

DAÑOS PUNITIVOS Y EL ARTÍCULO 164 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (PRESTACIONES ECONÓMICAS DERIVADAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO)¹

PUNITIVE DAMAGES AND THE ARTICLE 164 OF THE “TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL” (ECONOMIC BENEFITS DERIVED FROM WORK ACCIDENTS)

Javier Espín Granizo² – <https://orcid.org/0000-0001-8433-0178>

Resumen

El presente artículo se plantea si existe presencia de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico español, para ello, se realiza un estudio de una de las fórmulas legislativas que más debate ha suscitado con respecto a dicha forma indemnizatoria: el recargo de las prestaciones del artículo 164 TRLGSS.

Primero, se definirá el concepto de daños punitivos, aprovechando para situar los ordenamientos en los que se utiliza dicha fórmula indemnizatoria. Luego, se pormenorizarán algunas de sus más importantes características y funciones, para pasar a clasificarlos por tipos. Finalmente, se expondrán ejemplos extraídos de las legislaciones de ordenamientos de tradición escrita (*civil law*) con mención especial al artículo 164 TRLGSS, que hará preguntarse si la fórmula del recargo de las prestaciones es el principal precedente de los *punitive damages* en nuestro derecho.

Palabras Clave: Daños punitivos; Recargo de las prestaciones; Daños múltiples; Daños porcentuales; Daños; Responsabilidad civil.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER2016-75096-R.

² JAVIER ESPÍN GRANIZO, abogado, doctor en Derecho civil por la Universidad Complutense de Madrid, y miembro del proyecto de investigación DER2016-75096-R “Bases para la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual”, cuyo investigador principal es el PROFESOR EDUARDO SERRANO LÓPEZ. Colaborador honorífico del Departamento de Derecho Civil UCM. *E-mail:* jespín@ucm.es

Abstract

The present article considers if punitive damages exist in the Spanish legal system, for which it is made the study of one of the legislative formulas that has aroused the greatest debate in regard to that indemnifying form: the benefits surcharge from the article 164 TRLGSS.

First, it is defined the concept of punitive damages, identifying those systems in which such indemnifying formula is used. Then, some of its main functions and characteristics will be detailed, to classify them by types. Finally, examples extracted from the legislation of traditional written laws will be presented, with a special mention of the article 164 TRLGSS, which asks whether the formula of the benefits surcharge is the main precedent of punitive damages in our legal system.

Keywords: Punitive damages; Benefits Surcharge; Multiple damages; Percentage damage; Torts; Civil Liability.

Sumario: § 1. Concepto y origen de los daños punitivos. § 1.1. Ejemplos de los daños punitivos en legislaciones del *common law*. § 2. Representaciones de los daños punitivos en nuestro ordenamiento jurídico de tradición *civil law*. § 2.1. ¿Daños punitivos en el *civil law*? Tipos de daños punitivos. § 2.2. Ejemplos en el Derecho comparado, similares a la fórmula indemnizatoria del artículo 164 TRLGSS. § 2.3. Análisis del artículo 164 TRLGSS y de su consideración de indemnización punitiva. § 3. Conclusión: las fórmulas punitivas como el recargo de las prestaciones del artículo 164 TRLGSS como una figura efectiva dentro del derecho de empresa. § 4. Bibliografía.

Recibido/Received 31.07.2018 – Aprobado/Approved 12.02.2020

1 CONCEPTO Y ORIGEN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS.

La frase daños punitivos es la traducción al castellano de expresión anglosajona “*punitive damages*”, que da nombre a una “extraña”³ fórmula de valorar

³ Se utiliza la palabra “extraña” por dos motivos: el primero de ellos es debido a que desde el punto de vista del derecho continental europeo, cuyos ordenamientos se basan en el *Civil law*, que se condene a pagar sumas de dinero que superan el valor del daño bajo el concepto de “indemnización” supone una práctica poco común, por no ser lo habitual, puesto que la “indemnización” está en teoría orientada a la reparación del daño, y no a dar cobertura a otros conceptos como el preventivo o punitivo.

El segundo de los motivos por los que se ha utilizado la mencionada palabra es porque la aplicación de los “*punitive damages*” resulta infrecuente, incluso, en los ordenamientos en los que se utiliza la fórmula, siendo aplicados solo en casos excepcionales donde el tribunal aprecie una necesidad de prevención por la conducta especialmente reprobable del condenado. Así, SERRANO GÓMEZ, Eduardo. “Los Daños Punitivos en La Propiedad Intelectual”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel. (Dir) en, *Límites entre el Derecho Sancionador y el Derecho Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2012, .p.69: “la condena de daños punitivos no

el daño dentro del proceso civil que es común en los ordenamientos de los países de tradición jurídica de *Common law*. Al contrario de lo que sucede en los ordenamientos jurídicos de tradición del *Civil Law*⁴, en los ordenamientos de países anglosajones como Inglaterra o Estados Unidos, los tribunales pueden llegar a imponer, dentro de un procedimiento civil, al sujeto infractor que cause un daño, una cantidad dineraria que supere el valor de la reparación del mismo, con un objetivo principalmente punitivo, para prevenir el tipo de infracciones que se esté enjuiciando. Al comprender el concepto de los daños punitivos, parece obligatorio precisar una incongruencia con respecto a su traducción a nuestro idioma nativo, puesto que lo que es punitivo no es el daño, sino el montante indemnizatorio que cubre con creces el mencionado daño sufrido por el perjudicado. Por ello, parece más adecuado llamarlos indemnizaciones punitivas, en vez de daños punitivos⁵.

A pesar de que, tal y como considera Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ⁶ “los daños punitivos no son un concepto uniforme, del mismo modo que tampoco es invariable”, sí que se pueden extraer características generales de los mismos, para delimitar su concepto, por lo que se procede a exponer dos definiciones que resultan de especial interés: “son los daños que se dan a los demandantes sobre o por encima de la total compensación por los daños sufridos por estos, con el propósito de castigar a los demandados, o de enseñarles para que no lo hagan de nuevo y de

constituye, de ningún modo, una regla general que haya de aplicarse en todo supuesto, sino únicamente en aquellos en los que exista un plus de reproche en la actitud del demandado”. En el mismo sentido, SEBOK ANTHONY, John. “Punitive Damages in the United Estates” en *Punitive Damages: Common an Civil Law Perspectives*, Viena, Springer, 2009, pgs. 156-196: “los daños punitivos son dados raramente y predeciblemente, normalmente en cantidades que son modestas comparadas con los daños compensatorios en los que se basan”.

⁴ De esta forma se suele denominar en los textos norteamericanos e ingleses al sistema jurídico que rige en los países de Europa continental y en casi toda Hispanoamérica. La expresión *civil law* puede prestarse a confusiones con la rama del derecho que lleva ese mismo nombre. La traducción, causa una homonimia que restringe demasiado el concepto. Este sistema, por el contrario, es un sistema de predominio legislativo, en el que el juez no crea el Derecho sino que declara óbice el derecho. Es la boca de la ley, es quien pronuncia pero quien la hace. El presente judicial no es la principal fuente del derecho, no existe el *stare decisis* en la misma forma que en el *common law*, aunque sí en algunos casos la obligatoriedad de seguir la jurisprudencia el tribunal superior, como sucede en aquellos casos en que el tribunal de la causa actúa como tribunal de casación, unificador la interpretación de la doctrina.

La expresión *civil law* ha sido utilizada también por la doctrina española, así puede verse en DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 332.

⁵ En el mismo sentido, AGUSTINA ATALOA, María, “La responsabilidad por daños en el nuevo Código Civil y Comercial” *Revista Reformas Legislativas*, año 1, N. 3, 2015, p. 1.

⁶ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Daños punitivos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p.21.

disuadir a otros de seguir su ejemplo⁷.” En el mismo sentido, dice JOHN G. FLEMING: “daños ejemplarizantes o punitivos no se enfocan directamente en el perjuicio o daño producido al demandante, sino en la conducta escandalosa o deshonesta del demandado, para de esta manera justificar una suma adicional, como forma de penalidad para expresar la indignación pública sobre el acto dañoso y también demostrar la necesidad de disuasión o de retribución.”⁸

Con respecto las raíces más antiguas de los daños punitivos, cabe remontarse a la “*Ley Aquilia*”⁹, aunque pueden encontrarse antecedentes más antiguos, pero salvando mucho las distancias con lo que actualmente se conoce como Derecho civil y penal, puesto que antaño esta diferenciación no era igual que como actualmente se concibe¹⁰. DÍEZ PICAZO de hecho menciona que la función punitiva estuvo presente en los orígenes de normas que hoy denominamos como de responsabilidad civil extracontractual, mediante la representación de la citada *Ley Aquilia*, “pero hay que entender que en la actualidad es por completo ajena a ellas, debido, quizás, a que en tales ordenamientos se ha heredado en su pureza la tradición de la *Ley Aquilia*, sin la evolución que en ella introdujo la doctrina *iusnaturalista*”¹¹.

⁷ PROSSER AND KEETON, *on The Law of Torts*, West Publishing Co. St. Paul, Minnesota 1984, p. 9:

“Such damages are given to the plaintiff over and above the full compensation for his injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching him not to do it again, and of deterring others from following his example”.

⁸ G. FLEMING, John, *The law of torts*, The Law Book Company ,Sydney, 1998, p. 271:

“Punitive or exemplary damages focus not on injury to the plaintiff but on outrageous conduct of the defendant, so as to warrant an additional sum, by way of penalty, to express the public indignation and need of deterrence or retribution.”

⁹ SANDRO SCHIPANI, Tomas, “De la *Ley Aquilia* al *Digesto*” en *Revista de Derecho Privado* N. 12-13, 2013, p. 265: “la *Ley Aquilia*, del siglo III a. C., preveía algunos supuestos de hecho más bien limitados según los cuales, si una o más personas destruían o deterioraban una cosa ajena, derivaba la obligación al pago de una suma de dinero a título de pena. Estos supuestos de hecho, por un lado, sustituyeron los previstos en leyes precedentes en la materia, y por otro, constituyen la base sobre la cual se elaboró el principio general de la responsabilidad extracontractual para nuestro sistema.”

DEL VALLE ARAMBURU, Romina, “Desentrañando la esencia de la *Lex Aquilia*. ¿Reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?”, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* Universidad de la Plata, 2014, p. 277.

¹⁰ *Código de Hammurabi* (año 1760 a. C.).

¹¹ DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de...cit.*, p. 44. El citado autor continúa argumentando: “toda la evolución del Derecho europeo continental consistió a lo largo de los siglos, en separar las normas con función indemnizatoria de la primitiva función punitiva que pudieran haber tenido.

En los Derechos europeos continentales, la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, acompañadas a veces por lo que se ha llamado el Derecho administrativo sancionador”.

En conclusión, sobre el concepto de los daños punitivos, se puede decir que son “multas privadas impuestas para castigar una conducta gravemente reprochable y disuadir su futura imitación”¹². La idea de “reproche” que necesita y que configura la esencia de los daños punitivos es relevante, puesto que tal y como ilustra DÍEZ PICAZO¹³, “la idea de reproche es una idea característica de los penalistas, que la utilizan para justificar el elemento de culpabilidad en el delito para llevar a cabo la punición”, por ello, en opinión del mencionado autor, “la responsabilidad civil extracontractual se contamina con elementos penales cuando se habla del reproche culpabilístico”, y más aún, en mi opinión, cuando se trata de daños punitivos.

La creación de los daños punitivos es de origen jurisprudencial, impuesta en la mayoría de las ocasiones por el tribunal del jurado, a pesar de que han quedado plasmados de una forma muy limitada en ciertas leyes, por ejemplo, en Estados Unidos dentro del Derecho de la competencia, en la *Clayton Act*, de 1914, se permite al demandante dañado por el ilícito competencial, obtener una indemnización tres veces superior al importe del daño (*treble damages*). En derecho penal económico, la *Organized Crime Control Act*, de 1970, permite también que el perjudicado por la criminalidad organizada ejerza una acción por el triple de los daños realmente sufridos.

1.1. EJEMPLOS DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN LAS LEGISLACIONES DEL *COMMON LAW*.

Es relativamente sencillo encontrar ejemplos en forma de sentencias impuestas en ordenamientos donde los daños punitivos se presentan sin cautelas, de las cuales haré un repaso de las más importantes comenzando por la que se presenta como la primera de ellas dentro del sistema del *common law* moderno, en la cual se imponen daños punitivos puros. Es necesario, para comenzar, trasladarse a Inglaterra del siglo XVIII, el año 1763 fue en el que se produjo la primera imposición de los conocidos por aquel entonces como “*exemplary damages*”, condenando en 1.000 libras de entonces al Gobierno, de las cuales una mínima parte componían los daños compensatorios. Dicha indemnización se impuso por el tratamiento opresivo contra un político (John Wilkes) disidente, en el caso llamado “*Wilkes v. Wood*”. En este caso, los tribunales ingleses entendieron que “entrar ilegalmente en la casa de una persona en virtud de una autorización general y sin el nombre del afectado con el fin de procurarse evidencias para la investigación (en este caso unos documentos donde se encontraban las críticas realizadas por el político demandante al Gobierno) es actuar peor que la Inquisición Española; ningún inglés, quisiera vivir ni una sola hora bajo una ley que lo permitiera”¹⁴. Desde ese momento los jueces usaron este tipo de indemnización que comenzó llamándose

¹² AGUSTÍN ÁLVAREZ, Arturo Andrés, “Repensando la incorporación de los daños punitivos”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2008: <http://www.derecho.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos>.

¹³ DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de...cit.*, p. 24.

¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿*Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?*”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, N. 31, 1993, p. 127.

exemplary damages y que desembocó en lo que hoy se conoce como daños punitivos, de categoría pura.

Saltando en el tiempo a una sentencia relevante no por ser la primera, sino por su repercusión mediática debido a ser una de las condenas con un mayor importe en concepto de daños punitivos, hay que situarse en los Estados Unidos de los años noventa, concretamente al año 1994, en el que se produjo la sentencia conocida como el caso *McDonals*: la demandante, una mujer de 70 años, pidió una taza de café de 49 centavos en la ventanilla para conductores de un restaurante *McDonals*, colocó la taza de café entre sus rodillas, y cuando levantó la tapa se derramó el café en el pantalón de chándal que llevaba. Se abrasaron sus muslos y las ingles. La víctima fue llevada al hospital donde se determinó que había sufrido heridas de tercer grado en el 6% de la piel y quemaduras de menor importancia en un 16% del cuerpo.

La señora demandó a *McDonals* invocando una grave negligencia con una venta peligrosa del café. El jurado, aplicando el principio de la “*comparative negligence*” declaró que un 80% de la culpa era de *McDonals* y el 20% de la señora, concediendo a la actora 200.000 dólares de daños compensatorios y además la suma de 2,7 millones de dólares en concepto de daños punitivos. El juez redujo la condena a 640.000 dólares, pero a pesar de la reducción en última instancia de la condena en daños punitivos, es uno de los ejemplos donde se aprecia una proporción más desmesurada entre estos y los daños compensatorios.

2 REPRESENTACIONES DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DE TRADICIÓN DE *CIVIL LAW*.

El título del presente apartado, seguramente suscitará al lector una cierta sensación de extrañamiento, puesto que la mayor parte de la jurisprudencia y doctrina jurídica sobre el tema ha tratado de mostrar, en el mismo sentido que lo hace el legislador¹⁵, que las indemnizaciones punitivas no existen en nuestro ordenamiento¹⁶. Para poder posicionarse sobre el tema en cuestión, antes considero pertinente hacer una breve detención y examinar los tipos de daños punitivos.

¹⁵ El carácter indemnizatorio del recargo es reconocido por el artículo 42 – 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. En dicha norma se dispone: “las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema”. Conviene resaltar que ni el R.D.L. 5/2000, sobre infracciones y sanciones, no considera el recargo como sanción, ni en el precepto citado de la Ley 31/1995, se le da esta consideración, sino, más bien, la de la indemnización, fijada en la forma prevista por la normativa del sistema de Seguridad Social.

¹⁶ Prácticamente la totalidad de las sentencias que se han dado en nuestro ordenamiento niegan la existencia de los daños punitivos. Así, la sentencia de la Sala Primera de 19.12.2005 (Id Cendoj: 28079110012005101024, N. de

Resolución:977/2005) fue tajante, diciendo que “la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (Sentencias de 26.11.1994, de 13.04.1987, de 28.04.1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6.10.1982, de 2.04.1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados “daños punitivos” ni tiene ahora función la idea de una “pena privada”. más recientemente (18.02.2013, Id Cendoj:28079110012013100075, N. de Resolución: 94/2013) se ha pronunciado también la Sala Primera de Tribunal Supremo sobre una violación del honor por parte de la revista *Interviú* por la publicación del reportaje “El Cortijo de Alcaraz” ocasionando daños morales valorados en 12.000 euros. Respecto al quantum indemnizatorio se dice textualmente: “Se reparan, pues, los daños efectivamente sufridos y no se reconocen en nuestro Derecho los llamados daños punitivos ni la reparación actúa como una pena privada o sanción civil, (STS 19.12.2005).

No se ha encontrado ninguna sentencia que considere que los daños punitivos están presentes en nuestro ordenamiento. Sin embargo, sí que se ha llegado a mencionar los daños punitivos como una fórmula que no es contraria al orden público de nuestro ordenamiento, en el auto de la Sala Primera de 13.11.2001 (Id Cendoj: 28079110012001201786) dictado en un proceso de *exequatur* de una sentencia de un tribunal federal de los EE.UU., en el cual se determina que su reconocimiento en el ordenamiento español, y su consecuente condena a pagar daños punitivos en su variedad de “*multiple damages*”.

En palabras de la resolución, la propia norma recoge tal extremo (la posibilidad de que se supere el importe estrictamente compensatorio) no de una manera arbitraria, sino tutelando y salvaguardando intereses “notoriamente orientados en el marco de una economía de mercado” con una relevancia general en los estados que participan de “similares concepciones jurídicas, sociales y económicas”. La sentencia hace referencia a que se prevé por la ley la condena en el triple del importe del daño, y que por ello no se atenta contra la proporcionalidad.

Diversos autores han sopesado, al igual que la jurisprudencia mencionada, la posibilidad de que ya existan daños punitivos en nuestro ordenamiento, la mayoría a partir de la fórmula del recargo de las prestaciones del artículo 164 LGSS. Así, MUÑOZ MOLINA, Julia, “El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2005, p. 147. En el mismo sentido CRUZ VILLALÓN, Juan y JOVER RAMÍREZ, Carlos, “La responsabilidad de Seguridad Social en materia de Seguridad y Salud en el trabajo», en T.L. n. . 50, 1999, p. 263; SEMPERE NAVARRO, Antonio y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, “El recargo de las prestaciones, puntos críticos” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N. 53, 2004; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAS MAÍZ, Vicente, *Daños y Perjuicios en la Propiedad Intelectual*, ed. Trama, Madrid, 2006, p. 202.

2.1. ¿DAÑOS PUNITIVOS EN EL CIVIL LAW? TIPOS DE DAÑOS PUNITIVOS

El título del presente apartado no busca confundir al lector, a pesar de que a priori pueda resultar chocante que se mantenga la presencia de la institución de los daños punitivos dentro del *civil law*. En efecto, tal y como se ha tenido oportunidad de mencionar en el apartado anterior, los daños punitivos son una fórmula ajena, según totalidad de la doctrina y jurisprudencia, a la tradición jurídica del continente europeo, marcada por una concepción indemnizatoria que principalmente busca que el infractor repare el daño causado al damnificado, abonando su importe, pero nunca que le entregue una cantidad superior al mismo. La consideración categórica de que los daños punitivos son una figura ajena a nuestro ordenamiento es difícilmente sostenible en la práctica, puesto que, si se examina en detalle las regulaciones de los países de nuestro entorno, incluida la nuestra, se pueden llegar a encontrar disposiciones legales que comparten ciertas características con los daños punitivos, aunque de una forma muy limitada.

En conclusión, el hecho que se ha expuesto en el párrafo inmediatamente anterior, lleva a preguntarse si los ejemplos que seguidamente se muestran bien pueden ser clasificados dentro de la figura de los daños punitivos, poniendo en duda las opiniones de la doctrina más autorizada que sitúa a la figura fuera de la tradición jurídica del *civil law*, o si por el contrario hay que sostener que simplemente comparten con ellos semejanzas, pero no su raíz ni razón de ser.

En el caso de que se aceptara que los ejemplos que se mostrarán *infra* forman parte de la categoría de los daños punitivos, irremediablemente habría que aceptar que los mismos son una figura amplia, que admite diversas formas, entre las que destacarían los daños punitivos puros y *los doble o treble damages*, en definitiva, *multiple damages*. Los dos últimos tipos de daños, o mejor dicho, de fórmulas que sirven para calcular el valor al que asciende el daño, son formas punitivas muy limitadas, puesto que al contrario que los daños punitivos puros, que permiten al juez valorar en función de la gravedad de la conducta la cantidad a pagar por el infractor al perjudicado que en el caso concreto permita una función preventiva, los *multiple damages* solo permitirían elevar la cuantía del daño en una o dos veces, o incluso, en mi opinión, en un porcentaje. Dejaré a un lado, por tanto, las indemnizaciones “*a forfait*”¹⁷, que se basan en una valoración abstracta del daño, por ser este considerado a priori (antes de que se produzca) de alguna forma general.

El autor que la clasifica más claramente del lado de los *multiple damages* es SALVADOR CODERCH, Pablo, “Punitive damages”, en *Indret* N. 13, Barcelona, 2000, p. 5.

¹⁷ Sobre las indemnizaciones “*a forfait*” se destaca la obra de YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAS MAÍZ, Vicente, *Daños y...cit.*, p. 76 y ss y 251. En el mismo sentido, a este respecto, RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “La lucha legal contra la morosidad en los pagos” en GONZÁLEZ PORRAS, José María, MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando, (coord.) *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo 1, Universidad de Murcia, 2004, p. 4364: “de ahí la liberación de la prueba del daño, y también la determinación “*a forfait*” del daño sufrido”.

2.2. EJEMPLOS EN EL DERECHO COMPARADO, SIMILARES A LA FÓRMULA INDEMNIZATORIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 164 TRLGSS¹⁸

En este apartado se analizará de forma especial el artículo 164 TRLGSS, por su especial relevancia práctica y doctrinal en nuestro país, lo cual no quiere decir que no se traten de pasado otras fórmulas indemnizatorias con características punitivas y similares a las que utiliza el mencionado artículo, generadoras de igual controversia en la doctrina, pertenecientes a ordenamientos de nuestro entorno de tradición jurídica del *civil law*, con el fin de ilustrar de la posible presencia de los daños punitivos en dichos sistemas legales. Así, se han de mencionar ciertas fórmulas que llaman especialmente la atención, comenzando por el sistema indemnizatorio del ordenamiento chileno, basado, al igual que el nuestro, en la idea de la reparación¹⁹, el cual llega a regular en su código civil el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro²⁰, por lo que su análisis es pertinente a efectos de estudiar la penetración de alguna variedad de fórmula de los daños punitivos en ordenamientos similares al de nuestro país.

En este sentido, se puede destacar por su semejanza con los daños punitivos en su variedad de *multiple damages*, el artículo 1792-18 del Código Civil referente al régimen de participación en los bienes gananciales, que establece que si uno de los cónyuges, a fin de disminuirlos, oculta o distrae bienes o simula obligaciones, se sumará a su patrimonio final el doble de aquellos o de estas. “Todo esto, con directo beneficio al patrimonio del otro cónyuge, quien finalmente verá incrementada su

¹⁸ Se hace referencia al R.D.L. 8/2015 de la Ley General de la Seguridad Social como TRLGSS, cuyo artículo 164 es equivalente al artículo 123 del R.D.L. 1/1994 Ley General de la Seguridad Social.

¹⁹ AZAR DENECKEN, José Ignacio, “Los daños punitivos y sus posibilidades en el Derecho chileno”, *Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado*, Santiago, 2009, p. 74.

²⁰ MARTÍNEZ FLORES, Héctor, “El enriquecimiento injustificado, ¿indemnización o restitución? *Derecho y cambio social*, Perú: <http://www.derechocambiosocial.com/revista011/enriquecimiento%20injustificado.htm>.

El citado autor expone que “el Código Civil francés de 1804 regula también los cuasi contratos: el pago indebido y la gestión de negocios. El artículo 1235 ab initio del *Code* regula: “Todo pago supondrá una deuda: todo aquel que fuera pagado sin ser debido, estará sujeto a repetición”. Como se aprecia el *Code*, no ha establecido una norma expresa que consagre expresamente el enriquecimiento sin causa, como sí lo dedican los códigos civiles chileno (Código de Andrés Bello), alemán (BGB), italiano, peruano, brasileño, etc. Sin embargo, es uniforme el criterio de la doctrina y jurisprudencia francesa de considerarla como un principio general del derecho”.

En el mismo sentido, BORDA, Guillermo Antonio, *Tratado de Derecho Civil Obligaciones*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 1693.

El principio de la reparación integral del daño viene estipulado en el artículo 2329 del Código Civil chileno.

participación en los gananciales sin que necesariamente ello represente el daño efectivamente causado²¹“.

Otro ejemplo de un ordenamiento no muy alejado al de Chile es el de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana que contempla en su artículo 119, primer inciso, lo siguiente:

“Quien explote una obra o producción sin que se le hubiere cedido el derecho correspondiente o se le hubiere otorgado la respectiva licencia de uso, debe pagar, a título de indemnización, un recargo del cincuenta por ciento sobre la tarifa, calculada por todo el tiempo en que se haya efectuado la explotación.”

El citado ejemplo, que ha sido defendido como un verdadero daño punitivo por autores como HUGO AGUIAR LOZANO²² es muy parecido a la forma de cálculo de la indemnización que se establece en el artículo 140.2 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual española, por ser valorada en base a la tarifa, y presenta aún mayor similitud con la forma indemnizatoria del artículo 164 LGSS que se analizará seguidamente, por aplicarse un recargo sobre el valor que se toma como montante indemnizatorio (el precio de la tarifa).

Por último, se procede a examinar el ordenamiento jurídico alemán, ya que aunque contenga estipulaciones y esté basado en principios considerablemente distintos al sistema de responsabilidad civil de nuestro país, sí que resulta interesante por proximidad y por la gran cantidad de debate doctrinal que ha generado tanto sus disposiciones legales o doctrinales, como la gran cantidad de reconocimientos de sentencias extranjeras (en su mayoría norteamericanas) que han tenido de efectuar sus tribunales²³. Además, y aún mencionado lo anterior, no hay que perder de vista que “en

²¹ AZAR DENECKEN, José Ignacio, *cit.*, p. 74.

²² AGUIAR LOZANO, Héctor, “Los daños punitivos y el enriquecimiento injustificado” en *Derecho ecuador.com*, 2013 p. 6. El citado autor sostiene, para argumentar que estamos ante un daño punitivo, el siguiente argumento, que es enteramente extrapolable en lo sustancial, a la fórmula del recargo de las prestaciones contenida en el artículo 164 LGSS: “el recargo a manera de sanción sobrepasa el quantum del daño efectivo producido; es decir, ya no se trata de una indemnización compensatoria *stricto sensu*. Ergo, la aplicación de la función punitiva del derecho de daños se ha venido aplicando en normas específicas en ordenamientos jurídicos de tradición escrita, sin que esto haya generado controversia alguna, por lo menos en este tipo de casos, en los que no se la cataloga expresamente como tal. Es más, para algunos tratadistas argentinos, como Ramón Pizarro, se trataría de asimilar a esta sanción pecuniaria a manera de indemnización, como una “multa civil”, y en este sentido se han generado algunas teorías que, últimamente, han ido tomando cierta fuerza.”

²³ A este respecto se destaca el trabajo de VADILLO ROBREDO, Guillermo, “Reconocimiento y ejecución en Alemania de sentencias extranjeras de daños punitivos” *Revista de la Facultad de Derecho de Deusto*, Vol. 45, Núm. 2 1997. El citado autor hace una interesante recopilación de las sentencias relacionadas con los daños punitivos que ha habido en Alemania, incluyendo los argumentos a favor y en

Alemania, al igual que en el resto de los países de Derecho civil, la función principal de la indemnización es la compensación de todos los daños que haya sufrido la víctima del acto ilícito (*restitutio in integrum*) y, como hemos visto, solo de una forma muy secundaria y excepcional caben otras funciones (por ejemplo, los *Schmerzensgeld*)²⁴. SALVADOR CODERCH²⁵ argumenta que la Sociedad General de Autores alemana²⁶ puede, según jurisprudencia muy antigua, reclamar a quien ha violado los derechos de propiedad intelectual derivados de una obra musical el importe de una indemnización por la explotación indebida de derechos de autor (la remuneración percibida de haberse autorizado la explotación (*Lizenzgebühr*) y otro tanto, es decir, tiene una pretensión por *double damages*²⁷. También se llegaron a aplicar daños punitivos en el mencionado ordenamiento en un caso mediático conocido como “Carolina de Mónaco”, sentencia de 15.11.1994 (BGHZ 128, 1 y SS) en el que se publicó una entrevista falsa. El Tribunal Supremo alemán estableció la indemnización por lesión del derecho general de la personalidad debía tener en cuenta no solo los aspectos de la compensación y satisfacción de la víctima sino también los de prevención y, por lo tanto, podían superar la estimación del daño causado, como de hecho sucedió, condenando a pagar una cantidad seis veces superior al importe indemnizatorio²⁸.

2.3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 164 TRLGSS Y DE SU CONSIDERACIÓN COMO INDEMNIZACIÓN PUNITIVA.

Mención aparte merece la fórmula conocida como recargo de las prestaciones prevista en el artículo 164 TRLGSS, por ser la discusión acerca de su naturaleza jurídica un foco generador de continuos artículos doctrinales, y por configurar uno de los ejemplos más claros del panorama legislativo español en el que se acaba indemnizando por encima del daño (aunque no el único)²⁹. El debate ha sido principalmente debido a la

contra del reconocimiento de sentencias extranjeras que contenían daños punitivos, por ser contrarios al espíritu del derecho civil alemán.

²⁴ *Ibid*, p. 226.

²⁵ SALVADOR CODERCH, Pablo, “Punitive...*Cit.*”, p. 13

²⁶ El nombre de la mencionada sociedad es “Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte und mechanische Vervielfältigungsrechte” (GEMA).

²⁷ En el mismo sentido, *apud*, MULLER, Paul, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin-New York. Walter de Gruyter, 2000, p. 126 y ss.

²⁸ SALVADOR CODERCH, Pablo, Y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños, Marcial Pons, Madrid, 1997.

En el mismo sentido: GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria, “el concepto de los daños punitivos o *punitive damages*” *Estud. Socio-Jurídico*, v. N. 5, Bogotá, junio 2003.

²⁹ El artículo 77 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes establece en su apartado N. 3 lo siguiente: “3. Podrá requerirse asimismo indemnización en los casos en que el beneficio económico del infractor sea superior a la máxima

difícil catalogación de su naturaleza jurídica según la configuración legal actual, para hacernos una idea de su dificultad, la doctrina ha llegado a definirla como un “monstruo legal de tres cabezas” por sus funciones sancionatorias, indemnizatorias y de prestación social al mismo tiempo³⁰.

Lo que no deja lugar a dudas es que, desde el punto de vista del sujeto infractor, la dicción literal del artículo 164 TRLPI³¹ deja claro su objetivo preventivo, al estipular que todas las prestaciones a las que tiene derecho un trabajador que sufre un accidente laboral o padece una enfermedad profesional deben (y no pueden) ser incrementadas entre un 30% y un 50% si el accidente o la enfermedad traen causa en una infracción de normas sobre seguridad e higiene en el trabajo. Este incremento corre a cargo del empresario y no es susceptible de aseguramiento.

Sobre si la figura puede ser considerada un daño punitivo hay que tener en cuenta, principalmente, las siguientes notas características:

a). – Sobre la forma de aumento del daño que utiliza el artículo 164 TRLGSS (porcentual). Que el legislador haya optado por un aumento del valor del daño en forma de porcentaje sobre el que el juzgador se puede mover, no oculta, en mi opinión, su verdadera función punitiva. Multiplicar por un porcentaje el valor del daño configura una fórmula similar a la de multiplicar por dos la cuantía del daño (*double damage*), la única diferencia obviamente sería que la cantidad resultante sería distinta, puesto que la multiplicación por un número primo superior a 1 es más gravosa que la aplicación de un porcentaje inferior al 100%³². Este tipo de daños punitivos limitados, y que se aplican

sanción prevista. Esta indemnización será como máximo el doble de la cuantía de dicho beneficio y en el caso de montes declarados de utilidad pública se ingresará en el fondo de mejoras regulado en el artículo 38.

La mención a la indemnización cuyo máximo es el doble de la cuantía del beneficio del infractor no puede ser sino un daño punitivo en su variedad de *multiple damage*.

³⁰ MUÑOZ MOLINA, Julia, “El recargo... *Cit.*, p. 147.

³¹ Artículo 164 TRLGSS:

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 ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las 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.

³² La fórmula actual del artículo 164 LGSS obliga a aumentar según la gravedad de la falta, en un 30% a un 50%, lo cual es igual a decir que se multiplicarían desde un 1,3 a un 1,5 una cantidad inferior a multiplicar por 2 que

con un porcentaje inferior al 100%, sugiero comenzar a denominarlos “*percentual damages*”, o daños punitivos porcentuales. Lo mencionado lleva a preguntarnos, si es relevante para la consideración de esta fórmula como daño punitivo, la cuantía de aumento del daño sobre el real valor del mismo:

b). – Sobre la proporción en la que se incrementa el valor de la indemnización. A la hora de analizar los daños punitivos, hay que hacer mención a sus límites, puesto que de ellos dependerá su consideración como daños punitivos puros (en el caso de que no tengan límite cuantitativo) o *multiple o percentual damages* (si por el contrario lo tienen).

A pesar de que la distinción entre los daños punitivos puros y *multiple damages* limitados es fruto de la doctrina³³, que la usa para catalogar con un nombre específico la gran cantidad de ejemplos puntuales que se pueden encontrar tanto en USA como en Europa continental en los que se imponen condenas de pagos extracomensatorios a favor de los demandantes y por un importe que suele ser igual a una fracción o a un múltiplo reducido de la indemnización compensatoria, la considero de una relevancia práctica notable, puesto que clasifica los daños punitivos en función de, no solo su potencial preventivo, sino del margen que se le da al juzgador para hacer justicia en el caso concreto, en pro de la seguridad jurídica. En efecto, si se está hablando de *multiple damages*, el juzgador bien podrá tener la posibilidad de aplicarlos o bien tendrá la obligación de hacerlo, pero el justiciable sabrá en todo momento a la máxima indemnización civil a la que se expone, lo cual presenta también un lado negativo, consistente en que las grandes corporaciones podrían llegar a valorar los riesgos de su actuación ilícita, sopesando si les conviene erradicar la posibilidad de sanción y adecuar las actuaciones empresariales a derecho, o bien prefieren seguir arriesgándose a actuar de forma ilícita, pues de esta forma consiguen grandes beneficios, superiores a la sanción que cabría imponer condenando en base a los *multiple damages*. El análisis de riesgo de la conducta infractora y los daños punitivos está íntimamente ligado al análisis económico del Derecho, corriente jurídica que ha dotado de gran consistencia a la tesis defensora de los daños punitivos, por realizar un estudio estrictamente económico de los mismos. Los defensores de esta teoría, o por lo menos los que la han estudiado de cerca³⁴, mantienen que en ciertos supuestos es recomendable una condena de cuantía

supondría la aplicación de un *double damage*, pero que aún así sigue representando un daño punitivo por ser una cantidad ciertamente superior al valor al que asciende el daño.

³³ Varios autores se han referido a los *multiple damages* como una subclase de los daños punitivos. Por poner un ejemplo, se cita a SALVADOR CODERCH, P., “Punitive...*cit.*”, p. 5; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 67.

³⁴ CALABRESI MELAMED, Guido, “Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: una perspectiva de la catedral”, *Anuario de Derecho Civil*, Traducción DEL OLMO GARCÍA, N. 1, 1997. En esta obra el citado autor trata de integrar las relaciones jurídicas que se engloban en la Economía y en el Derecho, diferenciando las reglas de propiedad, las de responsabilidad y las de inalienabilidad; CALABRESI MELAMED, Guido, *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p. 193; ABRAHAM, Karl, y JEFFRIES, John, “Punitive damages an the rule

superior a los daños reales sufridos por el demandante, debido fundamentalmente, a: 1. – las dificultades de detección y condena de la conducta infractora, tanto pretéritas como futuras³⁵, 2. – la consecución de unos niveles óptimos de seguridad, niveles que se lograrían condenando a una gran suma de dinero, de tal forma que para el demandado en ningún momento resulte rentable la comisión del acto ilícito.

No parece que sea necesario que se tenga que llegar al doble de la cuantía indemnizatoria para que se pueda considerar una indemnización como daño punitivo, sino que bastará con que se aumente la misma de cualquier forma, o que se permita al juzgador hacerlo, aunque sea un 10 % del valor compensatorio³⁶, o lo que es lo mismo, el resultado de multiplicarlo por 1.1. Quizás, si los daños punitivos se establecieran conforme a algunas tablas en las que se valorarán los ingresos empresariales exponencialmente, se podrían conseguir ambos propósitos, algo que la jurisprudencia norteamericana no ha llegado a proponer, sino que se ha limitado a limitar su cuantía, quizás esto es debido a que los daños punitivos suelen ser impuestos en dicho ordenamiento por el tribunal del jurado no profesional.

En el caso del artículo 164 TRLGSS se produce un aumento de la cuantía indemnizatoria en una franja que va desde un 30% a un 50%, por lo que en cuanto a su cuantía, parece lógico pensar que se puede considerar una representación de un daño punitivo en la categoría de *multiple damages*³⁷, o dicho con mayor rigor, *percentual damages*.

c). – En cuanto a la posibilidad de que se imponga a la vez que otras sanciones, tal y como sucede con el artículo 164 LGSS. La posibilidad de interponer a la vez diversas sanciones que provengan de un mismo hecho ha de resultar, cuando

of law: the role of the defendant's wealth", en *Journal of Legal Studies*, v. 18, 1989, p. 415-425; ELLIS, D.David, "Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages", en *South California Law Review*, v. 56, 1982, p.1 y ss.;

³⁵ Para ilustrar lo mencionado se puede hacer uso del ejemplo del taller de coches que los vende defectuosos a sabiendas de ello, engañando al consumidor. De todos los daños que provoque la conducta del taller, solo se acabarán condenando unos pocos, es por ello que si se limitan cuantitativamente los daños punitivos, el taller podrá valorar si le interesa seguir con su conducta ilícita o no; sin embargo si se condena en base a daños punitivos puros, el taller podrá llegar a tener miedo de seguir realizando la conducta, puesto que el juzgador valorará la reprochabilidad de la misma teniendo en cuenta precisamente las características antes mencionadas. Este punto de vista también puede generar muchas críticas, inherentes a la institución de los daños punitivos, las cuales son principalmente constitucionales, por poder llegar a realizarse una condena punitiva en un proceso (civil) sin las debidas garantías.

³⁶ Por ejemplo, el 10% de incremento indemnizatorio fue el importe que ordenó a condenar la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 3.09.1996 en la que otorga al perjudicado representado a través de la SGAE la posibilidad de elegir entre: 1.-Los beneficios que hubiera obtenido presumiblemente de no mediar utilización ilícita (lucro cesante) 2.-la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado su explotación, para cuya fijación se deberá incrementar en un 10% el precio presumible de mercado; lo que se concretará pericialmente.

³⁷ En el mismo sentido, LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños... Cit.*, p. 67.

menos, chocante para cualquier jurista educado en ordenamientos de tradición escrita, porque contraviene el principio de origen latino *non bis in idem*. Por ello, cabría pensar a priori, que si el legislador habilita la posibilidad de que el recargo de las prestaciones que establece el artículo 164 LGSS se imponga a la vez que otro tipo de sanciones, no lo considera una fórmula preventiva-punitiva, sino una alejada de la idea de los daños punitivos. Digo a priori, porque un estudio más a fondo de los daños punitivos desvela que el razonamiento anteriormente descrito no sería válido, porque en los ordenamientos en los que los datos punitivos son típicos se aplican de la misma forma, es decir, con independencia de que se puedan imponer otro tipo de sanciones en el orden penal o administrativo. Esto traería la consecuencia lógica de que en ordenamientos como en el norteamericano, no existe un principio similar al *non bis in idem*, lo cual lamentablemente una vez más tampoco se puede sostener, puesto que el principio de no ser sancionado doblemente por un mismo hecho viene recogido en la Quinta Enmienda de la Constitución Americana. Sin embargo, y a pesar de que venga recogido el mencionado principio, se permite que se apliquen los *punitive damages* a la vez que otras sanciones porque la jurisprudencia (fuente del derecho en dicho ordenamiento a diferencia del nuestro) sostiene que el cometido de los daños punitivos es el de compensar un ilícito privado, mientras que el Derecho Penal tutela uno público, es decir, que aquellos juegan en una esfera de relaciones entre particulares, que es bien diferente a la de Estado entendido como colectividad³⁸.

Como conclusión para este apartado, cabe decir que es cierto que la figura del recargo de las prestaciones se pueda aplicar a la vez que otra sanción, característica que es igual a la de los *punitive damages*, sin embargo, sostener que la fórmula del recargo se ha inspirado en dicha característica de los daños punitivos, sería algo atrevido, puesto que no hay ningún dato que lo sustente. La teoría más indicada es que el legislador,

³⁸ ZIPURSKY, BENJAMIN Charles, “A Theory of Punitive Damages”, *Texas Law Review*, N. 84, 2005, p. 85.

En el sentido de que los daños punitivos compensen ilícitos privados, la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano en el caso Philip Morris, estableció que el hecho de que los daños punitivos sirvan a intereses colectivos o públicos por su inherente función preventiva, es un hecho incidental y unido a la sanción privada, pero no es su razón de ser. Además, para establecer los daños punitivos, no pueden considerarse los daños infligidos a terceros:

“The historical understanding of punitive damages was that they punish the purely private wrong to the victim and, in so doing also benefit the public, but the public benefit is, in a sense, a welcome incidental effect of the private punishment”.

En un sentido completamente distinto entendió los daños punitivos el ordenamiento argentino, o dicho con el rigor que caracteriza a dicho ordenamiento, las sanciones pecuniarias disuasivas, el ordenamiento argentino, puesto que desde el año 1995 en el que comenzó a discutirse en el marco de las Jornadas Nacionales de Derecho y Congresos Nacionales de Derecho la necesidad de incorporar el instituto, se planteó su aplicación para casos de particular gravedad, caracterizados por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos, llegándose a incluir tal previsión en los proyectos de Código Civil del Estado de la Nación, concretamente en el de 2012, en su artículo 1714. Por tanto, se trataba de que se aplicaran para intereses colectivos directamente, y no para intereses privados.

temeroso de aceptar que se trata de un verdadero daño punitivo, pero a la vez sin rechazar su gran utilidad práctica para prevenir ilícitos en sectores del ordenamiento especialmente sensibles, lo considera una verdadera indemnización, pasando por alto los principios más básicos de reparación integral del daño que impone nuestro Código Civil. Por todo ello, se puede resumir que el hecho de que la figura del recargo se pueda aplicar en concurrencia con otras sanciones nos acercaría una vez más, a concluir que esta figura es un verdadero daño punitivo limitado dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

d). – Sobre el destino del montante monetario superior al daño. La persona jurídica a la que va a parar la cantidad monetaria que cumple la función preventiva por ser superior al daño causado al perjudicado, ha sido un tema controvertido por la doctrina nacional e internacional.

El ordenamiento jurídico de los Estados Unidos considera daños punitivos tanto los que van destinados totalmente a la víctima (*full award*) como los que deben compartirse por el Estado (*split award*) incluso los que no se destinan al bolsillo del perjudicado, sino directamente al Estado (*zero award*)³⁹. En el mismo sentido ha legislado Argentina, país cuyo ordenamiento se ha planteado en diversas ocasiones la introducción de los daños punitivos, llegándose a establecer dicha fórmula en diversos proyectos de Código Civil⁴⁰, y no sin arduos debates sobre la necesidad de

³⁹ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños...Cit.*, p. 67. El propio autor menciona que debido a la amplitud de formas en las que se presentan los daños punitivos, “quizás estemos llamando con nombres distintos algo que es esencia es casi lo mismo”.

⁴⁰ Primero aparecieron regulados de una forma muy flexible en el Proyecto de Código Civil de 1998, en su art. 1587, con el nombre de “multa civil”. En dicha regulación primigenia se puede destacar, una vez leído el artículo mencionado, que no estaban sometidos a ningún límite, que era una potestad del tribunal, y que el destino del montante podía ser diverso, dependiendo una vez más del juicio del juzgador. Eran, por tanto, unos daños punitivos cuya configuración tan amplia creaba una grave situación de inseguridad jurídica. Posibilidad de acceder al citado artículo en el siguiente enlace: texto completo del Proyecto de Código Civil Argentino en: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Departamento de biblioteca y centro de documentación (en línea) <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/cuarto.pdf>, (Consulta: 10.10.2012).

Más adelante, en 2008 se incorporaron en la Ley de Defensa del Consumidor; y el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 los incorporó bajo el nombre de “sanción pecuniaria disuasiva”, en el art. 1714 para castigar a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva, artículo que fue eliminado en la redacción final del Código Civil. El artículo 1714, antes de ser eliminado, estipulaba lo siguiente: “Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el

su incorporación, se acabaron introduciendo a través de la Ley de Defensa del Consumidor⁴¹, destinando finalmente el importe de la sanción al perjudicado, a pesar de que, según parte de la doctrina, esto iría en contra del principio de enriquecimiento sin causa y además desaprovecharía la oportunidad de beneficiar a fines sociales⁴², que en mi opinión y como idea novedosa sobre este tema, podría ir destinado a sectores sociales perjudicados en el lícito en cuestión, o que tengan por fin favorecer sus intereses⁴³.

e) sobre la discrecionalidad u obligatoriedad en torno a su aplicación. Un hecho relevante, al que quizás la doctrina no ha dado la importancia que se merece, es que influya en la catalogación como daño punitivo el hecho de que el juzgador

patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”. Una vez más, por tanto, presentaban una configuración amplia, entregando grandes atribuciones al juzgador, ya que no le daban un límite máximo, ni tan siquiera un destino a su sanción punitiva.

Es interesante que el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 trató de modificar el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, por un texto que hacía depender de la voluntad motivada del juez el destino de la sanción, y que además, le daba la posibilidad de tener en cuenta otras sanciones que se pudieran aplicar sobre el mismo hecho ilícito, llegando incluso a dejar sin efecto la medida.

⁴¹ Artículo 52 bis: “Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inc. b) de esta ley”. El destino de la sanción impuesta cambia con respecto a cómo se presentaban los daños punitivos en las regulaciones anteriores, al pasar a beneficiar al perjudicado, y también se limita su cuantía a un baremo de 100 a 5 millones de pesos, lo que equivale a alrededor de 1 millón y medio de euros.

⁴² En este sentido apuntaba AGUSTINA ATALOA, María, “La responsabilidad...*Cit.*, p. 7.

⁴³ Por ejemplo, en el caso del artículo 164 TRLGSS, de considerar el montante como un daño punitivo, debería ir, según la tesis mencionada, destinado a fundaciones que promuevan los derechos de trabajadores afectados por accidentes de trabajo, o bien a algún tipo de subvención a ese respecto, o incluso a iniciativas que tengan como fin minimizar dichos infortunios en el centro de trabajo. Lo mismo sucedería si se imponen daños punitivos a empresas que actúen en contra del consumidor de forma indiscriminada, por ejemplo, destinando las sanciones a organizaciones de consumidores y usuarios, consiguiendo entonces el hipotético artículo según la tesis mencionada, un doble efecto preventivo, puesto que por un lado se sanciona al infractor, y por otro lado se motiva a la sociedad a luchar contra dicha conducta, o bien se trata de mejorar las condiciones de vida a los perjudicados.

tenga, por imperativo legal, la obligación de imponerlo. En principio, tanto si se permite al juez que lo aplique cuando encuentra unas condiciones especialmente reprobables en la conducta del infractor, como si por el contrario se le obliga para que lo aplique en todo caso, en ambos casos estaríamos ante un daño punitivo, siempre y cuando se acabe indemnizando por encima del valor que se calcula para reparar o compensar el daño. Hay que recordar que el artículo 164 TRLGSS obliga al juzgador a imponer la fórmula del recargo de las prestaciones, aún cuando el trabajador hubiere actuado con cierta imprudencia, tal y como se expone en la STS de 22.07.2010⁴⁴. Sin embargo, quizás si el artículo 164 TRLGSS hubiera permitido

⁴⁴ STS 4563/2010. Id Cendoj: 28079140012010100544. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

La sentencia recurrida estimó la pretensión de los demandantes dejando sin efecto el recargo, razonando que no había quedado acreditado que hubiera responsable o mando de la intermedia que ordenara al trabajador la realización de aquella tarea en las condiciones por este asumidas, ni tampoco que no dispusiera de medios de protección a su alcance que hubieran evitado el accidente. La sentencia recurrida excluye la responsabilidad que conduciría al recargo acudiendo al análisis de la doble naturaleza de este, que decanta a favor de la contractual, y al no acreditarse que hubiera responsable de empresa o mando intermedio que ordenara al trabajador la realización de aquella tarea en las condiciones asumidas ni que no dispusiera de medios de protección a su alcance.

Frente a dicha interpretación, el tribunal supremo interpreta que en singulares ocasiones, la conducta del trabajador accidentado, puede, determinar no solo la graduación de la responsabilidad del empleador, sino también, incluso, su exoneración (STS 20.03.1983, 21.04.1988, 6.05.1998, 30.06.2003 y 16.01.2006).

Sin embargo, la conducta del trabajador no reúne el carácter temerario, que de concurrir afectaría a la misma existencia del accidente de trabajo, configurado en el artículo 115.4.b) LGSS y por lo tanto, al recargo de prestaciones. La imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en el supuesto que nos ocupa, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador.

Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”.

Establecida la relación de causalidad entre la carencia de elementos de sujeción en los términos exigidos por el punto 9.5 del Anexo I-A del Real Decreto 486/1997 de 14 de Abril y el resultado dañoso sufrido por el trabajador, de conformidad con las normas que se cita como infringidas y con la doctrina expuesta

al juzgador la posibilidad de aplicar el aumento del 30% al 50% solo para casos excepcionales en los que se hubiera producido una acción ilícita especialmente reprobable, la discusión sobre si representa un daño punitivo se tornaría con mayor habitualidad hacia la respuesta positiva, debido, entre otras cosas, a que la gran mayoría de los daños punitivos entran dentro de la discrecionalidad del juez o del jurado⁴⁵.

Una vez más, parece que cuando se trata de fórmulas como la del artículo 164 TRLGSS, en la que se establece una cantidad a imponer obligatoriamente por encima del daño, el desconocimiento de la institución hace que se piense que no se está ante un daño punitivo, a pesar de que sigue el mismo patrón que otras alejadas de toda duda sobre su naturaleza punitiva como los *multiples damages*⁴⁶.

El artículo 164 TRLGSS establece la obligación de condenar por encima del daño para los supuestos en dicha norma señalados, pero con una peculiar característica, puesto que en atención a la conducta del infractor, el juez tiene la posibilidad de baremar la indemnización entre el 30% y el 50% de los daños compensatorios, lo cual indica que parece que el legislador parte de que toda conducta incumplidora es deleznable, y busca que se enmiende mediante la punición, dejando al juzgador un pequeño margen (subjetivo) de catalogación y valoración individual en función del caso concreto, al estilo de los daños punitivos originales.

f). – Sobre el origen de los daños punitivos. Por último, cabe mencionar que los daños punitivos pueden ser, según su fuente u origen, judiciales, arbitrales o legislativos, con independencia del órgano que los tenga que imponer⁴⁷. Por tanto, sería indiferente que los impusiera en primera instancia, como ocurre en el artículo 164 TRLPI, un órgano administrativo como es el Instituto Nacional de la Seguridad Social, puesto que su origen sería legislativo.

procede la estimación del recurso, casando y anulando la sentencia recurrida con lo cual se confirma el recargo impuesto del 30% sobre la prestación reconocida, sin que haya lugar a la imposición de costas en el presente recurso.

⁴⁵ El jurado es el organismo que más condena en daños punitivos: HERRERA, Edgardo, *Los daños... Cit.*, p. 39.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 39: Estos tipos de daños siempre han sido considerados punitivos y su concesión es como ya dijimos no discrecional, sino obligatoria (*mandatory*).

⁴⁷ *Ibid.*, p. 39. Habría que poner, por tanto, el foco de atención no tanto en el órgano que tuviera la obligación o la posibilidad de imponerlos, sino en la norma fundamentadora, es decir, en la que figure la posibilidad o la obligatoriedad de imponerlos.

3 CONCLUSIÓN: LAS FÓRMULAS PUNITIVAS COMO EL RECARGO DE LAS PRESTACIONES DEL ARTÍCULO 164 TRLGSS COMO UNA FIGURA EFECTIVA DENTRO DEL DERECHO DE EMPRESA.

En el presente artículo se ha mostrado que la fórmula del recargo de las prestaciones del artículo 164 TRLGSS cumple con todas las características definitorias de los daños punitivos, puesto que estos se pueden apreciar cuando existe alguna disposición que permita u ordene imponer, dentro de un proceso civil, una cuantía indemnizatoria superior al daño, es decir, a la cuantía que se estima como compensatoria del mismo, incluyendo los daños patrimoniales y morales, que no son sino representaciones de un mismo objeto. Lo mencionado, en mi opinión, lleva a concluir que estamos ante una verdadera representación de los daños punitivos dentro de nuestro ordenamiento⁴⁸, pero que juega de una forma especialmente limitada, al no poderse superar el 50% del daño compensatorio, representando un claro ejemplo, por tanto, de la categoría de los *multiple damages*, y más concretamente de los *percentual damages*.

Excluyo que la mencionada fórmula del recargo de las prestaciones pueda jugar como una indemnización no punitiva, por los argumentos mencionados en el párrafo inmediatamente superior, y grandes dudas presenta que pueda jugar como una prestación, tal y como argumenta el magistrado disidente de la mencionada STS de 23.03.2015⁴⁹.

Una vez expresada la naturaleza jurídica del recargo de las prestaciones, no hay motivo por el que alarmarse, puesto que el hecho de que se haya limitado de tal forma permite que exista una cierta seguridad jurídica al conocer la máxima sanción a la que el infractor se expone, se permite que no recaiga en el juzgador una potestad ilimitada de sanción dentro de un proceso civil que no tiene las debidas garantías, al contrario que el proceso penal. Por tanto, haciendo uso de la función sancionatoria dentro del proceso civil, se buscan unos niveles más altos de prevención que hacen

⁴⁸ No serían adecuadas, por tanto, las abundantes expresiones de la jurisprudencia como la de la ya mencionada sentencia de la Sala Primera de 19.12.2005 (Id Cendoj: 28079110012005101024, N. de resolución: 977/2005) y sería más adecuado decir que nuestro ordenamiento es ajeno a los daños punitivos puros pero no enteramente ajeno a los *multiple damages*.

⁴⁹ Sala de lo Social Rec. N.º 2057/2014: “el recargo no es enumerado como una de las prestaciones del sistema en el art. 38 de la L.G.S.S, lo que conlleva que en principio no le sean aplicables las normas sobre revalorización de las prestaciones, ni las que garantizan su cobro, ni las relativas a quien responde de la prestación (recargo) en caso de insolvencia del empresario. En efecto, en el caso de las demás prestaciones, caso de insolvencia del empresario que no concertó el debido seguro, la responsabilidad es del empresario incumplidor y subsidiariamente del INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes (art. 126-1 L.G.S.S .) (hay abundante doctrina de la Sala sobre esto:SSTS 8-3-1993 , 20-5-1994 ...).”

falta en el sector empresarial de los accidentes de trabajo⁵⁰, a pesar de que es cierto que se deterioran levemente los principios más antiguos del Derecho civil y vuelve a mezclarse levemente restitución y sanción, al estilo de lo que ocurría con la *Ley Aquilia* anteriormente mencionado. El deterioro no llega a ser de gran entidad, siempre y cuando no se lleguen a introducir los daños punitivos puros en nuestro ordenamiento.

Por otro lado, quizás sea entendible y defendible la utilización de fórmulas como el recargo para ciertos sectores del ordenamiento, especialmente sensibles, puesto que se presenta como una figura que sin duda cumple con el fin preventivo y que además consigue limitar la discrecionalidad del juez en pro de la seguridad jurídica. Al fin y al cabo, quizás no es tan malo tener en nuestro derecho una suerte de daños punitivos muy limitados, Como bien señala Vignale: “La renovada atención de la doctrina civilística respecto de la pena privada responde a una exigencia de nuestro tiempo, cual es la moderna tendencia de la política criminal que auspicia una drástica reducción del área penalmente relevante y mira con particular favor la búsqueda de alternativas a la tutela penal⁵¹.”

4 BIBLIOGRAFÍA.

ABRAHAM, Karl, Y JEFFRIES, John, “Punitive damages an the rule of law: the role of the defendant’s wealth”, en *Journal of Legal Studies*, v. 18, 1989

AGUIAR LOZANO, Hugo, “Los daños punitivos y el enriquecimiento injustificado” en *Derecho ecuador.com*, 2013

AGUSTÍN ÁLVAREZ, Arturo Andrés, “Repensando la incorporación de los daños punitivos” *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2008:

⁵⁰ España, es uno de los países con mayor tasa de siniestralidad laboral de la Unión Europea: TEJEDOR AIBAR, María Mercedes, “Evolución de los accidentes de trabajo entre 1996 y 2003”, en *Insht*, N. 37, 2004, pgs. 23 a 35.

⁵¹ VIGNALE, Louis, *Decriminalizzazione e pena privata (a propósito del reato di emissione di assegni a vuoto)*”, 1985, citado por: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino? *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Segunda época, 1993, N. 31, p 83.

En el mismo sentido se pronunció la comisión conformada por los Dres. LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO Y KEMELMAJER DE CARLUCCI sobre el Proyecto de Código Civil argentino: “La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este anteproyecto no solo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento, pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz”.

<http://www.derecho.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos>.

AGUSTINA ATALOA, María, “La responsabilidad por daños en el nuevo Código Civil y Comercial” *Revista Reformas Legislativas*, año 1, N. 3, 2015.

ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Daños punitivos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

AZAR DENECKEN, José Ignacio, “Los daños punitivos y sus posibilidades en el Derecho chileno” *Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado*, Santiago, 2009.

BORDA, Guillermo Antonio, *Tratado de Derecho Civil Obligaciones*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1994.

CALABRESI MELAMED, Guido, “Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: una perspectiva de la catedral. Anuario de Derecho Civil, Traducción DEL OLMO GARCÍA, N. 1, 1997

CALABRESI MELAMED, Guido, *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984

Código de Hammurabi (año 1760 a. C.).

CRUZ VILLALÓN, Jesús, Y JOVER RAMÍREZ, Carmen, “La responsabilidad de Seguridad Social en materia de Seguridad y Salud en el trabajo”, en T.L. n. 50, 1999.

DEL VALLE ARAMBURU, Romina, “Desentrañando la esencia de la *Lex Aquilia*. ¿Reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?”, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* Universidad de la Plata, 2014.

DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

G FLEMING, John, *The law of torts*, The Law Book Company ,Sydney, 1998.

GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria, “el concepto de los daños punitivos o *punitive damages*” *Estud. Socio-Jurídico*, v. N. 5, Bogotá, junio 2003.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, N. 31, 1993.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008

MARTÍNEZ FLORES, Héctor, “El enriquecimiento injustificado, ¿indemnización o restitución? *Derecho y cambio social*, Perú: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/enriquecimiento%20injustificado.htm>

MULLER, Pierre, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin-New York. Walter de Gruyter, 2000.

MUÑOZ MOLINA, Julia, “El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2005.

PROSSER AND KEETON, *on The Law of Torts*, West Publishing Co. St. Paul, Minnesota 1984.

RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “La lucha legal contra la morosidad en los pagos”, en GONZÁLEZ PORRAS, José María y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando, (coord.) *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo 1, Universidad de Murcia, 2004.

SALVADOR CODERCH, Pablo, “Punitive damages” en *Indret* N. 13, Barcelona, 2000.

SALVADOR CODERCH, Pablo, Y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SANDRO SCHIPANI, Pablo, “De la Ley Aquilia al Digesto” en *Revista de Derecho Privado* N. 12-13, 2013.

SEBOK ANTHONY, John, “Punitive Damages in the United States” en *Punitive Damages: Common an Civil Law Perspectives*, Viena, Springer, 2009.

SEMPERE NAVARRO, Antonio, y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, “El recargo de las prestaciones, puntos críticos”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N. 53, 2004.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo, “Los Daños Punitivos en La Propiedad Intelectual”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir) en, *Límites entre el Derecho Sancionador y el Derecho Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

TEJEDOR AIBAR, María, “Evolución de los accidentes de trabajo entre 1996 y 2003”, en *Insht*, N. 37, 2004.

VADILLO ROBREDO, Guillermo, “Reconocimiento y ejecución en Alemania de sentencias extranjeras de daños punitivos” *Revista de la Facultad de Derecho de Deusto*, Vol. 45, Núm. 2 1997

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, y ARIAS MAÍZ, Vicente, *Daños y Perjuicios en la Propiedad Intelectual*, ed. Trama, Madrid, 2006.

ZIPURSKY, Benjamin Carles, “A Theory of Punitive Damages”, *Texas Law Review*, N. 84, 2005.