

# InDret

## *Accidentes de trabajo y precaución bilateral*

*Comentario a la SAP de Barcelona, Sección 2ª, de 2.9.2003*

**Pablo Salvador Coderch**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universitat Pompeu Fabra

**Mireia Artigot i Golobardes**  
J.S.D. Cornell Law School 2004

**Antonio Fernández Crende**  
Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper nº: 192  
Barcelona, enero de 2004

[www.indret.com](http://www.indret.com)

## *Sumario*

### 1. Antecedentes

### 2. Comentario

2.1. Negligencia civil y análisis económico normativo del derecho civil

2.2. Causación unilateral de daños

2.3. Causación bilateral de daños: *Contributory Negligence v. Comparative Negligence*

2.4. Los distintos subtipos de reglas de negligencia comparativa

2.5. Comparación entre las distintas reglas según los incentivos que generan en los distintos agentes sociales

2.6. Daños patrimoniales y daños personales: indemnización y compensación de daños

2.7. Compensación a la víctima y sanciones al causante: indemnización y prevención

## 1. Antecedentes

Los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Mataró son los siguientes:

« [S]obre las 9 horas del día 29 de julio de 1999 Enrique Pociño Ferrera estaba trabajando como oficial de 1ª en la obra sita en (...), contratado por la empresa del acusado Manuel Andrés Macías Martín, (...), y aquel día había recibido la orden por parte del acusado Sr. Macías de rejuntar las baldosas del lavadero.

Para realizar la tarea, Enrique Pociño utilizaba un caballete sobre el que se subió para llegar a la altura requerida, esto es a 2,5 metros del suelo al techo del lavadero (...)

Cuando (...) iba a bajar del caballete, perdió el equilibrio y se precipitó sobre uno de los huecos de la fachada que se encontraba sin ninguna medida de seguridad de cerramiento, cayendo al suelo por la fachada del edificio desde una altura de 3,5 metros.

Como consecuencia de la caída, [el trabajador] sufrió lesiones consistentes en fractura luxación por flexión cervical C6 y C7, síndrome medular completo de nivel C6 con preservación parcial C7, para cuya curación requirió tratamiento médico y tardaron en curar 236 días, de los cuales 182 fueron de hospitalización, quedándole como secuelas una cicatriz quirúrgica de 3 cms por 1 cm en la región cervical medial anteroinferior por traqueostomía y tetraplejia C6 y C7: cintura escapular conservada, necesidad de sillón eléctrico con aparatos para comer y alteraciones esfinterianas y urinarias. »

La Sentencia del Juzgado Penal nº 1 de Mataró, de 20.5.2003, condenó a Manuel Andrés M. M., propietario de la empresa constructora, y a Mariano R. X., arquitecto técnico de la obra, como autores de un delito de lesiones por imprudencia grave del art. 152.3 CP, a sendas penas de un año de prisión y a indemnizar conjunta y solidariamente a Enrique M. P. con 381.548 € que resulta de reducir en un 40%, en función de la contribución de la víctima al accidente, el montante total de la estimación de daño -635.913 €- y que se desglosa de la forma siguiente: 10.860 € por días de baja, 216.364,36 € por las secuelas, 60.101,21 € por daños morales, 240.404,84 € por haber obtenido la gran invalidez en vía administrativa, 90.151,82 € por los perjuicios morales a la familia y 18.030,36 € para la adquisición de una silla de ruedas; y declaró, a su vez, responsable civil directa y solidaria a la entidad "Multinacional Aseguradora", en virtud del contrato de responsabilidad civil que unía al acusado Manuel Andrés M. M. y dicha entidad, hasta un máximo de 60.101,2 €.

Para determinar el montante de la indemnización, el Juez tuvo en consideración lo siguiente:

« [E]l accidente no se produjo exclusivamente por la conducta omisiva imprudente de los acusados, sino también por la misma conducta omisiva imprudente del trabajador accidentado, quien ha declarado que sabía perfectamente, como oficial de 1ª, que no había medios de seguridad y aún así decidió realizar el trabajo subiéndose al caballete. Y no existe prueba alguna de que existiera una mínima coacción en cuanto a la declaración del acusado de que si no realizaba lo mandado le iban a despedir; y aunque así fuera, nada justifica el hecho de realizar el trabajo de la manera en que se hizo, a sabiendas de la falta de seguridad, pues la consecuencia del accidente ha sido gravísima e irreversible. Por tanto, su propia conducta imprudente deberá tenerse en cuenta en el momento de determinar la responsabilidad civil, conforme al art. 114 del CP» (F.J. 2º).

El trabajador, así como ambos condenados recurrieron en apelación, a la que se adhirió la compañía aseguradora “Multinacional Aseguradora”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, de 2.9.2003, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el trabajador, estimó el interpuesto por los condenados y les absolvió del delito de lesiones y del pago de la indemnización en tanto que:

«Si bien desde el punto de vista causal-material el accidente se produjo tanto por culpa del empresario como del trabajador, la infracción del deber objetivo de cuidado y de previsibilidad atribuible a Don Enrique P. F. fue de mayor entidad que la predicable de Don Manuel Andrés, en cuanto que fue él quien determinó en exclusiva la forma y circunstancias de su realización, determinando en última instancia el accidente producido» (F.J. 3º).

Los hechos objeto de litigio en la Sentencia de la Audiencia Provincial son reflejo de una problemática social que podemos observar en los siguientes datos estadísticos:

En España, en el año 2002 ocurrieron 1.016.670 accidentes laborales con una incidencia de 9.261,5 accidentes por cada 100.000 trabajadores. Según el *Eurostat Yearbook 2003*, en 1999 la incidencia de accidentes laborales en España fue un 47 % superior a la media en la zona euro. Recientemente, el año 2002 la incidencia en Francia fue de 5.108 accidentes laborales por cada 100.000 trabajadores y en Alemania fue de 3.307 aproximadamente, cifras muy inferiores a la española.

**Por sectores**, el que adolece de una mayor siniestralidad es el de la construcción con una incidencia de 19.196 accidentes por cada 100.000 trabajadores, más del doble de la incidencia media española. Quizás sea posible establecer una correlación positiva con la contratación temporal en el sector de la construcción que actualmente asciende a una proporción del 68 %.

**Por la forma en que se producen los accidentes**, las caídas de personas a distinto nivel constituyen el 25 % de los accidentes graves y el 14.9 % de los accidentes mortales.

(Fuente: Estadística de Accidentes de trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002; <http://www.mtas.es/estadisticas/EAT/Eat02/Index.htm>)

## 2. Comentario

### 2.1. Negligencia civil y análisis económico normativo del derecho civil

Las consideraciones que siguen analizan el caso desde el punto de vista de la regulación de la responsabilidad civil considerada como medio de control social, es decir, como instrumento de prevención de daños.

Se trata, pues, de un enfoque *ex ante*. Tradicionalmente, la responsabilidad civil se suele analizar con un enfoque *ex post*, como un medio de compensación de daños. Sin embargo, la responsabilidad civil es un instrumento muy pobre de compensación, pues resulta muy cara de administrar: a estos efectos, es mucho mejor un seguro.

Recientemente, una opinión pone el énfasis en un tercer enfoque: el potencial señalizador, que tiene la responsabilidad civil, de aquellas conductas que se empiezan a considerar indeseables y, por tanto, precisadas de control. El derecho de daños serviría así para indicar a los agentes sociales cuáles son los comportamientos generadores de riesgos que, en el futuro, deben ser sistemáticamente prevenidos y, si se concreta el riesgo en un daño, compensados.

El análisis económico **normativo** del derecho civil de la negligencia asume que los deberes de precaución exigibles son aquéllos que resultan económicamente eficientes. Desde este punto de vista, la mejor regla es la más eficiente.

El análisis económico **positivo** del derecho no asume la primacía axiológica de la eficiencia económica, sino que se limita a analizar las consecuencias, en términos de mayor o menor eficiencia, de tales o cuales reglas de derecho. En este sentido, es un análisis científico: aplica teorías contrastables empíricamente que permiten explicar y predecir la realidad.

Además, en derecho civil, el concepto de negligencia o imprudencia –ambas expresiones son sinónimas– es **objetivo**: cualquier infracción pura y simple de deberes de cuidado o de precaución. Hay negligencia civil cuando el agente incumple deberes de cuidado exigibles a una persona razonable situada en el mismo rol de aquél y en iguales circunstancias.

Más matizadamente, en derecho civil, la negligencia es objetiva para los roles sociales electivos, pero es subjetiva en los roles que no son electivos, por ejemplo, en aquellos que son condición necesaria de la socialización del agente: niño, madre, amigo, anciano ...

A continuación distinguiremos entre causación unilateral y causación bilateral o plurilateral de daños en función, respectivamente, de que el accidente se hubiera debido únicamente a la conducta del demandado o de que a su producción hubieran además contribuido la propia víctima o terceros codemandados.

### 2.2. Causación unilateral de daños

En causación unilateral, la regla es la **fórmula de Hand**, según la cual una conducta se considera negligente si el coste incurrido por el demandado en adoptar precauciones

tendientes a evitar el accidente es inferior al daño esperado que consigue evitar (*Hand Rule*:  $B < PL$ ), donde B es el coste de las precauciones puestas en práctica, P es la probabilidad del accidente y L es el daño causado.

Conviene aclarar que las unidades de valoración de coste y de daño no tienen por qué ser euros, dólares USA o cualesquiera otras unidades monetarias. Por ejemplo, el cálculo podría realizarse en años de vida saludable empleados en ser más precavidos y, a su vez, ahorrados en accidentes evitados, o en cualesquiera otras unidades que se consideren normativamente más valiosas que las usualmente utilizadas cuando se habla de eficiencia económica. La ventaja del dinero es que, aunque mal, mide casi todas las cosas y permite compensar la pérdida de algunas. Sobre esto último volveremos luego.

En puridad, la fórmula de Hand se aplica a cantidades unitarias y no a cantidades absolutas, pues se compara el efecto en reducción de accidentes que resulta de la inversión de una unidad adicional de precaución: se exige más y más precaución hasta el punto en el que el coste de una unidad adicional de precaución es mayor que el valor del daño esperado que se consigue evitar.

Por lo general, los costes marginales son una función creciente del nivel de cuidado adoptado, mientras que la función de daño marginal decrece en relación con el nivel de precaución adoptado. Por lo tanto, si se exigiera una inversión en precaución mayor que la óptima, se incurriría en costes superiores a la estimación del daño que se conseguiría evitar.

### 2.3. Causación bilateral de daños: *Contributory Negligence v. Comparative Negligence*

En causación bilateral, las distintas reglas al uso tratan de alinear las conductas precavidas de todos los posibles cocausantes de un accidente, incluyendo por supuesto a las víctimas potenciales. Desde este punto de vista, en derecho civil como en la vida misma, hay concurrencia de culpas.

Históricamente, la primera regla de causación bilateral fue la **negligencia contributiva** (*Contributory Negligence*): si el demandado y el actor, la víctima (caso de no haber fallecido como consecuencia del accidente), fueron cocausantes del daño, el primero podrá excepcionar de forma completa la contribución causal del segundo por reducida que hubiera resultado.

Si todos fuéramos iguales y pudiéramos anticipar perfectamente y al mismo coste nuestra reacción ante un riesgo, entonces la regla de la negligencia contributiva -como cualquier otra- sería óptima: un trabajador nunca sería negligente, pues sabría que, de serlo, habría de soportar los costes del accidente; a su vez, su empresario, sabiendo que el trabajador se comportaría de la manera dicha, se guardaría muy mucho de no invertir en la precaución exigible, pues en otro caso habría de responder por el daño causado.

Sin embargo, la realidad es distinta, pues no todos somos iguales: **económicamente** el empresario suele ser más rico que el trabajador y, por lo tanto, más propenso al riesgo; **sociológicamente**, el empresario también suele estar mejor situado que el trabajador para

controlar y reducir los riesgos de accidentes laborales; por último, **psicológicamente**, todos cometemos errores en el ejercicio continuado de actividades pautadas y, en casos como el que es objeto de este comentario, el error del trabajador conlleva riesgos graves de daños personales.

Actualmente, la regla dominante es la **negligencia comparativa** o compensación de culpas (*Comparative Negligence*): los cocausantes del daño –incluida la víctima, si tal es el caso– responden por el daño causado en proporción a su cuota respectiva de contribución causal. En el caso, el Juzgado de lo Penal aplicó esta regla, pues la cuantía de la indemnización fue sólo el 60% de los daños totales estimados por el Juez, ya que consideró que la conducta imprudente de la víctima había contribuido en un 40 % a su producción.

La diferencia entre las reglas de la negligencia contributiva y de la negligencia comparativa es clara: bajo la primera, la víctima no es compensada ni siquiera en el caso extremo en que su contribución a la causación del daño hubiera sido solamente del 1%, y el 99% restante fuera del demandado. En cambio, bajo la segunda, la víctima nunca se quedaría sin compensación, que se calcularía en función de la contribución neta de los demás codemandados.

#### **2.4. Los distintos subtipos de reglas de negligencia comparativa**

Hasta ahora, hemos asumido implícitamente uno de los tipos de negligencia comparativa, la denominada *Pure Comparative Negligence*, que es la que tiene en cuenta el grado de contribución causal de unos y de otros, sea cual fuere éste, y lo hemos hecho así porque tal es la regla establecida por la jurisprudencia civil española desde hace muchos años.

Pero hay otras formas o tipos de negligencia comparativa. En particular, cabe aludir a las denominadas *Modified Comparative Negligence* y *Slight-Gross Rule* del *Common Law*.

Hay dos versiones –casi coincidentes– de *Modified Comparative Negligence*: en una de ellas, la víctima que ha contribuido a causar los daños puede accionar siempre que su negligencia hubiera sido menor –*not as great as*– que la del demandado; pero en la otra solo podrá hacerlo en el caso en que hubiera sido igual o menor –*no greater than*–.

En la *Slight-Gross Rule*, la víctima carece de acción si su negligencia hubiera sido grande (¿o grave?) y la del demandado, pequeña (¿o leve?). Esta regla es el fundamento de la Sentencia de apelación, ya que, en palabras de la propia Audiencia Provincial, la conducta de la víctima fue “clamorosamente imprudente”.

## 2.5. Comparación entre las distintas reglas según los incentivos que generan en los distintos agentes sociales

Como ya hemos apuntado en el epígrafe 3, en la práctica los efectos de la aplicación de cada una de las reglas descritas son distintos, tanto *ex ante*, es decir, en relación con los incentivos a adoptar precauciones, como *ex post*, esto es, con respecto a las expectativas indemnizatorias de la víctima una vez ha ocurrido el accidente. No obstante, bajo supuestos muy restrictivos -información perfecta, costes de transacción cero, daños recíprocos, ausencia de daños a terceros e interacciones repetidas entre los agentes, que toman decisiones simultáneamente- todas las reglas, incluida una de no responsabilidad (*No Liability Rule*), son indiferentes y vence la que cuesta menos de administrar (SHAVELL (2003), *Economic Analysis of Accident Law*, National Bureau of Economic Research, Working Paper n° 9483, <http://www.nber.org/papers/w9483.pdf>, con anterioridad LANDES/ POSNER (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), p. 72 y ss). Esta situación se da en algún caso muy relevante de interacción social: la práctica de cualesquiera deportes de equipo, contacto y competición. En ellos y a poco que reflexione el lector, enseguida comprobará que la regla que se lleva la palma es la más barata de gestionar, esto es, la no responsabilidad para accidentes leves y no dolosos y responsabilidad objetiva asegurada para accidentes graves.

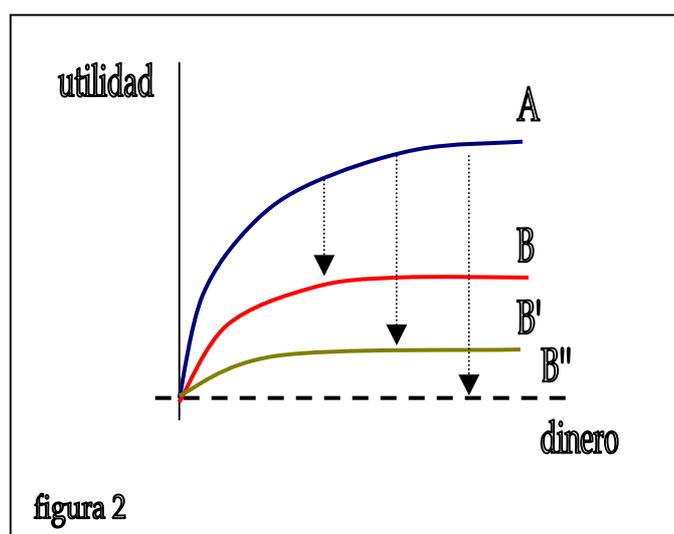
Sin embargo, la mayor parte de las actividades empresariales, lo anterior no suele ser así:

1. Hay una asimetría informativa clara a favor del empresario, quien suele estar en mejor posición que sus empleados para evitar a menor coste los accidentes laborales -aunque no siempre es así-. Por ello, los deberes de prevención de riesgos laborales deben recaer predominante aunque no exclusivamente sobre el primero. La Sentencia de la Audiencia Provincial apunta a que el trabajador conocía profesionalmente los riesgos de su actividad -ya que era oficial de 1ª de la obra- y, por lo tanto, era quien estaba en mejor posición para prever el accidente. No obstante, en la mayoría de casos no es así por muchas razones, como por ejemplo, las derivadas del rápido incremento de la tasa de actividad que ha tenido lugar en España en los últimos años, del grado alto de precariedad laboral, de la subcontratación, etc.
2. En los accidentes laborales, el daño no suele ser recíproco, sino que, normalmente, el trabajador asume los riesgos más graves de sufrir daños personales. Si ello es así, no es razonable atribuir al trabajador el deber de evitar estos accidentes además de cargar con los daños.
3. Trabajador y empresario no deciden simultáneamente, pues la organización de los factores de la producción corresponde por definición al empresario, mientras que al trabajador le resta el poder de resolver sobre aceptar o no el trabajo preordenado por el empresario. La Sentencia de la Audiencia sostiene que el trabajador aceptó el trabajo y se puso voluntariamente en una situación de peligro y, por lo tanto, es él



Como se observa en la figura 1, la víctima tiene la misma función de utilidad antes y después de sufrir el accidente que sólo le ocasionó daños patrimoniales. Si bien, *ex ante*, el individuo estaba en el punto A de la función; *ex post*, en cambio, la víctima está en el punto B, siendo  $B < A$ . Por esto, cuando la víctima sufre daños patrimoniales, su utilidad disminuye en magnitud -el individuo se desplaza a lo largo de la función que asigna utilidad a las distintas cantidades de dinero- y para resarcir a la víctima bastará con indemnizarle con una cantidad igual a D.

- b) En cambio, si la víctima sufre **daños personales** graves e invalidantes será muy difícil, y a veces imposible, situarla en el *status quo* anterior al accidente. No hay dinero en el mundo que pueda reparar las consecuencias de una tetraplejía. Económicamente esto se expresa diciendo que la víctima tendrá una nueva función de utilidad que estará situada en un nivel inferior que la original. Dicho en términos no económicos, las posibilidades reales de la víctima de disfrutar de la vida se habrán reducido enormemente y modificado sustancialmente. En términos psicológicos, habrá nacido otra persona, otro yo.



El gráfico de la figura 2 nos muestra que *ex ante* el individuo tenía una función de utilidad del dinero representada por la curva A. El accidente que le causa daños personales modifica su función de utilidad del dinero, por lo general, provoca su caída de tal forma que dada una cantidad de dinero, *ex post*, le proporcionará una utilidad muy inferior a la que le reportaba *ex ante*.

Más concretamente, pueden distinguirse dos casos, según que la víctima muera como consecuencia del accidente o quede inválida. El primer caso está representado por la función B'', que se superpone al eje horizontal. Las

personas fallecidas no disfrutaban del dinero, si a caso, sus herederos, y todo el oro del mundo no puede volver a situar a los muertos en la utilidad que disfrutaban antes del accidente mortal. En el segundo grupo de casos representado por las funciones B y B' la víctima padece graves secuelas invalidantes de más o menos gravedad -mayor en el caso de B'- . En estos supuestos la utilidad que tenía una cantidad dada de dinero antes del accidente ha disminuido mucho después del accidente como consecuencia de los daños personales que le impiden disfrutar del dinero de la misma forma que cuando estaba sana. En situaciones así tampoco es posible reponer a la víctima en los niveles de utilidad que el dinero le permitía alcanzar antes del accidente.

Ahora bien, que los daños personales sean de resarcimiento difícil o imposible no quiere decir que se deba dejar a la víctima sin indemnización alguna. Las víctimas, pese a la discapacidad que les impide disfrutar de sus bienes como podían hacerlo con anterioridad al accidente, preferirán en muchas ocasiones aceptar una indemnización a no tener nada, dado que el dinero reporta niveles de utilidad positivos. En otras palabras, la víctima está mejor - relativamente más feliz - recibiendo una compensación monetaria que sin recibirla pues "*las penas con pan son menos*".

Pero la dificultad del resarcimiento no sólo deriva del hecho de que la víctima haya perdido capacidad de disfrutar del dinero. Está también la circunstancia de que es muy difícil evaluar objetivamente y en términos económicos la pérdida misma. En el límite, la pérdida de la vida (*value of life*). Hay dos aproximaciones: la primera estima el valor de la vida en función del capital humano (*human capital*) de la víctima y, en consecuencia, tiene en cuenta el valor actual de los ingresos futuros. Esta solución es discutible, pues mide los daños personales en función de las habilidades de la víctima en vez de hacerlo de acuerdo con su sufrimiento personal (*pain and suffering*). Intentando responder a esta objeción, un segundo método propone valorar el sufrimiento personal partiendo de aquello que el trabajador hubiera estado dispuesto a pagar *ex ante* para evitar o reducir el riesgo de sufrir el accidente (*willingness to pay*). Este segundo método también tiene sus inconvenientes, pues la propensión a pagar depende entre otras cosas de la dotación inicial de la víctima potencial, así como de variables psicológicas que condicionan su propensión o aversión al riesgo, y, por último, de disonancias cognitivas obvias y bien estudiadas por la psicología. Así, en un caso en el cual el trabajador sufre una tetraplejía como consecuencia del accidente ¿cuánto habría estado dispuesto a pagar para evitar no incurrir en este riesgo?

En vista de las dificultades anteriores, los civilistas consideran varias alternativas para el caso de los daños personales:

- a) No indemnizarlos en ningún caso (solución tradicional).
- b) Dejar la fijación de la cuantía de su indemnización al arbitrio judicial (solución española actual para la mayor parte de los casos).

- c) Baremar la indemnización por ley (en accidentes de circulación, baremos introducidos por los anexos a la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados) o por la jurisprudencia (baremos indemnizatorios por cada día de prisión indebida establecidos por la Sala Tercera del Tribunal Supremo).
- d) Gestionarlos *ex ante* en la legislación, la reglamentación o la negociación laboral, en lugar de hacerlo *ex post* y caso por caso ante los tribunales. Ello exigiría excluir la posibilidad de ejercitar acciones indemnizatorias salvo dolo o culpa grave (en la línea de las prácticas alemana federal o estadounidense).

Analíticamente, dado que la gente tiene una muy reducida propensión a asegurarse por daños personales graves, puede defenderse su no indemnizabilidad, aunque nadie ignora que las víctimas que sobreviven suelen preferir ser indemnizadas en alguna medida. Conviene tener esto en cuenta para ponderar la opinión de quienes, como veremos enseguida, sugieren que no hay que indemnizar los daños personales o hay que indemnizarlos de mala manera pero que hay que imponer al causante sanciones severas.

La aplicación de la *Slight-Gross Rule* no es eficiente en el sentido de compensar a la víctima, ya que hace recaer todos los daños sobre el trabajador que ha sufrido el accidente cuando sería más conveniente que el empresario le indemnizara por los daños patrimoniales y personales, aunque estos últimos con una cantidad aproximada debido a lo difícil de su valoración.

## 2.7. Compensación a la víctima y sanciones al causante: indemnización y prevención

Las distintas reglas de responsabilidad civil, algunas de las cuales hemos resumido en este comentario, persiguen alcanzar dos objetivos: por un lado, resarcir a las víctimas por los daños sufridos, y, por otro, incentivar a los potenciales causantes de daño a que adopten precauciones óptimas.

Como acabamos de ver en el epígrafe anterior, la responsabilidad civil es un sistema de compensación muy imperfecto, sobre todo cuando las víctimas han sufrido daños personales graves, pues en tal caso es difícil calcular la indemnización compensatoria, por lo que con frecuencia la víctima resultará infra o sobrecompensada, probablemente más lo primero que lo segundo. En efecto, como hemos señalado repetidamente, para compensar daños personales muy graves sería necesaria una indemnización infinita, algo que resulta inviable.

Además, y por si fuera poco, las víctimas potenciales de daños personales muy graves no suelen contratar seguros de los que ellas mismas vayan a ser beneficiarias, pues de la misma forma que la indemnización *ex post* debería ser infinita o extremadamente elevada, la prima *ex ante* también lo sería y nadie o casi nadie está dispuesto a pagar tanto por un beneficio incierto que, de llegar a cobrarlo, no le valdría de mucho.

Sin embargo, la responsabilidad civil no es sólo un sistema de compensación de daños. También lo es de prevención de accidentes; es decir, no sólo mira a las víctimas potenciales de los accidentes sino también a sus causantes potenciales. Y desde este último punto de vista, las dificultades que encontramos y los obstáculos con que topamos para compensar íntegramente daños personales graves e irreversibles no se trasladan de la misma forma ni con la misma intensidad cuando de lo que se trata es de prevenir comportamientos arriesgados por parte de los causantes potenciales. Es decir, aunque muchas veces la responsabilidad civil compense mal o nada a las víctimas, casi siempre puede prevenir comportamientos indeseables de los causantes de daños. En la medida en que la sociedad, implícita o explícitamente, adopta decisiones que implican claras estimaciones o apreciaciones de los daños personales, tales estimaciones se pueden utilizar para incentivar a los causantes potenciales de daños a disminuir el riesgo que su conducta crea.

En todo caso, allí donde no llegue el instrumental que nos ofrecen las reglas de responsabilidad civil para prevenir conductas arriesgadas (o allí donde resulte muy costoso hacerlas llegar), podrán llegar otros medios de control social como los que configuran el derecho administrativo sancionador o el derecho penal: si asumimos que hay daños limitadamente indemnizables, pero estamos claramente interesados en prevenir los riesgos asociados a su causación, entonces podemos conminar a sus causantes potenciales con sanciones pecuniarias o inhabilitantes y, en particular y entre estas últimas, con penas de privación de libertad de prisión, de mayor o menor gravedad. Conviene resaltar que, por último, las sanciones deberán graduarse en función del riesgo creado *ex ante*, y no en función de la gravedad del daño causado *ex post*.

En el marco de la teoría general de la aplicación del derecho (SHAVELL (2003), *Economic Analysis of Public Law Enforcement and Criminal Law*, National Bureau of Economic Research, Working Paper nº 9698, <http://www.nber.org/papers/w9698.pdf>), se suele analizar qué tipo de instrumentos jurídicos -civiles, fiscales, administrativos o penales- resultan preferibles (o qué combinación de ellos es más apropiada) para alcanzar tales o cuales objetivos de política social, en el caso comentado, reducir el número y gravedad de accidentes laborales. No es éste el lugar para desarrollar esta cuestión, pero no nos gustaría finalizar el comentario sin unas observaciones finales al hilo de la teoría en cuestión:

En primer lugar, los autores del trabajo observamos que, con frecuencia y en casos como el que es objeto de este comentario, una de las partes recurre al derecho y a la jurisdicción penales para conseguir indemnizaciones económicas, es decir, para hacer triunfar una pretensión civil resarcitoria. De hecho, tal es el entendimiento de procesos de esta índole que reflejan los medios de información. Ello parece indicar que, tal vez, está ocurriendo algo así como si un carpintero usara una llave inglesa para clavar un clavo o un destornillador para extraerlo.

En segundo lugar, también nos ha parecido observar que las ofertas a la ciudadanía que formulan algunos políticos se centran de forma creciente en reclamar modificaciones de la

regulación penal para resolver problemas sociales que acaso cabría abordar con otros instrumentos de distinta naturaleza. Probablemente, muchas de las demandas a las que nos referimos están sobradamente justificadas, pero quizá no estaría de más indicar que podría no ser una mala idea preguntar a las víctimas potenciales:

¿En caso de sufrir un accidente gravemente invalidante, qué preferiría usted: 250.000 € de indemnización y que su causante fuera, además, condenado a una pena de prisión o de inhabilitación, o bien, 1.000.000 € de indemnización de daños y perjuicios?

Es posible –aunque, por supuesto, no es seguro– que las víctimas potenciales prefirieran la segunda solución y también que ésta produjera los mismos efectos de control social que la primera.

Naturalmente, se podría objetar que no todo causante potencial de daños dispone de 1.000.000 € para pagar indemnizaciones, pero es relativamente sencillo complementar reglas de responsabilidad por negligencia que no sean tan claramente infracompensatorias como las que rigen en la práctica del derecho español actual, con otra que obligue a los titulares de empresas o a los agentes de actividades especialmente peligrosas a contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil con cobertura suficiente.

Si tal fuera el caso, la economía enseña que parte del coste de la elevadísima prima que debería satisfacer el empresario por los accidentes ocurridos se distribuiría entre él y sus trabajadores asalariados, pues estos últimos estarían dispuestos a sacrificar parte de su salario a cambio de la mayor certeza y seguridad que les proporcionaría la contratación del seguro. De esta forma, los costes de los accidentes se repartirían en toda la colectividad del sector. Por otro lado, empresarios y consumidores de sus productos o destinatarios de sus servicios también se repartirían el sobrecoste del seguro en función de las sensibilidades relativas de sus ofertas y demandas respectivas a los cambios de precio originados por las nuevas pólizas. Esto es, casi nunca es cierto aquello de que la (mayor) seguridad de tal o cual nueva medida de prevención la paga (solamente) el empresario y que, por eso mismo, hay que obligarle a adoptarla.

En los párrafos anteriores no se propone sin más la sustitución de penas por indemnizaciones: la teoría general de la aplicación del derecho enseña que, con frecuencia, las penas son preferidas por la sociedad y por los perjudicados mismos o sus allegados: por ejemplo, quizás siempre sea cierto que los padres de una niña violada y asesinada clamen porque se haga justicia y porque se imponga una pena muy grave y claramente inhabilitante al asesino, mucho más que por recibir una suma indemnizatoria elevada. Además y al margen de cualquier consideración moral, el dolo no es asegurable. La responsabilidad civil es siempre un instrumento muy caro de utilizar, pero, no puede funcionar por sí sola en el caso del dolo. No es ninguna herramienta multiuso, una *multitool*, que sirva para todo. Tampoco el derecho penal.

Nuestras observaciones son anecdóticas e intuitivas, pues no están fundamentadas en análisis estadístico serio ni en aplicación de teoría sociológica alguna, pero quizás muestran cómo aproximarse a los diferentes instrumentos de que dispone el derecho para alcanzar

un objetivo de política social, en este caso, prevenir accidentes laborales. Los distintos medios de control social -la responsabilidad civil, el seguro obligatorio, las inspecciones laborales *ex ante*, las sanciones administrativas y penales *ex ante* y *ex post*- actúan todas ellas sobre una misma realidad histórica, sociológica, económica y psicológica. Consecuentemente, los efectos que se obtienen con la aplicación de cada uno de ellos o de la combinada aplicación de varios son susceptibles de análisis empírico.

Es probable que, de generalizarse, la doctrina sentada por la Sentencia comentada no incentive conductas suficientemente precavidas por parte de quienes controlan los riesgos de los accidentes laborales, en particular, en el sector de la construcción. En la práctica, Sentencias como ésta abocan a otro proceso civil, con un aumento consiguiente de los costes de litigación, y cuyo resultado previsible será una indemnización por daños y perjuicios no muy elevada. Desde este punto de vista, probablemente la Sentencia comentada haya enviado señales equivocadas a la sociedad en general y a los empresarios de la construcción en particular.