídico tiene que decidir en qué casos la persona dañada tiene que soportar el daño y en qué casos tiene derecho a reclamarlo o repercutirlo sobre otro sujeto, el dañante, surgiendo entonces la responsabilidad civil, pues en palabras de un especialista en la materia (el profesor PANTALEÓN PRIETO), “indemnizar no borra el daño del mundo, sino simplemente lo cambia de bolsillo”.

-De esta función reparadora o indemnizatoria de la RC se derivan una serie de consecuencias o *características* de la RC (o al revés, precisamente porque presenta estas características, su función es esencialmente reparadora):

a) La obligación de indemnizar es *transmisible* a los herederos del responsable: es una deuda que no se extingue con la muerte del dañante y formará parte de su herencia. Esto no sería posible si la obligación de indemnizar el daño fuera una sanción, pues éstas son personalísimas como regla general.

b) Es una obligación *asegurable*, mediante el seguro de responsabilidad civil. Esto significa que otra persona distinta al dañante (el asegurador) puede obligarse a indemnizar directamente al perjudicado, lo que también es posible porque la RC no es una pena o sanción (si lo fuera, un tercero no puede cumplir, como regla, la sanción impuesta a otro).

c) Rige el llamado *principio de rogación*: la indemnización tiene que solicitarse expresamente por el interesado (el perjudicado), no puede concederse de oficio por el Juez, aunque existen importantes excepciones (como puede ocurrir con la responsabilidad civil derivada de delito o falta, en algunos casos).

d) En los procesos civiles sobre RC *no rige el principio de presunción de inocencia* propio del proceso penal, lo que significa que un juez puede condenar a una persona a indemnizar el daño causado cuando, a través de indicios suficientes aunque sin pruebas directas, llega a la conclusión de que esa persona ha sido la causante culpable del daño.

-Pero la RC no es el único sector del Derecho que puede tener como finalidad la reparación de un daño: aquí debe citarse la asistencia social pública y el aseguramiento, tanto obligatorio como voluntario. Se trata de técnicas jurídicas distintas y con presupuestos también distintos. Por ejemplo, en los sistemas de seguridad social o asistencia o auxilio público se da cobertura a un daño siendo irrelevante, a esos efectos, si el daño ha sido causado fortuitamente o mediante la negligencia de un tercero, prescindiendo de la causa del daño.

El aseguramiento sí concurre parcialmente con las normas de RC. En el seguro (posteriormente se verá con detenimiento), la vinculación con la acción causante del daño puede ser mayor, dependiendo de que se trate de un seguro de daños (cubre daños propios del asegurado) o un seguro de responsabilidad civil, que cubre los daños causados por el asegurado a terceros. En este último tipo de seguro, es relevante la distinción entre seguro voluntario y obligatorio. El primero funciona claramente conforme al “criterio de la propagación del daño” (la imputación subjetiva del asegurado se propaga al seguro; el daño imputable al asegurado es también imputable al asegurador), mientras que los seguros obligatorios se centran básicamente en la reparación de la víctima o perjudicado, de manera que puede funcionar, en parte, como un criterio autónomo de nacimiento de la responsabilidad civil, con bastante independencia de la imputación del asegurado y con unos medios de defensa específicos e independientes del comportamiento de éste.

Pero es un error la llamada “responsabilidad por asegurabilidad” o la “asegurabilidad” como criterio de distribución del daño o socialización del daño.

3. PRESUPUESTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. EL HECHO DAÑOSO. EL DAÑO. EL NEXO CAUSAL Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

EL HECHO DAÑOSO (ACCIÓN U OMISIÓN)

-Para que pueda surgir esta responsabilidad es necesario, en primer lugar, que exista un comportamiento atribuible a un ser humano al que pueda hacerse responsable. Este comportamiento humano puede ser una *acción* o actuación positiva, que es lo más frecuente (el responsable hace algo: golpea a otra persona, por ejemplo), o una *omisión*, una falta de acción que debe estar precedida de un deber de actuar para que sea generadora de responsabilidad civil (así, la omisión de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo).

-Por otra parte, las acciones u omisiones, para que puedan generar responsabilidad, han de ser *voluntarias*, esto es, realizados con consciencia y *libertad*,

aunque el resultado dañoso pueda no ser querido (no generan responsabilidad los actos reflejos o los meramente involuntarios, a no ser que existiese una expresa obligación de evitarlos). Esto significa que, por ejemplo, los menores de corta edad u otros inimputables, no son responsables civilmente de los daños que causen, pues no son capaces de entender qué significa causar daño a otro.

En estos casos, es evidente que serán otras personas las responsables de estos daños (los padres, tutores o guardadores, conforme al art. 1903 CC, que establece una responsabilidad por hecho ajeno). No obstante y aun en estos casos, si la responsabilidad civil procede de un delito cometido por el inimputable, el Código Penal español sí prevé la responsabilidad civil de éstos, mediante una compensación equitativa a fijar por el juez (art. 118 CP).

Desde luego que otorga una mayor seguridad jurídica y justicia la regla establecida al respecto en el art. 2319 del CCCh:

“No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables por los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.

Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior”.

Creemos que esta norma otorga mayor seguridad jurídica en cuanto fija una edad mínima de siete años, así como una mayor justicia porque exige distinguir (como hace el art. 1320 CCCh para los supuestos de responsabilidad por el hecho ajeno) entre la culpa del causante del daño (se rige por las reglas generales) y la culpa de quien tiene un deber de vigilancia, para el que existe una presunción de culpa, aunque no se trata de una responsabilidad por riesgo. Esta idea (responsabilidad por culpa con inversión de la carga de su prueba) está presente también en los PETL a través de la idea de culpa como “estándar de conducta que le era exigible en su supervisión”, tanto en la responsabilidad por los menores o por discapacitados psíquicos (arts. 6:101), como en la responsabilidad por los auxiliares (art. 6:102).

-No obstante y respecto a los inimputables, me resulta muy discutible asumir el planteamiento de BARROS en las págs. 65-66:

“Resulta discutible si la capacidad es igualmente relevante cuando la culpa de la propia víctima ha colaborado causalmente en el accidente (artículo 2330). En este caso se puede hablar, más que de un deber, de una carga que soporta la víctima; en verdad, cualquiera sea la incapacidad que afecte a la víctima, no hay razón para no considerar su conducta objetivamente imprudente al momento de valorar la indemnización que debe recibir del demandado; lo anterior no obsta a que el deber de cuidado del demandado pueda estar precisamente determinado por la presencia de niños u otros incapaces (como puede ocurrir con la conducción en una zona de escuela)”.

En España disponemos de una triste y vergonzosa aplicación de esta idea en el peor de los casos imaginables: en la responsabilidad por riesgo de los accidentes de circulación con aseguramiento obligatorio. En efecto, en la explicación del “sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, que figura como Anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, el apartado Primero, n.º 2, se establece que “*se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo esta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción de este*”.

Una norma semejante no existe en ningún otro país europeos que conozcamos y su existencia (ni siquiera explicable por la probada presión del sector asegurador)

constituye una vergüenza para el sistema jurídico español, porque protege más a la víctima de un accidente causado por un borracho o un drogado (circunstancias que no pueden ser opuestas por el asegurador) que a la víctima de un inimputable, con la única finalidad de favorecer al asegurador obligatorio.

-En cuanto a los sujetos de la RC debe decirse que dañantes y dañados pueden serlo tanto las *personas físicas* como las *personas jurídicas* (según el art. 38 CC las personas jurídicas pueden contraer obligaciones). Es claro que las personas jurídicas pueden ser responsables de los daños causados por sus dependientes o trabajadores por la vía del art. 1903 CC (responsabilidad por hecho ajeno), pero también pueden ser responsables directamente por la vía del art. 1902 CC, lo que ocurrirá cuando el daño acaece dentro del ámbito de la actividad de la persona jurídica y es realizado por la persona física que ostenta la representación orgánica de la persona jurídica.

-En relación a los dañantes, los tribunales tienen establecido que en caso de que haya quedado probado que una pluralidad de personas participó en la causación del daño, pero no pueda fácilmente demostrarse la parte del daño que causó individualmente cada una de ellas, entonces todos ellos serán considerados responsables solidarios de la totalidad del daño, como medio para proteger los intereses de los dañados.

-Respecto a los dañados, se ha planteado la cuestión de, en caso de muerte de una persona, a quiénes corresponderían las posibles indemnizaciones que se pudieran exigir cuando otra persona aparezca como responsable (piénsese, por ejemplo, en la muerte derivada de una negligencia médica). En concreto, el problema se centra en decidir si, en este caso, serán los herederos del fallecido quienes ostente el derecho a reclamar por entender que este derecho integra la herencia del fallecido (es lo que se denomina una reclamación *iure hereditatis* o por derecho de herencia), o si el derecho a reclamar corresponde, como un derecho propio y no por herencia, a todas las personas que hayan sufrido un daño derivado del fallecimiento (es lo que se denomina una reclamación *iure proprio* o por derecho propio).

Puede decirse que, en la actualidad y salvo cuando existan normas jurídicas concretas que regulen expresamente algunos casos, es mayoritaria la posición de los tribunales que entiende que la reparación de estos daños, tanto materiales como morales (así, el dolor derivado de la pérdida del ser querido) corresponde a cualquier persona que pueda justificar un daño derivado del fallecimiento, con independencia de ser heredero o no. Esto ha permitido, por ejemplo, conceder indemnizaciones por daños a la pareja o conviviente de hecho del fallecido o fallecida (que normalmente no suele ser reconocido como heredero), e incluso a su novio o novia en algunos casos.

EL DAÑO

Ya sabemos que sin daño no hay responsabilidad civil. Es esencial, para que pueda surgir responsabilidad, que se haya producido un daño, una lesión jurídicamente relevante, un menoscabo personal o patrimonial que merece ser reparado. El art. 2:101 de los PETL define el daño resarcible diciendo que “*el daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido*”.

De ahí pueden derivarse los *caracteres* del daño, como lesión a un *interés legítimo*, protegido por el Ordenamiento jurídico (no será daño si el interés que se

lesiona no está protegido por el Derecho: por ejemplo, los perjuicios de un traficante de drogas provocados por otro traficante que opere en su territorio). Pero también se exige que el daño sea *cierto y real*, no hipotético, aunque tanto puede ser actual como futuro, lo que planteará problemas específicos en el campo del daño lucrocesante sobre todo. Por ejemplo, los denominados “daños por pérdida de una oportunidad”, que serán estudiados dentro de la relación de causalidad, plantean también un problema de certeza del daño.

-Clases de daños. Los daños pueden dividirse, por su naturaleza, en *daño patrimonial o material* y *daño moral*. El *daño patrimonial* sería aquel que deriva de la lesión de la esfera patrimonial de la persona: por ejemplo, la destrucción o deterioro de un bien, la pérdida de ingresos o el incremento de gastos, etc. Por el contrario, el *daño moral* deriva de la lesión de la esfera personal o no patrimonial de la persona: por ejemplo, el dolor o sufrimiento derivados de la muerte de un ser querido, o el daño derivado de las lesiones a los llamados derechos de la personalidad (el derecho a la vida, a la integridad física o moral, el derecho al honor, a la intimidad, etc).

Por otro lado, también existe el llamado *daño físico o corporal*, que es aquel que se produce a la integridad física de la persona (por ejemplo, las lesiones corporales producidas por un accidente de circulación). Del daño físico puede derivarse también daño patrimonial y daño moral.

Dentro de daño patrimonial puede distinguirse entre *daño emergente* y *daño lucro cesante*. Así, el art. 1106 CC establece que la indemnización de daños y perjuicios ha de comprender estos dos elementos, no sólo el valor de la pérdida sufrida (daño emergente), sino también de la ganancia que haya dejado de obtenerse (lucro cesante). Mientras el daño emergente es una pérdida real y efectiva fácilmente constatable (así, el coste de reparación de la cosa dañada o su sustitución por otra similar o nueva), el lucro cesante es una “pérdida invisible” debida a la incidencia del acto dañoso en lo que iba a ser una ganancia racionalmente prevista (así, la pérdida por los salarios dejados de percibir durante la estancia hospitalaria a consecuencia de un accidente laboral).

Ambos elementos han de ser tenidos en cuenta si se quiere que las normas de responsabilidad civil extracontractual cumplan su finalidad de reparación íntegra del dañado, aunque en el caso del lucro cesante los cálculos deben ser realistas y no fundarse en meros sueños de riqueza, exigiéndose probabilidad y verosimilitud en las ganancias, que deberán responder al resultado del curso normal de los negocios o acontecimientos. En este sentido, La jurisprudencia española ha sido bastante exigente y restrictiva respecto al daño lucro cesante, que entiende procedente solamente cuando se pruebe que el normal discurrir de los acontecimientos, si no hubiera intervenido la acción del dañante, hubieran permitido al dañado alcanzar las ganancias dejadas de percibir con una alta probabilidad.

Por último y respecto al daño patrimonial, también ha tenido éxito en la doctrina el acogimiento del denominado “daño económico puro” o “daño puramente patrimonial”, que procede de la traducción de los términos ingleses “pure economic loss” y se refiere al daño que se produce en el patrimonio de una persona sin que exista ni daño corporal ni daño a bienes patrimoniales.

Por otra parte y atendiendo al momento de su aparición, el daño puede ser *presente* (aparece en el momento en el que se produce la acción u omisión causante), *futuro* (daño que, con seguridad, aparecerá en un momento posterior al daño presente, pero cuya existencia y alcance futuros se conocen ya) y *sobrevenido* (daño

causado por la acción u omisión pasada y que se manifiestan en el futuro, aunque su existencia y alcance se desconocen en el momento presente hasta que dicho daño se manifieste) y que la jurisprudencia frecuentemente denomina “nuevos daños”.

El llamado aquí daño sobrevenido o “nuevos daños” puede presentar algunos problemas prácticos para su reclamación, como son determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción en este caso, la dificultad de probar la relación de causalidad o las dificultades de reclamar al seguro de responsabilidad civil cuando se haya introducido en éste una de las llamadas cláusulas *claim made*, que limitan las reclamaciones al seguro a las que se produzcan dentro de determinados plazos de tiempo desde la terminación del contrato y que no pueden ser inferiores a un año (válidas y oponibles al perjudicado conforme al art. 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro).

-Mención especial merece el daño moral o daño no patrimonial, que cuenta con una larga tradición en cuanto a su admisibilidad en la RC extracontractual desde una STS de 6 de diciembre de 1912, en un caso de daños al honor derivados de la publicación de una noticia falsa en un diario de difusión nacional. Tradicionalmente el daño moral se ha identificado con el llamado *pretium doloris* (el precio del dolor o dinero del dolor) y comprendía, los dolores, sufrimientos y padecimientos consecuencia de vulneración de bienes extrapatrimoniales, de lesiones físicas o de derechos de la personalidad.

A partir de esta idea inicial estricta del daño moral, el profesor DÍEZ-PICAZO, siguiendo a la doctrina francesa en este punto, distingue dentro del daño moral:

1.º Los sufrimientos morales y psíquicos, que comprenden el tradicional *pretium doloris* (un caso evidente, el dolor por la pérdida de un ser querido).

2.º El perjuicio estético (*prix de la beauté*)

3.º El denominado “perjuicio sexual”, que comprende la imposibilidad total o parcial para la víctima de mantener relaciones sexuales o de procrear.

4.º El daño que denomina vida de relación (*préjudice d'agrément*), es decir, la privación para la víctima de la posibilidad de ejercer determinadas actividades en las cuales había alcanzado un especial nivel, sean de orden cultural, deportivo o de otro tipo.

-El problema de la intensidad de la lesión en el caso del daño moral.

Suele ser una afirmación generalizada que el daño moral, para que sea indemnizable, debe tener una cierta intensidad y superar las simples incomodidades. Es el “daño permitido o tolerado”, que podría estudiarse también desde el criterio del “riesgo general de la vida” o inherente a la propia existencia del ser humano como criterio de imputación objetiva de la responsabilidad. Pero lo cierto es que la jurisprudencia reciente se ha referido a diversas situaciones propiciadoras de daño moral, entre las que cabe citar “*el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, la impotencia, ansiedad o angustia, la zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre, consecuente impacto, quebranto o sufrimiento psíquico*”.

Una concepción tan amplia le ha llevado a conceder, con relativa frecuencia y por ejemplo, indemnizaciones por daño moral a favor de los viajeros, especialmente cuando éstos se encuentran de vacaciones (¡y qué decir si, además, es un viaje de novios!), en casos tales como retrasos o cancelaciones de vuelos, pérdidas de maletas y otros objetos, problemas con alojamientos, etc.

Precisamente esta —el paso de los dolores y sufrimientos a ciertas incomodidades como daño moral— ha sido una de las vías de “ensanche” del Derecho de daños en nuestro país y que amenaza con producir un auténtico “desbordamiento”, como ha criticado la doctrina. Precisamente y tras analizar diversos casos jurisprudenciales, el profesor DÍEZ-PICAZO terminó titulando una breve obra publicada en 2008 como *El escándalo del daño moral*.

Por ello, probablemente los mejores casos para estudiar el límite de lo tolerable (el daño tolerable) sea el que se produce en las relaciones de vecindad (por ruido, por ejemplo), pues quien vive en comunidad está obligado a soportar injerencias o molestias derivados del uso de las fincas ajenas que, según los usos, hayan de ser considerados razonablemente tolerables en cuanto a su intensidad y las circunstancias en que se producen. Probablemente aquí sea importante introducir, al menos, un criterio razonable y objetivo de intensidad a través de las normas reglamentarias, que otorgue un mínimo de seguridad jurídica a ambas partes, dañante y dañado.

-La valoración del daño.

Como ha sido reiterado, las normas de responsabilidad civil tienen como finalidad lograr una reparación íntegra del dañado, es decir, que al perjudicado se le indemnicen todos los daños sufridos. Esta es la regla general, la reparación íntegra del dañado. Difícilmente puede decirse que un Ordenamiento jurídico protege adecuadamente a las personas y a su patrimonio si después las normas de responsabilidad civil no procuran una protección integral por los daños sufridos por estas personas y sus bienes.

Y en este punto, no puede decirse que, en términos generales, las indemnizaciones alcanzadas frecuentemente cuando es un juez o tribunal quien tiene finalmente que fijar la cuantía, respondan a una cuantificación de los daños ajustada a la realidad. Probablemente este sea uno de los males de los sistemas jurídicos puramente resarcitorios o indemnizatorios como el nuestro: la infravaloración de las indemnizaciones concedidas. Y debe decirse que es un problema del que la jurisprudencia ha tomado conciencia y ha encontrado diversas vías para paliarlo.

Una primera vía ha sido la tradicional doctrina de la Sala 1.^a (Civil) del TS, que ha venido declarando la compatibilidad entre las prestaciones percibidas de la Seguridad Social como consecuencia de accidentes de trabajo y las indemnizaciones civiles que derivan de la conducta culposa del propio empresario (*ex* arts. 1.902 y 1.903 CC, básicamente), de manera que ambas indemnizaciones se entendían independientes y compatibles entre sí.

Muy probablemente la razón de esta declarada compatibilidad ha sido la conciencia por parte del legislador (y de los jueces y tribunales) de que las indemnizaciones concedidas en caso de accidentes de trabajo son claramente insuficientes respecto al daño real sufrido. Es una especie de aplicación de un principio que ha sido afirmado en múltiples ocasiones en este campo: el principio *pro damnato* o de favorecimiento del dañado. Por otra parte, los abogados de los demandados en estos casos (el empresario, y en su caso, su compañía de seguros) no suelen oponerse a esta compatibilidad, pues quien paga las prestaciones es la Seguridad Social y probablemente les beneficia si los Tribunales tienen en cuenta esas otras cantidades ya percibidas por los dañados a la hora de fijar las indemnizaciones civiles de las que deben responder ellos.

Será ésta una cuestión que se estudiará detenidamente en el módulo específico, pero que interesa adelantar ahora que ha estado muy vinculada al problema de la

jurisdicción competente en esta materia (en la actualidad, la jurisdicción social), pues precisamente la mayor rigurosidad, en general, de los tribunales del orden social en cuanto a la distinción de partidas indemnizatorias, ha provocado que, por lo general y a efectos de fijar la indemnización de daños, sean descontadas las prestaciones satisfechas por la Seguridad Social, los posibles recargos en las mismas, las mejoras voluntarias establecidas en Convenio Colectivo u otras cantidades abonadas por la empresa, para evitar conceder una indemnización más allá de la reparación íntegra del daño.

Otra vía utilizada con bastante frecuencia por la jurisprudencia es la que podríamos denominar “instrumentalización del daño moral”, es decir, utilizando la mayor flexibilidad en cuanto a la prueba que ofrece el daño moral, se ha utilizado esta partida indemnizatoria para conceder y compensar otros conceptos indemnizatorios de difícil prueba, como puede ser el daño patrimonial que el tribunal considera, en conciencia, que se ha producido, pero que no resulta fácilmente probado. Un buen ejemplo de ello ha sido la concesión de indemnizaciones por daño moral por pérdida de una oportunidad, que ya ha sido tratada con anterioridad.

Suele citarse con mucha frecuencia en España la STS de 12 de julio de 1999, que confirmó la sentencia de la AP, que había concedido una indemnización por daño moral derivado de la resolución de una compraventa por un defecto de cabida de unos 12 metros (¡incomprensiblemente!).

-Cuestión distinta son las dificultades en cuanto a la valoración y prueba del daño, pues si, a falta de acuerdo entre dañante y dañado, la reclamación por daños se hace valer ante los tribunales de justicia, entonces corresponderá como regla al perjudicado demostrar que ha sufrido daño y en qué cuantía exacta. En este sentido, la valoración de los daños materiales deberá tener en cuenta, no solamente los precios de mercado de los bienes y servicios, sino también las circunstancias concretas y subjetivas del dañado. Por ejemplo, si el dañado había vendido la cosa a un determinado precio y después es destruida por culpa de un tercero, el valor que deberá indemnizarse será el correspondiente al precio de venta, no al valor objetivo de mercado.

La valoración de los daños morales ofrece mucha mayor dificultad, ¿Cómo valorar, por ejemplo, el sufrimiento de unas personas por la pérdida de un ser querido a manos de un tercero?. Por ello y salvo que existan reglas especiales de valoración de este daño, corresponderá a los tribunales determinar la existencia y cuantía concreta de este daño en atención a las circunstancias concretas del caso, lo que suele dar como resultado que los jueces o tribunales fijen una cantidad global o alzada para compensarlo. Ello sin perjuicio de ciertas normas, como el art. 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que presume la existencia de daño siempre que se demuestre la existencia de una intromisión ilegítima (un hecho dañoso) en cualquiera de estos derechos.

Aunque presumir un daño sin hacerlo en una cuantía concreta no parece servir de mucho, sin embargo, existe acuerdo en que tal presunción se refiere a los daños morales, y que obliga al juez a fijar una cantidad equitativa atendiendo a las circunstancias del caso concreto, como establece el precepto. Cuestión distinta es lo discutible que resulta que la indemnización a fijar lo sea en función de “*la gravedad de la lesión efectivamente producida*”, que parece hacer referencia a la gravedad de la conducta causante del daño.

-El problema de la valoración tasada de los daños por el legislador.

Las anteriores reglas de valoración de los daños (y el principio de reparación íntegra) no resultan aplicables cuando las leyes hayan establecido valoraciones taxativas de daños por medio de tablas o baremos indemnizatorios obligatorios, de manera que los tribunales, a falta de acuerdo entre dañante y dañado, estarán obligados a valorar el daño conforme a tales tablas o baremos. Así ocurre, por ejemplo, con los daños derivados de la pérdida del empleo, donde el Estatuto de los Trabajadores fija taxativamente la indemnización en atención al salario percibido y los años de antigüedad del trabajador. Lo mismo ocurre con la valoración de los daños a las personas derivados de accidentes de circulación, donde también existen un baremo o tablas indemnizatorias (son 6 tablas) de obligatoria aplicación para los tribunales.

En España fue objeto de fuertes críticas la introducción en el año 1995 de este baremo obligatorio en el ámbito de los accidentes de circulación (actualmente, regulado en el TRLRCSCVM). Alegaban las compañías aseguradoras que la disparidad de criterios e indemnizaciones concedidas por los tribunales inferiores (Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales), junto a la ausencia de intervención del Tribunal Supremo (normalmente no alcanzan las cuantías indemnizatorias para recurrir en casación) había llevado a una situación de absoluta falta de uniformidad, lo que hacía que tuvieran verdaderas dificultades para hacer sus cálculos actuariales y fijar las primas exigidas en sus pólizas de seguro.

Probablemente la reivindicación de las aseguradoras era justa en alguna medida, y al mismo tiempo se facilitaba la indemnización a los perjudicados al aligerar el régimen de prueba, pero las aseguradoras aprovecharon la introducción de los baremos para reducir algunas de las indemnizaciones que venían concediendo los tribunales, en concreto las indemnizaciones por incapacidades (bajas) temporales, tanto con estancia hospitalaria como sin ella. Otro punto especialmente problemático también fue el daño lucro cesante, derivado tanto de las incapacidades temporales como de las secuelas físicas no reparables, que era tasado obligatoriamente por los baremos atendiendo a unos criterios que no siempre permitían obtener una indemnización conforme al lucro cesante efectivamente perdido, y sin posibilidad de poder demostrar un daño mayor. La polémica en la doctrina también adquirió grandes proporciones, sobre todo de la mano del profesor PANTALEÓN PRIETO.

Finalmente una STC de 29 de junio de 2000 declaró que los baremos no eran contrarios a la CE porque no vulneraban los arts. 14 (derecho a la igualdad), 15 (derecho a la vida e integridad física y moral) y 117.3 (atribución de la potestad jurisdiccional) CE básicamente, y únicamente declaró inconstitucional un par de aspecto concretos de la Tabla V (indemnizaciones por incapacidad temporal). No obstante, los puntos declarados inconstitucionales han permitido a los jueces conceder indemnizaciones mayores de las tasadas cuando se prueba una culpa relevante del causante del daño, de manera que las indemnizaciones se determinan entonces conforme a la prueba practicada.

Por último, no puede negarse el triunfo de los baremos indemnizatorios en la práctica de los tribunales y la seguridad jurídica (en cuanto uniformidad de las indemnizaciones) que ha supuesto en este ámbito del Derecho de daños, en buena medida por la inestimable colaboración de los abogados de los clientes dañados, en cuanto al ahorro de esfuerzos para ellos que han supuesto. Tal ha sido así que es muy frecuente la aplicación (voluntaria) de los baremos del TRLRCSCVM por parte de los jueces y tribunales a otros ámbitos distintos de los accidentes de circulación para fijar las indemnizaciones por daños a las personas.

-El problema de las indemnizaciones globales. Un problema tradicional del Derecho de daños español, en su aplicación judicial, ha sido la enorme frecuencia con que los tribunales españoles despachan la fijación de las cuantías indemnizatorias, cuando estiman que procede una indemnización, estableciendo una cantidad global o a tanto alzado, que incluye la totalidad de los daños, tanto materiales como morales, pero sin distinguir los conceptos o partidas indemnizatorias comprensivas de tales daños. Esto dificulta enormemente las posibilidades de recurrir la sentencia, tanto en apelación como en casación.

Especialmente en casación, pues la fijación de las cuantías indemnizatorias (el *quantum* indemnizatorio) se entiende como una facultad de los jueces de instancia, no revisable como regla en casación, aunque sí son revisables en casación las bases o criterios jurídicos conforme a las cuales se ha fijado la indemnización (se trata de una cuestión jurídica y no fáctica), lo que es casi imposible si no se conocen precisamente las bases que sustentan el cálculo indemnizatorio. Existe incluso una STC de 13 de junio de 1986, que estimó un recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) porque una sentencia penal fijó una indemnización global en un caso de lesiones (muy inferior a la pedida), sin determinar las bases o criterios utilizados en su determinación:

“La tutela judicial efectiva supone que los recurrentes han de obtener una decisión fundada en derecho, ya sea favorable o adversa. Tal decisión fundada en derecho requiere ante todo, que la resolución judicial se infiera de la Ley y explique adecuadamente de qué manera esta inferencia es aplicable al caso concreto respecto del cual se juzga. En este sentido, no es suficiente con que el Juez afirme en términos generales que el responsable de un delito también lo es civilmente, invocando para ello el texto del art. 19 del Código Penal. Por el contrario, es preciso que la Sentencia judicial contenga una determinación del daño causado por el delito, de la misma manera que si la acción civil hubiera sido ejercida en forma independiente de la penal, siendo necesaria además una estimación razonada de la cuantía alcanzada por dichos daños. Es obvio que el criterio del Juez no tiene porqué coincidir con la pretensión del dañado, pero sí es necesario que la eventual discrepancia sea razonada en la Sentencia. Por otra parte, es requisito impuesto por el derecho a la tutela judicial efectiva que la Sentencia determine singularmente los sujetos que resulten civilmente responsables, según la reclamación efectuada por la víctima del daño, decidiendo al tiempo sobre la extensión efectiva de la respectiva responsabilidad, o los motivos para no hacerlo.

(...)

Aplicando estas premisas al caso presente, se comprueba que el Juzgado de Instrucción no ha determinado en forma pormenorizada los daños causados, ni ha expuesto los fundamentos legales que le permiten establecerlos, así como tampoco ha razonado los criterios por los que ha calculado el quantum indemnizatorio correspondiente a las lesiones derivadas del hecho punible. De otro lado, el Juzgado omitió todo razonamiento sobre la pretendida responsabilidad de la Empresa aseguradora, desestimando tácitamente la petición que el dañado hizo valer en su momento, sin expresar motivo alguno en el que fundar su decisión negativa. Resulta de todo ello patente, como sostiene el Ministerio Fiscal, que la Sentencia impugnada en amparo no ha dado cumplimiento a las exigencias del art. 24.1 de la Constitución”.

-Por otra parte y en cuanto a las formas de reparación del daño, puede decirse que existen dos grandes formas de reparación:

a) La reparación *en forma específica o in natura*. Pretende este tipo de reparación devolver las cosas al mismo estado en el que se encontraban antes de que el daño se produjera. Esta forma de reparación no será posible en todos los casos y, generalmente, será más fácil cuando se trate de reponer cosas materiales fungibles o

fácilmente sustituibles unas por otras: si alguien rompe un cristal, puede colocarse uno idéntico a costa del dañante.

En muchos otros casos, sin embargo, no será posible una reparación del daño en forma específica (imaginemos, por ejemplo, que el daño sea el derivado del fallecimiento de una persona a consecuencia de una negligencia médica).

b) La reparación *por equivalente pecuniario*. En aquellos casos en los que no sea posible una reparación en forma específica, no queda más opción que reparar el daño mediante el pago de su equivalente pecuniario, esto es, traducido en dinero (una cantidad global determinada, una renta mensual o anual, etc.). Imaginemos que alguien provoca a un deportista la pérdida definitiva de una pierna, y como la recuperación de la misma es imposible, habrá de determinarse una cantidad de dinero como indemnización.

No solamente se producirá la reparación por equivalente cuando no sea posible en forma específica, sino que los Tribunales tienen establecido que el perjudicado tiene, como regla, derecho a optar por una u otra forma de reparación.

-El tema de las indemnizaciones simbólicas.

La STS de 12 de diciembre de 2011 rechazó de plano la posibilidad de indemnizaciones simbólicas en nuestro Derecho. Los hechos eran los siguientes:

Quedó probado que D. Joaquín había dirigido, por conducto notarial, una serie de cartas a su antiguo socio en una sociedad mercantil, D. Eulalio, en las que expresaba opiniones y juicios de valor ofensivos y denigrantes, afirmando que el demandante le había engañado con un grave perjuicio económico, le acusaba de intentar ganar dinero a su costa y le amenazaba con hacer revelaciones comprometedoras.

Asimismo, el demandado había llevado a cabo una labor de desprestigio ante personas de su entorno familiar, personal y profesional, en relación al pago de una deuda inexistente. Por último, también hubo un desagradable incidente en el Paseo Marítimo Pablo Ruiz Picasso cuando D. Eulalio paseaba con su esposa y se toparon con el demandado, pues éste profirió diversas acusaciones e insultos al primero.

A consecuencia de todo ello, D. Eulalio interpuso una demanda de protección jurisdiccional civil de su derecho al honor, en la que solicitaba, entre otros extremos, una indemnización simbólica de 1 euro, en concepto de daños morales.

El JPI n.º 3 de Málaga estimó la demanda, declarando que las expresiones y juicios de valor vertidos por D. Joaquín en las cartas mencionadas constituían una intromisión ilegítima en el derecho al honor de D. Eulalio, por lo que condenó a aquél a estar y pasar por esta declaración, a abstenerse de realizar en el futuro nuevas intromisiones ilegítimas en su derecho al honor y a indemnizarle con la suma simbólica de 1 euro, en concepto de los daños morales ocasionados, que era la cantidad solicitada por el demandante.

Apelada la sentencia por parte de D. Joaquín, la Sección 5.ª de la AP de Málaga revocó la sentencia anterior y desestimó íntegramente la demanda por razón de incongruencia. D. Eulalio interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la anterior resolución y el TS estimó el recurso por infracción procesal rechazando la alegación de incongruencia, y estimó parcialmente el recurso de casación en el sentido de mantener la sentencia de primera instancia, excepto en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, que rechazó de plano.

Quizás podría compararse este caso con la STS de 23 de febrero de 1989 (RJA 1989\1250), otro caso en el que se declaró vulnerado el derecho al honor del demandante, pero en el que finalmente el TS declaró ajustada a derecho la indemnización concedida por el JPI (1 peseta), cuando el demandante había solicitado una indemnización en la cuantía que se determinara en la sentencia.

LA CULPA/DOLO

-En Derecho español, el criterio general que sirve para dar solución al problema de en qué casos la persona dañada tiene que soportar el daño y en qué casos tiene derecho a reclamarlo o repercutirlo sobre otro sujeto, el dañante, surgiendo entonces la responsabilidad civil, es *la culpa*. Es decir, el dañado inocente no tiene que soportar el daño, sino que puede exigirlo al dañado cuando éste es culpable, esto es, causó el daño mediante una conducta incorrecta o reprochable. Y esta conducta culpable o reprochable es la razón que permite al dañado no tener que soportar el daño, sino poder repercutirlo sobre el patrimonio (“el bolsillo”) del culpable. Pero si quien causa un daño lo hace sin culpa alguna (es lo que llamamos caso fortuito o fuerza mayor), entonces la regla general debe ser que no hay obligación alguna de indemnizar, porque tan inocente es el dañante como el dañado.

Como se detallará más adelante, la culpa supone el incumplimiento de deberes de cuidado, establecidos detalladamente o deducibles de modelos generales de conducta establecidos por el legislador, que permiten concretar los deberes de cuidado y compararlo con el comportamiento del causante del daño teniendo en cuenta las circunstancias en las que éste se produjo. Asimismo y desde el punto de vista de la eficiencia económica, suele entenderse que, con carácter general, la negligencia es un criterio eficiente de atribución de responsabilidad.

-Mención especial merece el daño causado dolosamente. El dolo es también un criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual, a pesar de no aparecer expresamente en la norma del art. 1902 CC. Es lógico que si el legislador considera subjetivamente imputable al sujeto que obra con negligencia, debe hacer “a fortiori” lo mismo con quien causa un daño de forma dolosa.

El dolo en materia de responsabilidad extracontractual también debe ser entendido de forma distinta a como lo concibe el art. 1102 y ss. CC. No se trata ahora de incumplir de forma consciente una obligación previa, con previsión de posibles daños derivados del incumplimiento de aquélla. Consiste en adoptar una conducta frente al perjudicado perfectamente consciente de la posibilidad de producción de los daños. Si luego finalmente surgen, hay una conducta dolosa, que será perfectamente imputable subjetivamente a efectos del art. 1902 CC. Por otra parte, el dolo no exige que haya consciencia previa de cada uno de los daños realmente producidos, sino sólo consciencia de que se pueden ocasionar, aunque se ignore los concretos daños que finalmente se ocasionen.

-En principio y teniendo en cuenta la finalidad de las normas de RC, un mayor reproche de la conducta causante del daño (por dolo) no supone una mayor cuantía de la indemnización. Alguna matización parecen incluir al respecto los PETL, en su art. 2:102 (5), respecto a los intereses protegidos por la RC, se afirma que “*el alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal modo que, en caso de lesión dolosa, el interés podrá recibir una protección más amplia que en los demás casos*”, aunque en nuestra opinión ello no es así necesariamente, pues una mayor protección jurídica no implica una mayor indemnización. Por otra parte, debe tenerse en cuenta el rechazo de los PETL a los daños punitivos, entendiendo que la RC aspira a la compensación del daño, por lo que una conducta dolosa no otorga al perjudicado el derecho a reclamar este tipo de daños.

Cuestión distinta de la anterior es que, en algún caso concreto, la jurisprudencia española haya entendido que solamente una conducta dolosa puede causar el daño indemnizable. Esto ha ocurrido en España respecto a la posible indemnización del daño moral en caso de infidelidad matrimonial que da lugar al nacimiento de hijos extramatrimoniales con ocultación dolosa de la verdadera paternidad al marido. Nuestros tribunales, en principio, han venido rechazando esta pretensión indemnizatoria por la simple infidelidad matrimonial (SSTS de 22 y 30 de julio de 1999), entendiendo que la única consecuencia jurídica era la ruptura del vínculo conyugal (causa de divorcio) en ese momento, pues tras la reforma del CC llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, que ha puesto fin al divorcio causal en España y ha dejado sin sanción jurídica alguna el incumplimiento del deber de fidelidad entre los cónyuges establecido en el art. 68 CC, habrá de entenderse que no cabe reproche jurídico alguno a la infidelidad matrimonial.

Sea por esta u otra razón (¿la infidelidad matrimonial como “riesgo general de la vida”? o que “nadie tiene derecho a ser amado en exclusiva”), en el estado actual de la cuestión en la jurisprudencia, no cabe indemnización ni por infidelidad matrimonial ni por procreación o nacimiento de hijos extramatrimoniales, sino únicamente cuando se oculta dolosamente la verdadera paternidad al marido, que tiene y quiere como propios a los hijos nacidos y que, descubierta la realidad de la paternidad años después, el engaño le ocasiona graves daños físicos y psicológicos (también materiales), como ya había apuntado la STS de 22 de julio de 1999, antes citada. Un problema de prescripción impidió la estimación de la demanda en la STS de 14 de julio de 2010, por lo que la más amplia exposición del problema se encuentra, a mi juicio, en la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Valencia, de 2 de noviembre de 2004, que es muy clara respecto a esta doctrina y que concedió al marido una indemnización de 100.000 euros (no era el padre de dos de los tres hijos nacidos de su segundo matrimonio). Recientemente, la SAP de León, de 12 de noviembre de 2012, no concedió indemnización por entender precisamente que no se había producido conducta dolosa por parte de la demandada.

EL NEXO CAUSAL Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

-El art. 1902 CC establece que, para que surja la responsabilidad civil, es necesario que exista una relación causa-efecto entre una conducta humana (una acción o una omisión) y el daño que ha surgido.

En otras palabras, para que la persona a cuya conducta se atribuye haber ocasionado un daño sea condenada a repararlo, es necesario que el perjudicado demuestre que la lesión es resultado de aquella conducta, lo que en algunos casos puede resultar evidente, pero en otras ocasiones resultará muy problemático. El perjudicado debe probar esa conexión, y se han propuesto diversas teorías que pretenden establecer cómo se puede deducir realmente un daño de un acto u omisión dañosa del modo más razonable posible.

-En particular, es especialmente relevante la denominada *teoría de la equivalencia de las condiciones* o *teoría de la conditio sine qua non*, procedente de la doctrina penalista. Consiste esta teoría en realizar la operación mental: si eliminamos mentalmente la acción/omisión que presuntamente causó el daño, y una vez elimina,

podemos afirmar que, sin ella, el daño no se hubiera producido, entonces podemos concluir que el daño ha sido causado por aquella acción u omisión. Es la teoría o criterio seguido expresamente por el art. 3:101 de los PETL.

Desde luego puede defenderse la utilidad de esta técnica a la hora de establecer una relación causa-efecto, pero ni está exenta de excepciones (por ejemplo, los casos de causalidad concurrente), ni puede ser el único criterio para atribuir sin más un daño a una persona simplemente por existir una relación causal, más o menos directa, entre su conducta y el daño. Por ejemplo, sería absurdo atribuir al jugador que falla un penalti el infarto sufrido por su entrenador por este motivo, por más que exista una relación directa material entre un hecho y el otro.

En la doctrina y la jurisprudencia se acude también con mucha frecuencia a la teoría de la “causalidad próxima” y a la “causalidad adecuada”, que parece la preponderante actualmente en la jurisprudencia.

En cualquier caso, una vez establecida una relación de causalidad en sentido genérico o material, es necesario realizar un juicio jurídico con criterios normativos para decidir si, en un caso concreto, un daño puede ser imputable objetivamente a la conducta de una persona (es la llamada imputación objetiva). De esta manera, la relación de causalidad de la que habla el art. 1902 CC estaría integrada por dos elementos: la causalidad en sentido genérico (mediante, por ejemplo, la teoría de la equivalencia de las condiciones) y la causalidad en sentido estricto o imputación objetiva.

-En este sentido, PANTALEÓN PRIETO ha desarrollado hasta 6 criterios que pueden extraerse de la jurisprudencia (aunque no se refieran los tribunales a ellos con este nombre) y que pueden resultar de utilidad para establecer o negar finalmente, según los casos, la relación de causalidad en el sentido del art. 1902 CC entre una acción u omisión y el daño (algunos de ellos se hayan citados en el art. 3:201 PETL):

1º El criterio del riesgo general de la vida: Propone negar la imputación de aquellos resultados dañosos que sean realización de riesgos habitualmente ligados al natural existir del perjudicado.

Por ejemplo, por avería de nuestro vehículo por un defecto de fabricación, nos vemos obligados a tomar un taxi: si tenemos un accidente con el taxi, el fabricante de nuestro vehículo averiado no es responsable de los daños derivados del accidente, a pesar de que podríamos afirmar que si el vehículo no hubiere tenido un defecto no hubiéramos utilizado el taxi y no hubiéramos sufrido el accidente.

En la jurisprudencia este criterio se ha utilizado con bastante frecuencia para declarar no imputables los daños en casos de caídas en la calle, en centros comerciales o en la realización de actividades de ocio (así, la STS de 17 de julio de 2007, que expondremos después).

2º El criterio de la prohibición de regreso: Propone negar la relación de causalidad cuando una persona causa un daño, pero en el curso de los acontecimientos se incardina sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero que causa unos daños mayores.

Por ejemplo, por una imprudencia, un conductor causa un accidente y daños leves en la persona de otro conductor. En el posterior traslado del herido, la ambulancia sufre otro accidente provocado por un conductor borracho, a consecuencia de lo cual fallece el conductor herido que era trasladado en la ambulancia.

3º El criterio de la provocación: Viene a establecer que quien con su conducta reprochable provoca la intervención de otra persona y ésta causa daño, tal daño debe entenderse causado por la persona que provocó la intervención.

Por ejemplo, si una persona provoca un incendio imprudentemente y con ello provoca la intervención de los bomberos, esa persona será responsable también (existirá relación de causalidad) de los daños causados por la intervención de los bomberos (salvo que éstos actúen de forma muy imprudente o dolosa, de manera que nos situáramos en el criterio del punto anterior).

4º El criterio del incremento del riesgo: Viene a establecer que aunque una persona actúe imprudente o negligentemente, no responderá de los daños causados si dicha conducta, a pesar de ser negligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el resultado dañoso en cuestión.

Por ejemplo, si una persona circula con su vehículo a 70 km/h por una vía donde la velocidad está limitada a 40 (actúa negligentemente), no será responsable de los daños causados a un peatón que es empujado por otro cuando el vehículo está circulando. Aunque el conductor hubiere circulado correctamente (a 40 km/h), el daño derivado del atropello se hubiera producido de todas maneras. El responsable de tal daño será el sujeto que empujó al peatón, pero no el conductor imprudente.

5º El criterio del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad: Según este criterio, cuando una persona incumple una norma y causa un daño, no puede hacerse responsable cuando dicho daño caiga fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma incumplida, esto es, cuando el daño producido no es del tipo de daños que la norma infringida trataba de prevenir.

Por ejemplo, unos operarios que trabajan un domingo (cuando según el convenio que les regula deben estar de descanso) y sufren daños por quemaduras al incendiarse una nave industrial contigua al lugar donde desarrollan su trabajo. En este caso, el empresario ha incumplido la norma que prohíbe a esos operarios trabajar en domingo, pero esta norma tiene por finalidad, entre otras, la de evitar daños causados por excesivo cansancio de los trabajadores, pero no tiene por finalidad evitar los daños que se han producido por este incendio. Por ello, el empresario no será responsable de los daños derivados de tales quemaduras, a pesar de que podrá ser sancionado por el incumplimiento de las normas laborales.

Pone BARROS (págs. 386-387) el siguiente ejemplo extraído de la jurisprudencia norteamericana: un pasajero trata de subir al tren y un empleado de ferrocarriles trata de ayudarlo, se le cae al pasajero un paquete que llevaba en el brazo, activándose unos fuegos artificiales que finalmente causan daño a una señora que se encontraba en otro lugar de la estación. La norma que prohíbe ayudar al pasajero cuando el tren está en marcha no persigue proteger a los terceros que se encuentren en el andén. Imponer a la empresa de ferrocarril una indemnización en este tipo de casos es tanto como hacerle responder sin culpa.

6º El criterio de la adecuación: Este es un criterio un tanto residual que puede aplicarse en aquellos casos en los que un devenir anormal de los acontecimientos hace que exista una gran desproporción entre la acción/omisión realizada y el daño desproporcionado producido.

Por ejemplo, el soldador de un buque que, por descuido, no se da cuenta de que una chispa de soldadura ha producido un pequeño incendio en el buque. Sin embargo, el pequeño incendio, por una serie de causas adversas imprevistas, se expande provocando

finalmente la calcinación de varios buques y sus mercancías con un resultado dañoso económico absolutamente impresionante y desproporcionado.

Este criterio trata de conseguir soluciones justas en este tipo de casos y limitar la cuantía de la indemnización.

-También deben señalarse algunos problemas jurídicos en el ámbito de la RC que se hallan vinculados a la relación de causalidad, aunque en algunos casos se han intentado llevar a otros ámbitos distintos:

1.º) *Los casos denominados de wrongful life*, esto es, nace un niño con malformaciones, pero la otra posibilidad era que no hubiera nacido (sirva como ejemplo la STS de 6 de junio de 1997, ya estudiada en clase). En estos casos, se priva a la madre, como consecuencia de una negligencia médica, de la posibilidad de haber optado por la interrupción voluntaria del embarazo y nace un niño con malformaciones (no imputables las malformaciones a la negligencia médica, pero sí el hecho de haber nacido).

En este tipo de casos, desde luego que existe daño (moral y patrimonial, en mi opinión), pero la cuestión está en determinar si este daño es imputable a la negligencia médica, es decir, si se puede determinar que la madre hubiera abortado de haber conocido a tiempo la malformación del feto, porque si no es así, entonces no pueden imputarse tales daños (derivados del nacimiento) a la negligencia médica. Se trata de un problema de relación de causalidad.

2.º) *Los casos de pérdida de una oportunidad* (los casos de *wrongful life* también estarían aquí, pues se priva a la madre de la oportunidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en el plazo legal). Pero ahora nos referimos a otro tipo de casos, por ejemplo: el abogado, procurador u otro profesional que, por una negligencia, priva al cliente de obtener una resolución que pudo —o no— ser favorable a sus intereses. Piénsese en el transcurso del plazo para recurrir una resolución judicial. La negligencia del profesional priva al cliente de la oportunidad de haber obtenido una resolución favorable a sus intereses.

En un primer momento, este tipo de casos habían sido resueltos por el TS entendiendo que se había privado al cliente de un derecho fundamental (el derecho a la tutela judicial efectiva) y que la privación del derecho es un daño en sí mismo, que se calificaba de daño moral y se indemnizaba equitativamente por los tribunales.

En un momento posterior (SSTS de 27 de julio de 2006, 28 de febrero de 2008, 31 de marzo de 2010, 14 de julio de 2010 y 22 de abril de 2013, entre otras), el TS enjuicia los casos de pérdida de una oportunidad como supuestos de daño patrimonial (lucro cesante), consistente este daño en la disminución cierta de las posibilidades de defensa. Se trata de un daño hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. En la STS de 14 de julio de 2010 se recogen con precisión los requisitos exigidos en la jurisprudencia para que proceda una indemnización en este tipo de casos, y entre ellos, se citan:

“(iii) La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa. Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por

pérdida de oportunidades: SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC .

(...)

(v) Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades. No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción”.

Resulta muy discutible, en mi opinión, la procedencia de una indemnización proporcional a la pérdida de oportunidades por mínima que sea, frente a la exigencia de certeza del daño que solamente ha de estimarse indemnizable (al 100%) si hay una razonable certidumbre de su existencia con alta probabilidad, o no ser indemnizado (0%) en el caso contrario, por más que sea una solución que permite “salvar las costas” a los abogados, aun cuando se haya obtenido una reducida indemnización. No obstante, parece que ha tenido fortuna en la jurisprudencia el recurso, en este y otros casos, a la idea de “probabilidad cualificada” para entender establecida jurídicamente la relación de causalidad.

3.º) La llamada compensación (o concurso) de culpas. En ocasiones, el daño sufrido por la víctima se debe, por una parte, a una acción u omisión imputable a la propia víctima (una negligencia, por ejemplo), y por otra, a un hecho imputable a otra persona (otra negligencia). En estos casos, la víctima ha concurrido, conjuntamente con otra persona, a la causación de los daños que ella ha sufrido, de manera que lo lógico será que la otra persona sólo indemnice a la víctima o perjudicado los daños que ella efectivamente le haya causado, pero no la parte que se haya causado la propia víctima. Se dice entonces que se ha producido una compensación o concurso de culpas, aunque el problema no es de “culpas” sino de relación de causalidad (ambos han causado los daños). La consecuencia jurídica de ello será una disminución o minoración de la indemnización en proporción a la parte del daño causado por el perjudicado. Puede verse esta doctrina en las SSTS de 21 de marzo de 2007, 25 de marzo de 2010, 4 de noviembre de 2010 o 30 de noviembre de 2011.

No obstante, la concurrencia de culpas exige que la actuación de la víctima resulte jurídica relevante respecto al resultado dañoso, de manera que si no es relevante se entiende que la conducta del perjudicado queda absorbida por la del causante del daño y no procede la compensación de culpas. Así lo afirma, por ejemplo, la STS de 25 de septiembre de 2007: “(...) *no justifica reducción alguna del quantum de la responsabilidad cuando la aportación causal del perjudicado no sea jurídicamente relevante o valorable*”.

4.º) El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Se trata de un daño que se sabe ha sido causado por una de varias personas determinadas, de manera que cualquiera de estas personas tendría que responder del daño, pero se desconoce quién en concreto de los miembros del grupo causó el daño. Piénsese en un grupo

reducido de 10 personas y uno de ellos arroja un objeto, que produce un daño físico a un tercero: hay 9 inocentes y 1 culpable, pero no puede demostrarse quién es quién.

El problema es que corresponde al perjudicado demostrar la relación de causalidad, de manera que a él corresponde probar qué miembro del grupo fue el causante del daño, y siendo esto imposible, correspondería absolver a todos, salvo que el daño procediera de una acción conjunta de todo el grupo (coautoría), en cuyo caso todos serían responsables solidariamente.

No obstante lo anterior, y siendo el único fundamento posible el principio *pro damnato*, los tribunales —sin base legal— suelen resolver este tipo de casos declarando una responsabilidad solidaria del grupo, siempre que el perjudicado les demande a todos, imponiendo de esta forma —también sin apoyo legal alguno— un litisconsorcio pasivo necesario. En nuestro ejemplo, el resultado sería: 9 inocentes indemnizando a otro inocente.

4. RESPONSABILIDAD POR CULPA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

-La idea de *culpa* en la RC supone una desviación respecto a un modelo de conducta exigible. Este modelo de conducta no puede ser concretado atendiendo a una concepción ética, social o económica de la culpa, sino desde una concepción normativa o normativista, es decir, la *culpa* consiste en el incumplimiento de deberes previos que, según el Ordenamiento Jurídico, eran exigibles, de manera que existía, en el caso concreto, el deber de ser cuidadoso.

Naturalmente que es posible que tal modelo o estándar de conducta exigible (el art. 4:101 PETL habla precisamente de “estándar de conducta exigible”, aunque en una concepción amplia de la culpa, como comportamiento reprochable, que incluye también el dolo) esté expresamente establecido en algunas normas concretas para algunos supuestos concretos, lo que facilitará enormemente la tarea del operador jurídico encargado de enjuiciar el comportamiento, diligente o no, de un determinado sujeto. Pero lo más frecuente es que no existan normas que impongan o prohíban una determinada conducta exigible, lo que aboca a decidir, en su defecto, cuál es el modelo con el que comparar un comportamiento concreto.

En el Derecho español se cuenta, entre las normas reguladoras de la RC contractual, con el art. 1104 CC que lo concreta, salvo que otra cosa se haya pactado, en el “buen padre de familia”, que debe ser interpretado como una persona de una diligencia media (el *reasonable man* del Derecho inglés), y lo mismo en el Derecho francés o alemán (en Alemania la diligencia supone “el debido cuidado en el tráfico social”). También se hace una referencia a este mismo paradigma de diligencia en el art. 1903 CC, en relación a los deberes de cuidado exigibles a quien ha de responder por hecho ajeno.

Al no existir un precepto similar en el ámbito de la RC extracontractual, se han planteado básicamente dos cuestiones: primera, si cabría responsabilidad por la llamada “culpa levísima” (es decir, por debajo del estándar); y segundo, si es posible exigir un nivel de diligencia mayor a la establecida en el art. 1104 (buen padre de familia), sobre todo, en aquellos casos en los que el hecho dañoso ha sido realizado en un ámbito profesional. Debe decirse que, en general, la jurisprudencia ha adoptado el criterio normativo de la diligencia del buen padre de familia también en el ámbito extracontractual, de manera que, en principio, no debería responderse por la culpa levísima en aquellos supuestos en los que se exija un comportamiento reprochable para

que nazca la obligación de indemnizar, ni tampoco puede exigirse una diligencia mayor como regla. Y creo que esta es también la regla en el Derecho chileno, de manera que se responde por culpa leve (art. 44 II CC), que equivale al “buen padre de familia”.

Sin embargo, compartimos la opinión de DÍEZ-PICAZO en el sentido de que “cuando el daño se produce como consecuencia de un comportamiento que se está llevando a cabo profesionalmente, la diligencia que se debió emplear era la profesional”, porque creemos que ello está expresamente contemplado en el art. 1104 CC y es trasladable a la RC extracontractual, como veremos a continuación.

-La aplicación del art. 1104 CC a la RC extracontractual obliga a comparar el comportamiento del sujeto causante del daño con el que le era exigible conforme al modelo o estándar de conducta diligente, atendiendo “a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Son especialmente relevantes las circunstancias que afectan a las personas, lo que permite, por un lado, dar entrada a la exigencia de un especial cuidado a personas que actúan en un ámbito profesional (culpa profesional), por otro lado, permite exigir unos especiales deberes de cuidado cuando tales deberes están destinados a evitar daños a personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, como pueden ser menores de edad o personas con discapacidad; y por último, puede permitir también, en nuestra opinión y en relación precisamente a menores y discapacitados, adaptar el estándar de culpa de diligencia y no ser exigible en estos casos su cumplimiento.

También parece que se ha “suavizado” en los últimos tiempos en la jurisprudencia el nivel de diligencia exigible en ámbitos presididos por relaciones familiares o de amistad (e incluso de vecindad), donde se observa una acusada tendencia a exigir un importante nivel de negligencia para que proceda indemnizar los daños.

Ha tenido mucha fortuna en la doctrina española la cita de la STS de 17 de julio de 2007 (conocida como el caso de la cena entre amigos: *vid.* DÍEZ-PICAZO, G.-ARANA DE LA FUENTE, *El desbordamiento del Derecho de daños*, Civitas-Thomson, 2009, págs. 286 y ss.): un matrimonio invita a cenar a una amiga, junto a otros amigos comunes y aquélla, al entrar a la casa y dirigirse a la cocina a saludar a la dueña de la casa a través de un pasillo oscuro (porque decidió no encender la luz) pisó un juguete con ruedas y sufrió diversas lesiones y secuelas. Demandados el matrimonio propietario de la vivienda y su seguro, solicitaban una indemnización superior a 8 millones de ptas.

El JPI desestimó la demanda por entender que este tipo de daños deben entenderse incluidos en el riesgo normal que asume quien visita una casa ajena habitada (riesgo general de la vida) y no podía apreciarse negligencia en los dueños, pero la AP la revocó y concedió una indemnización de más de 4 millones de ptas. por entender que los anfitriones de una casa asumen una posición de garantes de seguridad de sus invitados. Finalmente el TS declaró haber lugar al recurso y desestimó la demanda, rechazando que pueda aplicarse la responsabilidad por riesgo, y entendiendo que no podía tampoco apreciarse la negligencia exigible en este concreto ámbito familiar o de amistad. Es especialmente relevante el FD tercero de la sentencia:

“La respuesta casacional a la cuestión planteada, verdadero núcleo del litigio, pasa por hacer las siguientes consideraciones:

1ª.- Como señala la sentencia de 31 de octubre de 2006, seguida por la de 22 de febrero de 2007, con, con cita en ambas de otras muchas sentencias de esta Sala, la jurisprudencia nunca ha llegado al extremo de erigir el riesgo en fuente única de la responsabilidad regulada en el art. 1902 CC, pues éste exige inequívocamente la intervención de culpa o negligencia en el sujeto cuya acción u omisión cause el daño.

2ª.- Como también indican ambas sentencias con cita de otras anteriores, han de excluirse del ámbito del art. 1902 CC los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar, el riesgo general de la vida o los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida.

3ª.- Al examinar esas dos sentencias la jurisprudencia de esta Sala sobre responsabilidad por daños a consecuencia de caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, la conclusión es que para declarar tal responsabilidad ha de concurrir necesariamente una culpa o negligencia identificable, que no se dará cuando por distracción del perjudicado éste tropiece con un obstáculo que se encuentre dentro de la normalidad.

4ª.- En los trabajos preparatorios de los "Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil", actualmente en curso, se define el "Estándar de conducta exigible" como "el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos" (artículo 4: 102. -1-).

5ª.- Tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el art. 1104 cuando alude tanto a la "diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" como a "la que correspondería a un buen padre de familia" para, así, configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos.

6ª.- En el ámbito doméstico son fácilmente imaginables acciones u omisiones culposas o negligentes de los anfitriones para con sus invitados, como por ejemplo servir una comida sin haberse preocupado de que esté en buenas condiciones o no haber reparado antes de la visita defectos del material aislante de los cables eléctricos exteriores o a la vista. Pero ello no significa que absolutamente todas las situaciones hipotéticamente peligrosas sean merecedoras de imputación objetiva si el peligro es remoto y aquellas entran dentro de la normalidad de un hogar.

7ª.- La contemplación del caso fortuito en el art. 1105 CC, configurándolo como suceso que no hubiera podido preverse, significa que no toda desgracia determina necesariamente que alguien deba responder de ella porque, como se señalaba al principio, la vida comporta riesgos por sí misma.

Pues bien, de proyectar las anteriores consideraciones sobre los hechos que se infieren como probados del fundamento de derecho cuarto de la sentencia impugnada, se desprende que el juicio de valor contenido en su fundamento de derecho sexto infringe el art. 1902 CC según viene siendo interpretado por la jurisprudencia, ya que la conducta de la demandante, recibida por el marido demandado a la entrada de la casa pero encaminándose en seguida por su cuenta hacia la cocina para ver a la esposa codemandada, revela un importante grado de proximidad o especial confianza con sus anfitriones que hace inexigible en éstos una diligencia tan extrema que les obligara a encender el tramo intermedio o en ángulo del pasillo, además del inicial y el final que sí estaban iluminados, y a haber reiterado de este tramo cualquier juguete por pequeño que fuera, pues nunca llegan a describirse mínimamente las características del juguete en cuestión salvo que tenía ruedas".

Por otra parte, puede criticarse que el art. 1104 CC no haya tenido en cuenta otras posibles circunstancias que pueden ser muy relevantes para la determinación del estándar, en particular, teniendo en cuenta los bienes jurídicos protegidos, como acaba de poner de relieve la sentencia anterior. En este sentido, parece preferible la opción del art. 4:102 (1) (Estándar de conducta exigible) PETL, que utiliza una fórmula mucho más abierta y flexible que el art. 1104 CC, en cuanto tiene en cuenta otras circunstancias concurrentes:

“(1) El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a

la personas que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos”.

-Por otra parte y en el ámbito de la RC extracontractual, la doctrina (así, DÍEZ-PICAZO) ha concretado los deberes de cuidado *ex art. 1104 CC*, relacionando este precepto con el *art. 1105 CC*, que establece que *“fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”*, de manera que se ha entendido que la culpa supone el incumplimiento de dos tipos de deberes previos: deberes de previsión del daño y deberes de evitación del daño.

En relación a los deberes previos en que consiste la culpa debe plantearse la relación entre la diligencia y el cumplimiento de la normativa reglamentaria que regía la actividad causante del daño. En concreto, ¿Es suficiente, para quedar exonerado de responsabilidad, demostrar que se ha cumplido escrupulosamente con la normativa reglamentaria?. Un repaso a nuestra jurisprudencia demuestra de forma muy clara que el cumplimiento de las normas reglamentarias (así, obtención de licencias o autorizaciones, no superación de los límites o niveles reglamentarios, etc) no es causa de exoneración de la responsabilidad, aunque también deben verse las cosas desde el punto de vista opuesto: la prueba del incumplimiento de normas reglamentarias no siempre demuestra la existencia de un comportamiento negligente causante de daño.

Por ejemplo, en el ámbito de los daños por exposición a un ruido excesivo, es claro que, para el causante del daño, cumplir con las normas reglamentarias no es suficiente. Pero para la víctima no es suficiente con demostrar (incluso) que se superan los límites reglamentarios, sino que es necesaria una prueba de las consecuencias dañosas intolerables para ella en particular; esto es, que ha sufrido un daño cierto por su exposición a un ruido excesivo. Todo ello sin perjuicio de la importancia que, en todo caso, tiene la prueba del nivel de ruido soportado.

Por todo ello creemos que deben hacerse algunas puntualizaciones. Por una parte, porque se trata de una jurisprudencia que tenía pleno sentido en etapas anteriores y respecto a actividades escasamente regladas o que contaban con una reglamentación muy anticuada, por lo que era razonable entender que cumplir unas escasas o anticuadas normas reglamentarias no alcanza a cumplir el modelo de conducta del *art. 1104 CC*. Sin embargo, esta idea deja de ser razonable en aquellos casos en los que existen unos protocolos o normas muy detalladas y exigentes en determinadas actividades. Piénsese, por ejemplo, en los protocolos anti-suicidios de hospitales o centros penitenciarios, de manera que no parece lógico entender que, quien los ha cumplido escrupulosamente y aun así se ha producido el daño, incurra en responsabilidad por culpa.

Por esta razón, las tesis jurisprudenciales están siendo puestas en tela de juicio por la reciente doctrina, ya que, desde un punto de vista económico, el coste de prevenir todos los posibles daños en el desarrollo de determinadas actividades industriales o empresariales se elevaría tanto, que haría difícil la continuidad de la empresa, o que podría llegar a producir un aumento considerable del precio de los productos o servicios, al tener que repercutir esos costes en el consumidor o usuario. Pero además supone un planteamiento técnicamente discutible, al dejar en una muy difícil posición jurídica al posible causante de los daños, quien no podría conocer de antemano (antes de que los daños se produzcan) cuál es el nivel de diligencia que se le exigiría en cada caso.

-El problema de los denominados “riesgos del desarrollo” como un problema de previsibilidad del daño. Como regla, no resulta indemnizable el daño que no pudo

preverse de acuerdo con los conocimientos científicos y técnicos con los que se contaba en el momento de poner en marcha el hecho dañoso. La cuestión se puso de actualidad en relación a la responsabilidad de los fabricantes europeos, con la aprobación de la Directiva 374/85, de 25 de julio, cuya trasposición se realizó en el OJ español mediante la Ley 22/1994, de 6 de junio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (actuales arts. 128 y ss. TRLGDCU). En ese momento, el problema estaba sobre la mesa con la Talidomida, un producto farmacéutico contra las náuseas pero que, aplicado en embarazadas, quedó demostrado posteriormente que producía malformaciones en recién nacidos.

El actualmente vigente art. 140.1 e) establece como causa de exoneración del fabricante “*que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto*”, aunque esta circunstancia no puede alegarse en caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios. En realidad, la jurisprudencia ha aplicado el mismo criterio al espinoso asunto de las transfusiones de sangre en España contaminadas con el virus del SIDA o de la Hepatitis C, pero por la vía de entender que se trata de un caso fortuito (hecho imprevisible) cuando la transfusión se había llevado a cabo en momentos anteriores a la constancia de la existencia de tales virus.

No obstante, la jurisprudencia no era unánime al respecto, sobre todo en relación a la Hepatitis C, donde las sentencias contra las AAPP se venían multiplicando, lo que provocó en 1999 una modificación de la Ley 30/1992, cuyo art. 141.1 establece desde entonces que “*no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”

-Un supuesto especial de culpa lo constituye la que tiene su origen en el daño causado por un auxiliar o empleado en el ejercicio de sus funciones. En España, la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus auxiliares o dependientes, se formula como un supuesto de culpa (culpa *in vigilando* o culpa *in eligendo*). No obstante y respecto a la culpa *in vigilando*, el art. 1903 CC presume la culpa del empresario, al disponer que la responsabilidad de las personas mencionadas en el precepto (entre ellas, el empresario) cesará cuando “*prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*”. Se configura legalmente, por tanto, como una responsabilidad por culpa presunta.

El problema ha sido la aplicación jurisprudencial de dicha norma, que ha establecido un estándar de diligencia tan alto en contra del empresario que, *de facto*, la culpa del auxiliar o dependiente es considerada, automáticamente, como culpa del empresario por la falta de una adecuada vigilancia. De ahí que se afirme en la doctrina que, de un supuesto legal de responsabilidad por hecho ajeno, ha pasado a considerarse jurisprudencialmente como un supuesto de responsabilidad por hecho propio (culpa propia del empresario) en todo caso.

Esto creo que también resulta muy discutible, a pesar de lo generalizado —también en la doctrina— de tal planteamiento, por más que este planteamiento facilite la indemnización a la víctima (el conocido como principio *pro damnato*) y abra la posibilidad de reclamar al seguro de la empresa. Como dice PANTALEÓN PRIETO, una vez que ha sido desechada una responsabilidad objetiva por riesgo-empresa, no existen argumentos sólidos para distinguir los daños causados por conductas de los dependientes de los demás daños derivados del funcionamiento de la empresa,

aplicando también a los primeros el criterio de la “culpa en la organización”. Termina este profesor afirmando “no alcanzo a comprender por qué el empresario tiene que responder del mal funcionamiento de sus empleados más estrictamente que responde, por ejemplo, del mal funcionamiento de sus máquinas”.

No obstante, la solución exactamente contraria es la acogida en el art. 1:101 (2) c) de los PETL, que convierte, de hecho, a los empleados en un —podríamos llamar— “riesgo anormalmente alto” para la empresa. Lo cual tampoco debe extrañarnos demasiado desde el momento en que, la misma interpretación jurisprudencial del art. 1903 CC respecto a los daños causados por los menores de edad o incapacitados, ha convertido a estos sujetos en un “riesgo anormalmente alto en sí mismos”, que debe ser la razón por la que la jurisprudencia obliga a sus padres o guardadores a responder objetivamente por ellos.

-Una última cuestión respecto a la culpa: su prueba. En sus inicios a finales del siglo XIX, el art. 1902 CC partía de un criterio culpabilista de imputación de la responsabilidad civil, y además, de la exigencia de prueba de la culpa por parte del dañado para que procediera la indemnización de los daños sufridos. El sistema, así considerado (“ninguna responsabilidad sin culpa”), favorecía enormemente los intereses de los principales sujetos dañantes (siempre, los empresarios, la incipiente burguesía empresarial de la época); o dicho de otra manera, reducía de forma considerable las posibilidades del dañado de obtener una justa indemnización ante una actividad económica que frecuentemente utilizaba máquinas y utensilios potencialmente peligrosos.

La situación era especialmente grave respecto a los accidentes de trabajo, donde el trabajador dañado es generalmente un sujeto extraño a la organización empresarial y le es especialmente complicado y costoso demostrar una culpa en el funcionamiento de la empresa causante del daño. Por esto precisamente, el daño derivado de accidentes de trabajo se configuró como un supuesto de responsabilidad objetiva en España desde 1900 (fue el primeo, al margen de los supuestos recogidos como tales en el CC, como los arts. 1905 y 1910).

Estas y otras razones (por ejemplo, una especial preocupación en la jurisprudencia por la protección de los dañados: principio *pro damnato*) ha llevado a la jurisprudencia española a admitir, con una gran amplitud, la inversión de la carga de la prueba de la culpa, de manera que la culpa del dañado se presume una vez el dañante demuestre el daño y quién se lo ha causado. La presunción de culpa funciona así como un instrumento que pretende mantener un razonable equilibrio probatorio entre las partes del proceso y puede entenderse como una aplicación del art. 217.7 LEC, que establece que el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

Pero no se trata esta de una regla aplicable a cualquier ámbito de la RC, pues presenta importantes excepciones. La más llamativa de ellas es la responsabilidad profesional, y sobre todo, la responsabilidad médica, cuanto entre el profesional y el cliente medie un contrato de servicios, o lo que es lo mismo, el profesional no se haya comprometido a entregar al cliente un resultado concreto. En este caso, es prácticamente unánime la jurisprudencia que entiende que considera que no es aplicable la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del profesional, sino que corresponde al cliente dañado demostrar también la culpa o negligencia de éste. Y esta regla no se rompe ni siquiera en aquellos supuestos en los que la organización a la que pertenece el profesional (por ejemplo, un hospital, centro de salud o clínica privada) deba responder, según la ley, de forma objetiva o sin culpa de los daños causados por sus profesionales.

Dentro de la prueba de la culpa hemos de situar también la regla llamada *res ipsa loquitur* (“la cosa habla por sí misma”), que viene siendo utilizada en la jurisprudencia como criterio para sentar la culpa u objetivación de la responsabilidad, esto es, la reprochabilidad (imputabilidad) de la conducta del causante del daño cuando se produce un daño desproporcionado. El razonamiento –más o menos jurídico– sería: ante la constatación de la desproporción entre el daño causado y la conducta realizada, ésta debe haber sido negligente necesariamente, pues de lo contrario, el daño no hubiera sido, al menos, tan desproporcionado. Así pues, las cosas hablan por sí mismas y debe presumirse la culpa o negligencia del autor.

Esto ha sido afirmado en numerosas ocasiones en uno de esos ámbitos que jurisprudencialmente se resisten todavía a admitir, como hemos visto antes, la inversión de la carga de la prueba de la culpa o negligencia, como es el ámbito de la responsabilidad médica, de manera que se ha pasado de no presumirse la negligencia del médico a dar por evidente y probada su negligencia, casi simplemente porque se ha producido una desproporción entre la intervención médica y el daño producido, salvo que se demuestre (por parte del médico) que el daño se ha debido a una causa ajena a su actuación profesional.

Esta doctrina aparece en SSTs de 9 de diciembre de 1998 (RJ 9427), 29 de junio de 1999 (RJ 4895), 30 de enero de 2003 (RJ 931), 8 de mayo de 2003 (RJ 3890), 17 de noviembre de 2004 (RJ 7238), 26 de junio de 2006 (RJ 5554) o 5 de enero de 2007 (RJ 552). Es especialmente interesante, por la exposición que realiza al respecto, la STS de 5 de enero de 2007:

No se trata, tampoco, propiamente, de una inversión de la carga de la prueba, puesto que la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una de las partes, sino admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos (res ipsa loquitur, la cosa habla por sí misma) en tanto no son refutados (facta refutanda o hechos necesitados de refutación según la retórica clásica), de tal suerte que la ponderación de los resultados en su misma existencia, habida cuenta de las circunstancias de todo tipo concurrentes, lleva a la conclusión de que se han omitido los medios necesarios para evitarlos si no se demuestra lo contrario por quien está en condiciones de hacerlo (FD Octavo).

-Al margen de la culpa como criterio de imputación subjetiva de la RC, nuestro Derecho también reconoce casos o supuestos concretos, que han de tomarse como excepcionales, en los que el causante inocente del daño tiene la obligación legal de indemnizar al dañado también inocente. Cuando esto ocurre se dice que tal responsabilidad civil del dañante es *objetiva o sin culpa*, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando el dañante realiza actividades lucrativas, legalmente permitidas pero especialmente peligrosas, y una norma jurídica impone este tipo de RC para proteger especialmente a los sujetos dañados.

La responsabilidad objetiva es una decisión del legislador y la lógica primaria de la misma debe buscarse en la realización de una actividad anormalmente peligrosa como criterio de imputación del daño causado. Sin embargo, esta es una idea muy general que no conviene con algunos de los supuestos legales de responsabilidad objetiva, que responden simplemente a motivos históricos, a razones (o sinrazones) de política legislativa, como es el caso de la RC extracontractual de las AAPP en nuestro país (actualmente en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya citada) o la RC objetiva de los empresarios por los daños causados por los productos defectuosos (los actuales arts. 135 a 146 del TRLGDCU), que responde a razones económicas y de repercusión o socialización del daño a los adquirentes de tales productos.

En el caso de las Administraciones Públicas, la RC extracontractual de éstas por las lesiones o daños sufridos por los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2 CE), se configuró en España como objetiva desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, lo que fue presentado por sus defensores y partidarios como una de las legislaciones más modernas y avanzadas de su época. Que la responsabilidad extracontractual de la Administración sea objetiva o sin culpa en casos, como el ejemplo, de una expropiación forzosa, resulta comprensible, pero como ha puesto de manifiesto la doctrina (PANTALEÓN PRIETO), resulta injustificada en el caso de daños producto de accidentes, pues la Administración no debería responder de manera objetiva o sin culpa de estos daños sino cuando el funcionamiento de los servicios públicos haya sido incorrecto o ilícito. Sin embargo, el art. 139.1 Ley 30/1992 exige simplemente “*que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*”, salvo que exista un caso de fuerza mayor.

El resultado de todo ello es que, respecto a los daños derivados de accidentes, la responsabilidad de la Administración es más estricta (y costosa, pues la pagamos todos los ciudadanos) que la de los particulares y empresas. Probablemente, el interés general que ha de guiar la actuación de la Administración, si acaso, exija justamente lo contrario.

En el caso de los daños causados por los empresarios por los productos defectuosos (responsabilidad del fabricante), como se explicará en el módulo específico de este Máster y por exigencia de la normativa comunitaria (Directiva 374/85, de 25 de julio), tal responsabilidad se ha configurado como objetiva en la UE porque el daño causado por el producto defectuoso supone un coste de producción para el empresario, que es repercutido por éste en el precio final del producto (normalmente, vía coste de su aseguramiento), de manera que dicho coste se socializa o reparte entre todos los adquirentes del producto o productos similares. En estas condiciones resulta ilógico permitir al empresario (que ya ha cobrado el coste del daño vía precio final del producto) que pueda exonerarse de responsabilidad permitiéndole probar que obró con toda la diligencia que le era exigible. En estas condiciones, su responsabilidad debe ser objetiva y sus medios de defensa tasados.

En cualquier caso y con carácter simplemente ejemplificativo, podemos señalar otros supuestos de RC objetiva en el Derecho español:

- a) Arts. 1905, 1908 y 1910 CC.
- b) Art 148 TRLGDCU por algunos servicios defectuosos (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).
- c) Art. 1 TRLRCSACVM, respecto a los daños a las personas derivados de accidentes de circulación (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre).
- d) Art 120 de la Ley de navegación aérea (Ley 48/1960, de 21 de julio).
- e) Art. 4 de la Ley sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (Ley 12/2011, de 27 de mayo).
- f) Art. 33 de la Ley de caza (Ley 1/1970, de 4 de abril)
- g) Arts. 9 y 19 (aunque con las matizaciones del art. 14) de la Ley de responsabilidad medioambiental, respecto a las actividades de su Anexo III (Ley 26/2007, de 23 de octubre).

-Entre la responsabilidad por culpa (frecuentemente con presunción de culpa) y la responsabilidad objetiva, la jurisprudencia española ha establecido una llamada “responsabilidad cuasi-objetiva o por riesgo”. El terreno es bastante resbaladizo en este ámbito, sobre todo porque es prácticamente imposible conocer con exactitud los presupuestos que han de concurrir para incluir un determinado supuesto en este ámbito.

En general, suele tratarse de actividades empresariales que presentan un riesgo potencial importante de causar daños a terceros, de manera que el titular de tales actividades se beneficia económicamente generando tales riesgos. En consecuencia, si finalmente los daños se producen, conforme al principio *ubi commodum ibi incommo-dum*, debe abonarlos, salvo que pueda demostrar la existencia de alguna circunstancia que le exonere, tal como la existencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, de una culpa exclusiva (o concurrente) de la víctima o el hecho de un tercero por quien no tiene la obligación legal de responder.

No se trata exactamente de supuestos de responsabilidad objetiva (que solamente pueden ser establecidos por el legislador), pero lo cierto es que se exige un nivel de diligencia tan elevado al agente generador del riesgo (acompañado de la presunción de culpa), que limita mucho sus posibilidades de defensa del dañante una vez que el daño acaece. Lógicamente y como la evolución legislativa ha ido tipificando casos de responsabilidad por riesgo (u objetiva), estos han quedado sustraídos de la “tipificación” jurisprudencia. Llama especialmente la atención que, en España, los accidentes ferroviarios no cuenten con una regulación específica en este sentido, a diferencia de los accidentes de circulación de vehículos a motor o los accidentes aéreos, lo que ha desembocado en la aplicación jurisprudencial de la doctrina del riesgo a los mismos.

Normalmente, la jurisprudencia ha venido encajando tradicionalmente dentro de la responsabilidad cuasi-objetiva o por riesgo básicamente el que podríamos denominar “riesgo de empresa”, aunque no se haya tratado de actividades de una especial peligrosidad. Con mucha frecuencia da la impresión de que la llamada responsabilidad por riesgo en la jurisprudencia no es más que un “cajón de sastre” que ha servido para justificar sentencias condenatorias en los casos más variopintos donde intervenía algún tipo de actividad empresarial o de contenido económico. Por ejemplo, para justificar una indemnización a quien participa voluntariamente y bajo los efectos del alcohol en un encierro de vaquillas típicos de algunos pueblos españoles (STS de 31 de diciembre de 1996).

Probablemente las cosas han ido demasiado lejos en este ámbito y la propia jurisprudencia, consciente de ello y de la multiplicación de demandas de responsabilidad civil, inició un camino de retorno paulatino hacia la responsabilidad por culpa, incluso negando a veces la inversión de la carga de la prueba, de manera que no es razonable acudir a la responsabilidad por riesgo si no se trata de actividades anormalmente peligrosas.

Caídas en la calle, en centros comerciales o realizando actividades de ocio en recintos destinados a tal efecto han sido enjuiciadas analizando el comportamiento de los titulares o responsables de tales actividades y los razonables deberes de previsión y evitación del daño exigibles. Un buen resumen de la jurisprudencia existente al respecto puede encontrarse en el FD segundo de la STS de 25 de enero de 2007:

“En punto a la jurisprudencia de esta Sala sobre la responsabilidad extracontractual que establece el art. 1902 del Código Civil conviene destacar, ante todo, que, como recuerda la Sentencia de 31 de octubre de 2006, nunca se ha llegado al extremo de erigir el riesgo en fuente única de responsabilidad con fundamento en dicho precepto – Sentencias de 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002 y 6 de abril de 2000 –; lejos de ello, deben excluirse como fuente autónoma de tal responsabilidad el riesgo general de la vida – Sentencia de 5 de enero de 2006 (RJ 2006, 131) con cita de las de 21 de octubre y 11 de noviembre de 2005–, los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar – Sentencia de 2 de marzo de 2006 que también cita la de 11 de noviembre de 2005– o los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida – Sentencia de 17 de julio de 2003–.

Como también recuerda la señalada Sentencia de 31 de octubre de 2006, en relación con caídas acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, muchas sentencias de esta Sala, anteriores a la ahora recurrida en casación, ya exoneraron a los titulares del negocio demandados cuando la caída se había debido a la distracción del perjudicado por no advertir un obstáculo que se encontrara dentro de la normalidad (así, Sentencias de 28 de abril de 1997 y 14 de noviembre de 1997), declarándose en cambio la responsabilidad del demandado cuando su negligencia era identificable (p. ej. Sentencias de 21 de noviembre de 1997, por carecer de pasamanos una escalera, y 2 de octubre de 1997, caída en una discoteca sin personal de seguridad); y aunque, entre las ya citadas, la Sentencia de 21 de noviembre de 1997 propugnara una objetivación máxima de la responsabilidad, línea que luego sería en cierto modo ratificada por la Sentencia de 31 de marzo de 2003, al considerar aplicable en este ámbito una inversión total de la carga de la prueba en contra del demandado, lo cierto es que la jurisprudencia viene manteniendo hasta ahora la exigencia de una acción u omisión negligente del demandado, suficientemente identificada y merecedora de reproche culpabilístico, para poder declarar su responsabilidad. Así, la Sentencia 30 de octubre de 2006, ya referenciada, exoneró de responsabilidad a los propietarios de un establecimiento de exposición y venta de muebles, porque ni dicha actividad comercial puede calificarse de arriesgada, por sí misma, ni la distribución del local en dos niveles, separando la tienda de la exposición de muebles, creó tampoco un riesgo específico o fuera de lo normal en establecimientos de este género, siendo, además, perfectamente visible el escalón que propició la caída del actor; la Sentencia de 19 de junio de 2006, que examinó un supuesto de responsabilidad derivada de un accidente en una piscina, declaró que el daño tenía su causa exclusivamente en la culpa exclusiva de la víctima, que sabía nadar y conocía perfectamente la piscina, la cual se hallaba debidamente señalizada, habiéndose lanzado el lesionado al agua por un lugar que no contaba con la suficiente profundidad; la Sentencia de 30 de marzo de 2006 exonera a la empresa titular de un restaurante de la responsabilidad por lesiones de un cliente que cayó al suelo cuando se dirigía a los aseos, porque la realidad del escalón debía ser conocida por la víctima; la de 2 de marzo de 2006, tras declarar prescindible la objetivación de la responsabilidad civil, por no adecuarse a los principios que informan la regulación positiva, salvo los supuestos de riesgos extraordinarios o daño desproporcionado, exonera a un Ayuntamiento por la caída de una persona que tropezó con una manguera de los servicios municipales de limpieza porque la manguera no suponía un riesgo extraordinario ni requería una señalización especial; la de 10 de diciembre de 2004 declara la responsabilidad por caída en las escaleras de un gimnasio, pero porque ésta no estaba en óptimas condiciones; la de 26 de mayo de 2004 también aprecia responsabilidad, pero por no haberse limpiado el suelo de unos aseos; la de 17 de junio de 2003, anteriormente citada, exonera de responsabilidad a una empresa hotelera porque la puerta giratoria con la que un cliente se dañó una mano no podía calificarse de elemento agravatorio del riesgo; la de 20 de junio de 2003 sí declaró la responsabilidad de la parte demandada, porque la caída se produjo en una zona recién fregada de una cafetería y dicha zona no se había delimitado debidamente, de modo semejante a la ya citada Sentencia de 31 de marzo de 2003; las Sentencias de 12 y 16 de febrero de 2003 y de 10 de diciembre de 2002 no advirtieron responsabilidad alguna en los demandados por caídas en las escaleras de un hotel, en el terreno anejo a una obra y en una discoteca, respectivamente; la de fecha 12 de febrero de 2002, en cambio, sí estimó la demanda por una caída durante un banquete de bodas, pero por la insuficiente protección de un desnivel considerable; la de 30 de octubre de 2002 desestimó la demanda porque la víctima se había caído sola en un local; la Sentencia de 25 de julio de 2002 no apreció responsabilidad por la caída en una discoteca porque el actor no había conseguido probar la existencia de un hueco peligroso; y en fin, las de 6 de junio de 2002, 13 de marzo de 2002, 26 de julio de 2001, 17 de mayo de 2001 y 7 de mayo de 2001 tampoco apreciaron responsabilidad por caídas al no haberse probado la culpa o negligencia de los respectivos demandados.

De este repaso de la doctrina jurisprudencial conviene retener, en lo que interesa para la resolución del presente recurso, dos aspectos: el primero, que sólo cabe acudir a títulos de imputación de la responsabilidad basados en criterios distintos al subjetivo, con la subsiguiente consecuencia en el orden procesal de la inversión de la carga de la prueba, en los casos en que exista una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios; y el segundo, que, en

cualquier caso, sea cual fuere el título de imputación de la responsabilidad, es preciso que concorra la necesaria causalidad en su secuencia o vertiente jurídica, apreciada conforme a criterios de adecuación o eficiencia, que posibilite la atribución del daño”.

MÓDULO 1: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD

TEMA 3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DAÑO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y AL DERECHO A LA IMAGEN. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ATENTADOS AL DERECHO A LA VIDA PRIVADA DE LOS USUARIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA UNIÓN EUROPEA.

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO: I.- PRIMERA PARTE: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DAÑO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y AL DERECHO A LA IMAGEN. 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- LA RC, EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN. 2.1.- El equilibrio establecido por el Tribunal Constitucional español. 2.2.- La relevancia pública y el interés general de la información. 2.3.- La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la veracidad de la información. 2.4.- Algunos interrogantes sobre el alcance de la doctrina del TC sobre la veracidad de la información. 2.5.- La proyección pública de la persona referida en la información. 2.6.- El contexto en el que se produce la información. 3.- LA RC, EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. 4.- EL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL PRESTIGIO PROFESIONAL. 5.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN. 5.1.- Responsabilidad civil y derecho a la intimidad. 5.2.- Responsabilidad civil y derecho a la imagen. 6.- LAS ACCIONES EJERCITABLES. EN CONCRETO, LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA Y LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS. 7.- LEGITIMACIÓN Y PLAZOS PARA RECLAMAR LOS DAÑOS. II.- SEGUNDA PARTE: BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ATENTADOS AL DERECHO A LA VIDA PRIVADA DE LOS USUARIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA UNIÓN EUROPEA. 1.- INTRODUCCION: PANORAMA LEGISLATIVO EUROPEO. 2.- EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN ESPAÑA. 2.1.- Su reconocimiento como derecho fundamental autónomo. 2.2.- La aplicación de la LOPD y el ejercicio del derecho de *habeas data*. 2.3.- La acción indemnizatoria. III.- CUESTIONARIO. IV.- BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

I. PRIMERA PARTE: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DAÑO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y AL DERECHO A LA IMAGEN.

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil (RC) por vulneración del derecho al honor u honra, a la intimidad o privacidad y a la imagen podría ser otro supuesto más de RC, que podría

tener, sin más, su anclaje en esas cláusulas generales de responsabilidad civil extracontractual (RCE) que son los arts. 1902 del Código Civil español (CC) y 2314 del Código Civil chileno (“*El que por acción u omisión causa daño a otro...*”; “*El que ha cometido un delito o cuasidelito...*”). Sin embargo, este constituye un buen ejemplo de complejidad del sistema jurídico, pues el desarrollo de aquéllos derechos a través de leyes especiales, unido a la práctica judicial, ha llevado a que se haya convertido su estudio en un supuesto especial de RC, con unas reglas concretas y específicas que se separan en muy buena medida de las reglas generales y que requiere de importantes matizaciones.

¿Por qué ha ocurrido esto?. Porque estamos hablando de derechos y libertades fundamentales. Por un lado, el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen; por otro, la libertad de información y de opinión, que son derechos y libertades reconocidos como fundamentales en la práctica totalidad de las Constituciones democráticas y en los distintos Tratados o Declaraciones Internacionales de derechos humanos y libertades públicas, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenido de Roma) de 1950 etc. Y desde luego que se hallan reconocidos en los arts. 18 (derecho al honor, intimidad e imagen) y 20.1.a) y d) (libertades de expresión y opinión y de información) de la Constitución española (CE), así como en los arts. 19. 4.º (protección de la vida privada y la honra) y 19.12.º (libertades de opinión y de información) de la Constitución chilena. Por ello, al tratarse de derechos fundamentales y al margen de la intervención de los tribunales ordinarios, aquí entra también en escena el Tribunal o Corte Constitucional, al que corresponde resolver los recursos interpuestos por los particulares ante la vulneración de cualquiera de estos derechos o libertades.

En España, después de la CE de 1978 se aprobó una ley que desarrolla los derechos reconocidos en su art. 18, que es la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (LODH), en cuyo ámbito de protección se incluyen la reglas sobre la RC derivada de la vulneración de estos derechos (junto a otras medidas civiles de protección). En Chile se han sido discutidos varios proyectos sobre la materia (el último del que tenemos noticias es el Proyecto de Ley de Protección del Honor y la Intimidad de las Personas en 2003), sin que hasta la fecha ninguno haya sido finalmente aprobado, que sepamos. No obstante, este país cuenta con la Ley n.º 19.733, Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo de 2001, así como la Ley n.º 19.628, Sobre Protección de la Vida Privada de 1999 (tratamiento de datos de carácter personal).

La Ley española (como el proyecto chileno de 2003) utiliza la expresión “*intromisión ilegítima*” para hacer referencia a cualquier vulneración del honor, la intimidad o la imagen, pero inexplicablemente y sin ofrecer unos conceptos básicos de estos tres derechos, se regulan de manera conjunta, como si se tratara de derechos similares y con presupuestos similares, lo que plantea graves problemas de interpretación en algunos casos. Además, el legislador español se ha esforzado (inútilmente) por establecer una lista de intromisiones ilegítimas, que ya se ha mostrado insuficiente por nuestros tribunales, que han tenido que declarar que no estamos ante una lista *numerus clausus*.

Por ello, resulta necesario, por un lado, separar estos tres derechos entre sí, y por otro y respecto al derecho al honor, distinguir entre libertad de información y libertad de

expresión, que es el esquema que se va a seguir a continuación, con independencia de que muchas de las cuestiones que se planteen en la relación honor-libertad de información puedan darse por reproducidas en la relación honor-libertad de expresión, como se advertirá en su momento.

2. LA RC, EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

No existe en la LODH una definición legal de lo que se entiende por “derecho al honor”, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia, suelen defender que en el derecho al honor confluyen dos conceptos: un concepto objetivo o trascendente, que se identificaría con la reputación, el buen nombre o la estima pública de una persona; y un concepto subjetivo o inmanente que sería la autoestima o la consideración que una persona tiene de sí misma.

Naturalmente y como ha reiterado la jurisprudencia, qué ha de entenderse por reputación, fama o buen nombre de una persona, y por tanto, cuándo puede entenderse vulnerado el honor así entendido es una cuestión que hay que poner en relación con la realidad social de cada momento. Las informaciones (u opiniones) que pueden entenderse como susceptibles de vulnerar la reputación social de una persona son cambiantes como la sociedad misma. Se trata, por tanto, de un concepto básicamente sociológico. Piénsese por ejemplo, en determinadas expresiones peyorativas, casi insultantes, que son admitidas socialmente hoy en día, al menos en España, y que hace años serían consideradas como gravemente atentatorias al honor de las personas.

Por otra parte, dicha Ley habla de “protección civil”, pues existe también una protección penal del derecho al honor (son los delitos contra el honor: delito de calumnia y delito de injurias, regulados en los arts. 205 a 216 del Código Penal español; arts. 412 a 431 del Código Penal chileno), y la RC será una de las consecuencias derivadas del ilícito penal. Hoy puede afirmarse que el perjudicado puede optar por acudir a los tribunales civiles o a los penales en defensa de su derecho al honor. Cuando opte por la jurisdicción penal, la RC será ventilada allí también, salvo que el perjudicado se reserve la acción de RC para ejercitarla ante los tribunales civiles, a los que podrá también acudir en caso de el proceso penal termine con una sentencia absolutoria. En cualquier caso, las reglas aplicables a la RC serán las establecidas en el propia LO 1/1982, con independencia de la jurisdicción ante la que se ventile el asunto.

Y todo ello sin perjuicio de la última palabra, que siempre la tendrá el Tribunal Constitucional. La complejidad del sistema de la que hablaba al principio está servida.

2.1. El equilibrio establecido por el Tribunal Constitucional español

¿Dónde está el límite entre dos derechos-libertades fundamentales como son la libertad de información y el derecho al honor, y por tanto, el equilibrio entre ambos?

El límite, en sus aspectos fundamentales, procede de la doctrina del Tribunal Supremo Federal de EEUU, en dos casos fundamentales. Mediante el primero, *New York Times v. Sullivan* (1964), referido a personas públicas, quedaron limitadas las demandas de RC frente a los medios a los casos en que existiera conocimiento de la falsedad de lo publicado o éstos actuaran con desprecio sobre si lo publicado es o no falso, esto es, cuando hay dolo o culpa grave. De esta forma, se elimina la anterior inversión de la carga prueba en contra del medio (que tenía que demostrar la verdad rigurosa de todo lo publicado); ahora es la persona pública quien tiene que demostrar que el informador ha actuado con *actual malice*, esto es, con conocimiento de la falsedad o con indiferencia temeraria acerca de si la información era falsa o no (*with*

knowledge that is was false or with reckless disregard of whether it was false or not). En el segundo caso, *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974), se determinó que si se trataba de asuntos de interés público, pero referido a simples particulares, entonces el medio respondía aun en caso de simple culpa, es decir, bastaba con probar que el medio actuó con culpa en la comprobación de la información.

Con estas sentencias anteriores y respecto a la verdad o veracidad de lo publicado, se introduce un elemento subjetivo: el análisis del comportamiento del informador en la búsqueda de la verdad. En otras palabras, se asume y se protege al informador, aunque quede demostrado que lo publicado no había sido finalmente la verdad objetiva, siempre que se cumplan esas condiciones. La diferencia de trato entre personas públicas y privadas se basa en que las personas públicas se exponen voluntariamente a sufrir una crítica más severa; y por otro lado, tienen más fácil acceder a los medios de comunicación, y por ello, más posibilidades de defenderse.

¿Por qué este privilegio a favor de la prensa? Como explicaba el juez William Brennan, que redactó ambas sentencias: es el precio que hay que pagar para proteger las libertades de información y opinión, tan esenciales en una sociedad democrática para la formación de la opinión pública.

Siguiendo en lo básico esta doctrina, el TC (Tribunal Constitucional español) ha fijado también las líneas maestras de este equilibrio. En lo esencial, pueden extraerse de las Sentencia del TC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 15/1993, 178/1993, 336/1993 y 41/1994, y puede resumirse en los siguientes puntos:

A) Cuando entran en colisión estos derechos no es posible fijar apriorísticamente o jerárquicamente los límites entre ambos, aunque debe tenerse en cuenta la posición preferente, aunque no jerárquica, que ocupa la libertad de información por cuanto no sólo protege el interés individual, sino que constituye (junto a la libertad de expresión) la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político.

Por ello —dice el TC español— se impone a los jueces y tribunales ordinarios llevar a cabo una tarea de ponderación o sopesamiento (*balancing*), atendiendo a determinadas circunstancias, a fin de determinar en cada caso concreto cuál de los derechos es el prevalente.

B) Las circunstancias o requisitos que hacen prevalecer a la libertad de información son:

-1.º) Que se trate de una noticia de relevancia pública referida a asuntos de interés general, es decir, que no se trate de la simple satisfacción de la curiosidad ajena,

-2.º) Que se trate de información veraz,

-3.º) Otro elemento de juicio debe ser la proyección pública de la persona a la que va referida la información, que debe por ello soportar con mayor intensidad las posibles intromisiones, y

-4.º) Un último elemento de juicio en la tarea de ponderación es la atención que debe dispensarse al contexto en el cual ha sido difundida la noticia y a los usos vigentes en la sociedad en ese momento, aunque en ningún caso puede ser admisible la atribución a una persona identificada con su nombre y apellidos de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, sean cuales fueren estos usos sociales.

El Tribunal Supremo (TS) español ha sido acogedor y continuador de esta doctrina hasta tal punto que ha venido a establecer la posiblemente más unánime y reiterada doctrina jurisprudencial que conocemos en España.

Ahora bien, estos requisitos deben entenderse en sus justos términos. Es evidente que cualquier persona puede informar o comunicar públicamente cualquier información que tenga por conveniente (es su derecho ex art. 20.1.d CE), con independencia de que dicha información resulte de relevancia pública e interés general. Es muy posible que la información no interese a nadie, y aun así, estaría protegida constitucionalmente. De la misma manera y ahora pensando en la libertad de expresión, cualquier persona puede emitir opiniones o juicios de valor sobre los asuntos que tenga por conveniente, con independencia de que tales opiniones resulten de relevancia pública y tengan interés, aunque tales opiniones no interesen a nadie, y aun así, igualmente estarían protegidas por su derecho a la libertad de expresión del art. 20.1.a CE.

Lo que quiere decirse es que estos requisitos que acabamos de citar son relevantes únicamente cuando se plantea un conflicto entre estos derechos o libertades y el derecho al honor, y es entonces, para determinar cuál ha de prevalecer en cada caso concreto, cuando se recurre a estos requisitos. Pero si el derecho al honor no resulta afectado por una información o por unas opiniones, entonces se prescinde de tales requisitos. En este caso, cada persona o cada medio informativo determinará qué noticias merecen ser dadas a conocer o publicadas y qué opiniones merecen ser publicadas sin más.

2.2. La relevancia pública y el interés general de la información

Mediante el requisito de la relevancia pública y el interés general de la noticia se pretende que, en efecto, la información publicada contribuya a la formación de la opinión pública, de manera que sean públicos datos o hechos relevantes para conformar la opinión pública. Es decir, el sacrificio del derecho al honor lesionado solamente se justifica por un interés mayor: que la información que lo ha lesionado resulte de interés general.

Para ello, básicamente, habrá que estar al tema, al asunto, y a las personas involucradas en la información. A veces el interés público viene determinado simplemente por los sujetos, con independencia de la temática: por ejemplo, en tiempos no muy lejanos hemos asistido en España al “enorme” interés (también internacional) que despierta una cacería de nuestro Jefe del Estado en un país lejano, y que probablemente supere al escaso interés que pueden despertar unas elecciones al Parlamento europeo, que acaban de celebrarse en la UE. En otras ocasiones, el tema de la información justifica su interés general, aunque se trate de sujetos particulares y sin relevancia pública.

2.3. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la veracidad de la información

Uno de los aspectos más relevantes del equilibrio del que hablamos ha sido la postura adoptada por el TC, desde que la Sentencia del TC 6/1988, de 21 de enero, siendo Ponente un jurista de la talla del profesor Luis DÍEZ-PICAZO, estableciera en su FJ 5.º:

“Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas -o sencillamente no probadas en juicio- cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún,

meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”.

Con la anterior sentencia se produce la recepción en nuestro país de la doctrina establecida por la jurisprudencia norteamericana en los ya citados casos *New York times v. Sullivan* (1964), y en menor medida, en *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974). Como ya se ha dicho, la llamada doctrina *Sullivan* trata de limitar las demandas de responsabilidad civil (y penal) por difamación, introduciendo, como elemento esencial a tener en cuenta, la valoración de la conducta del informador y su actitud en la búsqueda de la verdad.

En otras palabras y como ha afirmado un experto en esta materia (el profesor PANTALEÓN PRIETO), el TC ha extendido el manto de protección constitucional a aquella información que, aún demostrada su falsedad con posterioridad, había sido obtenida mediante una actuación diligente del informador, o lo que es lo mismo, después de haber sido verificada y comprobada mediante su contraste con datos objetivos. La consecuencia jurídica de extender la protección constitucional a una información objetivamente falsa, pero diligentemente contrastada, es que la persona difamada o deshonrada por la misma tiene que soportar el daño ocasionado en su derecho al honor, de forma que si los tribunales atendieran una demanda suya en este sentido, el TC se encargaría de amparar a quien causó el daño con una falsedad contrastada.

Pero esta doctrina supone también un límite claro para el legislador: no puede establecer la RC por difamación como un supuesto de RC objetiva o desvinculada de la culpa del informador en la búsqueda de la verdad; cuestión distinta es que se pueda seguir manteniendo una responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva de los directores o editores de los medios de comunicación, pero no de los periodistas, por culpa *in eligendo* o *in vigilado*, conforme al art. 65.2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, cuya constitucionalidad ha sido avalada en este punto por el TC (desde la Sentencia del TC 171/1990, de 12 de noviembre). El art. 65 lleva por título “*De la responsabilidad civil en materia de Prensa e Imprenta y de la patrimonial del Estado*”, y su apartado 2 establece: “*La responsabilidad civil por actos u omisiones, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidos de impresos extranjeros, con carácter solidario*”.

Pero también es un límite para los tribunales ordinarios: les resultará muy complicado aplicar, en este ámbito y respecto al informador, todas esas doctrinas o teorías cuasi-objetivas sobre la culpa o de responsabilidad por riesgo que tanto gusta aplicar a los tribunales españoles, sobre todo cuando quieren fundamentar una sentencia condenatoria en un caso dudoso.

2.4. Algunos interrogantes sobre el alcance de la doctrina del TC sobre la veracidad de la información

1.º ¿Resulta aplicable cuando el informador conoce o puede afirmarse, como muy probable, que conoce la falsedad objetiva de la información, pero ésta ha sido convenientemente contrastada?

Parece clara la respuesta: esta jurisprudencia constitucional debe entenderse aplicable únicamente a los casos de culpa, es decir, de falta de diligencia profesional

suficiente en el contraste de la información, de manera que, en caso de dolo, debe prescindirse, en mi opinión, de la cuestión del contraste suficiente o adecuado o no de la noticia con datos objetivos. En otro caso, se estaría avalando, con aquella doctrina, un comportamiento doloso causante de daños al honor.

Un comportamiento doloso por parte del informador no queda protegido en ningún caso ni siquiera en EEUU, de donde procede toda esta doctrina, incluso cuando los difamados son los personajes públicos, que han de asumir un mayor nivel de crítica.

2.º ¿Qué nivel de diligencia es exigible en el contraste de la noticia publicada?

Es un aspecto central porque de ello va a depender la protección del informador ante noticias objetivamente falsas y lo deseable sería que, en contrapartida, se exigiera un nivel elevado de diligencia, sobre todo, cuando el informador es un profesional de la información, de manera que la diligencia exigible no es la general del buen padre de familia del art. 1104 CC o su equivalente de culpa leve, como falta de diligencia o cuidado ordinario o mediano a que se refiere el art. 44 del Código Civil chileno, sino la más elevada y propia de un profesional.

Sin embargo, creo que la jurisprudencia española ha sido excesivamente “blanda” o permisiva con los periodistas y con los medios de comunicación. Un ejemplo de ello quizás pueda ser la Sentencia del TC 240/1992, de 21 de diciembre: el periodista yerra en cuanto a la identificación de la persona a la que se le imputan unos hechos de gravedad, y aun así, el TC, en contra de la opinión del TS, considera que, no obstante este error, en atención a otras circunstancias, puede afirmarse que el nivel de diligencia ha sido el adecuado a pesar de este error.

Aun admitiendo en parte, como hacemos, la doctrina constitucional que entiende como veraz una información diligentemente contrastada, no podemos, sin embargo, aceptar el grado o nivel de diligencia que usualmente entiende el TC debe concurrir en una información para ostentar ésta el calificativo de veraz. En primer lugar, porque creemos que los límites que se han establecido para ello son demasiado amplios, y en segundo, porque el grado de diligencia exigible es realmente elemental en la mayoría de los casos.

Como prueba de lo primero sirva la Sentencia del TC 28/1996, de 26 de febrero: *“El concreto deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas”*, a la que, literalmente, sigue, por ejemplo, la 200/1998, de 14 de octubre.

En este sentido, pueden traerse a colación las Sentencias del TC 144/1998, de 30 de junio, y 21/2000, de 31 de enero. En la primera, el Tribunal denegó el amparo solicitado por “Ediciones Zeta, S. A.” y por dos periodistas que publicaron en la revista “Interviú” un reportaje en el que relataban la vinculación de algunos miembros de la delegación oficial española en los Países Bajos con el tráfico de armas, automóviles y drogas, lo que motivó la demanda interpuesta por el diplomático español señor Jover, en la que aquéllos fueron condenados. La denegación del amparo se basó en el nivel de diligencia observado en la publicación, pues se declaró que ésta *“descansó exclusivamente en la mera sospecha de sus autores, quienes, teniendo ocasión para ello, no la contrastaron ni desplegaron esfuerzo informativo alguno en orden a su eventual acreditación”*.

La 21/2000 tuvo su origen en un artículo publicado por el diario “El Mundo” en el que se denunciaban graves irregularidades y comisiones millonarias en un concurso

público de suministro de material militar, acusando de ello a altos cargos del Ministerio de Defensa, mandos militares y empresarios del sector. Se inició un proceso penal, aunque finalmente se archivaron las actuaciones. Recurrieron en amparo algunos de los afectados por el artículo y el TC lo otorgó, aunque rechazó que pudiera pedirse una condena penal a través de un recurso de amparo, pero abrió las puertas a una futura reclamación indemnizatoria. La base para ello fue el nivel o grado de diligencia observada: se basaba la información en un anónimo recibido, que después apareció como reportaje periodístico.

En realidad, los casos expuestos constituyen el paradigma de casos en los que se declara no suficientemente contrastada una noticia, y ante ello no resulta difícil imaginar el grave riesgo que se corre de que una información determinada y otra que diga lo contrario, sobre los mismos hechos, sean tenidas ambas al mismo tiempo por suficientemente contrastadas, por tanto veraces, y en consecuencia protegidas; o que la publicación de dos informaciones que vienen a decir lo mismo sobre un hecho determinado, pero presentadas en forma distinta de sutileza, resulten una protegida y otra no. En nuestra opinión, es necesario un reforzamiento o endurecimiento del nivel de diligencia exigible a los profesionales de la información, pues con frecuencia los periodistas encuentran sus fuentes en medios policiales, en allegados a las personas implicadas en la noticia, e incluso en otros medios y asumen como propio lo que dicen esas fuentes y publican la noticia.

Creo que un periodista, ante un hecho novedoso que pueda resultar de interés general o tener relevancia pública, esto es, ser una noticia “publicable”, pero con la que puede afectar al honor de alguna persona, tiene en su mano varias opciones, de manera que acogerá aquella en la que, siendo el coste previsible de la intromisión en el honor menor que el previsible beneficio que pueda obtenerse con la publicación, mayor diferencia cuantitativa presente entre estos dos valores.

El informador ha de medir el nivel de riesgo que quiere asumir en cada caso, pero este riesgo está afectando a otro derecho fundamental, el derecho al honor, y una solución equilibrada debe exigir un elevado nivel de diligencia. Lo que no puede ser es que un mínimo contraste por parte del periodista ya le proteja como si lo que publicara fuera verdad. Se rompe cualquier atisbo de equilibrio entre ambos derechos cuando, según el propio art. 20.4 CE, esta libertad tiene su límite en el respeto al derecho al honor. En modo alguno parece razonable que este sea el precio que tiene que pagar el derecho al honor para que un Estado democrático pueda reconocer y proteger adecuadamente la libertad de información.

Por otra parte, debe decirse que los medios, con frecuencia, no realizan afirmaciones palmarias, sino que acuden a recursos estilísticos o literarios, como la hipérbole, u otros abusos verbales mediante los cuales se hacen insinuaciones o afirmaciones veladas o satíricas, que no pueden tenerse por afirmaciones tajantes sobre una persona concreta. Por ejemplo, hacer un mal chiste sobre una noticia relativa a una persona, insinuando determinados hechos que pueden ser ofensivos para ella.

3.º El llamado “núcleo esencial” de veracidad

También debemos ahora realizar en esta sede una advertencia respecto a una muy frecuente y reiterada afirmación conforme a la cual la veracidad, y por tanto la diligencia, no es exigible de la totalidad de la información que se difunde, sino

únicamente de los aspectos esenciales de la misma, en lo que ha venido a denominarse verdad sustancial o núcleo de veracidad.

Desde la Sentencia del TC 6/1988, de 21 de enero, citada al principio de esta exposición, se venía afirmando que si por “información veraz” se entendiera aquella que objetivamente lo es, entonces el informador quedaría desprotegido frente a las informaciones que contuvieran alguna imprecisión, error o inexactitud por pequeña que fuera, pues tales deberían tenerse por inveraces, lo que no parecía razonable e intentaba solucionarse mediante la doctrina que ya conocemos. La cuestión es que ahora se nos dice que la diligencia del informador no se entiende referida, precisamente, a estas informaciones imprecisas, inexactas o erróneas. Esto es difícil de entender.

En nuestra opinión, ocurre que el TC no distingue, como debería hacer, entre un plano constitucional y un plano civil o de responsabilidad civil en los supuestos de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información. Para proteger al informador frente a estas imprecisiones no hace falta darle una protección constitucional; solamente hace falta decir que una información no atenta contra el derecho al honor porque contenga imprecisiones, porque éstas, en general, no causan daño alguno. Así, la información no sería veraz, pero ello no conlleva responsabilidad civil porque no existiría daño. Por todo ello, la protección del informador en estos casos debe ser una cuestión estrictamente perteneciente al Derecho de daños y resuelta conforme a los presupuestos generales de la responsabilidad civil (extracontractual).

4.º ¿Quién tiene que probar la veracidad de la información? ¿Existe inversión de la carga de la prueba, de manera que es el informador quien tendría que demostrar, o bien la verdad objetiva, o bien la verdad contrastada, para quedar protegido?

En general, la jurisprudencia está hoy en día abandonando paulatinamente la idea de la inversión de la carga de la prueba de la culpa a cargo del presunto causante del daño y sustituyendo este criterio por otros más flexibles que ofrece hoy el art. 217 LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil), de manera que debe tenerse en cuenta la facilidad probatoria con la que cuenta cada parte (art. 217.7: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”).

En este caso particular, la cuestión está todavía más justificada en orden a aplicar, en este caso y sin más, una inversión de la carga de la prueba contra el informador. Este problema se encuentra en el origen de esta doctrina en el TC, que ha tenido muy en cuenta que, en muchos casos, la verdad es una idea inalcanzable porque resulta casi imposible conocer, en muchos casos, la verdad completa y absoluta de muchos hechos. Les recuerdo las palabras de DÍEZ-PICAZO: “En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”; otras veces se habla de la verdad como “un valor difícilmente alcanzable en términos plenos” (Sentencia del TC 6/1988).

Con esta doctrina, creemos que el régimen de la prueba queda así: no hay duda de que, si el informador demuestra, o bien la verdad objetiva, o bien la verdad contrastada, el informador queda inmune en cuanto a los daños que haya podido causar con la noticia.

Pero no debe quedar inmune en dos supuestos en los que concurra daño:

-Cuando el perjudicado demuestre la falsedad objetiva de la noticia y el informador no logre demostrar que la ha contrastado diligentemente con datos objetivos, y

-Cuando, sin demostrarse la falsedad objetiva de lo publicado, quede demostrado que el informador ha actuado con dolo o culpa grave, esto es, con conocimiento de la falsedad de lo publicado (*actual malice*) o con temerario desprecio hacia la verdad (*reckless disregard for the truth*).

5.º El problema del reportaje neutral y las Cartas al Director

Por otro lado, también debe hacerse referencia a la llamada doctrina del “reportaje neutral”, es decir, cuando el informador se limita a reproducir lo manifestado por una determinada persona sin realizar adiciones ni comentarios. En tal caso, el TC y también el TS, han seguido las directrices del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y han establecido que la diligencia exigible al informador consiste en contrastar la verdad del hecho de la declaración y comprobar la identidad de la persona del declarante, por ser éste el responsable en caso de que lo vertido en el medio difusor atente contra el derecho al honor de alguna persona, sin que la diligencia deba extenderse a la indagación de la veracidad de lo; si esta comprobación no se lleva a cabo, será responsable civilmente de la información difundida el propio medio informador que la recoja.

Un paso más se dio, respecto al contrate y comprobación de la noticia publicada mediante la técnica del reportaje neutral, en la Sentencia del TC 41/1994, de 15 de febrero, en la que se afirmó que: “*El mínimo de diligencia exigible, ha de entenderse que abarca, además de a los extremos anteriores [verificar el hecho de la información u opinión y la identificación de su autor], a la entidad de la noticia valorada en relación con su conexión material con el objeto del debate público y a la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los datos transmitidos, para evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente de cobertura de meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento*”; criterio este posteriormente reiterado, entre otras muchas, en las Sentencias del TS de 5 de junio de 1996 y 18 de abril de 2000.

Por otra parte y en cuanto a la cuestión de las llamadas Cartas al Director, debe decirse que el enjuiciamiento de los casos en los que un medio de comunicación da publicidad a cartas dirigidas a su Director cuyo contenido pudiera constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor de un tercero, debe hacerse, respecto a ese medio de comunicación y respecto a su Director, desde la perspectiva del ejercicio de la libertad de información, lo que se concreta en un “*deber de diligencia del Director del periódico de llevar a cabo la comprobación de la identidad de la persona que figura como autora de la carta, antes de autorizar su publicación, pues se permite así que el autor asuma su responsabilidad*”.

Por lo que respecta al autor de la carta, el enjuiciamiento debe llevarse a cabo desde la libertad de información o expresión, dependiendo de que lo vertido en ella hayan sido hechos o juicios de valor u opiniones (Sentencias del TC 159/1986, de 12 de diciembre, y 3/1997, de 13 de enero). Si el Director del periódico incumplió el deber de diligencia que le era exigible, es responsable de los daños ocasionados si lo vertido en el mismo constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor de las personas referidas en la carta anónima (así, la Sentencia del TS de 13 de noviembre de 1997).

2.5. La proyección pública de la persona referida en la información

Uno de los criterios utilizados por los tribunales españoles en esa tarea de ponderación de las circunstancias del caso concreto para determinar cuál de los derechos fundamentales en colisión debe prevalecer es la proyección pública de la persona a la que va referida la información, que debe por ello soportar con mayor intensidad las posibles intromisiones. Se ha acogido también en este punto la distinción entre personajes públicos y simples particulares, como ya hiciera en su momento el Tribunal Supremo Federal americano.

Esta idea ha encontrado también su fundamento en el art. 2.1 LODH, que establece que: *“La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”*.

Parece una norma pensada especialmente para el derecho a la intimidad, a la que sin duda se viene aplicando, pero también se ha hecho respecto al derecho al honor. Respecto al derecho al honor la cuestión viene referida a los propios actos de la persona difamada que determinan su exposición a una mayor y más severa crítica.

2.6. El contexto en el que se produce la información

Es importante también el elemento del contexto en el que se publica la información, aun sin tratarse de personas públicas o de proyección pública: una campaña electoral, una disputa política, económica o familiar, etc. Sobre esta cuestión existen varias sentencias sobre disputas deportivas, donde el protagonista solía ser un afamado periodista deportivo y en las que los tribunales tienen muy en cuenta este aspecto del contexto para decidir.

Así, la Sentencia del TS de 31 de enero de 1997 en un caso ya clásico, de disputa entre este afamado periodista deportivo y el presidente de un club de fútbol (ya fallecido), situada en el contexto de unas elecciones a la presidencia de ese club de fútbol (el Real Madrid). En la asamblea de socios de dicho club, su presidente tildaba al periodista (y al padre de éste) de *“procesado por estafa”*, *“persona sin moral”* y afirmando que *“es mejor ser hijo de un choricero que hijo de un chorizo”*, entendiéndose el TS sobre estos calificativos que su uso debía analizarse atendiendo al carácter público de ambos, a sus respectivos actos y comportamientos anteriores y coetáneos, y al contexto polémico, mutuamente aceptado, en el que se producen, de manera que había existido una cierta *“provocación”* previa de la situación, razones por las cuales terminó absolviendo al demandado. Ideas parecidas han sido repetidas por nuestros tribunales en relación a los llamados *“programas del corazón”*.

3. LA RC, EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Buena parte de lo ya analizado en el epígrafe anterior es plenamente aplicable a la libertad de expresión, como los criterios de ponderación ya mencionados (relevancia pública e interés general, personas de proyección pública, contexto de la publicación), aunque hay un aspecto esencial que separa netamente la libertad de expresión de la de información: la cuestión de la veracidad de la información. Los juicios de valor o expresiones vertidas no son verdaderas o falsas, son opiniones sin más.

Por eso, en este momento nos vamos a centrar en un aspecto no tratado respecto a la libertad de información porque entendemos que va referido esencialmente al derecho a la libertad de expresión y es: ¿Cuándo una expresión u opinión vertida sobre

una o varias personas concretas constituye una vulneración del derecho al honor por contener expresiones injuriosas o vejatorias para las mismas y para su dignidad personal y concepción social?. En otras palabras, ¿Cuándo puede decirse que una expresión traspasa el terreno del mal gusto para caer en el del insulto, el desprecio o el trato vejatorio?.

Téngase en cuenta que los tribunales suelen establecer, como criterio de ponderación para otorgar preferencia a la libertad de expresión, que en ningún caso puede ser admisible la atribución a una persona identificada con su nombre y apellidos de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, sean cuales fueren los usos sociales imperantes en cada momento.

En este punto, naturalmente, tenemos que acudir a la jurisprudencia para determinar dónde han puesto el listón los tribunales españoles. Y debemos decir que, en general y a pesar de la impresión que hay podido dar la ya mencionada Sentencia del TS de 31 de enero de 1997, en esa polémica deportiva, lo cierto es que el TS ha sido, en general, bastante exigente y ha venido declarando la existencia de intromisión ilegítima siempre que a una determinada información se acompañen expresiones insultantes, vejatorias y que hagan desmerecer del público aprecio a una persona, con independencia de que las expresiones se hayan vertido acompañando a informaciones de probada relevancia pública e interés general, porque se ha entendido que tales expresiones insultantes o vejatorias resultan totalmente innecesarias y en nada contribuyen a la formación de la opinión pública en un estado democrático, fundamento último de toda la doctrina jurisprudencial que estamos analizando.

Simplemente añadiré, en este punto, que la evolución de la jurisprudencia refleja la evolución de la sociedad española: se ha pasado de las numerosas sentencias dictadas en el contexto de la crítica deportivo-futbolística de los años anteriores a los cada vez más numerosos pronunciamientos judiciales sobre supuestos insultos u opiniones vejatorias vertidos durante la transmisión de estos “programas del corazón”, que tanto auge parecen tener ahora en nuestra televisión. Por cierto que la presión social y política ha llevado a la cancelación de alguno de estos programas (no de todos, por desgracia).

4. EL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL PRESTIGIO PROFESIONAL

El significado personalista del derecho al honor ha conducido en algunos casos a no admitir que respecto a las personas jurídicas pueda hablarse de derecho al honor (Sentencia del TC 107/1988, de 8 de junio y Sentencias del TS de 24 de octubre de 1988, 9 de febrero y 5 de octubre de 1989, 6 de junio de 1992 y 31 de julio de 1998). En esta última puede leerse:

“Conviene recordar, en línea con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de Junio de 1988, que el derecho al honor tiene en la Constitución un significado personalista, al ser un valor referible a personas individualmente consideradas, lo que hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales, es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispensa el legislador, pero que no son equiparables con el honor, y por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión, debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde al honor”.

Sin embargo y en contra de esta doctrina se sitúan las Sentencias del TS de 28 de abril y 5 de diciembre de 1989 que defienden la postura contraria (aunque con matices y parece que referida a personas jurídicas de “base personalista”) y es actualmente la

posición mayoritaria: el reconocimiento de titularidad a las personas jurídicas de derechos fundamentales que sean acordes con los fines para los que las personas naturales las han constituido. Especialmente relevante en el cambio es la Sentencia del TC 214/1991, de 11 de noviembre, en la que declaró que hay lesión al honor en los supuestos en que se ataca ilícitamente a un colectivo de personas, que trasciende a sus miembros, y un paso decisivo en la misma dirección lo constituyó la Sentencia del TC 139/1995, de 26 de septiembre:

“Aunque el honor «es valor referible a personas individualmente consideradas», el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas. Recuérdese, en este sentido, la citada STC 214/1991, en la que expresamente se ha extendido la protección del derecho al honor a colectivos más amplios, en este caso los integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo. Por tanto, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no puede traducirse, como en el fundamento jurídico 6.º de esta sentencia se pone de manifiesto, por una imposición de que «los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados ad personam, pues de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de sustrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa»”.

Por otra parte, los tribunales vienen entendiendo sin dificultad que el prestigio profesional forma parte del derecho al honor. Así lo tienen establecido el TC (Sentencias 223/1992, 76/1995 y 180/1999) y el TS (a partir sobre todo de las Sentencias de 18 de noviembre de 1992 y 25 de marzo de 1993, y más recientemente, de 15 de diciembre de 1997, 27 de enero de 1998, 22 de enero de 1999, 15 de febrero de 2000 y 17 de abril de 2000): *“el juicio crítico o la información divulgada a cerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal”.*

5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

5.1. Responsabilidad civil y derecho a la intimidad

Es plenamente aplicable también al Derecho español el concepto de intimidad o privacidad que expone NOGUEIRA ALCALÁ para el Derecho chileno: *“El derecho a la protección de la vida privada consiste en la facultad de las personas a mantener un ámbito de su vida fuera del conocimiento público, en el cual desarrolla acciones que se inician y concluyen en el sujeto que las realiza, como asimismo concreta relaciones francas, relajadas y cerradas que trascienden sólo a la familia o aquellos con los que determina compartir, siempre y cuando tales actuaciones y relaciones no dañen a otros, no sean delitos o no sean hechos de relevancia pública o que afecten al bien común. En el ámbito de privacidad e intimidad los terceros sólo pueden penetrar con el consentimiento de la persona afectada, poseyendo, asimismo, la persona la facultad de control de dichos actos, como asimismo, de los datos referentes a su vida privada e intimidad”.* Probablemente el atributo más importante de la intimidad es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias, tanto respecto a los datos privados como a su divulgación (la Ley española no exige hoy formalmente, para entender vulnerado el derecho a la intimidad, la divulgación de los datos íntimos).

Si se acude al elenco de “intromisiones ilegítimas” enumeradas en la LODH, nos damos cuenta de que la mayor parte de ellas se refieren a la vulneración del derecho a la intimidad y podrían resumirse, siguiendo a YZQUIERDO TOLSADA, en dos tipos:

a) El emplazamiento y utilización de aparatos para grabar o reproducir la vida íntima de las personas, y

b) La divulgación de hechos o revelación de escritos de la vida íntima de una persona o de su familia, así como la violación del secreto profesional.

Aquí puede observarse con claridad la evidente relación entre el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, de ahí que éstos sean reconocidos inmediatamente después de aquél, en el mismo art. 18 CE. Y lo mismo puede decirse de la inviolabilidad del hogar y de todas las formas de comunicación privada a que se refiere el art. 19.5.º de la Constitución de Chile.

De nuevo y para resolver el conflicto entre el derecho a la intimidad y la libertad de información (los más frecuentes en este ámbito), se impone una labor de ponderación en la que deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias relevantes, siguiendo la clara exposición realizada por la reciente Sentencia del TS de 14 de marzo de 2011:

1.ª) La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LODH en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor.

2.ª) La libertad de información, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, por la que se entiende el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales. Este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen.

3.ª) Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no solo al personaje a quien corresponde el ejercicio de funciones oficiales, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a estas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje político al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje político.

4.ª) La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión.

5.ª) La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico.

Precisamente el comportamiento del afectado a que hace referencia el último de los puntos expuestos (conforme al art. 2.1 LODH), ha propiciado una reiterada jurisprudencia conforme a la cual resulta vulnerado el derecho a la intimidad (también la imagen) cuando se publican imágenes relativas a la vida privada (no profesional) de personas de relevancia pública, incluso tomadas en lugares públicos o abiertos al

público, siempre que se trate de lugares de difícil acceso, recónditos o buscados de propósito para sustraerse a la curiosidad ajena. Generalmente suele tratarse de playas o calas apartadas y las imágenes son tomadas por profesionales con teleobjetivos, como ocurrió en los casos resueltos por las Sentencias del TS de 28 de noviembre de 2008, 24 de mayo de 2010 y 14 de marzo de 2011, donde también se tiene muy en cuenta si se trata de personas celosas de su intimidad, a pesar de su proyección pública.

También es claro que no pueden tener la consideración de lugares públicos, a estos efectos, el restaurante donde se está celebrando una fiesta privada (Sentencia del TS de 1 de diciembre de 2010), y mucho menos, la piscina de la urbanización en la que residían los afectados (Sentencia del TS de 10 de febrero de 2014), como tampoco el interior de la enfermería de una plaza de toros en la que era atendido de sus graves heridas el famoso matador de toros “Paquirri”, que falleció poco después a consecuencia de las mismas (Sentencia del TS de 25 de abril de 1989).

Otro importante grupo de casos es el referido a la intimidad de los trabajadores, que expresamente reconoce nuestro Estatuto de los Trabajadores y que ha dado lugar a varios pronunciamientos judiciales. De especial relevancia es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (social), de 25 de febrero de 2000, que entendió vulnerada la intimidad del trabajador mediante el registro y copia de archivos informáticos de su ordenador, en su ausencia, por más que la propiedad del mismo perteneciera al empresario, pues el Estatuto autoriza dichos registros, pero siempre que sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, lo que no ocurría en este caso. No obstante, la cantidad finalmente concedida fue bastante modesta (50.000 ptas; unos 300 euros).

En esta línea, problemáticos son los casos en los que el empresario ejerce control o registro sobre las comunicaciones (telefónicas o electrónicas) de sus trabajadores o procede a la instalación de cámaras de vigilancia o incluso micrófonos. En este tipo de casos, el TC español ha tratado de buscar un equilibrio entre el derecho a la intimidad (e imagen) del trabajador y el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador, aunque siempre partiendo del principio de proporcionalidad e intervención mínima que han de regir la modulación de los derechos fundamentales, en este caso, por parte del empresario.

Cierto revuelo mediático provocó en España un caso en el que una empresa de servicios sanitarios de Málaga impuso a sus enfermeras y auxiliares de enfermería la obligación de prestar sus servicios utilizando falda corta, delantal, cofia y medias (y sin posibilidad de usar el llamado “pijama sanitario”, de dos piezas, pantalón y chaqueta, que utilizaban los hombres). Los representantes sindicales de las empleadas acudieron a los tribunales entendiendo que se habían vulnerado varios derechos fundamentales de las trabajadoras: el derecho a la dignidad, a la intimidad, a la imagen y la igualdad (discriminación por razón de sexo). En primera instancia los tribunales dieron la razón a la empresa, pero la Sentencia del TS (Sala de lo Social), de 19 de abril de 2011, revocó esta decisión y entendió que sí se había producido una discriminación por razón de sexo respecto de los trabajadores masculinos, aunque no se habían vulnerado el resto de derechos alegados (una broma: ¿dejaría de ser discriminatoria para el TS la medida impuesta por la empresa si se obligara también a los hombres a llevar falda corta, delantal, cofia y medias?).

5.2. Responsabilidad civil y derecho a la imagen

No existe en el Ordenamiento jurídico español una definición legal de imagen como derecho de la personalidad, lo que ha sido suplido por la labor llevada a cabo por la jurisprudencia para la delimitación de dicho concepto. Así, se entiende por tal la representación gráfica de la figura humana mediante cualquier procedimiento mecánico apto para su reproducción, y en sentido jurídico, habrá de entenderse *“la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen, y por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad”*. Asimismo y ante la complejidad que han planteado algunos casos, la jurisprudencia ha tenido que ir un poco más lejos y aclarar que el derecho a la imagen *“no requiere, de manera esencial e ineludible que la persona aparezca identificable y reconocible con total claridad en cuanto a los rasgos y características que configuran la integridad de su fisonomía, sino, únicamente, en la medida que permita su reconocimiento”*, de manera que debe entenderse incluida dentro de este concepto *“la reproducción visible de figura humana identificada o identificable, pues cabe extender el concepto a otras representaciones de la persona que faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas, su reconocibilidad”*.

A partir de aquí y según la Ley española, constituyen intromisiones ilegítimas:

1.º) *“La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una personas en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos”* (salvo las excepciones que se dirán a continuación).

2.º) *“La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”*.

Cuando se trata de una persona de proyección pública *“su derecho al honor disminuye, su derecho a la intimidad se diluye y su derecho a la imagen se excluye”*; esta última se excluye en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la LODH, que no considera intromisión la publicación de imagen de persona de proyección pública en lugar público o abierto al público, como tampoco cuando la imagen aparece como meramente accesoria de la información sobre un suceso o acontecimiento público, ni cuando se utiliza la caricatura de las personas. Sobre lo que se entiende, a estos efectos, por lugar público o abierto al público, ya se han realizado diversas observaciones respecto al derecho a la intimidad, que deben tenerse por reproducidas aquí, puesto que es muy frecuente que, en estos casos, el derecho a la intimidad y a la imagen aparezcan de forma inseparable.

Asimismo, también se excluye la intromisión ilegítima cuando media consentimiento expreso, aunque debe distinguirse entre consentimiento para la obtención de una imagen y consentimiento para su divulgación o publicación, como ocurrió en el caso de la Sentencia del TS de 24 de abril de 2000, en el que la obtención de las fotografías fue encargado al estudio fotográfico, pero no hubo consentimiento para su publicación en una revista (ni de ningún modo puede deducirse del hecho de tratarse de una boda con asistencia de invitados), ni tampoco es posible hacer extensivo el consentimiento para su publicación en otro medio informativo distinto de aquel para el que fue tomada la fotografía cuestionada (la fotografía había sido publicada con anterioridad en otra revista con el consentimiento del actor: Sentencia del TS de 18 de julio de 1998).

6. LAS ACCIONES EJERCITABLES. EN CONCRETO, LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA Y LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS

Sin perjuicio de la responsabilidad penal en su caso, el art. 9.2 de la LODH recoge, de una manera bastante defectuosa, las acciones que comprenderían la tutela judicial del perjudicado para el restablecimiento de su derecho, aunque creo que, en combinación con la LODR (Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación), puede hacerse el siguiente esquema de acciones disponibles para poner fin a la intromisión y reparar sus efectos:

-La acción declarativa de la intromisión ilegítima, con derecho a publicar la sentencia que así lo declare a costa del condenado.

-La acción de cesación, dirigida a impedir que se siga produciendo la intromisión ilegítima.

-La acción de retractación o rectificación pública, por parte de su autor, de la información falsa publicada y que constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad o a la imagen.

-Acciones cautelares o preventivas, como la acción de abstención para impedir intromisiones futuras. Se ha planteado también la posibilidad de ejercitar acciones preventivas para prohibir la publicación de informaciones objetivamente falsas (PANTALEÓN PRIETO) o que vulneren claramente el derecho a la intimidad o la imagen, pues el propio art. 20.5 CE prevé el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial, aunque parece que se trata de una medida extraordinaria.

-La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos. Así lo establece expresamente la redacción actual del art. 9.1.d). En su redacción inicial, éste era un criterio para la determinación de la indemnización que recogía el antiguo art. 9.3, mientras que en la actualidad (tras la reforma operada en el art. 9 por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el CP, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010) se trata de una acción específica de tutela judicial para el perjudicado, al margen de la indemnización de los daños y perjuicios. Parece responder a los esquemas típicos de una acción de enriquecimiento injustificado y es correcta su separación de la acción indemnizatoria, como había reclamado la doctrina.

-La acción indemnizatoria.

Respecto a la acción indemnizatoria, resulta especialmente llamativa la presunción de daño (pero sólo moral: MARTÍN CASALS y SALVADOR CODERCH) que establece el art. 9.3 LODH, aunque sin presumirlo en ninguna cuantía concreta:

“La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para la que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

Y es una novedad importante porque con esta norma el legislador parece apartarse de algunas reglas generales en materia de RC. Por un lado, porque en general los daños no se presumen, con independencia de la mayor o menor flexibilidad probatoria; y por otro lado, porque en esta norma se identifica el daño con la lesión de un derecho constitucional, cuando el daño debería ser el menoscabo, moral y patrimonial, producido por la lesión del derecho. Probablemente este art. 9.3 LODH sea el origen de una serie de —desafortunados— pronunciamientos de nuestros tribunales, en diversos campos de la RC, que han ido asentando la idea de que la lesión de ciertos derechos (casi siempre constitucionales) constituyen en sí mismos un daño (moral), que el juez puede fijar equitativamente en atención a las circunstancias concurrentes.

Contrasta esta situación con los enormes problemas que ha planteado en el Derecho chileno la indemnización del daño moral por vulneración del derecho al honor, habida cuenta del tenor del art. 2331 del Código Civil, que parece limitarla al daño patrimonial exclusivamente (emergente o lucro cesante) y a pesar del claro apoyo a favor de la indemnización que supone el art. 40 de la Ley n.º 19.733, Sobre Libertades de Opinión e Información y del Ejercicio del Periodismo. Finalmente, el TC (a partir de su Sentencia de 10 de junio de 2008) ha declarado reiteradamente inaplicable este art. 2331 CC en este ámbito, dando preferencia a la protección (también indemnizatoria) del derecho recogido en el art. 19 n.º 4. de la Constitución.

Pero, ¿En qué cuantía se presumen los daños morales?. En definitiva, ¿Cuánto cuesta en España difamar o vulnerar la intimidad o imagen de las personas?

Para que se hagan una idea, en la base de sentencias judiciales más utilizada en España (Aranzadi), he encontrado en el año 2011 un total de 41 sentencias en casación, en las que el TS finalmente condenaba a indemnizar los daños por vulneración del derecho al honor, bien mediante la libertad de información, bien mediante la de expresión, bien mediante ambas. 41 condenatorias de un total de 111 recursos de casación civil que terminaron en sentencia.

Las indemnizaciones van desde 3.000 euros a 350.000, que es la mayor cantidad que he encontrado. Que superen los 100.000 euros hay 4 condenas: 100.000, 120.000, 180.000 y 350.000 euros, aunque se trata de cantidades siempre a cargo de varios demandados, y suelen tener como protagonista a una televisión nacional muy conocida por determinados programas del corazón especialmente polémicos. En total, suman la cantidad de: 1.805.583 euros, lo que da como media de indemnización entre las 41 sentencias: 44.038,60 euros, que parece una cantidad considerable. Pero, si eliminamos las 4 sentencias que superan los 100.000 euros, la media de las otras 37 sentencias sería: 28.529,27 euros, que no es una cantidad en absoluto alta.

Por otra parte, casi todas las sentencias tienen tres o más ceros (las que no tienen tres tienen dos, porque acaban en 500 euros), excepto una sentencia, que cifró los daños en 31.583 euros, que era precisamente lo que solicitaba el demandante. ¿Es normal tanto cero? ¿Qué daños se estarían indemnizando y cuáles serían los criterios utilizados para su cuantificación, o al menos, las bases utilizadas?.

Estamos ante un problema grave respecto a la RC en general, como es el problema de las indemnizaciones globales, pero que lo es aún más en este tipo de casos, en los que el daño moral puede constituir el componente principal de la indemnización. En materia de RC es muy frecuente la fijación de los daños mediante una cantidad global (con muchos o pocos ceros, pero sin decimales generalmente), y esa cantidad global comprende la indemnización de todos los posibles daños, pero sin distinción de partidas, ni en muchos casos, determinación de los criterios o bases que han servido de apoyo a su cálculo.

Esto no ocurre tanto en los casos en los que los daños reclamados son exclusivamente materiales o principalmente materiales, donde los tribunales sí son bastante exigentes en general con su prueba, que corre a cargo del dañado. Pero es muy frecuente en los casos, como el presente, donde el componente del daño moral es muy acusado. Respecto al daño moral y dada la dificultad de su prueba, la jurisprudencia tiene establecido que corresponde a los tribunales su prudente fijación en atención a las circunstancias del caso concreto, lo que justifica la clara preferencia de los perjudicados por reclamar este tipo de daños, frente a las dificultades de prueba que con frecuencia plantea el daño patrimonial. En estos casos, el daño moral sería el sufrimiento, el dolor

que causa en la persona una información que afecta a su buen nombre o reputación pública, a aspectos importantes de su vida privada o a su imagen.

En muchas ocasiones, esta forma de proceder de los tribunales proviene de la forma en que se plantea la demanda, donde el demandante solicita una cantidad global por daño moral y las distintas instancias judiciales conceden esa cantidad u otra que entienden procedente, pero también global, lo cual dificulta mucho, en ocasiones lo hace imposible, conocer qué criterios (en este caso contamos con criterios legales *ex arts. 9.1 y 9.3 LODH*) se han tenido en cuenta para su determinación, lo cual dificulta enormemente la revisión de la cuantía indemnizatoria por una instancia judicial superior y genera una gran inseguridad jurídica. Todo ello, sin perjuicio de la conocida doctrina del TS sobre la muy excepcional revisión de la cuantía indemnizatoria en casación.

En otros casos al menos conocemos algún criterio relevante para la fijación del *quantum* indemnizatorio, como el ámbito (local, autonómico o nacional) de difusión de la noticia (STS de 11 de diciembre de 1989), imagen o hecho relativo a su intimidad, la audiencia del medio, el celo con el que la persona venía protegiendo su intimidad, el coste que hubiera supuesto la utilización de la imagen con autorización de su titular, etc. Pero en la Sentencia del TS de 24 de septiembre de 1999, el Alto Tribunal corrigió el curioso criterio utilizado por la Audiencia Provincial —el rango militar, coronel y capitán del ejército, utilizado para conceder una indemnización por daño moral mayor al primero que al segundo— y equiparó ambas cuantías.

En cualquier caso y muy probablemente como consecuencia de la presunción de daño del art. 9.3 LODH, los tribunales españoles —y, naturalmente, los encantados abogados demandantes— han mostrado una especial predilección por la acción indemnizatoria ante las intromisiones ilegítimas en estos derechos, como si, a pesar del amplio elenco de acciones disponibles, pareciera que la única acción reintegradora del honor, la intimidad o la imagen lesionados fuera conceder a su titular una indemnización de daños y perjuicios, olvidando las típicas acciones de defensa de derechos subjetivos absolutos, como son la acción de cesación, de abstención o declarativa. Es como si la acción indemnizatoria fuera la acción típica de defensa del derecho de propiedad, frente a la acción declarativa de dominio, la reivindicatoria o la negatoria. En este sentido, la doctrina española habla de “balance desolador” de la aplicación judicial ordinaria de la LODH (así, YZQUIERDO TOLSADA).

Aparte de ello, el TS tiene declarada la improcedencia de indemnizaciones simbólicas en este ámbito. Así, en el caso finalmente resuelto por la Sentencia del TS de 12 de diciembre de 2011 el demandante, cuyo honor había sido vulnerado, realizaba diversas peticiones en su demanda, que fueron estimadas, excepto la reclamación de una indemnización simbólica de 1 euro, que rechazó el TS con el siguiente argumento:

“Se solicitó por el demandante una indemnización simbólica de 1 euro, cantidad insignificante si se considera en el contexto de la reparación del daño causado, lo que lleva a esta Sala a la desestimación de esta pretensión. Según la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 18 de noviembre de 2002 y 28 de abril de 2003) no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la CE como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1. y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (STC 186/2001), FJ 8”.

Quizás pueda compararse este caso con la Sentencia del TS de 23 de febrero de 1989, otro caso en el que se declaró vulnerado el derecho al honor del demandante, pero en el que finalmente el TS declaró ajustada a derecho la indemnización concedida por el

Juzgado de Primera Instancia (1 peseta), cuando el demandante había solicitado una indemnización en la cuantía que se determinara en la sentencia.

7. LEGITIMACIÓN Y PLAZOS PARA RECLAMAR LOS DAÑOS

La legitimación activa naturalmente la tiene el perjudicado, aunque habida cuenta de que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte de las personas físicas, algunos problemas plantea la defensa, frente a intromisiones, que merece el honor, la privacidad o la imagen de las personas fallecidas. Esta es la solución por la que opta la Ley española, que establece algunas normas particulares en caso de intromisión en los derechos de una persona ya fallecida y de una persona que fallece después de producida la intromisión (sin perjuicio de que la intromisión ilegítima pudiera vulnerar, al mismo tiempo, derechos de personas vivas).

No obstante, la cuestión es muy dudosa cuando la intromisión es posterior al fallecimiento, pues de la Exposición de Motivos de la Ley parece deducirse que lo que pretende protegerse con estas acciones no es tanto un derecho subjetivo (que ha de estimarse extinguido con el fallecimiento de su titular), sino simplemente intereses dignos de protección: *“la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última [la personalidad] que debe también ser tutelada por el Derecho”* (YZQUIERDO TOLSADA).

Si la intromisión se produce después del fallecimiento, la Ley otorga legitimación, en primer lugar, a la persona designada por el fallecido en su testamento con este fin, y en su defecto, al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que vivieren al tiempo de su fallecimiento (y mientras éstas vivieren). Finalmente y a falta de los anteriores, la protección de estos derechos corresponde al Ministerio Fiscal, siempre que no hubieran transcurrido más de 80 años desde el fallecimiento del afectado.

En el caso de que la persona falleciere sin haber podido ejercitar las acciones que le corresponden en defensa de estos derechos (pero la intromisión se produjo en vida de ella), entonces se legitima nuevamente a las personas mencionadas en el apartado anterior, que también podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere. Pero solamente procederán estas acciones cuando el perjudicado las haya ejercitado o pueda presumirse que las hubiera ejercitado de haber podido, de manera que se excluyen si se pudieron ejercitar, pero no se hizo, por entender el perjudicado que no se había producido lesión de su derecho.

En cuanto a quiénes corresponderán las indemnizaciones que pudieran obtenerse a través de estas acciones, la Ley establece que en caso de intromisión respecto a una persona ya fallecida, corresponderán a las personas antes designadas para ejercitar las acciones (cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos), mientras que respecto a las intromisiones producidas en vida del afectado, que fallece sin poder ejercitar las acciones o sin poder concluir las, se entenderán incluidas en la herencia del fallecido (esto es, corresponde a sus herederos, que pueden no coincidir con los legitimados para ejercitar las acciones).

En 2010 y con ocasión de la modificación del Código Penal, se introdujo en la LODH un nuevo supuesto de intromisión ilegítima que venía preocupando a la opinión pública española: la utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, menoscabando la dignidad de las víctimas. En este supuesto y en caso de fallecimiento del ofendido o perjudicado, se aplican las mismas reglas anteriores sobre legitimación activa.

Por último y respecto al plazo para reclamar los daños, el art. 9.5 LODH establece que: “*Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas*”, lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia como un plazo de caducidad y no de prescripción, a pesar de lo “curioso” que resulta establecer como inicio del cómputo del plazo de las acciones el momento en el que el legitimado pudo ejercitarlas.

II. SEGUNDA PARTE: BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ATENTADOS AL DERECHO A LA VIDA PRIVADA DE LOS USUARIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

1. INTRODUCCION: PANORAMA LEGISLATIVO EUROPEO

El auge de las llamadas nuevas tecnologías y de la informática ha planteado nuevos desafíos en orden a la protección que merecen ciertos datos personales, que fácilmente pueden ser recogidos, procesados, almacenados, reproducidos y transmitidos por empresas, particulares o Administraciones Públicas, y que deben ser objeto de control a fin de conciliar el interés en la tenencia y uso de estos datos con el derecho de sus titulares a preservar valores constitucionales afectados por dichos datos (piénsese en datos de carácter íntimo) u otros intereses dignos de ser protegidos.

Como se trató de un fenómeno relativamente nuevo, no estaba previsto en la mayoría de las Constituciones europeas. Las excepciones fueron las Constituciones más recientes: la portuguesa de 1976 (art. 35) y la española de 1978, en cuyo art. 18.4 se establece: “*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”, en la que no se reconoce un derecho fundamental específico en relación a la protección de datos personales, sino que se concibe como un límite al uso de las nuevas tecnologías (mandato al legislador para que determine los límites), derivado básicamente del derecho a la intimidad.

Otros países europeos con Constituciones más antiguas tuvieron que realizar un esfuerzo para hacer derivar un derecho fundamental específico en este sentido a partir de normas y cláusulas generales de sus Constituciones, como fueron los casos alemán e italiano, recayendo este esfuerzo en la jurisprudencia. Así, en Alemania, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 15 de diciembre de 1983 reconoció un nuevo derecho: la facultad del individuo de decidir sobre la utilización y difusión de datos personales, derivándolo del principio de dignidad de la persona (art. 1.1) y del principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1), habida cuenta de que la Ley Fundamental de Bonn no reconoce expresamente un derecho a la intimidad. Esta sentencia declaró parcialmente inconstitucional una ley sobre el censo, que obligaba a los ciudadanos a suministrar un elevado número de datos personales con fines estadísticos.

Para entonces ya se había tomado conciencia, a nivel europeo, de que, por un lado, la libre circulación de datos era una necesidad en el ámbito de un mercado común, y por otro, que una protección jurídica relativa a los datos personales solamente podía ser eficaz mediante la aplicación de instrumentos jurídicos supranacionales, para extender similares reglas y niveles de protección en todos los países europeos. El primer paso en este sentido fue la aprobación, en el seno del Consejo de Europa, del Convenio n.º 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de

datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981 (Derecho vigente en España desde 1985), aunque no se trataba de una Norma directamente aplicable, sino que los Estados firmantes se comprometieron a aprobar normas internas para alcanzar los objetivos del Convenio.

También allanaba el camino hacia la consolidación de este derecho fundamental a nivel europeo, aparte de su reconocimiento general en las distintas Constituciones (lo que le convertía en un principio general del Derecho comunitario), el propio Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950 y su aplicación a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Mucha mayor trascendencia ha tenido en Europa la aprobación de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta a los datos personales y a la libre circulación de estos datos, cuyo principal objetivo era lograr una armonización general entre las legislaciones de los Estados a fin de garantizar la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros (realización del mercado interior) y el respeto a los derechos y libertades fundamentales de las personas. También se era plenamente consciente del problema en relación a terceros Estados, de manera que se permitía prohibir la transferencia de datos a terceros países si éstos no garantizaban un nivel de protección adecuado, lo que ha hecho España, aunque con importantes excepciones. Precisamente la transposición al Ordenamiento español de esta Directiva dio lugar a la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que derogó una Ley anterior que existía desde 1992.

Y no puede obviarse tampoco en este ámbito la aprobación de otras Normas europeas que afectan al tratamiento de los datos personales en diversos sectores. Un buen ejemplo de ello es la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, que sustituyó a otra Norma de 1997.

Los últimos pasos legislativos a nivel europeo se han dado con la aprobación del Tratado de Niza de 2000, que incluye una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con la aprobación en octubre de 2004 en Roma de un Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (que quedó en una propuesta al no ser ratificado por los Estados), y más recientemente, el Tratado de Lisboa de diciembre de 2007, mediante el cual se ha dado fuerza vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales, a la que se da el mismo valor jurídico que a los Tratados. Pues bien, en todos estos Tratados se ha reiterado un precepto (art. 8 de la Carta) donde se reconoce que *“toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen”* (art. 8.1).

Precisamente sobre la base de la Directiva 95/46/CE y los arts. 7 y 8 de la Carta se ha dictado la recientísima sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014, en la que este Tribunal ha dado la razón a un ciudadano español que reclamaba a la empresa “google” la eliminación de una información que en su día publicada en un periódico y en la que aparecía todavía el demandante como moroso. La sentencia entiende que la actividad del buscador “google” debe calificarse como “tratamiento de datos personales” y por ello le reconoce al afectado (que es un particular sin relevancia pública) su derecho a controlar sus datos en internet, pudiendo solicitar de los buscadores (google, en este caso) su cancelación, con independencia de que se cause daño. En los medios de comunicación españoles se ha hablado de un denominado “derecho al olvido”, como concreción también del derecho a la intimidad.

No obstante y en el plano práctico, resulta bastante evidente que los fines, sobre todo protectores y garantistas, de todas estas normas mencionadas no han alcanzado la eficacia prevista, unas veces por divergencias entre las regulaciones de los distintos Estados miembros, otras veces por falta de los medios adecuados para llevarlos a cabo.

2. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN ESPAÑA

2.1. Su reconocimiento como derecho fundamental autónomo

La ubicación del art. 18.4 CE dentro de la protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen planteó en España la duda de si se trataba de un derecho derivado básicamente del derecho a la privacidad del art. 18.1 o si podía ser conceptualizado como un derecho fundamental autónomo. A ello contribuyó también la propia regulación española, pues hasta 1992 no se contó en España con una regulación autónoma de esta materia, siendo mientras tanto aplicable la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que regulaba precisamente los derechos del art. 18.1 CE.

No obstante y con las Sentencias del TC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre ambas, se consolida el reconocimiento expreso de un derecho autónomo a la protección de datos o “libertad informática”, lo que ya había sido apuntado con anterioridad desde la Sentencia del TC 254/1993, de 20 de julio. Y es que las diferencias son muy claras entre ambos derechos: el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos personales (íntimos) del conocimiento ajeno, mientras que el derecho a la protección de datos confiere a las personas un poder de disposición sobre los mismos, esto es, la libertad de controlar el uso de estos datos o *habeas data*. También es distinto su objeto: es más amplio en el segundo caso, pues no se limita a los datos de carácter íntimo, sino que se extiende a cualquier dato personal, aunque todo ello sin obviar la fuerte conexión entre ambos derechos (CONDE ORTIZ).

En la propia Sentencia 292/2000 puede leerse:

“El objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos”.

2.2. La aplicación de la LOPD y el ejercicio del derecho de *habeas data*

La aplicación de la LOPD española gira alrededor de diversos conceptos. El primero de ellos es, naturalmente, el de “dato personal”, que comprende “*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*” (art. 3 a, idéntico al art. 2 f de la Ley n.º 19.628, Sobre Protección de la Vida Privada, de Chile), lo que no ha dejado de plantear problemas en algunos casos concretos, como respecto a las direcciones de correo electrónico, que finalmente se han incluido, con independencia de que a ellas se asocie o no el nombre del usuario. Dentro de los datos personales se acoge el concepto más restringido de “*datos especialmente protegidos*”, que son taxativamente los enumerados en el art. 7: los que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, o se refieran al origen racial, salud y vida sexual de las personas. Tal categoría tiene como principal efecto jurídico la necesidad de consentimiento expreso (y en algunos casos escrito) para su tratamiento.

También es muy importante el concepto de “fichero”, como “*todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso*” (art. 3 b), debiendo llamarse la atención de la inclusión de los ficheros no automatizados o manuales (en soporte papel), que habían quedado excluidos en la antigua Ley de 1992.

Por otro lado y por “tratamiento” se hace referencia a cualesquiera “*operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias*” (art. 3 c).

La regla general es que el tratamiento de los datos de carácter personal requiere el consentimiento inequívoco del afectado, salvo las excepciones que la ley establece (derecho a la autodeterminación informativa, art. 6), y a partir de aquí, éste puede ejercitar sus derechos de *habeas data*: acceso, rectificación, cancelación y oposición (este último, una novedad de la LOPD, frente a la regulación anterior). Si se deniega al interesado el ejercicio de tales derechos, puede recurrir a la Agencia Española de Protección de Datos (en realidad, Agencias, dado que muchas Comunidades Autónomas españolas han creado las suyas propias).

Pero no se recoge en la Ley española (tampoco en la Directiva 95/46/CE de la que trae causa) un principio de responsabilidad del operador similar al establecido en el art. 6 de la Ley n.º 19.628: éste debe eliminar los datos personales cuyo tratamiento no esté autorizado por la ley o que hayan caducado, así como bloquear los datos cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudosa (salvo que proceda la cancelación) y modificar los datos erróneos, inexactos o incompletos.

No obstante, el derecho de *habeas data* no es absoluto, sino que presenta importantes límites, aunque dichos límites deben estar establecidos en la ley, estar justificados (así, si responden a la protección de otros derechos fundamentales o bienes protegidos) y ser alcanzados mediante medios proporcionados (lo que exige una labor de ponderación), y por último, los límites deben respetar siempre el contenido esencial del derecho a la protección de datos.

2.3. La acción indemnizatoria

Sin perjuicio de las sanciones pecuniarias (hasta de 600.000 euros) que pueden imponerse a los responsables de los ficheros o a los encargados de su tratamiento por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la LOPD, el art. 19 de la misma prevé, para estos casos, el derecho de los interesados a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que tal incumplimiento les pueda causar. Cuando el responsable sea una Administración Pública, tal responsabilidad será exigible conforme a las normas específicas de responsabilidad a ella aplicable, mientras que si los responsables son sujetos privados, se aplicarán las reglas generales en materia de RC. Y nada más dice el precepto; en el art. 23 de la Ley 19.628, se hace referencia a que “*el monto de la indemnización será establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos*”.

En general, las reclamaciones judiciales de RC basadas en el art. 19 LOPD son muy escasas, y cuando se plantean, suele hacerse alegando de forma principal la vulneración del derecho al honor, a la intimidad o la imagen, y por tanto, los preceptos de la LODH. Así ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia del TS de 9 de abril de 2012, en un caso en el que se incluyó indebidamente a una persona en un fichero de morosos, de

manera que se afectaba el buen nombre y la consideración social y económica del mismo (su derecho al honor), declarándose la responsabilidad exclusiva de la entidad bancaria que había suministrado los datos al fichero (Asnef, que vendría a equivaler a la base Dicom en Chile), a quien condenó a indemnizar con 12.000 euros por el daño moral causado al afectado. En un caso similar, también por inclusión indebida en un fichero de morosos, la Sentencia del TS de 22 de enero de 2014 condenó a indemnizar 6.000 euros a cada uno de los dos demandantes (que era lo solicitado) por vulneración del derecho al honor, aplicando nuevamente el art. 9.3 LODH.

Y es que el TS es consciente del uso indebido que se está haciendo de este tipo de ficheros como mecanismo de presión sobre los presuntos deudores, como muy bien puso en evidencia la STS de 6 de marzo de 2013:

“La inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que estiman pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos [...]. Por tanto, esta Sala estima que acudir a este método de presión representa en el caso que nos ocupa una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la recurrente, por el desvalor social que actualmente comporta estar incluida en un registro de morosos y aparecer ante la multitud de asociados de estos registros como morosa sin serlo, que hace desmerecer el honor al afectar directamente a la capacidad económica y al prestigio personal de cualquier ciudadano entendiéndose que tal actuación es abusiva y desproporcionada, apreciándose en consecuencia la infracción denunciada”.

Sin embargo, en la Sentencia del TS de 30 de marzo de 2011 el afectado era el derecho a la intimidad de una pareja que había sido grabada en su terraza y difundido las imágenes. Los demandantes intentaron acceder a los ficheros donde constaban estas imágenes y proceder a su cancelación, lo que no fue atendido. Es interesante también este caso porque el Tribunal declaró que las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos (se había recurrido a ella previamente) no vinculan a los tribunales ordinarios en lo referente a la indemnización de daños, lo que significa que las normas sobre responsabilidad administrativa no afectan al ámbito indemnizatorio. El fallo del Juzgado de Primera Instancia, que finalmente fue confirmado en todas las instancias, fue el siguiente:

“(...) debo condenar y condeno a las demandadas a indemnizar a los actores en la suma de mil doscientos euros a cada uno, a razón de seiscientos euros a cargo de cada una de las demandadas, con la finalidad de reparar el daño moral infringido al violentar el derecho fundamental de los actores a la protección de sus datos personales (artículo 18.4 de la Constitución Española), por haber impedido el ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación y cancelación de sus propios datos de carácter personal, infringiendo por consiguiente lo preceptuado en los artículos 15 y 16 de la Ley 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal”.

No obstante, ni de estas ni de otras sentencias pronunciadas por Tribunales inferiores puede deducirse si el incumplimiento de las normas sobre tratamiento de datos da directamente derecho a reclamar una indemnización por daño moral (como ocurre con el art. 9.3 LODH con las intromisiones ilegítimas). Quizás la Sentencia del TS de 9 de abril de 2012 sí pueda ser interpretada en el sentido de que la responsabilidad establecida en este art. 19 no es una responsabilidad objetiva, lo que constituye uno de los aspectos más discutidos de la Ley.

III. CUESTIONARIO

1.ª CUESTIÓN:

-¿Qué opinión le merece la doctrina de origen jurisprudencial conforme a la cual queda rechazada la acción indemnizatoria por vulneración del derecho al honor si se prueba que la información, aunque objetivamente falsa, debe tenerse por veraz por haber sido profesionalmente contrastada por el informador?.

-En este caso, ¿cree usted que sería viable el ejercicio de otras acciones judiciales no indemnizatorias para la reparación del derecho al honor vulnerado mediante una información veraz, pero objetivamente falsa?.

2.ª CUESTIÓN:

-¿Cree usted que la vulneración de alguno de los derechos de la personalidad debería conllevar, en sí misma, un daño moral indemnizable?.

-¿Cree usted que las personas jurídicas deberían ser consideradas titulares de derechos de la personalidad?.

IV. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

-BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, págs. 535 y ss.

-CONDE ORTIZ, C., *La protección de datos personales (Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

-ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Madrid, 1988.

-LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goitisoló*, Vol. IV, Madrid, 1988, págs. 537 y ss.

-MARTÍN CASALS, M., “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación en la LO 1/1982”, en *Centenario del Código Civil*, T. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, págs. 1266 y ss.

-MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de Prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988.

-“Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación”, *Poder Judicial*, n.º 1, 1986, págs. 11 y ss.

-NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y la vida privada”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XVII, diciembre 2004, págs. 139-160.

-“El derecho a la privacidad y a la intimidad en el Ordenamiento Jurídico chileno”, *Ius et Praxis*, Vol. 4, n.º 2, 1998.

-PANTALEÓN PRIETO, F., “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *Revista Jurídica La Ley*, 1996-2, págs. 1689 y ss.

-“La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 10, 1996, págs. 209 y ss.

-SALVADOR CODERCH, P. y OTROS, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Madrid, 1987.

-*El mercado de las ideas*, (Coord. P. Salvador Coderch), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

-*El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

-SALVADOR CODERCH, P.- CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

-SARAZA JIMENA, R., *Libertad de expresión e información*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

-TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

-YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Coord. L. Fernando Reglero Campos), Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 1107 y ss.

MÓDULO IV RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE EMPRESA Y EN LA ACTIVIDAD PROFESIONAL

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS EMPRESARIOS POR ACCIDENTES DE TRABAJO.

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1.– CUESTIONARIO. 2.– INTRODUCCIÓN. 3.– INDEMNIZACIONES CIVILES E INDEMNIZACIONES LABORALES: COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD. 3.1.– Planteamiento general de la cuestión. 3.2.– La doctrina en el ámbito de la jurisdicción civil. 3.3.– El polémico recargo de prestaciones económicas. 3.4.– La compatibilidad de indemnizaciones en caso de vulneración de derechos fundamentales del trabajador: especial referencia al acoso moral (*mobbing*) 4.– EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN, CIVIL O SOCIAL, COMPETENTE EN ESTA MATERIA. 5.– OTRAS CUESTIONES RELATIVAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN ESTE ÁMBITO. 5.1.– Responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva o por riesgo. 5.2.– Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. 6.– LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DE ASISTENCIA SANITARIA Y DE LAS ENTIDADES GESTORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL PÚBLICA. 7.– CONCLUSIONES. 8.– BIBLIOGRAFÍA.

1. CUESTIONARIO

1.ª CUESTIÓN (Para su contestación individual por el alumno):

Manifieste su opinión, jurídicamente fundada, sobre las siguientes cuestiones en relación a los daños derivados de accidentes laborales:

- Sobre la conveniencia de introducir el principio de inmunidad del empresario en el Derecho chileno y español.
- Sobre la conveniencia de introducir la unidad de jurisdicción (a favor de la jurisdicción laboral) para conocer de los litigios de los trabajadores por daños en caso de accidentes laborales, tanto frente a sus empresarios como frente a terceros.
- Sobre la conveniencia de introducir (en el ámbito estricto de la responsabilidad civil) una responsabilidad objetiva o por “riesgo de empresa”, o si resulta más adecuado mantener el actual sistema de responsabilidad por culpa.

2.ª CUESTIÓN (Para su discusión en la plataforma virtual):

¿Cuál cree usted que debe ser la función de la responsabilidad civil respecto a los daños causados por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales?. ¿Debe cumplir una función estrictamente resarcitoria o cree usted que en este ámbito debería cumplir también una función preventiva mediante la imposición de daños punitivos (ténganse en cuenta los sistemas chileno y español de responsabilidad civil)?. Se pide también su opinión sobre el llamado recargo de prestaciones español.

2. INTRODUCCIÓN

El mercado de trabajo tradicionalmente viene presentando en España una alta siniestralidad, muy superior a la media de la Unión Europea, y el problema es que, como decimos, esto no constituye ninguna novedad. Lo que sí puede resultar llamativo es el importante incremento de demandas de responsabilidad civil por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que se vienen produciendo en las últimas décadas, cuando precisamente el índice de siniestralidad se ha ido paulatinamente reduciendo o se ha estabilizado. Muy probablemente ello se ha debido, entre otras razones, a la regulación jurídica de esta materia, pero sobre todo, a la aplicación práctica que nuestros tribunales han venido realizando de la misma.

Dice el profesor MARTÍN CASALS, en el prólogo precisamente de un libro que trata sobre accidentes laborales, que la responsabilidad civil (extracontractual) no puede ser “chica para todo” y resolver por sí misma todos los problemas que se plantean. Y probablemente esto ha pasado en el ámbito de los accidentes laborales, donde parece que, tanto el legislador como nuestros tribunales, se empeñan en que sirva para compensar daños, prevenir conductas empresariales potencialmente dañosas, sancionar el incumplimiento de normas de seguridad e higiene en el trabajo, cubrir las lagunas (indemnizatorias) de nuestro sistema público de seguridad social, y en fin, servir de fundamento para conceder indemnizaciones que se antojan más equitativas para el trabajador lesionado (o para sus familiares más cercanos) que las que se alcanzan mediante la aplicación estricta de unas normas en ocasiones poco claras.

Es de justicia reconocer, no obstante, que la más que dudosa aplicación e interpretación que se ha hecho de las normas de responsabilidad civil en este ámbito lo ha sido a favor del trabajador o sus familiares, aunque los costes en seguridad jurídica e incoherencia del sistema han sido también muy altos y por este motivo nos encontramos en estos momentos en una etapa de corrección de los excesos cometidos.

Y es que no debemos olvidar que la responsabilidad civil constituye un remedio *ex post* que se pone en funcionamiento una vez que los daños han acaecido y que nuestro sistema de responsabilidad civil ha sido construido para cumplir una finalidad estrictamente compensatoria o resarcitoria del daño ocasionado y donde los daños punitivos no están admitidos como regla, por más que puedan citarse algunos casos puntuales dudosos, como tampoco puede decirse que la amenaza de tener que pagar los daños funcione en los accidentes de trabajo como un eficaz instrumento de prevención de los mismos. En este ámbito, la enorme importancia de la prevención se refleja en la existencia de una norma específica, como es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, coadyuvando en la misma finalidad el Derecho administrativo sancionador (disponemos en España de una actualizada Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, actualmente, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que prevé importantes multas) y el Derecho penal, que son los instrumentos legales adecuados y eficaces de cara a la prevención y punición con el objetivo de reducir la siniestralidad laboral.

Centrándonos ya en el ámbito de la responsabilidad civil, desde el 30 de enero del año 1900 en que se aprobó la primera Ley de Accidentes de Trabajo, en España se han venido combinando tres mecanismos básicos de reparación del daño en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales: las prestaciones de la Seguridad Social (pública), el llamado recargo de prestaciones, y por último, las normas generales de responsabilidad civil (tanto contractual como extracontractual).

Las prestaciones de la Seguridad Social, que funcionan como un seguro público y obligatorio (es opinión mayoritaria que asegura la responsabilidad empresarial) que cubre automáticamente y de forma objetiva (sin necesidad de culpa alguna) al trabajador

frente a determinadas contingencias derivadas de un accidente laboral o una enfermedad profesional, de manera que la llamada acción protectora se concreta en asistencia sanitaria, recuperación profesional y prestaciones económicas en situaciones de incapacidad temporal, invalidez (que disminuya o anule su capacidad laboral, en diversos grados) y muerte. Naturalmente y como ocurre en los casos de responsabilidad objetiva, las indemnizaciones son limitadas o tasadas. Las fuentes del sistema (en la actualidad) están constituidas por las aportaciones de empresarios y trabajadores (las llamadas cotizaciones sociales) y por las aportaciones de los Presupuestos Generales del Estado, y las indemnizaciones a satisfacer dependen básicamente, en cada contingencia, de los periodos de cotización previa y las cuantías de éstas (la llamada base reguladora, sobre la que se aplica un determinado porcentaje para obtener finalmente la cuantía de la prestación).

El sistema gira alrededor de los conceptos de “accidente de trabajo” (toda lesión que sufre una persona a causa o con ocasión del trabajo) y “enfermedad profesional”, que son entendidos como conceptos muy amplios en la Ley General de la Seguridad Social (arts. 115 y 116, respectivamente, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social actualmente vigente; LGSS), que incluyen casos ajenos a la responsabilidad empresarial. Como dice DESDENTADO BONETE: “Hoy se protegen como accidentes de trabajo lesiones que no tienen realmente esta calificación y que están al margen de la esfera del riesgo empresarial. Hemos inventado el accidente de trabajo sin empresario (el accidente del autónomo); el accidente de trabajo sin trabajo (el accidente *in itinere*) o sin relación con él (el accidente ocurrido en el desempeño de cargos de representación sindical) o incluso el accidente de trabajo sin trabajo (como el de los miembros de las mesas electorales o el de los emigrantes). Quizás lo que ocurre es que el accidente de trabajo ha tenido demasiado éxito hasta el punto que se ha utilizado para cosas que tienen poco que ver con la protección frente a los riesgos laborales”.

Por otra parte, el llamado recargo de prestaciones constituye un porcentaje que incrementa la indemnización derivada del accidente laboral a percibir por el trabajador (en el año 1900 se fijó en el 50% y en la actualidad varía del 30 al 50%) en diversos supuestos, pero básicamente cuando quede acreditado que dicho accidente fue debido a la infracción de sus deberes de seguridad e higiene por parte del empresario, aunque como veremos después, tanto su naturaleza como la idoneidad de su existencia, resultan muy discutidas.

Por fin, estarían las normas reguladoras de la responsabilidad civil como el último de los instrumentos de reparación de los daños, en una doble dirección: por un lado, las reclamaciones que el trabajador puede dirigir conforme a estas normas frente a su empresario como causante de los daños, y por otro lado, las reclamaciones que el trabajador puede dirigir frente a terceros distintos de su empresario, también como causantes del accidente laboral. Pero en estos casos no estamos ante una responsabilidad ni objetiva (al menos, legalmente) ni tasada, como es propio del sistema de seguridad social, sino ante la necesaria concurrencia de unos requisitos o presupuestos generales que han de ser probados (el hecho dañoso, el daño, la relación de causalidad y la culpa o negligencia del causante) y ante unas normas pensadas para procurar una reparación integral de todos los daños sufridos.

Establecidos estos tres mecanismos básicos (pueden existir otros, como los seguros privados obligatorios en algunos países para mejorar el sistema de aseguramiento

público o las mejoras del sistema establecidas en los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores, por ejemplo), constituye una cuestión de política legislativa decidir cómo se combinan a fin de obtener la que se estime justa indemnización al trabajador lesionado o a sus familiares más cercanos (en caso de fallecimiento de éste, por ejemplo). En estas condiciones, cualquier legislador debe decidir al menos sobre los siguientes aspectos:

1.º) Si para el trabajador o sus familiares próximos es compatible o incompatible la percepción de las indemnizaciones automáticas y tasadas del sistema (público o privado) de aseguramiento obligatorio de los daños derivados de accidentes de trabajo, con una indemnización adicional basada en las normas de responsabilidad civil, a fin de cubrir los daños no cubiertos por el seguro. De admitirse la reclamación de una indemnización adicional, debe concretarse si ésta es posible frente a cualquier responsable del accidente: el empresario o un tercero.

2.º) El criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad civil en este caso: si basada en la culpa (con presunción o no de culpa) o en el riesgo empresarial u objetiva.

3.º) La admisión o no de un derecho de regreso o subrogación de los aseguradores obligatorios (y voluntarios) públicos y privados que han satisfecho las indemnizaciones derivadas de accidentes laborales frente al responsable del mismo, sea el propio empresario, sea un tercero (el accidente laboral ha podido ser causado por un tercero perfectamente, como se verá).

4.º) La jurisdicción competente para resolver las controversias que puedan surgir en este ámbito; básicamente si, existiendo una jurisdicción especializada para resolver las cuestiones laborales (la jurisdicción social o laboral), la competencia para conocer de la indemnización adicional basada en las normas civiles generales (en caso de ser admisible) debe corresponder también a esta jurisdicción especializada o debe recaer en los tribunales civiles. Queda al margen la posible competencia en esta materia de los órdenes penal (accidentes laborales constitutivos de ilícito penal) y contencioso-administrativo (responsabilidad civil de las Administraciones Públicas).

Trataremos en lo sucesivo de estudiar estas cuatro cuestiones principales, que aparecen íntimamente vinculadas como se comprobará.

3. INDEMNIZACIONES CIVILES E INDEMNIZACIONES LABORALES: COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD.

3.1. Planteamiento general de la cuestión

La imposibilidad legal de reclamar al empresario responsable una indemnización civil adicional a las cantidades percibidas del sistema asegurativo o de protección social (regla de la incompatibilidad) significa el reconocimiento de un principio de inmunidad de dicho empresario, de manera que el trabajador o sus familiares han de contentarse con la indemnización objetiva, automática y tasada obtenida del sistema asegurativo.

Este principio de inmunidad frente al empresario se instauró en España con la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, a pesar de no existir todavía un sistema de seguros sociales o Seguridad Social (la indemnización estaba a cargo del empresario y se basaba en el riesgo empresarial, que podía ser asegurado mediante un seguro voluntario entonces), siendo competentes en exclusiva para conocer de las demandas que surgieran los llamados Tribunales Industriales desde su creación (y a través de un juicio verbal), mientras que a los tribunales civiles únicamente correspondía conocer de la responsabilidad civil de terceros causantes del accidente laboral (distintos del

empresario) o para conocer de las cuestiones relativas a los seguros voluntarios y al derecho de repetición (de aseguradoras y patronos) frente a los causantes del daño.

Y es este sistema de inmunidad del empresario el que también se halla implantado en la mayor parte de los países de nuestro entorno, como Alemania, Francia o Italia (también en USA), aunque reconociendo algunas excepciones, básicamente y según los países, cuando el daño ha sido causado por dolo o constituye delito del empresario o cuando el causante del accidente es un tercero, supuestos en los que algunos países reconocen el derecho a una indemnización adicional por la diferencia de daños no cubiertos por la Seguridad Social. Y también es posible defender un sistema intermedio, otorgando al trabajador dañado la facultad de optar entre la indemnización tasada (automática, objetiva y tasada) o una indemnización íntegra conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil (cuando exista culpa o dolo del causante del daño).

En España y definitivamente desde la Ley de la Seguridad Social de 1966 este principio de inmunidad (que nunca rigió frente a los daños causados por terceros distintos del empresario), tampoco se aplica cuando éste es el responsable, de manera que la consecuencia lógica debería ser que el perjudicado y conforme a las normas civiles de responsabilidad civil (contractual) tiene derecho a una indemnización adicional por la diferencia (entre las indemnizaciones tasadas de la Seguridad Social, como indemnización mínima, y el daño efectivamente causado y debidamente probado conforme a estas reglas generales). Pero no es solamente un problema de diferencia cuantitativa entre indemnizaciones tasadas y efectivas (ello puede ocurrir, por ejemplo, respecto al daño lucro cesante por pérdida de salarios), sino también de tipo de daños, pues el daño moral queda excluido de la indemnización tasada, constituyendo con mucha frecuencia un componente esencial de la indemnización en los accidentes laborales.

El rechazo al principio de inmunidad del empresario puede encontrar su justificación en la igualdad de trato que merecen todas las víctimas de accidentes, con independencia de cuál sea el origen del mismo (laboral o no), de manera que las prestaciones sociales tasadas sean entendidas únicamente como una indemnización mínima facilitada al trabajador o a sus familiares cercanos. Sin embargo, el buen funcionamiento del sistema requiere de una importante dosis de coordinación en su aplicación práctica que, cuando no se logra (como es tradicional en este campo en el Derecho español), entonces se vuelve un sistema de una complejidad e inseguridad jurídica insufribles derivada sobre todo de la multiplicación de procedimientos judiciales, que es precisamente lo que se pretende evitar con la implantación del principio de inmunidad: evitar litigios y simplificar (y agilizar) el sistema de reparación de este tipo de infortunios, junto a la evidente finalidad de contener el gasto público. La reducción de los costes de sostenimiento y gestión del sistema constituyen los principales argumentos a favor del principio de inmunidad del empresario.

Esta evolución legislativa fue paralela a la ocurrida en el Derecho chileno desde la ley N.º 3.170, de 30 de diciembre de 1916 (muy similar a la Ley española de 1900) hasta la actualmente vigente ley N.º 16.774, de 1 de febrero de 1968, Sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Las distintas leyes fueron ampliando la responsabilidad del patrono y se evolucionó desde el originario principio de inmunidad del empresario (salvo dolo o culpa grave de éste) al actual principio de reparación íntegra del dañado, y desde los seguros voluntarios a los obligatorios.

En la actualidad existe un seguro social obligatorio que cubre unas prestaciones previamente establecidas (basadas en el riesgo de empresa, objetivas y tasadas), junto a la posibilidad de acudir a las reglas del Derecho civil común (responsabilidad civil) para obtener una indemnización complementaria en caso de culpa o dolo del empleador o de

un tercero, reconociéndose un derecho de repetición a favor del administrador del sistema, sea público o privado (art. 69). Es de destacar —lo que no ocurre en España— que el sistema incorpora una distinción entre cotizaciones básicas y cotizaciones adicionales (para actividades de mayor riesgo de accidentes), existiendo también un incentivo a la prevención, pues las cotizaciones adicionales de las empresas que invierten en prevención son inferiores (el sistema se financia también, entre otros, con las multas impuestas a las empresas y con los reembolsos que se recuperan de los responsables de los accidentes).

La competencia para conocer de este tipo de litigios corresponde a la jurisdicción laboral, excepto cuando la responsabilidad es extracontractual, en cuyo caso corresponde a la jurisdicción civil ordinaria (por ejemplo, se discute si la acción, propia y no como herederos, de los familiares del trabajador fallecido como consecuencia de un accidente laboral imputable al empleador es de naturaleza contractual o extracontractual, siendo la postura mayoritaria de la jurisprudencia en la actualidad esta última: BARROS BOURIE).

Pero las cosas no siempre siguen la lógica que cabría esperar. Así, resulta un hecho curioso fácilmente constatable que en España y ante un accidente laboral, el dañado o dañados (el trabajador o sus familiares próximos perjudicados en caso de fallecimiento de éste) han venido mostrando su preferencia por reclamarlo ante los tribunales civiles (jurisdicción civil), en detrimento de una jurisdicción social o laboral especializada en este tipo de asuntos, y además, que su reclamación se basa con preferencia en los arts. 1902 y 1903 CC, aplicables a la responsabilidad civil extracontractual, y no en el contrato de trabajo y en las normas laborales, por más que el daño derive del incumplimiento de deberes nacidos de este contrato de trabajo o de normas típicamente laborales (así por ejemplo, los deberes de seguridad e higiene en el trabajo). Es decir, tradicionalmente, el dañado ha venido huyendo de la jurisdicción social y del contrato de trabajo como base jurídica para reclamar al empresario los daños derivados de accidentes de trabajo cuando éste resulta responsable.

La razón principal —que no única— de ello es tan simple como sorprendente: con frecuencia, era más probable obtener mayor indemnización en la jurisdicción civil que en la social, porque los jueces civiles (a diferencia de los del orden social) venían concediendo una indemnización por todos los daños que probadamente se derivaran del accidente laboral, sin descontar de la indemnización las cantidades previamente obtenidas de la Seguridad Social. Lo que se producía era entonces no una compatibilidad de indemnizaciones, sino una acumulación (hablamos en pasado porque las cosas han cambiado considerablemente en fechas muy recientes, como se verá).

El problema de esta forma de proceder era que el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento laboral española (el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, derogado en 2011), reservaba a la jurisdicción laboral o social la competencia para conocer las cuestiones litigiosas “*entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo*”, de manera que los abogados que querían plantear la reclamación ante la jurisdicción civil, para evitar posibles problemas de incompetencia de jurisdicción que pudieran plantearse, fundamentaban su reclamación en los preceptos del CC relativos a la responsabilidad civil extracontractual (arts. 1902 y 1903) e incluso en el art. 1101 CC (responsabilidad contractual) y no en el propio contrato de trabajo o en normas laborales, como base jurídica utilizada por los tribunales civiles para declararse entonces competentes, para perplejidad de propios y extraños.

El resultado de todo ello ha sido que tanto los tribunales civiles como los laborales se han venido considerando competentes para resolver las reclamaciones por daños

derivados de accidentes laborales, con la (inexplicable) consecuencia práctica de que el trabajador o quien interpusiera la reclamación tenía la opción de elegir la jurisdicción ante quien hacerla, lo que en muchos casos condicionaba las normas aplicables y el resultado final en términos cuantitativos de la reclamación.

Naturalmente esta situación ha desembocado en un abierto enfrentamiento jurídico entre el orden jurisdiccional civil y el social o laboral sobre cuestiones de competencia, que ha pasado por diversas fases. Pero lo importante es tener muy presente que, en las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo, cuál sea la jurisdicción competente y cuáles sean las normas aplicables para decidir la indemnización, han venido siendo dos cuestiones íntimamente ligadas. No obstante y para una mayor claridad, se estudiarán en epígrafes separados.

3.2. La doctrina en el ámbito de la jurisdicción civil

Como venimos diciendo, ha sido doctrina tradicional muy reiterada en la jurisdicción civil la compatibilidad entre las prestaciones percibidas de la Seguridad Social como consecuencia del accidente de trabajo y las indemnizaciones civiles que derivan de la conducta culposa del propio empresario (*ex arts. 1902 y 1903 CC*, básicamente), de manera que ambas indemnizaciones se entendían independientes y compatibles entre sí. Piénsese, por ejemplo, en el lucro cesante derivado de la pérdida de ingresos por una incapacidad temporal (baja laboral) consecuencia del accidente, pues este daño será objeto de cobertura por las prestaciones de la Seguridad Social, aunque en una cuantía limitada. Lo que estamos diciendo es que la jurisdicción civil, en general, considera compatible esa prestación con otra indemnización por lucro cesante a cargo del empresario conforme al CC (art. 1106 CC), sin deducir las cantidades obtenidas de la Seguridad Social.

La justificación de esta doctrina la encuentran los tribunales civiles en el distinto fundamento jurídico –según decían– de ambas: las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y de la relación laboral preexistente, mientras que las indemnizaciones derivadas de los arts. 1902 y 1903 CC nacen de la ley, como consecuencia de un acto culposo o imprudente del empresario (art. 1902 CC) o de la persona por la que debía responder (art. 1903 CC, para el caso de que el causante del accidente laboral fuera otro empleado o dependiente del empresario).

Es posible incluso encontrar normas concretas que parecen sostener, en alguna medida, esta doctrina, como el art. 127.3 LGSS, según el cual *“cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario”,* entonces el trabajador o sus causahabientes *“podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente”*¹. Muy discutible ha sido en España la interpretación de la expresión

¹Art. 127.3 LGSS (supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones):

“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

“responsabilidad civil” en esta norma, que no parece significar otra cosa que responsabilidad no criminal, sin prejuzgar su naturaleza contractual o extracontractual ni la jurisdicción competente, civil o laboral (CAVANILLAS MÚJICA).

Muy probablemente y como hace ya bastante tiempo exponía el profesor PANTALEÓN PRIETO, la razón de esta declarada compatibilidad parece ser la consciencia por parte del legislador (y de los jueces y tribunales) de que las indemnizaciones concedidas en caso de accidentes de trabajo son claramente insuficientes respecto al daño real sufrido. Es una especie de aplicación de un principio que ha sido afirmado en múltiples ocasiones en este campo: el principio *pro damnato* o de favorecimiento del dañado. Por otra parte, los abogados de los demandados en estos casos (el empresario, y en su caso, su compañía de seguros) no solían oponerse a esta compatibilidad, pues quien pagaba las prestaciones era la Seguridad Social y probablemente les beneficiaba en la esperanza de que los Tribunales tuvieran en cuenta esas otras cantidades ya percibidas por los dañados a la hora de fijar las indemnizaciones civiles de las que debían responder ellos. El problema es que esta compatibilidad podía conducir a una duplicidad de indemnizaciones (y a un enriquecimiento injustificado del dañado), que puede llegar a cobrar dos veces por unos mismos conceptos indemnizatorios o tipo de daños, y en este sentido debían entenderse algunas limitaciones o frenos puestos a esta práctica por parte de la Sala de lo Civil del TS en las SSTs de 21 de junio de 2000, 8 de octubre de 2001 y 31 de diciembre de 2003, aunque deben entenderse más como afirmaciones genéricas que como un cambio efectivo de la doctrina jurisprudencial que estamos considerando. Además, la apreciación de esta duplicidad de indemnizaciones solamente podría producirse cuando los tribunales civiles fijaran en sus sentencias la cuantía de la indemnización distinguiendo en ella los distintos conceptos o partidas comprendidas, lo que ocurre muchas menos veces de las que sería deseable, pues en el ámbito civil es relativamente frecuente la fijación de indemnizaciones alzadas o globales, que incluyen todos los posibles daños, pero sin distinción alguna de partidas concretas.

Precisamente, la mayor rigurosidad, en general, de los tribunales del orden social en cuanto a la distinción de partidas indemnizatorias, ha provocado que, por lo general y a efectos de fijar la indemnización de daños, sean descontadas las prestaciones satisfechas por la Seguridad Social, los posibles recargos en las mismas, las mejoras voluntarias establecidas en Convenio Colectivo u otras cantidades abonadas por la empresa, para evitar conceder una indemnización más allá de la reparación íntegra del daño. Pero esta deducción solamente es razonable si se hace por partidas concretas, pero no globalmente, que es la tesis que viene manteniendo mayoritariamente la Sala de lo Social del TS desde el año 2000 (STS de 2 de octubre de 2000, reiterada después por las de 9 de octubre de 2001, 21 de febrero de 2002, 17 de julio de 2007 y 23 de julio de 2009), de manera que no cabe una deducción global, sino por partidas concretas y homogéneas (tesis de la acumulación relativa o de la complementariedad).

3.3. El polémico recargo de prestaciones económicas

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”.

Desde la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 también se estableció en España un llamado *recargo de prestaciones económicas*, que consistía en el incremento del 50% de la indemnización (tasada) a percibir por el trabajador cuando se probara la culpa o dolo por parte del empresario, y era entendido como una forma de compensar la limitación de responsabilidad y el principio de inmunidad, con un carácter claramente compensatorio de los daños (una indemnización adicional), pues no se lograba una reparación íntegra del daño, pero sí una mejora en la protección del trabajador.

Desde el momento en el que el recargo se mantiene hasta nuestros días, pero el principio de inmunidad del empresario desaparece y es posible obtener una indemnización por el íntegro daño, se plantea entonces la discusión sobre su verdadera naturaleza jurídica (compensatoria o punitiva) e incluso la conveniencia de su mantenimiento. Actualmente, el recargo de prestaciones económicas del art. 123.1 LGSS se impone a las empresas, entre otros, en caso de que el accidente laboral haya sido consecuencia de la falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y provoca un incremento, de un 30 a un 50%, según la gravedad de la falta, de todas las prestaciones económicas que tengan su causa en el accidente de trabajo, y según el apartado 3, esta responsabilidad *“es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”*².

En estas circunstancias se entiende que no exista acuerdo en doctrina y jurisprudencia (esta última, laboral, sobre todo) acerca de su verdadera naturaleza jurídica, siendo muy frecuente apelar a su carácter preventivo y sancionador (como daños punitivos). Las paradojas a las que puede conducir el recargo se aprecian con claridad en el ejemplo que nos propone DESDENTADO BONETE, aplicándolo en función de las distintas formas (doctrinas) en que los tribunales, civiles y laborales, han venido entendiendo la relación de compatibilidad entre las indemnizaciones civiles y laborales:

“Un accidente de trabajo ha producido un daño total al trabajador accidentado de 2 millones de euros. Las prestaciones de la Seguridad Social reparan ese daño hasta 1 millón de euros; el recargo añade una protección de 500.000 euros. Si nos mantenemos dentro del *límite de la reparación total del daño*, la indemnización “civil” adicional por culpa del empresario debería ser de 500.000 euros (2 millones menos 1 millón de las prestaciones y 500.000 euros del recargo). En este caso el recargo es sólo una partida más de la indemnización, pues su efecto se agota en la reparación, sin introducir ningún elemento punitivo o afflictivo. Si aplicamos la tesis de *la acumulación relativa*, que se desprende de la STS 2-10-2000, el recargo no será deducible del importe de la indemnización, aunque sí lo serían las prestaciones de la Seguridad Social, que cubren la responsabilidad del empresario “asegurada” dentro de la Seguridad Social. En esta hipótesis, la reparación será de 2,5 millones de euros (1 millón por prestaciones, 1

²Art. 123 LGSS (recargo de las prestaciones económicas en caso de accidentes 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”.*

millón por indemnización —diferencia entre el daño total y la parte de éste cubierta por la Seguridad Social— y 500.000 euros por el recargo). En la tercera hipótesis de la *acumulación absoluta*, que es una posición mantenida en ocasiones por la Sala de lo Civil, no se deducen de la indemnización civil ni las prestaciones de la Seguridad Social ni el recargo, con lo que la reparación sería de 3,5 millones de euros (2 millones de indemnización civil sin deducción, 1 millón de prestaciones de Seguridad Social y 500.000 euros por el recargo).

En el primer caso, el recargo opera como una indemnización estrictamente resarcitoria porque constituye un elemento más de la reparación íntegra del daño. Pero si la suma de las indemnizaciones excede del importe del daño, el recargo comienza a tener también, en ese exceso, un contenido punitivo para el empresario infractor. Estamos entonces en el terreno de la indemnización punitiva, que es una indemnización que supera el límite de reparación del daño”.

Quizás los distintos (e inexplicables) resultados a que puede conducir la aplicación de este recargo en manos de los tribunales, tal y como hemos comprobado a través de este ejemplo sean suficientes para abogar por su abolición, pues la reparación íntegra ya se obtiene al margen del recargo, mientras que en el Derecho español la función preventiva (o punitiva) de la siniestralidad laboral está encomendada a las normas administrativas sancionadoras (la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social) y a las penales, pues nuestro sistema de daños está pensado para cumplir una función esencialmente compensatoria o resarcitoria.

Con todo, las dificultades de atribuirle una naturaleza punitiva son aún mayores por aplicación de algunos principios rectores de las normas sancionadoras, como el principio de presunción de inocencia, el principio *non bis in ídem* u otras garantías procesales, que la jurisprudencia ha tratado de salvar esgrimiendo en estos casos su carácter *también* compensatorio.

3.4. La compatibilidad de indemnizaciones en caso de vulneración de derechos fundamentales del trabajador: especial referencia al acoso moral (*mobbing*)

En caso de vulneración de derechos fundamentales del trabajador, el Ordenamiento Jurídico español dispone tanto de instrumentos de tutela desvinculados del ámbito laboral (tutela penal, administrativa sancionadora y constitucional), como instrumentos, específicos o generales, de tutela en el ámbito laboral (por ejemplo, un proceso especial de tutela de derechos fundamentales en este ámbito).

Respecto a la cuestión de la responsabilidad civil y sin perjuicio de que una indemnización de daños pueda ser reclamada por el trabajador utilizando alguna de las vías que acabamos de mencionar, debemos en estos momentos centrar nuestra atención en el hecho de que el Estatuto de los Trabajadores español (ET) permite al trabajador instar la resolución de su contrato de trabajo por vulneración de derechos fundamentales.

En este caso (por ejemplo, por acoso moral o *mobbing*, el ET (arts. 50.1 a y 50.2), en relación al 56) prevé una indemnización a favor del trabajador equivalente a la determinada para el despido improcedente (en general, 45 días de salario por año trabajado con el máximo de 42 mensualidades). Pero la cuestión es: ¿Es compatible esta indemnización tasada establecida en las normas laborales con una indemnización adicional por otros daños (morales y materiales) conforme a la legislación civil (las normas de responsabilidad civil del Código Civil) cuando la lesión del derecho

fundamental haya causado estos otros daños? ¿O están todos los posibles daños ya incluidos en la indemnización tasada del ET?.

La Sala 4.^a del TS (especializada en el orden Social; de lo Social) modificó definitivamente su primera jurisprudencia contraria a admitir tal compatibilidad; en concreto, deben referirse esencialmente las Sentencias del TS (4.^a) de 17 de mayo de 2006, 7 de febrero de 2007 y 20 de septiembre de 2007, que ha venido a establecer lo que ya era doctrina consolidada en la Sala 1.^a de lo Civil del TS y que constituye la doctrina actual.

En la Sentencia de 17 de mayo de 2006, reunida la Sala 4.^a en Sala General, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina promovido por la Ciudad Autónoma de Ceuta. Los hechos más relevantes eran: en el año 2000 una persona había sido contratada con la categoría laboral de agente de turismo y como persona de confianza de la Consejera de Turismo. Sin embargo, poco tiempo después la Consejera le encomendó tareas de camarero exigiéndole servir a los invitados en las recepciones oficiales, en alguna ocasión tuvo que suspender sus vacaciones a requerimiento de la misma, con frecuencia era requerido para llevar la ropa de la Consejera a la lavandería, a ir a pagar el alquiler de su casa, ir a la modista, fue cambiado varias veces de mesa y ubicación, etc.

A resultas de todo ello le fue diagnosticado un trastorno adaptativo ansioso depresivo provocado por el estrés laboral que produjo su baja desde 2002, e interpuso una demanda contra la Ciudad Autónoma de Ceuta solicitando la extinción de su contrato de trabajo por acoso moral, con la indemnización establecida en el ET para estos casos, más una indemnización de 60.101 euros en concepto de daños y perjuicios derivados de la violación de un derecho fundamental. En primera instancia se desestimó la demanda, que fue recurrida y en segunda instancia se estimó la demanda concediendo una indemnización por la extinción del contrato de trabajo (14.330,55 euros) y otra indemnización (20.000 euros), por los daños materiales y morales sufridos.

La Ciudad de Melilla recurrió entonces al TS en casación por entender que existían sentencias contradictorias en los tribunales de segunda instancia, pero el principal problema que se le plantea al TS es la existencia de la STS (4.^a) de 11 de marzo de 2004, también de la Sala General, dictada en un caso similar de acoso laboral y en la que había denegado la dualidad de indemnizaciones. El TS salva su doctrina anterior (la de la STS de 11 de marzo de 2004) acudiendo a un argumento muy peregrino: que en esa sentencia se reclamaba otra indemnización con base en el art. 1101 CC (la norma básica en materia de responsabilidad civil contractual), mientras que en el supuesto ahora enjuiciado la otra indemnización se pedía por violación de un derecho fundamental. Pero la *ratio* de la sentencia aparece con claridad en su Fundamento de Derecho Sexto:

“Cuanto antecede pone de manifiesto la concurrencia en el caso de autos, de una situación de acoso laboral determinante de una lesión psíquica en la persona del trabajador que, por sí misma, y con independencia de las consecuencias laborales que ha de producir, constituye, sin duda alguna, una lesión de derechos fundamentales del mismo que, sustancialmente, se contraen a un ataque frontal a la dignidad personal del trabajador demandante de autos, lo que debe merecer del Órgano Judicial, a tenor de lo previsto en los, ya mencionados, artículos 180, 181 y 182 de la [Ley de Procedimiento Laboral](#), la respuesta consiguiente a la violación del derecho fundamental lesionado. En este sentido son de citar las [sentencias de esta Sala, de 12 de junio de 2001 –rec. 3827/00– y 21 de junio de 2001 –rec. 1886/00–, en las que modificando un criterio](#)

jurisprudencial anterior que se recoge, entre otras varias, en la [sentencia de 3 de abril de 1997](#) –rec 3455/96– admitió la posibilidad del ejercicio conjunto en un solo procedimiento de la acción extintiva del contrato y de la reclamación por lesión de un derecho fundamental. Esta posibilidad, tampoco, se excluye, precisamente, en nuestra reiterada [sentencia de 11 de marzo de 2004](#), dictada en Sala General, para la que lo único rechazable es que quepa el ejercicio de una acción resarcitoria, «ex» artículo 1101 del [Código Civil](#), al margen de la indemnización tasada que se prevé en el Estatuto de los Trabajadores para los casos de extinción contractual por voluntad del trabajador. Negar, en el presente caso que se ha producido con la conducta empresarial un atentado al derecho fundamental a la dignidad personal del trabajador demandante y una propia y verdadera actuación de acoso laboral, sería desconocer la realidad de la situación enjuiciada e ignorar, asimismo, que, en la misma, no solo deben ser valorados los daños y perjuicios derivados de la extinción contractual ejercitada en la demanda rectora de autos, sino, también, los daños materiales y morales que comporta la enfermedad psíquica que, a consecuencia del comportamiento empresarial, tiene que soportar el trabajador que postula la extinción de su contrato laboral y que, por sí mismos, constituyen la violación de un derecho fundamental. En situaciones, como la contemplada en el presente recurso han de valorarse, con separación los daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de trabajo y aquellos otros inherentes a la lesión del derecho fundamental del trabajador que se concretan en el padecimiento psíquico derivado del comportamiento empresarial que genera la extinción contractual. No es lo mismo la contemplación de una extinción contractual de un trabajador que permanece en situación de sanidad física y mental, de aquella otra en la que, el mismo, queda aquejado de un trastorno psíquico a causa de la conducta empresarial determinante de la extinción contractual operada conforme al art. 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores”.

No obstante, es de agradecer que semejante argumentación de un fallo que nos parece correcto no pasara desapercibida para todos los magistrados del TS. Dos de ellos formularon un voto particular, que como suele ser habitual, presenta un mayor interés que la propia sentencia:

“El voto se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO. Nuestra discrepancia con la sentencia recurrida no se refiere al fallo, sino a la fundamentación jurídica y sólo en la medida en que ésta no ha rectificado la doctrina de la [sentencia de 11 de marzo de 2004](#). En esta resolución, que sigue el criterio de la [sentencia de 3 de abril de 1997](#), se trataba también de un trabajador que, como consecuencia de una situación vejatoria en el trabajo, había tenido que pedir la extinción de su contrato y le había sido reconocida luego en una pensión de incapacidad permanente absoluta por un proceso depresivo derivado de aquella situación. La reclamación de una indemnización por los daños asociados a su afección psíquica fue rechazada, razonando que el actor ya percibió por la resolución de su contrato una indemnización legalmente tasada, sin que pueda acumularse a ésta otra indemnización, que alargaría «indebidamente el cauce indemnizatorio, sancionando el único comportamiento ilícito empresarial por dos vías pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos y cuya actuación aislada y separada conduciría, contra toda lógica, a sancionar dos veces un mismo hecho de incumplimiento». Por el contrario, la sentencia dictada en este recurso en un caso prácticamente idéntico, en el que una persona que ha sido objeto de acoso moral en el trabajo ejercita la acción de resolución del contrato de trabajo solicitando la correspondiente indemnización más

otra derivada del acoso moral del que ha sido objeto y que le ha provocado un trastorno ansioso depresivo, confirma la estimación de la demanda y el reconocimiento de las dos indemnizaciones, considerando que ambas son compatibles porque una responde a la extinción del contrato de trabajo y otra a la lesión de un derecho fundamental, que sería sin duda el derecho a la integridad moral que recoge el art. 15 de la [Constitución](#), pues la dignidad de la persona no es propiamente un derecho fundamental, aunque, según el art. 10 de la Constitución, sea fundamento del orden constitucional.

SEGUNDO

En nuestra opinión el que en un caso se invocara expresamente la lesión de un derecho fundamental y en el otro no hubiese tal invocación, no es una diferencia relevante. En primer lugar, porque en los dos casos se vulneró el derecho fundamental a la integridad moral con un tratamiento degradante que ha producido lesiones psíquicas y el hecho de que no se alegara la norma constitucional –en el marco además de un proceso en el que no es necesario fundar jurídicamente la demanda– no justifica el rechazo de la pretensión. En segundo lugar, porque la lesión del derecho fundamental no crea el daño indemnizable; es simplemente una calificación adicional del ilícito que lo ha producido, que no será sólo un incumplimiento contractual, sino también incumplimiento de una norma constitucional. Es lo que la doctrina constitucional denomina la «pluriofensividad» de determinadas conductas. La lesión de la norma constitucional que se une a la vulneración de un deber contractual [art. 4.2 e) del [ET](#)] puede justificar tratamientos privilegiados en el orden procesal (proceso de tutela y recurso de amparo), pero no produce un daño específico e independiente. El daño lo produce una determinada conducta, con independencia de cómo califiquemos jurídicamente ésta, pues no estamos ahora ante el problema del alcance de la obligación de reparación en términos de la ponderación de los criterios subjetivos de imputación (art. 1107 [CC](#)). En este sentido el daño es algo que pertenece a la realidad física o psíquica. Lo que se debate es si, aparte del daño que produce la conducta empresarial vejatoria, al obligar al trabajador a extinguir su contrato de trabajo (la pérdida del empleo), hay otro daño que deba también ser indemnizado (el sufrimiento moral y sus secuelas psíquicas) y esos daños indemnizables son, como tales, independientes de la calificación jurídica del incumplimiento (constitucional o meramente contractual). Al trabajador se le indemniza porque ha sufrido un daño y porque la conducta que lo ha producido es ilícita. Pero a efectos de la reparación es indiferente que la conducta ilícita lo sea por violación de una norma constitucional o por violación de una obligación contractual. Para excluir la indemnización, sólo sería relevante que la conducta empresarial fuera lícita. No es posible privar al trabajador de la indemnización que le corresponde, porque no haya invocado un precepto constitucional. Lo que está tasado en el ordenamiento laboral es la indemnización por extinción del contrato de trabajo; no las indemnizaciones por daños producidos al margen de esa extinción y que pueden concurrir con ella. Por ello, estimamos que la sentencia debería haber rectificado la anterior doctrina de la Sala, reconociendo que en los supuestos de conductas empresariales vejatorias es posible percibir, junto a la indemnización que pueda corresponder por la resolución del contrato, otra indemnización por los perjuicios morales producidos por esas conductas”.

A partir de esta sentencia se dictan dos más en el año 2007 que vienen a avalar tanto el fallo en sí (compatibilidad de indemnizaciones) como (muy discutible) la fundamentación jurídica. La STS (4.ª) de 17 de mayo de 2007 trató del caso de una jefa de inspección de la cadena de alimentación DIA que, por diversos motivos familiares y

de salud (entre ellos, tuvo a su tercer hijo), solicitó una reducción de su jornada de trabajo, contestando la empresa que su puesto era incompatible con tal reducción, por lo que fue pasando a desempeñar otro tipo de actividades. Se interpuso una demanda sobre extinción del contrato de trabajo por la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, lo que dio lugar a la sentencia de primera instancia, que concedió una indemnización de 69.433 euros.

Sin embargo, los hechos que rodearon la extinción de su contrato habían provocado en la trabajadora un “trastorno depresivo melancólico”, lo que le llevó a iniciar un nuevo proceso reclamando otra indemnización sobre la base jurídica de los arts. 1101 CC y 15 de la Constitución Española (derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral). En este caso, en primera instancia se desestimó la demanda, entre otras razones, por entender inexistente la acción y por existencia de cosa juzgada. Recurrió la demandante y el tribunal de segunda instancia desestimó estas excepciones y ordenó devolver las actuaciones al Juzgado para que dictara sentencia sobre el fondo. Contra esta sentencia, la empresa DIA interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, trayendo a colación, la STS de 11 de marzo de 2004. Fue un argumento principal esgrimido por la Empresa que la demandante basaba su demanda en el art. 1101 CC, pero ello fue salvado por el TS sobre la base de que también se esgrimía el art. 15 CE, y con ello, la lesión de derechos fundamentales (acoso moral), de manera que se entendió conculcado el derecho a la dignidad del trabajador y también el derecho a su integridad física y moral

Por otro lado, la STS (4.ª) de 20 de septiembre de 2007 se refirió a otro caso de acoso moral sufrido por la ayudante de biblioteca de un Ayuntamiento, que sufrió diversas agresiones de varios jóvenes que frecuentaban dicha biblioteca, llegando el Ayuntamiento incluso a contratar un vigilante jurado, que después fue retirado y continuaron las agresiones y vejaciones a la trabajadora. Todo ello desembocó en una incapacidad temporal por trastorno por estrés postraumático, por lo que la trabajadora solicitó la extinción de su contrato de trabajo conforme al 50 ET, solicitando una indemnización adicional de 30.000 euros. El Juzgado desestimó la demanda en primera instancia, pero recurrió y le fue concedida una indemnización de 7004,91 euros, pero no le concedió indemnización adicional alguna por entender que no se trataba de un proceso de tutela de derechos fundamentales. Recurrió en casación para la unificación de doctrina la demandante y el TS le concedió una indemnización adicional de 6193,84 euros, sobre la base de la misma argumentación jurídica de las sentencias anteriores.

Lo curioso del caso es que no se le concedió indemnización por daño moral, sino por la incapacidad temporal (131 días de bajo a razón de 47,28 euros/día, tal y como se establece en el Baremo de los daños personales derivados de accidentes de circulación, por día de baja impositivo, que era el criterio propuesto por la propia trabajadora y que suele aplicarse voluntariamente por los tribunales a otros supuestos de daños personales no derivados de accidentes de tránsito).

Finalmente debe señalarse que el art. 183.3 de la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que establece con claridad (en caso de vulneración de derechos fundamentales) que “*esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales*”.

4. EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN, CIVIL O SOCIAL, COMPETENTE EN ESTA MATERIA

Ya sabemos que inicialmente los tribunales civiles, sobre la muy discutible idea de la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y 1903 CC) del empresario en estos casos (también sobre la base de la histórica *vis atractiva* que se viene arrogando la jurisdicción civil), se habían venido considerando competentes para resolver las reclamaciones indemnizatorias derivadas de accidentes de trabajo, pues el recurso a la responsabilidad “extracontractual” era la vía para eludir los términos claros de la entonces vigente Ley de Procedimiento Laboral de 1995, que sometía a la jurisdicción social las cuestiones litigiosas que se promuevan “*entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo*”, con el consiguiente resultado de aplicación de la tesis de la acumulación absoluta de indemnizaciones civiles y laborales.

Sin embargo, con posterioridad y paulatinamente, sobre todo a partir de finales de los años 90 (y tras la intervención en diversas ocasiones de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo), los tribunales civiles vinieron aceptando la competencia exclusiva de la jurisdicción social o laboral cuando la responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo se basa exclusivamente en el contrato de trabajo. En otras palabras, la jurisdicción civil no es competente ya cuando el accidente se produce por incumplimiento del contrato de trabajo por parte del empresario.

Un aspecto central del problema fue la discusión sobre si la obligación de seguridad e higiene forma parte del contrato de trabajo, de manera que su incumplimiento supone un incumplimiento del contrato mismo, y por ende, resultaría de la competencia exclusiva de la jurisdicción social el conocimiento de las demandas de responsabilidad civil de ello derivadas. La cuestión parece definitivamente zanjada por la Sala de lo Civil del TS en las sentencias de 5 y 15 de enero de 2008, 19 de febrero de 2008, 23 de abril de 2009 y 30 de junio de 2009, entre otras, que han venido a declarar la competencia exclusiva de la jurisdicción social en estos casos, con independencia de las normas en las que los abogados de los demandantes funden sus pretensiones.

Taxativa es la STS de 15 de enero de 2008 (del Pleno), que fue dictada con la intención de establecer una doctrina definitiva sobre esta materia (FD quinto):

“Esta Sala considera que en estos supuestos de reclamaciones civiles como consecuencia del incumplimiento de una relación laboral creada por un contrato de trabajo, para deslindar la competencia es decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o bien a una conducta ajena totalmente al contrato de trabajo. En el ilícito laboral el fundamento para imputar la responsabilidad se halla en la infracción de una norma reguladora de esta materia, ya sea estatal, o colectiva. Para delimitar el incumplimiento laboral se debe estudiar, por tanto, si existe la infracción del deber de protección y la calificación de los hechos, en los que se requiere que el empresario actúe como tal. Por ello, para que sea competente la jurisdicción civil, el daño ha de deberse a normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral, puesto que, cuando exista un incumplimiento de dicha relación, deberá declararse la competencia de la jurisdicción social.

A juicio de esta Sala, por consiguiente, habrá incumplimiento del contrato de trabajo en aquellos casos en que se vulneren las normas voluntarias, colectivas o legales, reguladoras del mismo, porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1258 CC, los contratos obligan desde el momento de su perfección “[n]o sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Y por ello, las obligaciones

relativas a la seguridad de los trabajadores forman parte del contenido del contrato de trabajo según las normas legales que lo regulan (...)”.

El último paso en este sentido lo ha dado el art. 2b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que atribuye a este orden jurisdiccional las cuestiones litigiosas:

“b) En relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente”. Está por ver si la Sala 1.^a de lo Civil del TS sigue también este criterio, pues su sentencia de 23 de abril de 2009 (Pleno) estableció exactamente lo contrario: la competencia de la jurisdicción civil cuando se demanda, junto al empleador, a una empresa que no tiene relación laboral con el lesionado.

5. OTRAS CUESTIONES RELATIVAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN ESTE ÁMBITO

5.1. Responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva o por riesgo

En el Derecho español la responsabilidad civil derivadas de accidentes de trabajo siempre ha sido una responsabilidad basada en la culpa, conforme a las reglas generales del CC en esta materia. Y esto lo fue así desde el CC de 1889 y aun después de aprobarse la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, puesto que tras ella y sin perjuicio de la responsabilidad objetiva tasada y automática, el recargo de prestaciones (que suponía realmente el comienzo de la responsabilidad civil del empresario en sentido propio) exigía prueba cumplida de la culpa o dolo del empresario para su procedencia.

Si a ello se añadía que los tribunales venían exigiendo que fuera el trabajador (o sus familiares) quienes habían de probar la concurrencia de dicha culpa, se explica entonces que, ante semejantes dificultades, el trabajador se contentara con la indemnización mínima tasada frente a su empresario y apenas existan demandas pidiendo una indemnización adicional incluso cuando el principio de inmunidad del empresario ya había sido desechado. Por ello, hay que esperar hasta los años 70 del siglo pasado, cuando en la jurisprudencia se empieza a abrir paso la idea de la inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador (presunción de culpa del empresario), para encontrar un número significativamente importante de pronunciamientos jurisprudenciales sobre la responsabilidad civil del empresario.

La presunción de culpa del empresario suele defenderse como la restauración de un equilibrio procesal entre las partes, pues no hay que olvidar que el principio basado en la culpa, tal y como fue concebido en el CC favorecía desproporcionadamente al empresario si éste ni siquiera tenía que demostrar que hizo cuanto estaba en su mano para prevenir y evitar el daño, recayendo todo el esfuerzo probatorio en quien era ajeno al control de la actividad empresarial (el trabajador). No es casualidad que todo ello coincidiera con un momento histórico en el que una incipiente clase social (la burguesía) estaba invirtiendo ya sus capitales en la creación de fábricas (textiles y de otro tipo) y era previsible (de hecho, ya estaba ocurriendo) que se convirtieran en una importante fuente de daños, sobre todo a los propios trabajadores (la implantación del

maquinismo, por ejemplo), de manera que, en la práctica, la culpa funcionaba como un límite a la responsabilidad de los empresarios.

Tampoco es casualidad que la idea del “riesgo empresarial” como fundamento de la responsabilidad civil surgiera también en el ámbito de los accidentes de trabajo (en Francia, para después extenderse en Europa) y cristalizara en las leyes reguladoras de los accidentes de trabajo, reconociendo indemnizaciones objetivas, automáticas y tasadas (otra cuestión era el fundamento de una responsabilidad adicional a la mínima tasada y aquí la lógica era la propia de los sistemas generales de responsabilidad civil).

A partir de aquí es sorprendente la evolución de la jurisprudencia de la Sala Civil del TS (que se había arrogado ya competencia en la materia), que rápidamente pasa de establecer, como se ha dicho, una presunción de culpa a “copiar” el título de imputación de las prestaciones públicas de la Seguridad Social en este ámbito, esto es, a reconocer también en el ámbito propiamente de la responsabilidad civil, una llamada “responsabilidad cuasi-objetiva o por riesgo” en la aplicación del art. 1902 CC (que era la vía, como se recordará, para declararse competente en la materia), cuando este precepto claramente dice que “*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

Por eso, no es descabellado decir que en la década de los 80 y 90, en que se consolida definitivamente esta idea (aunque con “idas y venidas” y nunca de forma unánime) la Sala de lo Civil del TS vulnera sistemáticamente el art. 1902 CC en aquellos casos (muy frecuentes) en los que riesgo empresarial sea el fundamento único de la imputación de la responsabilidad al empresario, olvidando que una responsabilidad objetiva o por riesgo corresponde establecerla en exclusiva al legislador, que suele tener su fundamento en el ejercicio de actividades especialmente peligrosas (esta era otra de las razones claras por las que los abogados de los demandantes preferían la jurisdicción civil). Una buena muestra de ello lo constituye la Sentencia del TS (1.ª) de 31 de diciembre de 2003, que no sigue el criterio mayoritario de responsabilidad por riesgo y que es consciente del obstáculo que constituye para ello el art. 1902 CC (FD quinto):

- “*Antes de analizar jurídicamente los hechos probados conviene precisar que el objeto del litigio no consiste en si los perjudicados por la muerte del Sr. Jesús Ángel en accidente de trabajo tienen o no derecho, en abstracto, a una indemnización, sino en si la empresa para la que éste trabajaba, o alguno de sus empleados, incurrió en culpa o negligencia que, conforme a los artículos 1902 y 1903 del [Código Civil](#), obligue a dicha empresa a una indemnización fundada en su responsabilidad propia; en otras palabras, los perjudicados reciben las prestaciones que les corresponden de la Seguridad Social y, además, han sido indemnizados en virtud de los dos seguros de accidentes, uno obligatorio según convenio y otro voluntario, contratados por la empresa en beneficio de sus trabajadores; de ahí que en este juicio civil se trate de determinar, única y exclusivamente, si de la muerte del trabajador fue responsable su empresa o algún empleado de ésta y por tal razón debe la empresa pagar alguna cantidad orientada a la íntegra reparación del daño que la muerte del trabajador fallecido produjo a su mujer y a su hijo.*
- *Para llevar a cabo dicho juicio deben tenerse en cuenta las consideraciones de la [sentencia de esta Sala de 8 de octubre de 2001](#), sobre el ámbito de la responsabilidad civil del empresario, anteriormente transcritas en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia de casación, consideraciones fundadas en el precedente representado por la [sentencia de 18 de noviembre de 1998](#) y especialmente atentas al elemento de la culpa o negligencia como factor de*

imputación del empresario que debe quedar necesariamente probado en cuanto presupuesto o requisito necesario de su obligación de indemnizar.

- *Cierto 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](#), 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](#), 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](#), 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 [8](#) y [16-10](#) y [6-11-01](#); línea jurisprudencial esta 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)».*

Y es que el art. 1902 CC exige analizar y probar (con independencia de a quién corresponda, si al empresario o al trabajador) si se habían cumplido en el caso concreto los deberes de protección y seguridad frente al trabajador lesionado (o fallecido), que fundamenta la idea de culpa en este ámbito, que es lo que generalmente y con mayor rigor vienen haciendo los jueces del orden jurisdiccional social en esta materia y que ahora seguirán haciendo en exclusiva. Cuentan para ello también con una norma clara, como es el art. 96.2 de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social respecto a la carga de la prueba en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: “*En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira*”.

5.2. Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual

No debería ser necesario insistir en que la responsabilidad del empresario frente al trabajador y derivada de un accidente de trabajo es una responsabilidad típicamente

contractual, bien porque se entienda que los deberes de protección o seguridad e higiene en el trabajo frente a los riesgos laborales forman parte (imperativamente) de la relación laboral entre ambos, bien porque se entienda que tales deberes se incluyen, de manera accesoria y sobre la base de la buena fe (art. 1258 CC), en el propio contrato de trabajo. Y es que a pesar de la reiteración con la que la Sala Civil del TS ha venido residenciando esta responsabilidad en el art. 1902 CC (responsabilidad extracontractual) para justificar su propia competencia, siguiendo el planteamiento de los abogados demandantes, no deben plantearse dudas al respecto.

Las diferencias de régimen jurídico entre uno y otro tipo de responsabilidad pueden ser importantes, por ejemplo, respecto al plazo de prescripción (un año para la extracontractual y quince para la contractual). Sin embargo, en el ámbito de los accidentes laborales, el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) establece en su art. 59 un plazo de prescripción de un año para las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado un plazo especial (como es este caso), a contar desde el día en que la acción pudo ejercitarse.

Cuestión diferente es que siempre se haya admitido la posibilidad de que un accidente laboral haya sido causado por un tercero distinto del empresario, como en el accidente *in itinere* causado por un tercero o en los daños causados exclusivamente por los compañeros del trabajador lesionado, en cuyo caso la responsabilidad civil será claramente extracontractual.

6. LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DE ASISTENCIA SANITARIA Y DE LAS ENTIDADES GESTORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL PÚBLICA

El círculo la responsabilidad civil derivada de accidentes laborales debería cerrarse reconociendo a las entidades gestoras de la Seguridad Social un derecho de repetición (es dudoso si mediante un derecho de reembolso o si mediante una subrogación) contra el responsable (por culpa o dolo) del accidente para recuperar las cantidades abonadas al trabajador o a sus familiares más cercanos, de manera que ésta sea otra de las fuentes de financiación de este sistema de compensación, junto a las cotizaciones de trabajadores y empresarios y al presupuesto público.

Porque si esto no ocurre así y el empresario tuviera derecho a descontar de la indemnización adicional debida al trabajador las cantidades ya percibidas por éste de la Seguridad Social (tesis impuesta por la jurisdicción social, sobre la base del enriquecimiento injustificado que en caso contrario experimentarían el trabajador), sin un paralelo deber de reintegro, entonces quien se enriquece injustificadamente a costa del erario público es el causante y responsable del daño, que ve limitada su responsabilidad. En el caso de que éste fuera el empresario del trabajador lesionado la cuestión puede ser dudosa (pues podría pensarse que, al fin y al cabo, el empresario ya contribuye al erario público mediante el pago de sus cotizaciones), pero resulta muy grave cuando el responsable es un tercero, puesto que éste nada ha contribuido al sistema de compensación (salvo vía impuestos, como cualquier ciudadano). No es de extrañar que en esta tesitura y cuando exista necesidad de elegir entre dos malas opciones, el profesor PANTALÉON PRIETO prefiera entonces la tesis de la acumulación de indemnizaciones establecida por los tribunales civiles, pues es preferible enriquecer a la víctima (que también paga cotizaciones sociales) que al tercero causante del daño.

Y es que esta es la situación que viene ocurriendo en España a tenor del art. 127.3 del Texto Refundido de la LGSS, que únicamente reconoce a la Seguridad Social el derecho

a reclamar “*el coste de las prestaciones sanitarias*” que hubiere satisfecho, pero no el resto de conceptos (las prestaciones por incapacidad, por ejemplo), lo que explica las importantes limitaciones que la jurisprudencia viene imponiendo al derecho de reintegro de la Seguridad Social. Ello suele justificarse en el hecho de que tales prestaciones abonadas constituyen la contraprestación a las cotizaciones que abonan los trabajadores y las empresas, por lo que no pueden ser reclamadas por la Seguridad Social. A tenor de esta misma norma, no existen obstáculos, sin embargo, al derecho de reintegro a favor de las entidades, públicas o privadas, que hayan prestado asistencia sanitaria al trabajador lesionado.

De alguna manera, viene a pensarse que tales cotizaciones sociales vendrían a ser la “prima” de un seguro contratado con la Seguridad Social pública, por lo que deben quedar inmunes al derecho de reintegro tanto los trabajadores (aun también responsables del accidente, como beneficiarios de una especie de seguro de daños) como los empleadores (cuya responsabilidad queda asegurada). Otros autores señalan que probablemente la negativa a admitir una acción de reintegro (salvo respecto a los gastos sanitarios) se encuentre en la distinta causa a que responden ambas acciones, una basada en la cobertura pública prestada por la Seguridad Social y la otra en la culpa o dolo del responsable del accidente, y abogan por aplicar en este ámbito la acción de subrogación que reconoce la Ley de Contrato de Seguro al asegurador de los daños, que se subroga en la posición del dañado frente al responsable (YZQUIERDO TOLSADA). Una norma como el art. 69 a) de la Ley chilena bastaría para solucionar buena parte de los problemas: “*Cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las siguientes reglas: a) El organismo administrador tendrá derecho a repetir en contra del responsable del accidente, por las prestaciones que haya otorgado o deba otorgar (...)*”.

En todo caso y respecto al Derecho español, debería quedar claro el rechazo a toda argumentación contraria a admitir el más amplio derecho de reintegro cuando el responsable es un tercero distinto del empresario, lo que no es nada seguro.

7. CONCLUSIONES

La historia más reciente sobre la responsabilidad civil por accidentes laborales y enfermedades profesionales en España en los últimos tiempos puede (lamentablemente) resumirse como un abierto enfrentamiento entre dos órdenes jurisdiccionales por imponer su competencia, y como efecto de ello, sus criterios o forma de entender la responsabilidad civil en este ámbito, porque la competencia determinaba en buena medida el tipo de responsabilidad (contractual o extracontractual, con importantes repercusiones a su vez), el criterio de imputación subjetiva (por culpa o por riesgo u objetiva) y hasta la extensión de dicha responsabilidad (compatibilidad o incompatibilidad de prestaciones e indemnizaciones).

Con la (parece) resolución definitiva del conflicto, quizás ahora ya es posible responder con cierta claridad a cuáles son las ideas básicas que nuestro legislador y nuestros Tribunales de justicia tienen al respecto (como se planteó al comienzo de esta lección) y que pueden exponerse así:

1.^a) Se trata de una responsabilidad que atiende a la reparación íntegra del daño y que no reconoce un principio de inmunidad del empresario, por lo que

2.^a) Son compatibles (con deducción de partidas) las prestaciones, objetivas, automáticas y tasadas, del sistema público de Seguridad Social con las indemnizaciones basadas en las normas de responsabilidad civil, hasta alcanzar la reparación del íntegro daño causado al trabajador o a sus familiares más cercanos (al margen queda la cuestión del recargo de prestaciones).

3.^a) La responsabilidad civil (no las prestaciones) se basa en la culpa presunta del empresario (claramente desde la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social), debiendo excluirse una responsabilidad por riesgo de empresa también en este ámbito.

4.^a) Se reconoce un limitado derecho de reintegro a favor del sistema público de Seguridad Social frente al responsable del accidente laboral o enfermedad profesional (incomprensiblemente, limitado al coste de las prestaciones sanitarias).

5.^a) La jurisdicción social es competente de manera exclusiva para resolver las cuestiones litigiosas derivadas de los tres primeros puntos.

8. BIBLIOGRAFÍA

-ALFONSO MELLADO, C. L., “Manifestaciones de la responsabilidad empresarial en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, en *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, (Núria Pumar Beltrán, Coord.), Ed. Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 13 y ss.

-BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, págs. 694 y ss.

-CARRANCHO HERRERO, M.^a T., *Responsabilidad civil del empresario en el ámbito de los riesgos laborales*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

-CAVANILLAS MÚGICA, S., comentario a la STS de 30 de octubre de 1990, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 24, septiembre/diciembre 1990, págs. 1143 y ss.

-CASAS PLANES, M.^a D., *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o mobbing*, prólogo de M. Martín Casals, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2013.

-DESDENTADO BONETE, A., “Responsabilidad por los accidentes de trabajo: prestaciones de la seguridad social, recargo e indemnización civil adicional”, en *La responsabilidad civil del empresario... cit.*, págs. 59 y ss.

-DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. V (La responsabilidad civil extracontractual), Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2011.

-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *Los riesgos laborales. Doctrina y jurisprudencia civil*, prólogo de F. Pantaleón Prieto, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

-PANTALEÓN PRIETO, F., comentario a la STS de 6 de mayo de 1985, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 8, abril/agosto 1985, págs. 2609 y ss.

-YZQUIERDO TOLSADA, M., “Responsabilidad civil por accidentes de trabajo”, en *Tratado de Responsabilidad Civil* (L. Fernando Reglero Campos, Coord.), Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2006, págs. 1665 y ss.