

El sudor de la frente y el daño moral

Comentario a la STS, 1ª, 22.9.2004

Fernando Gómez Pomar

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

264

Abstract

La sentencia del Tribunal Supremo de 22.9.2004 (MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez) enjuicia un caso en el que se indemniza el daño moral derivado de la pérdida del puesto de trabajo a causa del incendio ocurrido en la planta industrial donde se desarrollaba aquel. Para resolver el caso, además de consideraciones acerca del daño moral, el Tribunal Supremo realiza una arriesgada excursión en el terreno de la delimitación de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva (o por riesgo, como prefiere de ordinario denominarla la Sala 1ª). En relación con ambas cuestiones, culpa y daño moral, merece la sentencia en cuestión alguna reflexión crítica, en particular porque los argumentos –los tópicos, sería acaso mejor denominación- que maneja no son, por desgracia, inhabituales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sumario

- 1. Un asunto de muchos años**
- 2. ¿Qué es objetivar la culpa?**
- 3. De nuevo daños morales como sanción y vía de escape**

1. *Un asunto de muchos años*

Del confuso e incompleto resumen de hechos que contiene la resolución comentada podría reconstruirse el siguiente relato fáctico:

En el (desde luego lejano temporalmente, como lo califica la propia sentencia del Tribunal Supremo) 15 de octubre de 1973 un incendio destruye la fábrica situada en la Calle Badajoz, 157 de Barcelona de la empresa “Cartonera Española, J. Rius S. A.”, determinando la extinción de los contratos de trabajo de diversos trabajadores de la misma (en la sentencia no se aclara si la extinción afecta a todos o tan sólo a algunos de los miembros de la plantilla de la empresa).

Como consecuencia del incendio se incoaron diligencias penales contra dos directivos de la empresa, D. Luis Manuel y D. Jesús Miguel. Contra el primero de ellos se dictó auto de procesamiento, que posteriormente se dejó sin efecto, y más tarde fue enjuiciado en juicio de falta, sobreseyéndose las actuaciones en su contra por aplicación del Real Decreto de indulto de 22 de noviembre de 1976. Contra el segundo de ellos no se llegó a dictar auto de procesamiento ni se inició procedimiento de faltas.

Posteriormente (en fecha no explicitada, supongo que por pudor, ya que sabemos que la sentencia de primera instancia recayó 16 años después de presentada la demanda civil) ocho trabajadores de la empresa, cuyos contratos se habían extinguido, entablaron demanda contra D. Luis Miguel y D. Jesús Manuel, así como contra la sociedad “Cartonera Española, J. Rius S. A.”.

En enero de 1996, previo extravío de los autos y, supongo, otras vicisitudes que retrasaron más allá de cualquier plazo disculpable la resolución judicial, el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Barcelona desestima la demanda (no se aclara el motivo, pero cabe razonablemente pensar que por prescripción). Apelada la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona rechaza la apelación, confirmando la prescripción respecto de D. Jesús Miguel, aunque no así respecto de D. Luis Manuel. La demanda se desestima, sin embargo, frente al segundo por falta de acreditación de los daños cuya indemnización se pretendía.

El recurso de casación de los demandantes combate tanto la prescripción como la falta de prueba suficiente de los daños y perjuicios reclamados. En cuanto a la primera cuestión, se alega la infracción de los artículos 1092 y 1964 CC en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende aplicable la prescripción de quince años del art. 1964 CC en los casos de responsabilidad civil *ex delicto*¹.

El Tribunal Supremo admite el recurso de casación en lo relativo a la acreditación del daño moral de los antiguos trabajadores que perdieron su empleo a causa del incendio de la fábrica de cartón

¹ Véanse Mariano YZQUIERDO TOLSADA (2002), “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en Fernando REGLERO CAMPOS (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 471 y ss; Fernando REGLERO CAMPOS (2002), “La prescripción de la acción de reclamación de daños”, en Fernando REGLERO CAMPOS (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 563 y ss.

barcelonesa aquel lejano octubre de 1973, y condena a D. Luis Manuel (no a D. Jesús Miguel² ni a “Cartonera Española, J. Rius S. A.”) a satisfacer 6.000 euros a cada uno de los demandantes.

Los fundamentos de Derecho de la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta se ocupan de tres cuestiones: prescripción, regla de responsabilidad aplicable al caso y existencia y acreditación del daño moral en las circunstancias concurrentes en los demandantes.

En cuanto al primero de tales asuntos, el Tribunal Supremo prefiere no adentrarse en el proceloso ámbito de la prescripción de la responsabilidad civil derivada de hecho que puede ser constitutivo de delito o falta, y respecto del cual se incoan diligencias penales. En relación con el finalmente condenado, D. Luis Manuel, no le hace falta pronunciarse, pues un afortunado telegrama dirigido a este antes de que transcurriera un año de la conclusión³ por sobreseimiento de la causa penal se entendió (ya por la Audiencia) que había tenido eficacia interruptiva de la prescripción, aun cuando el plazo de ésta fuera anual. En cuanto al codemandado D. Jesús Miguel, el Tribunal Supremo da por buena la aplicación del plazo anual, pues no revisa la estimación de prescripción de la pretensión que había apreciado la Audiencia⁴. Curiosamente, nada se dice en la sentencia, y nada se sabe, por tanto, de la sociedad codemandada, “Cartonera Española, J. Rius S. A.”, que hubiera debido, en buena lógica, responder de la indemnización junto con el condenado D. Luis Manuel en virtud del art. 1903.4 CC. Los muchos años transcurridos entre la demanda y la sentencia que pone fin al asunto invitan a pensar que, probablemente, la sociedad en cuestión se había extinguido tiempo atrás con un patrimonio negativo.

2. ¿Qué es objetivar la culpa?

El Tribunal Supremo hace responder al codemandado respecto del cual no había prescrito la pretensión indemnizatoria por un “moderno concepto de culpa” o por “responsabilidad por riesgo”. Y lo hace resucitando una doble línea jurisprudencial del mismo Tribunal Supremo. De

² Dando por buena frente a él, por tanto, la prescripción de la pretensión indemnizatoria que habían apreciado ya el juzgado de primera instancia y la Audiencia.

³ El Tribunal Constitucional (confirmando una posición que ya había alcanzado el Tribunal Supremo en diversas resoluciones) ha entendido que, por exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, el plazo debe comenzar a computarse desde la notificación a los afectados y titulares de la pretensión indemnizatoria de la efectiva conclusión del proceso penal: STC 220/93 (Sala Segunda), de 30.6.1993, MP: Julio Diego González-Campos.

⁴ De forma correcta, sin duda, cualquiera que sea la opinión que se sostenga acerca de la sujeción de la responsabilidad civil *ex delicto* al art. 1964 ó al art. 1968, pues en el caso de D. Jesús Miguel ni siquiera hubo procesamiento penal al que anudar la opción por el art. 1964. En el caso del codemandado, D. Luis Manuel, parece que fue el indulto real el factor decisivo que evitó su condena en juicio de faltas, lo que acaso hubiera permitido con algún mayor fundamento la utilización del plazo quinquenal por quienes piensan que tal es la solución procedente en la responsabilidad civil *ex delicto*. De hecho, esta posición es la mayoritaria en la doctrina, aunque haya sido cuestionada doctrinalmente: Mariano YZQUIERDO TOLSADA (2002), “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en Fernando REGLERO CAMPOS (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 474 y ss; Fernando REGLERO CAMPOS (2002), “La prescripción de la acción de reclamación de daños”, en Fernando REGLERO CAMPOS (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 573 y ss.

un lado, la jurisprudencia –emparentada con la que preconizaba el agotamiento extremo de la diligencia y que reinó en los 80- iniciada ya en los años 80 y primeros 90⁵ sobre el moderno concepto de culpa. Según esta interpretación jurisprudencial de la culpa, serían constitutivas de tal

“... aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende existente también conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta...”.

De otro, la del propio magistrado ponente⁶ acerca de la responsabilidad por riesgo empresarial, como regla de responsabilidad objetiva o sin culpa aplicable a las actividades empresariales esto es, actividades económicas organizadas y con ánimo de lucro, sin ulteriores requisitos o cualificaciones:

“... Que ya dentro de la responsabilidad por riesgo, tiene que abocar en la procedencia del resarcimiento, por los niveles afines a los de la responsabilidad económica, empresarial o la de aquel agente, acogiéndose así los viejos apotegmas del ibi emolumentum ubi onus o, cuius commoda eius incommoda, por lo que, ha de precisarse que dichas reglas y dicha responsabilidad objetiva, sí pueden explicarse cuando el designio de esa actividad económica instaura o crea una actividad tendente a una finalidad de agiotaje o especulación, con todo el aparato de intendencia correspondiente --medios técnicos, humanos, sociales, en fin--, pues, entonces, parece indiscutible que, ese mecanismo productor per se, provoca un riesgo que, si se consuma, debe reducir con la consiguiente responsabilidad el lucro pretendido, salvo, claro es, en los contados casos en los que sea el damnificado el exclusivo causante/culpable...”.

Ambas líneas jurisprudenciales son por completo inasumibles desde el punto de vista teórico y, tomadas en serio, tendrían consecuencias prácticas muy negativas.

La primera de ellas porque de facto implica que la regla de responsabilidad por culpa puede sumergirse, sin criterios de fundamentación ni elementos de delimitación de supuestos de hecho, y dejando un inusitado espacio a la libre apreciación judicial, en la regla de responsabilidad objetiva. En efecto, si la noción de culpa se extiende, más allá de cualquier sentido razonable, para abarcar comportamientos diligentes por hipótesis, pero que, al causar un resultado socialmente dañoso, merecen ser desaprobados y, en consecuencia, dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, estamos vaciando de sentido a la regla de responsabilidad por culpa y negligencia. Ésta se halla esencialmente fundada en el enjuiciamiento de la conducta de quien causa un daño por referencia al patrón de conducta de diligente y cuidadosa, no por referencia al resultado de la conducta, que, en el terreno de la afirmación o negación de la responsabilidad extracontractual será, por definición, un resultado de daño socialmente relevante por cuantía y calidad. Sin duda la naturaleza y magnitud del resultado de daño deben ser

⁵ Véanse, entre otras, las SSTs, 1^a, 8.11.1990 (RJ 1990\8534. MP: Jaime Santos Briz); 7.3.1994 (RJ 1994\2197. MP: José Almagro Nosete); 5.12.1995 (RJ 1995\9259. MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes); 31.12.1996 (RJ 1996/9053. MP: Pedro González Poveda); 17.9.1998 (RJ 1998\7282. MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); 1.10.1998 (RJ 1998\7556. MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes); 17.10.2001 (RJ 2001\8642. MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

⁶ SSTs, 1^a, 23.12.1995 (RJ 1995\9434. MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); 27.6.1997 (RJ 1997\5399. MP: José Luis Albácar López); 5.7.2001 (RJ 2001\4991. MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); 22.4.2002 (RJ 2002\3312. MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); 2.4.2004 (RJ 2004\1671. MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

factores que incidan en la definición de los patrones de conducta social y legalmente exigibles, pero no son, ni deben ser, el único factor.

De lo contrario, se habrá convertido de hecho la regla de responsabilidad por culpa en una universal regla de responsabilidad objetiva: el causante de daño paga. O aún peor, se habrá introducido soterradamente una regla de responsabilidad objetiva cuya aplicación queda por entero al arbitrio del juzgador: cuando en el criterio o sentido de la justicia subjetivo de quien ha de juzgar, con independencia de la conducta del agente, el resultado dañoso sea tal que merezca desencadenar la desaprobación de la conducta (no por ella misma o por la actividad en que se inserta, sino tan sólo por su resultado) y, como efecto, exigir la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, nos encontraremos, qué duda cabe, ante el establecimiento de una responsabilidad objetiva, pero sin delimitación alguna, no digamos ya razonablemente precisa, de los supuestos de hecho en que se impone.

Esta versión jurisprudencial de la tesis de la necesaria objetivación de la responsabilidad por culpa en ciertas circunstancias, va aún más allá de la más corriente en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que traduce la aproximación de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad por riesgo en una inversión de la carga de la prueba de la culpa⁷. No es que la confusión⁸ entre responsabilidad objetiva y atribución al causante del daño de la carga de la prueba de su diligencia para exonerarse de responsabilidad esté exenta de problemas conceptuales y consecuencias indeseables, muy al contrario⁹. Pero es aún más grave la inmersión incondicionada y arbitraria de la responsabilidad por culpa en responsabilidad objetiva por el resultado (aunque se la disfrace con el confuso nombre de responsabilidad por riesgo) que resulta de la jurisprudencia en la que se enmarca la sentencia que se comenta.

⁷ Véanse, entre otras, SSTs, 1ª, 14.3.1978 (RJ 1978\ 815. MP: Manuel González-Alegre y Bernardo); 5.10.1979 (RJ 1979\3241. MP: Manuel González Alegre y Bernardo); 27.4.1981 (RJ 1981\1781. MP: José Antonio Seijas Martínez); 10.5.1982 (RJ 1982\2564. MP: Cecilio Serena Velloso); 17.3.1983 (RJ 1983\1482. MP: Cecilio Serena Velloso); 14.2.1985 (RJ 1985\552. MP: José Luis Albácar López); 15.2.1985 (RJ 1985\557. MP: José Luis Albácar López); 21.11.1985 (RJ 1985\5624. MP: Matías Malpica González-Elípe); 17.7.1987 (RJ 1987\5801. MP: Antonio Sánchez Jáuregui); 19.10.1988 (RJ 1988\7588. MP: Francisco Morales Morales); 20.12.1989 (RJ1989\ 8856. MP: Pedro González Poveda); 22.4.1995 (RJ 1995\3492. MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes); 5.2.1996 (RJ 1996\1089. MP: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade); 9.2.1996 (RJ 1996\953. MP: Francisco Morales Morales); 2.4.1996 (RJ 1996\2984. MP: Pedro González Poveda); 16.4.1996 (RJ 1996\2954. MP: Teófilo Ortega Torres); 25.5.1996 (RJ 1996\3918. MP: Alfonso Villagómez Rodil); 28.5.1996 (RJ 1996\3859. MP: Teófilo Ortega Torres); 17.7.1996 (RJ 1996\644. MP: Jesús Marina Martínez-Pardo); 22.11.1996 (RJ 1996\8643. MP: Jesús Marina Martínez-Pardo); 31.1.1997 (RJ 1997\253. MP: Francisco Morales Morales); 12.12.1997 (RJ 1997\9336. MP: Alfonso Villagómez Rodil); 19.2.1998 (RJ 1998\636. MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes).

⁸ En descargo del Tribunal Supremo hay que decir que también en otros sistemas jurídicos de la Europa continental la confusión está extendida. Véase, Fernando GÓMEZ, "Burden of Proof and Strict Liability. An Economic Analysis of a Misconception", en LWOWSKI/SCHÄFER (Editores) (2002), *Liber amicorum für Claus Ott*, Gabler Verlag, Wiesbaden, pp. 204-229.

⁹ Véanse, por extenso, las razones que hacen indeseable la identificación entre responsabilidad objetiva e inversión de la carga de la prueba de la culpa, en Fernando Gómez, "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva", *InDret* 1/2001.

No menos preocupante es la línea jurisprudencial, a la que se adscribe igualmente la sentencia de 22.9.2004 objeto de estas páginas, y que fundamenta la necesidad de objetivar la responsabilidad en el carácter empresarial, sin más adjetivos, de la actividad de la que ha resultado el daño.

Porque si se piensa un poco, el viejo adagio *ubi emolumentum ibi onus* no es la mejor de las bases para prescindir de la culpa o negligencia en la regulación de una actividad mediante reglas de responsabilidad extracontractual. Como ha identificado el análisis económico del Derecho hace ya más de 25 años, la principal indicación a favor del uso de la responsabilidad objetiva en lugar de la responsabilidad fundada en el juicio de negligencia sobre la conducta del causante del daño se refiere a la peligrosidad de la actividad productora de daños¹⁰.

Así, si el volumen de actividad potencialmente dañosa del causante (cuántos kilómetros se conducen, cuántas horas vuela la compañía aérea, cuánto produce la empresa posiblemente contaminadora), y no sólo su inversión en cuidado o precaución, constituye un factor que afecta a la probabilidad de acaecimiento del daño, la regla de responsabilidad por culpa se ve incapaz de inducir en el causante los niveles de actividad socialmente más deseables. La razón estriba en el hecho de que al causante, a fin de eludir el pago de la indemnización, le basta con alcanzar el nivel de cuidado exigible, esto es, ser diligente. Si alcanza la diligencia debida no se enfrenta al riesgo de abonar indemnización alguna por los daños resultantes de su actividad, de modo que la regla de la culpa no le incentivará a adoptar el volumen de actividad más adecuado desde el punto de vista de la reducción eficiente de los daños derivados de aquélla. Escogerá, en cambio, el nivel de actividad que le resulta personalmente más ventajoso, y que será superior al más conveniente desde el punto de vista del bienestar social.

La regla de responsabilidad objetiva, por el contrario, sí fuerza al causante a internalizar el coste externo de su actividad: como, con independencia de su mayor o menor cuidado, tendrá que pagar por todo el daño causado, le conviene, por propio interés, elegir el nivel de actividad que hace máxima la diferencia entre la utilidad resultante de la actividad y el daño producido, y éste es precisamente el nivel que dicta la maximización del bienestar social. Esta ventaja frente a la de la culpa no resulta demasiado relevante cuando la actividad potencialmente generadora de daños no es en sí peligrosa, es decir, cuando se trata de una actividad que, si se realiza con la precaución requerida por el estándar de la diligencia exigible, presenta un riesgo reducido de producir daños (más técnicamente: la probabilidad del daño evaluada en el punto de la diligencia exigible es baja). Aunque el volumen de la actividad del causante supere lo deseable socialmente, el daño resultante no es significativo.

Por contra, la comentada deficiencia de la regla de la culpa sí se convierte en preocupante en relación con actividades que se pueden calificar de intrínsecamente peligrosas: en ellas, el daño esperado es importante aun cuando el agente actúe con toda la diligencia exigible. Este daño esperado puede ser alto tanto como consecuencia de la elevada probabilidad de que ocurra el daño como por la elevada magnitud de éste, aun siendo reducida la probabilidad del mismo (piénsese, por ejemplo, en una central nuclear: la probabilidad de escape puede ser pequeña si se

¹⁰ Steven SHAVELL (1980), "Strict Liability versus Negligence", *The Journal of Legal Studies*, Vol. IX, pp. 1-25.

opera con diligencia, pero si un tal evento de baja probabilidad tiene lugar, el resultado dañoso es verdaderamente catastrófico).

Tratándose de actividades inherentemente peligrosas redundaría, pues, con claridad, en interés de la sociedad que quien desarrolla la actividad no exceda los niveles de ésta que son socialmente óptimos. La consecuencia de ello sería la ventaja *prima facie* de una regla de responsabilidad objetiva para regular una actividad de esa naturaleza.

Es obvio que muchas actividades empresariales no encajan en absoluto en la noción de actividad inherentemente peligrosa que aconseja la adopción de la responsabilidad si culpa. Por el contrario, muchas actividades no empresariales sí son calificables de intrínsecamente peligrosas. Qué duda cabe que un negocio de venta al público de artículos de papelería es menos peligroso que el almacenamiento en el trastero de casa de artículos de pirotecnia o de residuos radioactivos por quien no es sino un amante de la pirotecnia o un físico nuclear aficionado. Frente a lo que proclama la sentencia que se comenta, la finalidad de lucro y la organización de medios materiales y humanos para la consecución de tal fin no hace a la actividad de empresa de por sí, ni mucho menos, actividad peligrosa que merezca la aplicación, a fin de controlar los niveles de realización de la misma, de reglas de responsabilidad objetiva. Es posible, aunque no seguro en todo caso, ni mucho menos, que, a igualdad material de actividad realizada –pirotecnia, digamos– el carácter empresarial añada una mayor dimensión y ambición en la realización de la actividad que pueda incrementar su peligrosidad, pero la equiparación general de actividad empresarial a actividad peligrosa es, con la generalidad con que la presenta la sentencia objeto de este comentario, por completo insostenible. Su adopción general por la jurisprudencia del Tribunal Supremo supondría, sin duda, una muy negativa distorsión de los efectos sobre las conductas, empresariales y no empresariales, que las reglas de responsabilidad extracontractual tratan de regular.

Otra cosa es, sin embargo, el ámbito del art. 1903.4 CC, en el que la objetivación general de la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes merece un juicio global positivo, porque aquí sí el aspecto organizativo desempeña un papel de primer orden en la imposición de responsabilidad. La ventaja comparativa –y la conveniencia de ello, además– de los Tribunales para apreciar la culpa *in eligendo* o *in vigilando* en el seno de una organización compleja, aunque la culpa se presume, es una verdadera entelequia¹¹. Sólo en casos de organizaciones simples y de omisiones de control groseras, como ocurre en la STS, 1ª, 19.7.2003 (RJ 2003/773. MP: Antonio Romero Lorenzo), en la que la responsabilidad por hecho de otro se imputa a un notario por la negligencia de un oficial de su notaría de cuyas irregularidades previas había amplia constancia por denuncias anteriores. De hecho, la retórica de la culpa *in vigilando*, que de manera no infrecuente gusta de manejar el Tribunal Supremo, puede conducir a

¹¹ Véase, Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *InDret* 3/2002.

una aplicación analógica potencialmente incontrolable de la responsabilidad *ex art.* 1903 CC fuera de sus supuestos de hecho.¹²

En descargo del Tribunal Supremo habría que decir que es más que probable que las circunstancias que rodearon al incendio de 1973 que dio origen a la controversia hicieran pensar en una posible implicación de los demandados, bien por negligencia, bien por algo peor, en la producción del hecho. De no ser así, no tiene mucha explicación la incoación de diligencias penales y el procesamiento de uno de los codemandados. Es explicable, pues, la inclinación del Tribunal Supremo a buscar y encontrar resquicios para la imposición de responsabilidad civil. Sin embargo, le bastaba haber acudido a algo que practica con asiduidad y desenvoltura el Tribunal Supremo ya desde los años cuarenta del pasado siglo. Me refiero a la inversión de la carga de la prueba de la culpa. De hecho, dado el tiempo transcurrido desde que ocurrió el suceso, es razonable pensar que la probabilidad de los demandados de ofrecer prueba del cumplimiento por su parte de la diligencia debida para evitar la producción del incendio en la fábrica era prácticamente nula, con lo que el resultado final hubiera sido idéntico, pero no se habría echado mano de dos doctrinas jurisprudenciales seriamente cuestionables –peligrosas, en realidad- en materia de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva.

3. De nuevo daños morales como sanción y vía de escape

En las páginas de InDret¹³, ya hace unos años, avancé la hipótesis de que el Tribunal Supremo emplea con frecuencia la condena a indemnizar el daño moral para sancionar conductas (socialmente o, cuanto menos, en su criterio de lo que la sociedad considera) reprobables, pero que el propio Tribunal entiende que causan típicamente, o en las concretas circunstancias del caso un impacto patrimonial negativo bajo o muy bajo, o difícilmente evaluable. Probablemente nos encontramos aquí ante una muestra más de esa actitud, si bien expresada en un caso alejado de los que habían venido siendo el núcleo central (aunque ya en los últimos años han proliferado otros grupos de casos, como los de pérdida de oportunidad de recursos procesales, o lucro cesante de personas jurídicas) de asuntos en los que la función sancionadora -o sustitutiva de los daños patrimoniales reducidos o recónditos- de los daños morales era más patente: las agresiones sexuales y las muertes de personas sin ingresos.

En el caso objeto de la sentencia de 22.9.2004 no cabe duda de que los trabajadores sufrieron un perjuicio patrimonial como consecuencia del incendio que redujo a cenizas su lugar de trabajo. Desconozco cuál era el régimen aplicable a la extinción de los contratos de trabajo por causa de fuerza mayor en el lejano 1973. En el Estatuto de los Trabajadores (art. 49.1.h) la fuerza mayor

¹² La STS, 1ª, 16.10.2003 (RJ 2003/977. MP: *Clemente Auger Liñán*), llega a plantearse si habrá culpa *in vigilando* de una hija por los daños causados por su padre jubilado (nada se dice de que pudiera estar afectado de una incapacidad no declarada judicialmente, por lo que ni siquiera la tortuosa vía del art. 229 CC era imaginable) con el que ni siquiera convivía, aunque termina exonerándola de responsabilidad (no así el JPI, que la condenó inicialmente).

¹³ Fernando GÓMEZ, "Daño moral", *InDret* 1/1999.

que imposibilita definitivamente la prestación de trabajo es causa de extinción del contrato de trabajo, si bien tal circunstancia ha de ser acreditada por la autoridad laboral (art. 51.12) y se sujeta al pago de indemnizaciones a los trabajadores afectados, en cuantía de 20 días por año trabajado con el límite de 12 mensualidades. La diferencia entre los salarios percibidos en el trabajo perdido, y los ingresos posteriores (bien los salarios percibidos en un nuevo contrato, bien los subsidios de desempleo), menos las indemnizaciones que se acaban de describir, constituiría el monto de los daños patrimoniales sufridos por los trabajadores afectados por el incendio. De hecho, en un caso similar al presente –con la notable diferencia, sin embargo, que la pretensión indemnizatoria de los trabajadores se ejercitó contra la empresa en cuyas instalaciones se produjo la explosión que destruyó asimismo la nave industrial en que desempeñaban su trabajo los demandantes- se reclamó exclusivamente el daño patrimonial, consistente en las diferencias salariales entre lo que los trabajadores habrían percibido estando en activo y lo que percibieron en situación de desempleo a causa de la extinción de los contratos de trabajo provocada por la destrucción material del centro de trabajo: STS, 1ª, 30.5.1986 (RJ 1986\2918. MP: *Rafael Pérez Gimeno*).

Es evidente que en este caso en los demandantes concurrían circunstancias similares que harían pensar en la presencia de daños de índole patrimonial semejantes a los que se acaban de describir. Y la reserva de liquidación para ejecución de sentencia que pudiera haberse realizado en la demanda no sería obstáculo para proceder a la liquidación de tales daños y perjuicios patrimoniales cuando procediera ejecutar la sentencia condenatoria a su pago (en este caso, la del Tribunal Supremo pues las de los órganos judiciales inferiores fueron ambas absolutorias). El art. 218 LEC, que veda la reserva de liquidación no es de aplicación retroactiva. Es probable, no obstante, que el largo tiempo transcurrido desde la producción del evento dañoso dificultara grandemente la acreditación de las circunstancias de hecho que permitieran acreditar la existencia del daño patrimonial y traducirlo de forma medianamente precisa en una suma de dinero.

Por ello, y a la vista de lo que probablemente fue conducta sospechosa de los codemandados en relación con el incendio, el Tribunal Supremo acude al consabido escape al rigor de la determinación de los daños y perjuicios que ofrece el daño moral. Así, la sentencia de 22.9.2004 entiende que

“...adicionan como menoscabo relevante por la extinción de sus puestos de trabajo, el llamado perjuicio «moral» a consecuencia de la «zozobra y angustia» (así se habla en las demandas acumuladas) por esa situación de desamparo en que quedaron a resultas del infortunado siniestro, detracción, pues, que no es posible descartar porque no se haya probado la misma, que es la opinión de la Sala a quo, sino que, antes al contrario, si se parte de esa realidad causante de aquellos sentimientos de frustración reseñados, es evidente que deben componer el postulado daño o perjuicio moral, cuya cuantía, a efectos de su resarcimiento no es posible imponer como carga procesal a los así damnificados, sino que, se repite, si se comparte esa realidad extintiva y su causa determinante, habrá de participarse igualmente en ambos presupuestos de deterioro anímico y, por ende, integradores del pretendido daño o perjuicio moral, para cuya cuantificación la soberanía de este Tribunal, en mor a las circunstancias concurrentes de pretérita cronología y vicisitudes en pos de los, en su caso, nuevos empleos para los interesados, la estima en la suma de un millón de pesetas o su equivalente en euros de 6.000,...”

No es descartable la presencia de un cierto componente de daño moral en sentido estricto, pues acaso esa “zozobra y angustia” de que habla la sentencia fuera real, sobre todo teniendo en cuenta las poco edificantes vicisitudes vividas por los demandantes como usuarios del servicio público de la Administración de Justicia. Pero me parece claro que el principal elemento dentro de los perjuicios padecidos por los trabajadores es la pérdida de ingresos provocada por la extinción de los contratos de trabajo a resultas del incendio en la fábrica. Cabe, incluso, entender que tal menoscabo en los ingresos es una consecuencia *in re ipsa* (lo que la sentencia que se comenta aplica, por su parte, a la zozobra y la angustia determinantes del daño moral) de los hechos indubitadamente acreditados en el proceso, pues una extinción indeseada del contrato de trabajo supone por definición una reducción en la situación patrimonial del trabajador (pues la alternativa, sea el paro u otro empleo, serán sin duda menos apreciadas) y, por consecuencia, un daño patrimonial.

El evidente exceso, tanto conceptual como retórico, del Tribunal Supremo en este caso, vendría a enterrar, metafóricamente, la maldición bíblica: el trabajo ya no es a efectos indemnizatorios tan sólo una fuente de ingresos, sino un valor no patrimonial cuya pérdida es indemnizable sin más como daño moral.