

XXIII CONGRESO NACIONAL AEDTSS

(Girona, 16-17 mayo 2013)

TERCERA PONENCIA TEMÁTICA:

“La responsabilidad por daños en la Seguridad Social por riesgos laborales”

Yolanda Valdeolivas García
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

1. PRELIMINAR

El resarcimiento de los daños sufridos por el trabajador como consecuencia de la actualización de un riesgo laboral ha puesto en conexión en nuestro modelo dos sistemas reparadores cuya convivencia no ha resultado siempre fácil: de un lado, la responsabilidad civil por accidente de trabajo –entendido este, en adelante, en su sentido más amplio, comprensivo de todo daño relacionado con el trabajo capaz de afectar a la vida, salud o integridad del accidentado- y, de otro, el sistema público de Seguridad Social para el caso de contingencias profesionales. Convivencia heredera de la configuración inicial y posterior evolución de nuestro modelo de protección social por accidentes de trabajo, cuyo fundamento, sin perjuicio de los diversos esquemas teóricos de protección social transitados, sigue remitiendo en buena medida a la responsabilidad empresarial por riesgo, que atribuye a dicho sujeto responsabilidad patrimonial de carácter resarcitorio por la sola generación del riesgo laboral, aunque la misma haya devenido pública, obligatoria y objetiva. En este sentido, cuando el riesgo es ilícito por incumplimiento de medidas preventivas, el criterio de imputación es subjetivo o por culpa del empresario, aunque la reparación esté socializada y lo asuma parcialmente el sistema público de protección social; pero si el riesgo es lícito, porque encaja en el ámbito de lo inevitable y socialmente tolerado por el beneficio que representa para la comunidad en su conjunto, la responsabilidad anterior resulta inaplicable y es necesario encontrar un mecanismo de imputación diverso, no basado en la culpa sino en la sola creación del riesgo laboral, que opera automáticamente por la mera actualización de un daño derivado de aquel, lo que objetiva la responsabilidad y la desenvuelve de forma tasada y limitada. En este segundo caso, la Seguridad Social parece sustituir la responsabilidad civil por daños hasta el límite de lo resarcible conforme a aquel primer esquema protector asegurado públicamente por un mecanismo de resarcimiento desplazado a terceros, aun sin negar, desde luego, la posible reparación de los perjuicios adicionales que no encuentren cobertura en dicho sistema a través, ahora sí, de la responsabilidad patrimonial que regula el derecho civil y por un comportamiento empresarial calificado de antijurídico.

De lo anterior se deriva que en la lógica de la responsabilidad por riesgo laboral haya que alterar el criterio de valoración de la conducta empresarial, acreditando, frente al comportamiento culpable, la sola existencia de un daño derivado del trabajo, resarcible por el solo hecho de que el empresario generador del riesgo recibe el beneficio de la actividad laboral que provoca

aquel, controla su origen y desenvolvimiento y externaliza el coste de su aseguramiento y reparación. Tal circunstancia, a su vez, hace decaer el interés por la mayor o menor probabilidad o gravedad del riesgo laboral objetivo que genere cada concreta actividad productiva, socializado y repartido, ya se ha dicho, el coste del resarcimiento de los daños causados por él. Lo que tampoco obsta señalar de inmediato que semejante esquema puede no resultar inocuo desde una perspectiva más estrictamente preventiva, porque la aplicación de esquemas de responsabilidad objetiva es susceptible de provocar un efecto inhibitorio de la más completa y correcta observancia de las obligaciones empresariales de protección de la seguridad y salud en el trabajo que, no siendo el fin directo del sistema protector, cabría anticipar que tampoco debe estar ausente de sus objetivos y evitar su mutua obstaculización, como luego se desarrollará.

En definitiva, sin entrar en los elementos definidores y distintivos de la responsabilidad civil por culpa y la responsabilidad civil por riesgo que cabría aplicar en el ámbito de la producción de daños derivados del trabajo¹, baste decir ahora que ambas se mueven en planos distintos: la primera en la esfera del incumplimiento empresarial; y en la de la existencia de un perjuicio derivado de un riesgo socialmente tolerado, la segunda. De ahí su autonomía recíproca y eventual compatibilidad sobre un mismo daño. Lo que, por lo demás, no es incoherente con el hecho de que, en la mayoría de las ocasiones, la responsabilidad por daños derivados del trabajo pueda reconducirse a la responsabilidad por culpa empresarial, resultado de la amplitud y alcance con que nuestro ordenamiento configura los deberes preventivos del empleador, que permite, según se verá enseguida de manera más detenida, imputar a culpa o negligencia de dicho sujeto la mayor parte de los accidentes de trabajo. Toda vez que su deber de prevención implica la práctica eliminación de todo riesgo que la ciencia o los avances técnicos permitan tener por evitable, es incuestionable que la responsabilidad civil por culpa termina ocupando un espacio singular en el juego de las responsabilidades por daños derivados del trabajo, relegando a una virtualidad meramente secundaria la que actúa sobre el solo presupuesto del riesgo laboral. Pero tal consecuencia no es fruto de una suerte de prevalencia o jerarquía entre ambas modalidades de responsabilidad, sino que resulta del contenido propio del deber de prevención, que la propia jurisprudencia social ha llegado a calificar de prácticamente ilimitado.

Así, la admisión de la compatibilidad o no entre protección social e indemnización civil que se encuentra en el trasfondo de este debate, solo en apariencia teórico, se muestra harto compleja, de modo que reconocer o negar la protección civil de la víctima del accidente de trabajo que recibe prestaciones de la Seguridad Social depende de la concepción que se considere de nuestro

¹ Al respecto, puede verse A. DESDENTADO BONETE, "La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo: estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de reparación", en AA.VV., *Congreso de Magistrados en el Orden Social: el futuro de la jurisdicción social*. Madrid (CGPJ), 2000, pp. 401 y ss.; B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo*. Madrid (Civitas), 2004; de la misma, "Protección de accidentes de trabajo y responsabilidad civil por riesgo", *RMTAS*, 2004, núm. 53, pp. 364 y ss.; B. GUTIÉRREZ-SOLAR y J. LAHERA, *Compensaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo, Problemática y reformas*. Granada (Comares), 2009, pp. 14 y ss.

modelo protector de las contingencias profesionales y, sobre todo, de su interpretación o no como un modelo de seguro civil de accidentes de trabajo. En este sentido, ya cabe anticipar que si la Seguridad Social se entiende, en su actual fase de evolución y consolidación, como un modelo protector que socializa los riesgos sociales, incluidos los de carácter profesional, y que supera las técnicas del seguro privado, no es imprescindible vincular el daño padecido por el trabajador con la responsabilidad empresarial, permitiendo, así, que responsabilidad civil y protección social actúen a modo de complemento y no se interfieran mutuamente. En efecto, si la prestación de la Seguridad Social por daños derivados del trabajo pretende sustituir las rentas salariales dejadas de percibir por el trabajador como consecuencia de la actualización del riesgo laboral, mediante una protección tasada y limitada que no tiene por qué compensar íntegramente el salario perdido, es claro que cuanto exceda de esa estricta compensación puede ser cubierto por el régimen de responsabilidad civil indemnizatoria del daño sufrido, lo que asegura la compatibilidad de ambas vías reparadoras. Tal es el sentido de la previsión contenida en el art. 127.3 LGSS, al señalar que “cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, *sin perjuicio de aquellas responsabilidades* (lo que permite al beneficiario) exigir las *indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente*”.

Ahora bien, lo que no explica el precepto aludido es si esa compatibilidad ha de vertebrarse sobre la base de la acumulación y plena independencia de la una sobre la otra, lo que sería susceptible de duplicar la reparación del daño sufrido, o si, por el contrario, la indemnización civil ha de descontar la parte de resarcimiento (parcial) que obtenga el trabajador vía prestación social. En todo caso, de considerarse que la Seguridad Social es un modelo asegurador por la mera existencia del riesgo, desvinculado de la conducta del empleador, y que la indemnización civil presupone un elemento culpabilista que actúa sobre la premisa del comportamiento antijurídico de quien provoca el daño resarcible, es posible la convivencia de ambas fórmulas reparadoras, aunque resulte lógico imaginar que de esta segunda haya de descontarse la parte de resarcimiento ya cubierto por la primera, hasta el punto de que si esta cubre la reparación íntegra tampoco cabría la exigencia de responsabilidad civil. De igual modo, habría de sostenerse también que esa primera fórmula prestacional será la exclusiva técnica reparadora para el caso de que no haya ilícito, presupuesto inexcusable de la indemnización civil por daños y perjuicios, por mucho que quepa apreciar una tendencia creciente hacia su objetivación².

² El progresivo acercamiento a un concepto de responsabilidad cuasi objetiva, que omite la necesidad de elemento culposo o negligente en el daño indemnizable, no obsta la existencia de la comisión de un acto antijurídico, lo que introduce algún género de culpa, aun en el sentido matizado. De ahí que la carga probatoria se limite a demostrar daño, causa y nexo causal, sin prueba de culpabilidad, pues la responsabilidad deviene del simple riesgo creado por el incumplimiento. Más ampliamente, G. MOLINER TAMBORERO, “La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de Prevención de riesgos laborales”, *AL*, 1996, núm. 19, pp. 402-403.

A tales conclusiones coadyuva, igualmente, lo preceptuado en el art. 127.3.2º LGSS, en relación con la reclamación por parte de la Seguridad Social al tercero responsable del coste de las prestaciones sanitarias satisfechas. Tal previsión viene a excluir la conceptualización de nuestro sistema de Seguridad Social como un modelo protector basado en la responsabilidad civil del empresario y sustitutivo de ella, porque, de ser así, tal responsabilidad absorbería la del empresario e impediría la repetición del gasto producido. Lo anterior desvela la clave no indemnizatoria de nuestro sistema de protección social cuando se concreta en prestaciones económicas sustitutivas del salario que, predeterminadas e independientes del daño efectivamente producido, no pretende tanto su íntegra compensación cuanto la superación del estado de necesidad que provoca la disminución de ingresos que representa la pérdida del salario como consecuencia del daño derivado del trabajo, en lo que aquí importa. Pero, cuando lo afectado son prestaciones sanitarias, nótese que, por su propia naturaleza, el esquema es diverso y se asemeja a una suerte de seguro civil por los daños realmente sufridos dirigida a la restitución íntegra, lo que se compadece con el derecho de repetición mencionado que impide el solapamiento de vías reparadoras compensatorias de un mismo daño y que supondrían, al tiempo que una duplicidad protectora para el trabajador, una liberación de quien provoca el daño causado por su conducta antijurídica de la obligación de soportar su reparación, ya cubierta por la Seguridad Social. Esto es, se elude el efecto de eventual enriquecimiento injusto de ambos sujetos, responsable y víctima de los daños³.

Con todo, defendiendo la posible compatibilidad de protección social en forma de prestación económica e indemnización civil indemnizatoria, lo que no garantiza la interdicción del enriquecimiento injusto sería que ambas vías reparadoras se superpusieran íntegra y separadamente sin conexiones internas, porque de esa forma podría estarse sobreindemnizando el daño realmente causado y soportado por el trabajador protegido, como se insistirá después. Parece, pues, adecuado que la indemnización civil subjetiva tome en consideración el daño ya compensado por el sistema de Seguridad Social y repare el que no encuentra protección por esa primera técnica. A salvo, claro está, que, como consecuencia de la exigencia de responsabilidad empresarial en la provocación del daño que hubiera podido evitarse de haberse observado las obligaciones preventivas, fuera posible repetir contra el empresario agente de un comportamiento antijurídico el coste de la protección previamente soportada por la Seguridad Social. Pero, como sabemos, tal efecto de repetición no está previsto sino por infracción de los deberes empresariales de aseguramiento (art. 126.2 LGSS), no así por la que deriva del genérico incumplimiento del deber de prevenir los riesgos laborales, al que solo se anudan, junto a la eventual comisión de delitos, responsabilidades administrativas y el recargo de prestaciones (arts. 42.1 LPRL y 123 LGSS); figura que arrastra, como también se analizará, sus propios problemas de naturaleza jurídica y de fricción con principios básicos de nuestro ordenamiento. Recuérdese que la única infracción de normas preventivas que

³ Sobre esta noción del enriquecimiento injusto en el ámbito de los accidentes de trabajo y, en particular, de la víctima del daño, pueden verse las SSTs 8 oct. 2001, 31 dic. 2003, 30 en. 2008 y 24 jul. 2008. Asimismo, las interesantes consideraciones contenidas en el voto particular de la STS 2 oct. 2000.

conlleva esa atribución de protección a cargo del empresario responsable sustitutiva de la del sistema público es la inobservancia de la orden de paralización dictada por la autoridad laboral o la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que provoca accidentes de trabajo (art. 195 LGSS, en relación con los arts. 44 y 53 LPRL), lo que, a contrario, excluye esa consecuencia para los restantes incumplimientos del deber empresarial de protección de la seguridad y salud en el trabajo.

En suma, si la protección de la Seguridad Social opera de forma automática por la actualización de contingencias profesionales, exonerando, mediante una compensación tasada y casi siempre parcial del daño producido, esa parte de responsabilidad resarcitoria empresarial que asume el sistema, entendiendo que el sujeto asegurado es el empresario por la sola generación del riesgo, queda expedita la vía para exigir, en caso de incumplimiento de normas preventivas, la satisfacción del exceso del perjuicio realmente sufrido por el trabajador y no resarcido por ese primer mecanismo protector. Ello elimina tanto la exoneración de la responsabilidad de quien ha provocado el daño cuanto la doble reparación por un mismo perjuicio del accidentado, que podría compatibilizar ambas fórmulas reparadoras pero por daños diferenciados, aun causados por un mismo accidente. O, en otras palabras, cada una de aquellas compensaciones del daño encajaría en distintos ámbitos de responsabilidad: de una parte, responsabilidad objetiva o por riesgo, la del sistema público y, de otra, responsabilidad por culpa, la que se salda en la indemnización civil a cargo del empleador.

Tal configuración ni niega al trabajador accidentado el acceso, por el solo hecho de estar protegido por el sistema público, al sistema ordinario de resarcimiento de los daños que configura el derecho común para todo perjudicado por un tercero responsable, hasta obtener la íntegra reparación del daño, ni progresa en los negativos efectos de la creciente tendencia a la objetivación de la responsabilidad civil y alejamiento de su presupuesto culpabilista que, se comprobará, determina consecuencias antiprevencionistas nada desdeñables⁴. Y ello aun cuando, no se olvide, tal esquema representa un cierto efecto de favorecimiento injustificado del empresario responsable por culpa porque, en todo caso, le libera de resarcir parte del daño causado con su conducta infractora -o todo el daño, si no existe perjuicio que supere el ya resarcido por la Seguridad Social-.

No obstante, y aun con esos elementos disfuncionales, el modelo expuesto sigue manteniéndose coherente con el apartamiento de la Seguridad Social de un sistema de aseguramiento de la responsabilidad civil, que obligaría, conforme al principio de indemnización de los daños realmente sufridos, a valorarlos en cada contingencia producida para restituirlos íntegramente. En cambio, las prestaciones sociales se prevén de forma apriorística,

⁴ De ahí que comparta la consideración del sistema de Seguridad Social como un seguro de personas, desligado de cualquier asimilación a un seguro de responsabilidad civil, donde lo cubierto es el riesgo, sin necesidad de establecer la ya señalada indeseable objetivación de dicha responsabilidad civil, y donde más que la traslación de unos daños desde la víctima al sujeto causante, se pretende preservar objetivos de interés público como la solidaridad y la eficiencia de la gestión del sistema que, por ejemplo, garantiza el principio de automaticidad de las prestaciones de origen profesional (B. GUTIÉRREZ-SOLAR, "Protección de accidentes de trabajo y responsabilidad civil por riesgo", cit., pp. 383-384).

independizada su cuantía de los perjuicios realmente causados a la víctima del accidente de trabajo, porque solo se trata de resarcir ciertos daños provocados por el accidente de trabajo. Daños cifrados, como se sabe, en el estado de necesidad que genera, de un lado, la falta de ingresos fruto de la pérdida de capacidad laboral compensada por un prestación económica apriorísticamente calculada y, de otro, el exceso de gastos que representa la recuperación de la salud del trabajador, a que atiende la asistencia sanitaria. Sin perjuicio de que la exclusión del principio de restitución *in integrum* que ello presupone no implique desatender por completo el riesgo cubierto que, careciendo de relevancia en el momento de la compensación, sí reviste interés en el de su aseguramiento, determinando tipos de cotización o primas diferenciadas que pretenden responder a la mayor o menor probabilidad de actualización de los riesgos laborales, así como gravedad de sus consecuencias, y a cargo exclusivo del empleador. En este punto, nuestro modelo protector, ahora sí, parece acercarse a una fórmula de aseguramiento de la responsabilidad civil, valorando la prima por riesgos profesionales en términos actuariales propios del seguro privado. Pero esa circunstancia, al margen de confirmar la permanencia en nuestro sistema de caracteres deudores de la técnica de responsabilidad empresarial sobre la que se construyó el original aseguramiento de los riesgos profesionales que es antecedente de nuestra actual ordenación, no alcanza a negar la naturaleza esencial del modelo propuesto. Ni llega a eludir esta parcial contradicción con las técnicas aseguradoras y protectoras de un sistema evolucionado y moderno de Seguridad Social alejado de la responsabilidad civil del empresario su inevitable lógica en clave preventiva, obligando a una mayor aportación a quienes generan más riesgo laboral y solo a aquellos que lo generan y controlan, excluidos los trabajadores. En este contexto, y como se insistirá después, si la evitación del daño no es el propósito directo y principal de la Seguridad Social, que lo es su reparación, tampoco cabe duda de que la consideración de criterios prevencionistas ni puede estar ausente de un integral modelo protector ni resulta neutra desde la garantía de la eficiencia y sostenibilidad financiera del sistema⁵.

De ahí que, a continuación, pretenda hacerse una lectura conjunta e integradora de ambos sistemas de ordenación, reparador y preventivo, al objeto de extraer las virtualidades de un modelo que interrelacione las vertientes de protección del daño producido y de prevención del riesgo laboral capaz de provocarlo, al tiempo que evidenciar las disfunciones e interferencias que nuestra actual regulación no alcanza a resolver y que justifica la propuesta de soluciones normativas diversas⁶.

⁵ Como expresa el voto particular a la STS 2 oct. 2000, “todo sistema de reparación cumple una función preventiva”.

⁶ Sobre tales interferencias y fricciones, más ampliamente, Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*. Albacete (Bomarzo), 2012, pp. 33 y ss.

2. NATURALEZA DEL DEBER DE PREVENCIÓN EMPRESARIAL: REPERCUSIÓN EN LA REPARACIÓN Y EVENTUAL EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES POR RIESGO LABORAL

La protección de la seguridad y salud en el trabajo que se enmarca en el deber empresarial de prevención o protección del trabajador frente a los riesgos derivados del trabajo constituye un ineludible elemento del tracto contractual capaz de generar responsabilidades del empleador. Lo heterogéneo de su sentido y alcance desde su inicial configuración hasta ahora viene a condicionar de manera significativa la identificación y condiciones de aplicación de aquellas responsabilidades, como lo hace la propia evolución de sus presupuestos sustantivos, al reconocer el bien jurídico protegido y delimitar el alcance de las obligaciones preventivas y de las responsabilidades derivadas de su inobservancia.

De hecho, el actual concepto y la efectiva plasmación jurídica de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores frente a los riesgos profesionales ha transitado por un lento proceso de construcción, desde su regulación en el origen mismo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social hasta el sensible viraje que representa el modelo normativo actual, al pasar de adoptar, básicamente, medidas reparadoras y de sanción administrativa a reconocer en el elemento de la prevención la función clave; tránsito que impone el desarrollo de una política general de protección de la salud de los trabajadores con un contenido integral. Desde luego, ello afecta al principal sujeto obligado, el empresario, interconectando un intenso entramado de deberes, un complejo despliegue de responsabilidades y un tratamiento protector llamado a servir conjuntamente a la más eficaz tutela de la seguridad y salud del trabajador, anclado en una configuración del deber de prevención esencialmente vinculada al contrato de trabajo y con la regulación laboral como contexto definitorio y observatorio desde el cual confrontar sus disposiciones. La dimensión preventiva del deber de protección empresarial, que hace obligatorias y de acción permanente cuantas medidas sean necesarias para garantizar la tutela del derecho del trabajador (art. 14.2 LPRL), califica, a no dudar, la esfera de responsabilidad del empleador.

En efecto, el fundamento de ese deber y la exigencia de responsabilidad por su incumplimiento atravesaron diversas fases. Una primera, en la que el empresario debía indemnizar al trabajador del daño actualizado por una actitud culpable del primero, conforme a la teoría de la culpa que, por el contrario, le eximía de responsabilidad de no demostrarse su existencia. Una segunda que objetiva la responsabilidad del empresario, en la denominada teoría de la objetivación de la culpa, resultando culpable aquel sujeto por el mero hecho de existir un riesgo profesional derivado de su actividad empresarial, ampliando su responsabilidad y la protección indemnizatoria del trabajador; en consecuencia, se obliga al empresario a asegurarse a través del sistema de protección social frente a tales riesgos profesionales, sin perjuicio de su deber de adoptar cuantas medidas fueran necesarias para evitar su actualización, como manifestación concreta de su deber de protección de la vida y la integridad física del trabajador, incrementándose, en caso contrario, su deber resarcitorio y aplicándose medidas sancionadoras. Finalmente, la tercera fase resituía el foco de atención en la prevención del riesgo laboral sin abandonar las medidas reparadoras y de exigencia de responsabilidad en caso de actualización de

dichos riesgos, aunque el encaje de estas últimas ya no resulta tan armónico, como se verá, porque se mantiene un modelo diseñado sobre otras premisas contractuales.

El espaldarazo legal del nuevo planteamiento coincide con la promulgación de la LPRL que, en desarrollo del art. 40.2 CE, no reduce la protección del derecho a la salud laboral del trabajador a la mera protección de la seguridad e higiene en el trabajo, sino que lo complementará con otros contenidos que imponen obligaciones a los empresarios, tales como los deberes de vigilancia de la salud, información y formación, consulta y participación del trabajador, evaluación de riesgos, planificación de la actividad preventiva, entre otros, que determinan un conjunto más amplio y heterogéneo de manifestaciones del derecho, identificando un deber general de prevención del empresario de contenido amplio y complejo. En ese marco, si el empresario incumple sus obligaciones preventivas, queda sujeto a responsabilidad. Responsabilidad que no es, en puridad, de carácter objetivo, pues se desenvuelve bajo la condición de existencia previa de un elemento doloso o culposo⁷, aun sin negar una clara tendencia objetivadora que, no completamente excluida del juicio de culpabilidad, lo modula e impone el análisis del contenido de la obligación general de seguridad que incumbe al empresario hasta exigirle responsabilidad por la contravención en cualquier modo de dicho contenido.

En consecuencia, el criterio de imputación de la responsabilidad será el complejo obligacional que contiene la LPRL, para cuyo incumplimiento basta con que el empresario no disponga cuantos medios exige el ordenamiento para evitar o controlar los riesgos laborales. Y es que el extenso deber de diligencia atribuido a dicho sujeto, que le impone el cumplimiento de las obligaciones expresamente previstas y cualesquiera otras funcionalizadas a la garantía de la seguridad y salud de los trabajadores, hará emerger un juicio de negligencia suficiente para atribuir la responsabilidad culposa. A salvo que la actuación del trabajador haya sido relevante en la causación del daño –imprudencia temeraria, conforme al art. 15.4 LPRL- o que exista fuerza mayor, en tanto circunstancias ajenas, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no hubieran evitado el daño cualquiera que fuera la diligencia desplegada. Así, la tendencia a objetivar esta responsabilidad no alcanza a hacerla completamente independiente del elemento culposo, ineficaz, por lo demás, a los fines preventivos, porque exigir responsabilidad siempre que se produzca un daño, sin posible exoneración, desincentiva la prevención, resultando incorrecto, entonces, independizar el resultado dañoso del adecuado o inadecuado desenvolvimiento de las actividades y obligaciones preventivas. En suma, la actuación empresarial es, en todo caso, objeto de valoración.

⁷ La jurisprudencia ha destacado que la responsabilidad civil por daños derivados del trabajo es una responsabilidad culpabilista o subjetiva, afirmando que, dentro del ámbito de la responsabilidad empresarial por daños y perjuicios, en materia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, que gozan de una protección de responsabilidad objetiva, venir a duplicarla por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana que, a diferencia de la legislación social no es universal ni equitativa entre los distintos damnificados, más que una mejora social supone un elemento de inestabilidad y desigualdad, lo que recomienda ceñir la responsabilidad por culpa a su sentido clásico y tradicional: culpa contractual, negligencia desencadenante del daño, causalidad y objetivación (cfr. las SSTs 30 sep. 1997, 2 feb. 1998, 23 jun. 1998, 22 jun. 2002, 7 feb. 2003).

Se trata, pues, de una responsabilidad por culpa, aunque ese elemento volitivo esté significativamente objetivado. Ello se compadece en el ámbito de la prevención de riesgos laborales con la peculiar configuración de la obligación empresarial pero no prescinde de la demostración de la relación de causalidad entre riesgo e incumplimiento empresarial. La amplitud de la diligencia prevencionista exigible al empleador le atribuye la acreditación del correcto cumplimiento de la obligación o, en su caso, de existencia de causas de exoneración impositivas del juicio de imputabilidad, en un efecto interpretado judicialmente como una verdadera inversión de la carga de la prueba a la altura del rigor de las obligaciones empresariales, que parece asociar daño causado e incumplimiento o, cuando menos, comportamiento antijurídico, salvo prueba en contrario del deudor del deber de seguridad⁸. A tal comprensión contribuye igualmente el hecho de resultar más asequible al empresario probar que cumplió diligentemente sus obligaciones, eximiéndole de responsabilidad, que al trabajador demostrar su incumplimiento. En todo caso, lo anterior pasa por reconocer el verdadero sentido de la deuda de seguridad del empresario que remite, de manera principal, al art. 14 LPRL y que desarrollan, básicamente, los arts. 16 y ss. de la misma norma.

El primero de esos preceptos arranca reconociendo el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, para señalar después que tal derecho presupone un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Derecho y deber o cara y cruz de una misma moneda desenvueltos en el marco de la relación de trabajo, aunque su fundamento último enlaza con el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud laboral que se reconoce al trabajador en cuanto ciudadano y, específicamente, en el desenvolvimiento de su prestación laboral [arts. 15, 40.2 y 43.1 CE y 4.2.d) y 19.1 ET]. Así, se enuncia un doble principio general de la acción preventiva, en una dinámica de derecho-deber típica en la relación laboral, que incorpora un heterogéneo conjunto de facultades del trabajador exigibles respecto de su empresario que el art. 14 LPRL enuncia unas veces en forma de derechos subjetivos de los trabajadores, individuales y colectivos, y otras de correlativas obligaciones empresariales, regulados, más concretamente, en los preceptos siguientes. Derechos del trabajador y obligaciones del empresario deducibles de un deber previo y genérico de protección de este último, verdadero garante de seguridad en la empresa y actor principal responsable de la eliminación o reducción del riesgo laboral. El citado derecho de los trabajadores se articula, pues, a partir del correlativo deber del empresario de protección de los mismos frente a los riesgos laborales, en una clara reciprocidad que ilustra una genuina relación jurídica de protección, derivada y dependiente, desde luego, de la de origen contractual, aun con una dimensión peculiar dentro de ella. Dicha relación se construye sobre un extenso e intenso catálogo de obligaciones y derechos interconectados que, básicamente desplegados en las fases internas de la relación laboral, son, en ocasiones, anteriores a su nacimiento y aun posteriores a su finalización. Precisamente, la existencia de esta relación

⁸ Por decirlo en palabras de nuestro TS, cuando la diligencia adoptada por el empresario es incompleta, su responsabilidad no se traduce en una de carácter cuasi objetivo, al existir una actitud negligente en la falta de medidas idóneas, estableciéndose, pues, una relación directa entre omisión culposa y resultado dañoso (STS 7 feb. 2003).

jurídica de protección permite distinguir la prevención de riesgos laborales de otros ámbitos del ordenamiento cuyo objetivo es coincidente con la protección de la seguridad y salud de los ciudadanos, a veces en espacios superpuestos.

El deber empresarial, vinculado a garantizar el derecho a una protección eficaz, reviste un carácter complejo porque engloba otros muchos, abocados todos a la consecución del objetivo genérico prioritario, imponiendo cargas y obligaciones al empresario que, en su calidad de titular de los poderes directivos y de organización y control de la actividad laboral, queda comprometido a procurar un medio de trabajo sano y seguro. A tal objeto, se procura reconocer una pluralidad de actuaciones formales y, sobre todo, sustantivas, tendentes a la evitación de los riesgos y a la identificación y minoración de los efectos de aquellos que no se pueden evitar. De ahí que el empresario sea principal obligado y responsable de la garantía de seguridad en el marco de su empresa, en una posición que reviste hoy caracteres singulares, fruto de la experiencia adquirida en el tratamiento jurídico de décadas de desarrollo de esta materia y de las nuevas condiciones productivas, organizativas, técnicas y económicas en que hoy se desenvuelven las prestaciones de trabajo hasta modificar las exigencias prevencionistas. Por ello, aunque históricamente esa deuda de seguridad tuvo un tono claramente paternalista, inspirador de todos los deberes de protección del empresario, la regulación actual rompe ese cordón umbilical, reconociendo un principio de protección objetiva, genérica y omnicomprensiva, de la que, siendo acreedores los trabajadores, llega a independizarse de ellos para configurar también un deber investido de cierta naturaleza pública, cuyo incumplimiento justifica, así, la imposición de sanciones penales y administrativas⁹.

En definitiva, si el derecho de los trabajadores reitera normas ya conocidas en nuestro sistema normativo, el deber del empresario diseña un contenido genérico susceptible de integrar numerosas especificaciones, en un entramado obligacional muy dúctil para integrar cuantos deberes empresariales más concretos sean necesarios y relativos a cuantos aspectos estén relacionados con el trabajo. Por eso, el primer e inexcusable rasgo definidor del deber de protección del empresario es su carácter genérico, que califica un deber de seguridad abierto, flexible y omnicomprensivo del que deriva otro rasgo íntimamente conectado a él, su carácter permanente, mutable y dinámico. Así, el deber de protección es integral u omnicomprensivo y obliga al empresario a garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores en todos los aspectos conectados con el trabajo, convirtiéndolo en deudor universal de seguridad¹⁰,

⁹ La expresión legal del deber empresarial de protección frente a los riesgos laborales, al eludir la fórmula tradicional en nuestro sistema que atribuía al empresario el deber proteger la seguridad e higiene o, si se prefiere, en términos ahora más apropiados, la salud de los trabajadores, ilustra que el empresario no es el único sujeto implicado en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, que alcanza a otras actuaciones públicas y privadas, quedando circunscrita su obligación a prevenir los riesgos laborales, únicos factores de seguridad y salud que afectan a su esfera de actuación y le comprometen con obligaciones generales y específicas (G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*. Madrid (Colex), 2002, pp. 134-135).

¹⁰ En otros términos, como señalan las SSTs 8 oct. 2001, 12 jul. 2007 y 22 jul. 2010, el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado, debiendo adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran.

de modo que la enunciación y desarrollo de algunos contenidos específicos que actualizan ese deber de protección no lo exoneran del cumplimiento de cualesquiera otras obligaciones, aun no expresamente previstas, dirigidas a idéntica finalidad, aun cuando las expresadas identifiquen las más elementales y básicas obligaciones preventivas en las que cabe integrar otras muchas accesorias o secundarias que reconocen el completo alcance de la obligación principal¹¹. Contenido amplio, abierto y flexible del deber de protección que obliga a una actuación dinámica y permanente, en constante adaptación a las circunstancias de realización del trabajo y que presupone actuaciones heterogéneas y eficaces para la consecución del objetivo propuesto dependientes de cada actividad desempeñada y circunstancia concurrente en la misma. Semejante caracterización condiciona de forma significativa los propios perfiles y extensión de la responsabilidad empresarial hasta hacerla particularmente rigurosa.

Con lo anterior conecta también el debate relativo a la configuración de este deber como una obligación de medios o una obligación de resultado. De ser obligación de medios, su cumplimiento queda satisfecho con el solo desenvolvimiento de la actividad preventiva, con independencia, pues, de los eventuales resultados dañinos producidos para la seguridad y salud de los trabajadores; de calificarse como obligación de resultado, sería exigible toda ausencia de daños. Ya se anticipa que esta segunda configuración es incorrecta por exorbitada porque, sin negar que la finalidad de la prevención es la protección eficaz y la evitación del riesgo susceptible de producir daños derivados del trabajo, lo cierto es que los daños pueden actualizarse, al margen de otros elementos de juicio, aun desplegada una irreprochable diligencia empresarial en el cumplimiento de la acción de prevención, demostrando la experiencia que la seguridad absoluta es impracticable, aunque haya de tenderse a ella, porque excede de las capacidades y posibilidades del

¹¹ Así, el propio art. 14.2 anticipa muchos de los deberes preventivos específicos que integran el deber general del empresario, algunos de ellos de contenido complejo, en los términos que desarrollan luego los preceptos que suceden este primero. Sin ánimo exhaustivo, pero para reconocer los bloques de actividades preventivas que constituyen el contenido mínimo del deber de prevención del empresario, destacan las siguientes obligaciones: evaluar los riesgos laborales y planificar la actividad preventiva (art. 16 LPRL), proporcionar a los trabajadores equipos de trabajo y medios de protección individual adecuados (art. 17 LPRL), informar, consultar y facilitar la participación de trabajadores, individual y colectivamente, en materia preventiva (arts. 18 y 33 a 36 LPRL), proporcionar una formación teórica y práctica suficiente y adecuada a los trabajadores y a los delegados de prevención (arts. 19 y 37.2 LPRL), adoptar las medidas necesarias ante situaciones de emergencia (art. 20 LPRL), informar lo antes posible y adoptar las medidas necesarias ante situaciones de riesgo grave e inminente (art. 21 LPRL), vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores (art. 22 LPRL), elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral y sanitaria la documentación relativa al cumplimiento de las obligaciones preventivas (art. 23 LPRL), coordinar las actividades preventivas en los casos en que en un mismo centro de trabajo presten actividad trabajadores de diferentes empresas o trabajadores autónomos (art. 24 LPRL), proteger específicamente a trabajadores especialmente sensibles por sus condiciones personales o subjetivas (arts. 25 a 27 LPRL) o por la temporalidad de su prestación de servicios (art. 28 LPRL), constituir servicios de prevención propios, concertarlos con una entidad ajena o designar trabajadores a los fines de realizar la actividad preventiva en la empresa, de no poder asumir el empresario personalmente esas tareas (arts. 30 a 32 LPRL) y, en fin, asegurar la presencia en el centro de trabajo de recursos preventivos, cualquiera que sea su modalidad organizativa, en determinadas circunstancias.

empresario, y aun de cualquier otro sujeto; así se confirma en la previsión legal sobre la existencia de riesgos inevitables, a cuya identificación y separación de los evitables sirve justamente la obligación evaluadora del art. 16 LPRL. Al tiempo, tampoco cabe ignorar la existencia de circunstancias que exoneran al empresario de responsabilidad aun producido el daño, como el dolo o imprudencia temeraria del trabajador y la fuerza mayor ya aludidos [arts. 15.4 LPRL y 115.4.b) y 5.a) LGSS]; sin perjuicio de que el empresario deba prever las “distracciones o imprudencias no temerarias” del trabajador, que dota del mayor rigor al deber de prevención concretado en una diligencia especialmente reforzada, pero, desde luego, ni absoluta ni incondicionada¹². Así entendido, la obligación de previsión del empresario no parece exagerada o inalcanzable, pues las propias técnicas preventivas ya incorporan tales factores y la actuación ya está implícita en otras actividades que incumben al empresario, tales como la de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad y vigilar periódicamente las condiciones de trabajo, garantizando la efectividad de las medidas adoptadas.

Así, la obligación de medios posee un contenido tan amplio, flexible e integral que es difícil escapar de su polo de atracción. Lejos de aquietarse en un cumplimiento meramente formal de las obligaciones preventivas previstas, exige cuantas otras requiera la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo, vinculando íntimamente medios y resultado, en una labor exhaustiva de indagación de las circunstancias concurrentes a efectos de identificar si los medios eran los adecuados, necesarios y suficientes para obtener el resultado pretendido o no lo eran. Tras esa compleja valoración, la consecuencia debiera ser la sola exclusión de la responsabilidad empresarial si demostrado que, cualquiera que hubiera sido la actuación preventiva, el daño se hubiera actualizado igualmente, probando la ausencia de nexo causal entre prevención desenvuelta y daño producido. En cambio, de existir relación causa-efecto entre actividad preventiva, en el sentido amplio expresado, y resultado dañoso, habrá que entender vulnerado el deber de protección, demostrado que era

¹² Sabido es que no deben confundirse imprudencia temeraria e imprudencia profesional, irrelevante esta segunda a efectos de responsabilidad empresarial, porque la previsión de esta circunstancia sí compone su deber de diligencia y su deuda de seguridad. Frontera nada sencilla, pero que la jurisprudencia suele identificar exigiendo en la temeridad un desprecio absoluto por el riesgo de manera reflexiva y consciente y en la profesional un simple exceso de confianza derivado de la experiencia en el ejercicio de la actividad y la seguridad que éste inspira, que induce a pensar que el riesgo será fácilmente superado por la habilidad o destreza del trabajador (SSTS 18 feb. 1975, 9 may.1985, 16 jul. 1985, 18 sep. 2007 y 13 mar. 2008). Como señalan otras sentencias, la legislación social que protege la contingencia de accidente laboral, extensible a los fines preventivos que aquí importan, trata de defender al trabajador de toda falta de cuidado, atención o negligencia no calificable de temeridad y cometida dentro del ámbito de su actuación profesional, insistiendo en la necesidad de proteger al trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales como un reflejo del carácter social que impera en las relaciones laborales (SSTS 19 oct. 2000, 17 may. 2001, 5 sep. 2001, 17 oct. 2001, 18 mar. 2002, 13 mar. 2008). Sobre las diferencias entre ambos grados de imprudencia y sus consecuencias, véase A. DESDENTADO y M. NOGUEIRA, “Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la jurisprudencia (1900-2000: revisión crítica y propuesta de reforma)”, *RMTSS/SS*, 2000, núm. 24, pp. 31 y ss.; G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo*, cit., pp. 148-149.

posible adoptar medidas más eficaces contra el riesgo¹³. Como reitera la jurisprudencia, ello viene a establecer una responsabilidad cuasi objetiva por los daños causados, dada su previsibilidad en una actividad con riesgo de originarlos, acercándola a una responsabilidad por riesgo. Ello reduce el elemento estrictamente moral y subjetivo de la culpa en el sentido clásico y valora sobre todo las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico, imputando los daños causados a quien obtiene el beneficio por estos medios creadores de riesgo, como se anticipó¹⁴. Si a esta construcción jurídica se añade la inversión en la carga de la prueba se alcanza prácticamente una responsabilidad objetiva, aun sin excluir automáticamente el componente volitivo, presente en el juicio de imputabilidad, que conforma una culpa significativamente objetivada por la configuración misma de la obligación empresarial¹⁵. Ello permite considerar que el daño causado deriva de un incumplimiento o, cuando menos, de un comportamiento antijurídico, salvo prueba en contrario del deudor del deber de seguridad.

En este mismo contexto, la amplitud de medios a emplear para cumplir el deber de protección llega a independizarse en cierta medida de la expresión legal para imponer un juicio de adecuación de la actividad de prevención desarrollada, no agotándose en un cumplimiento meramente formal, nominal o literal de la normativa, sino aglutinador de cuantas medidas, previstas o no legalmente, sean precisas para obtener la finalidad perseguida. El contenido

¹³ No es 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 (SSTS 8 oct. 2001, 12 jul. 2007 y 22 jul. 2010). Interpretación que refrendan muchas de las obligaciones preventivas específicas, con una expresa y estrecha conexión entre medios y resultado.

¹⁴ Cfr., por todas, las SSTS 22 en. 2002 y 7 feb. 2003 y las en ella citadas. El TS destaca el pleno sentido de este enfoque de la cuestión cuando, desde la creación de riesgos por actividades ventajosas para quienes las empleen, se contemplan daños a terceros ajenos al entramado social que se beneficia de este progreso y desarrollo, es decir cuando los riesgos sociales son valorados frente a personas consideradas predominantemente de modo individual, como sucede en el derecho civil; pero la cuestión cambia radicalmente de aspecto cuando el avance tecnológico alcanza socialmente tanto al que emplea y se beneficia en primer lugar de las actividades de riesgo –empresarios– como a quien los sufre –trabajadores–. En este caso la solución es la creación de una responsabilidad estrictamente subjetiva que, garantizando los daños sufridos por estas actividades peligrosas, previene al tiempo los riesgos económicos de quienes al buscar su propia ganancia crean un bien social, como es el empleo. Este justo equilibrio es el que desde antiguo se ha venido consiguiendo con la legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y con toda la normativa a ella aneja, adecuada no solo al conjunto social de empresas y trabajadores, cuando permite mediante las mejoras voluntarias de la Seguridad Social acomodar en cada empresa las ganancias del empresario con la indemnización de los daños sufridos por los trabajadores en accidentes laborales y enfermedades profesionales.

¹⁵ De nuevo lo expresa con claridad el TS, al afirmar que, en este ámbito, la responsabilidad del empresario, con fundamento en la cual pueda hacerse efectiva la indemnización, es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional, destacando que la base de la responsabilidad descansa en la culpa o negligencia (SSTS 2 feb. 1998, 18 oct. 1999, 22 en. 2002, 7 feb. 2003, 30 jun. 2010, 18 may. 2011, 24 y 30 en. 2012), insistiendo el TS en que el empleador está obligado a acreditar haber agotado toda diligencia exigible y a justificar que aun de haberse adoptado todas las medidas exigibles, el daño se habría producido, porque la prueba de los hechos impositivos, extintivos u obstativos también incumbe a dicho sujeto como deudor de seguridad.

del deber se identifica, más que por los medios previstos, por la garantía de que aquellos aseguran el resultado querido. Así, si el incumplimiento de la normativa preventiva siempre determina responsabilidad, no es exacta la ecuación inversa, no eximiendo automáticamente de responsabilidad el cumplimiento literal, si se demuestra razonablemente que debió actuarse en un determinado sentido o adoptar una determinada medida aun no prevista expresamente. Y es que el deber de prevención no siempre se agota en la suma individualizada de sus componentes obligacionales, insuficientes a veces desde el momento en que las normas técnicas se quedan desfasadas y el conocimiento técnico y científico modifica constantemente los mecanismos para combatir los riesgos y los medios para protegerse de ellos, como presupone el art. 15.1.e) LPRL. El cumplimiento de la normativa preventiva, que incluye la de carácter legal y convencional, no es garantía de estar realizando la prevención de modo integral y adecuado, siendo exigible al empresario una actitud orientada a la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo que trasciende el mero desarrollo de las actividades impuestas legalmente y traduce un deber de diligencia y un estándar de conducta adecuada dirigidos a una actuación preventiva total y guiada por el máximo nivel de seguridad alcanzable¹⁶.

Por lo demás, lo anterior presenta un alto grado de coherencia con el ámbito reparador. Dado que esa responsabilidad empresarial es objeto de aseguramiento obligatorio en el marco de la Seguridad Social, cabe separar las responsabilidades preventivas y las reparadoras, no basadas estas últimas en un previo incumplimiento empresarial que, en cambio, sí imponen las primeras. Por tanto, las responsabilidades derivadas del deber de protección del empresario solo resultan exigibles si apreciado incumplimiento del mismo, en el complejo contenido expresado, y aun con independencia de los daños acaecidos; pero, producidos estos, y al margen de su reparación por el sistema de protección social, la responsabilidad ahora del empresario y cargo exclusivo de tal sujeto no surgirá automáticamente, sino que requerirá conectar daño e incumplimiento.

¹⁶ En palabras de la STS 26 mar. 1999, el legislador no puede concretar la variadísima gama de mecanismos preventivos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastando, para acreditar su incumplimiento, con que se violen las normas genéricas o deuda de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador. Criterio plenamente coincidente con el art. 5.1 D-M, cuando se refiere a todos los aspectos relacionados con el trabajo y aun con el art. 16 Conv. OIT núm. 155. En el contexto europeo, tuvo oportunidad de pronunciarse la STJCE 14 jun. 07 (Asunto Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino Unido e Irlanda del Norte, C. 127/05), señalando que la D-M establece una obligación general de seguridad a cargo del empresario que no implica responsabilidad objetiva, especialmente, cuando la propia normativa admite que los Estados miembros limiten la responsabilidad empresarial “por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no hubieren podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada” (art. 5.4); para el Tribunal, ello niega que el legislador comunitario imponga a los Estados el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva del empresario, sino cuasi objetiva que, presumiendo la responsabilidad empresarial ante la concurrencia de determinados hechos, admite la prueba en contrario que neutralice tal responsabilidad. Lo que también se ha utilizado como argumento añadido por nuestra jurisprudencia para construir el concepto de responsabilidad en materia preventiva; cfr. las SSTs 30 sep. 1997, 2 feb. 1998, 18 oct. 1999, 22 en. 2002, 7 feb. 2003, 30 jun. 2010, 18 may. 2011, 24 y 30 en. 2012).

3. EL SISTEMA DE ASEGURAMIENTO Y PROTECCIÓN SOCIAL DEL RIESGO PROFESIONAL: UNA LECTURA EN CLAVE PREVENTIVA

3.1. Consideraciones previas

Aunque la política de prevención de riesgos laborales no forma parte de las políticas de Seguridad Social, cuya finalidad es la reparación de los estados de necesidad provocados por la actualización del riesgo social protegido, no la prevención, es poco objetable, de una parte, que el sistema de Seguridad Social tiene interés en la existencia de una adecuada política preventiva. Desde luego, evitando o disminuyendo el riesgo laboral se reducirán las situaciones a proteger, lo que asegura su patrimonio para el mejor cumplimiento de su función intrínseca; de otra, el sistema de protección social no es neutro desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, pudiendo en su diseño y funcionamiento influir también sobre esta última, aun de forma indirecta, en sentido positivo o negativo, esto es, promoviendo o desincentivando la prevención. Aún más, la propia opción entre un sistema de protección social independiente de todo componente prevencionista, que encomiende íntegramente esa finalidad a otro marco regulador, y uno vinculado a los objetivos preventivos, ya significa abiertamente tomar partido en dicho debate. De elegirse esta segunda opción, y con abstracción de las soluciones concretas ofrecidas al efecto, el resultado es situar el punto de mira de la protección social en un plano más elevado que el mero propósito de reparación del daño producido como consecuencia de la actividad laboral. En este sentido, hay que advertir de entrada que el interés en vincular ambos sistemas debiera ser recíproco porque es susceptible de generar efectos positivos en cada uno de ellos, lo que en realidad implica que ni la prevención es algo ajeno a la protección social ni la reparación de los daños derivados del trabajo es un elemento externo a la política preventiva.

De hecho, si se quisiera identificar un Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo con sustantividad propia, marco preventivo y marco de aseguramiento y protección de los riesgos sociales resultarían contenidos inexcusables e interrelacionados. Desde luego, como se dijo, un sistema de protección social es capaz de generar sinergias a favor de la prevención, anticipándose al daño de cuya reparación se trata; piénsese, por adelantar cuestiones que se verán después, cómo el diseño de las primas empresariales por riesgos profesionales o el propio sistema de pago directo o delegado de las incapacidades por daños derivados del trabajo es capaz de situarse en uno u otro plano¹⁷. Y a la recíproca, una mayor y mejor prevención contribuye a evitar la producción de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, reduciendo, así, los gastos derivados de la asistencia sanitaria y de las prestaciones económicas sustitutivas de las rentas perdidas que incumben a la Seguridad Social.

¹⁷ Así lo recuerda PIETERS, para quien los seguros de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales pueden hacer mucho para mejorar la seguridad y salud en el trabajo, diferenciando primas empresariales que tienen impacto preventivo al vincular su cuantía con los esfuerzos preventivos realizados en la empresa o el pago empresarial directo del primer período de incapacidad si el daño no está relacionado con el trabajo [“El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*. Madrid (Fraternidad/Muprespa), 2000, pp. 197 y ss.].

De ahí que el diseño del sistema de Seguridad Social, a través de la articulación de sus mecanismos protectores, se preste a ser analizado, además de por su eficacia reparadora y de superación de un estado de necesidad, también en clave de su mayor capacidad para estimular o, por el contrario, obstaculizar, la prevención. De ahí el propósito de analizar nuestro sistema de protección social del riesgo laboral desde la óptica de constatar si los mecanismos aseguradores y reparadores se configuran o no jurídicamente como técnicas idóneas para, como mínimo, no retraer la actuación de medidas de prevención capaces de evitar riesgos en las empresas y, caso de concluir con su escaso diseño prevencionista, proponer medidas de mejora para favorecer esa más óptima colaboración.

Desde estas iniciales consideraciones, cabe deducir ya que la mera opción por un sistema de aseguramiento público de los daños derivados del trabajo, en el que la entera sociedad asume la financiación colectiva de su protección, supone de entrada desvincular reparación y prevención, desde el momento en que la cobertura de tales daños se sitúa en un contexto distinto a aquel en que se han producido¹⁸. En este caso, el coste de los accidentes no afecta al causante del daño, sino que se “externaliza”, esto es, se desplaza hacia la comunidad que se hace cargo de su financiación. Por el contrario, en el sistema de responsabilidades por riesgos laborales la dinámica es la opuesta, permitiendo establecer una estrecha relación entre reparación y prevención, o entre sanción y prevención, porque en ambos casos se “internaliza” por el empresario el coste de los accidentes; esto es, o debe reparar el daño causado, en lo que, en su caso, exceda de lo cubierto vía protección social o debe atender al pago de la sanción, casi siempre de carácter económico. Si se habla de responsabilidad por culpa, el incentivo de la prevención alcanza hasta el nivel de diligencia exigible que, ya se dijo, es muy amplia, y si se trata de responsabilidad objetiva, el incentivo abarca hasta el nivel más eficiente dentro de lo tecnológicamente posible.

Pero volviendo a la protección social, la caracterización señalada significa, en términos de análisis económico, que el coste de los accidentes no repercute de modo directo y visible sobre los costes de producción de la empresa ni, por tanto, se toma en consideración por esta para determinar el precio final del producto que vende o del servicio que presta, llegando a perturbar el mercado y a identificar una suerte de competencia desleal entre empresas. En otras palabras, las empresas que invierten en evitar los daños derivados del trabajo, asumiendo un gasto en prevención de riesgos laborales, como un coste más de producción, tendrán que trasladarlo al mercado, a sus clientes y consumidores, mediante un incremento del precio de sus bienes o servicios, en tanto aquellas otras que no realizan tal gasto porque no invierten en prevención eluden tener que desplazarlo a dicho mercado, ofreciendo un producto o servicio más barato. Sin duda, al margen de otros efectos económicos que aquí importan menos, lo cierto es que un modelo basado en que quien provoca el riesgo no soporta su coste, porque la protección está socializada y no se visualiza ni se hace propia su evitación como un gasto empresarial, es un modelo teórico que desincentiva la prevención.

¹⁸ Así, AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España* (dir. F. Durán López). Madrid (Presidencia del Gobierno), 2001, p. 237.

En este sentido, las relaciones entre el sistema público de protección social y la responsabilidad del empresario como fórmulas para la reparación de los daños derivados del trabajo admite diversas combinaciones¹⁹.

Una primera consistiría en la separación plena entre Seguridad Social y responsabilidad empresarial, en un modelo que puede alcanzarse también mediante diversas alternativas. De una parte, la plena exclusión de la protección de los riesgos profesionales de la acción protectora del sistema público, sustituyéndola íntegramente por un sistema de responsabilidad empresarial; aunque, en tales casos, para asegurar que la insolvencia empresarial no ponga en peligro la reparación del trabajador, habría de cubrirse la satisfacción del daño por el sistema público para luego repetir contra el empresario. De otra, la articulación de esa independencia entre Seguridad Social y responsabilidad empresarial sobre la base de reconocer para las contingencias profesionales la protección directa por el sistema público, pero repercutiendo luego sobre el empresario, que seguiría siendo el responsable de su reparación, el reembolso del superior coste que tiene el riesgo profesional respecto del común, abonando al trabajador, además, la diferencia entre la protección de la Seguridad Social por accidente común y el importe total del daño; sin duda, este segundo sistema, más complejo desde la perspectiva de la gestión administrativa del reembolso y requerido de mayor coordinación que el precedente, tampoco evita el inconveniente de pérdida de garantías por el trabajador en caso de insolvencia del empresario. No obstante, en ambos casos, superado el inconveniente de su complejidad gestora, emerge la ventaja indudable de visualizar de forma precisa para el empleador el coste de la producción de accidentes, evitando los efectos contraindicados que para la prevención puede acarrear el aseguramiento de la responsabilidad empresarial sin identificar lo que cuesta y resultando idéntico el importe del aseguramiento cualquiera que sea la actividad preventiva desplegada.

Por su parte, una segunda opción sería la plena absorción por la Seguridad Social de la responsabilidad empresarial derivada de la actualización de los riesgos profesionales. Opción opuesta a la primera, toda vez que los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales quedarían íntegramente protegidos a través del sistema público de protección social, eliminando la responsabilidad como sistema independiente de indemnización, lo que significaría socializar tanto la reparación pública como la responsabilidad privada. Este modelo tiene de positivo que garantiza la efectividad de la cobertura, aunque desvincular el accidente de la responsabilidad empresarial en su producción es susceptible de plantear otro tipo de disfunciones importantes. Así, este modelo redistribuye en sentido regresivo la responsabilidad, porque desplaza hacia la sociedad en su conjunto el coste de las actividades peligrosas y de la producción de accidentes de trabajo que, sin embargo, determinan un lucro privado del empresario o, lo que lo mismo, se socializa el coste sin socializar el beneficio –efecto contrario al que opera, como se vio, en el ámbito de la objetivación de responsabilidad por daños que se explica por el beneficio que obtiene quien causa un daño en una actividad capaz de generarlos-. Pero es que, además, desde la lógica preventiva, resulta una solución ineficiente, porque impide que el empresario asuma o visualice el

¹⁹ Se sigue al respecto la exposición contenida en op.ult. cit., pp. 238 a 240.

coste del accidente. Por no aludir, desde un plano más cercano al propio *modus operandi* del sistema público de protección social, que este modelo ni es coherente con el hecho de que las prestaciones se otorgan en función de las situaciones de necesidad, sin atender a su causa, ni con el hecho de que la Seguridad Social no cubra una reparación íntegra de los daños protegidos, sino prestaciones de cuantía limitada y predeterminada con independencia del daño realmente producido. De ahí que proteger los accidentes de trabajo exclusivamente dentro de la Seguridad Social o rompe el principio de protección igual de situaciones de necesidad iguales, estableciendo un tratamiento más favorable de las contingencias profesionales respecto de las comunes o, de protegerse igual, se perjudica a las víctimas de los accidentes de trabajo otorgándoles una reparación inferior del daño producido, aun presente algún elemento de responsabilidad empresarial.

Finalmente, una tercera fórmula, a la que responde nuestro actual sistema reparador, viene representada por el aseguramiento de la responsabilidad empresarial en el sistema público de la Seguridad Social por la merwa generación del riesgo. Ello significa que se mantiene fuera del mismo la exigencia de responsabilidad empresarial por aplicación de las normas comunes del derecho de daños, si se dan los presupuestos subjetivos oportunos, como principio general de imputación en orden a la reparación, pero esta última se asegura de manera objetiva, al margen de la eventual responsabilidad subjetiva empresarial, dentro del sistema público de Seguridad Social, eliminando algunos de los inconvenientes anteriores. La socialización de la responsabilidad se sustituye, pues, por la socialización de su aseguramiento, cuya eficiencia y carácter de colaboración con la prevención dependerá en gran medida de las respuestas técnicas que se apliquen a los problemas de cobertura, esto es, la clase de responsabilidad cubierta, la forma de financiación o el concreto nivel de protección, entre otras, cuyo desenvolvimiento puede ser más o menos susceptible de trasladar hacia el empresario la internalización del coste de los daños derivados del trabajo. Esto es, tal sistema, para guardar coherencia con la promoción de la prevención, no debiera desvincular el coste del aseguramiento del coste de la protección de la actualización de los riesgos profesionales, en los términos expresados más arriba.

Situados en este último modelo, se está en condiciones de reconocer sus principales elementos y advertir los que pueden estar operando como factores de inhibición de la prevención, para su eventual corrección.

3.2. El aseguramiento público de los riesgos profesionales

Desde la pretensión de que la función del aseguramiento público de los riesgos profesionales, sobre satisfacer el objetivo de reparar adecuadamente los daños derivados del trabajo, cumpla, aun de forma indirecta, una cierta finalidad preventiva, conviene reconocer los rasgos caracterizadores de nuestro sistema. En este sentido, como la mayor parte de los sistemas europeos, el nuestro se caracteriza por que la protección de los accidentes de trabajo se ha articulado sobre la responsabilidad empresarial, pasando desde la inicial responsabilidad culpabilista propia del régimen civil común hasta la responsabilidad objetiva por el riesgo profesional, que implanta la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, sometida desde 1932 a un régimen de aseguramiento obligatorio que en 1967

se incorpora a la acción protectora del vigente sistema de Seguridad Social²⁰. Ese tránsito, que aseguró la protección del damnificado con independencia de la intervención culpable del empresario, se expresó inicialmente limitando, como se ha dicho, el alcance de la responsabilidad, que concretaría la protección del sujeto que padece el daño mediante un sistema de prestaciones legalmente limitadas en su cuantía cualquiera que fuera el perjuicio realmente sufrido. Ello, unido al denominado principio de inmunidad, negaba la exigencia de responsabilidad civil, sin perjuicio de que la acreditación de infracción de las normas preventivas posibilitara la eventual indemnización del trabajador beneficiario de la prestación mediante la figura del recargo de prestaciones, que se remonta, como es sabido, a la Ley Dato. Con ello, la conexión entre la protección de accidentes de trabajo por la Seguridad Social y la responsabilidad empresarial quiebra y ambas técnicas empiezan a discurrir por cauces independientes²¹.

Tras la implantación del vigente sistema de Seguridad Social operado a partir de la LGSS de 1966, el tratamiento de la protección del trabajador accidentado se ve influido por otra circunstancia relevante, cual es el desarrollo del régimen sancionador administrativo. Desarrollo que se acompaña, en otro contexto que interviene de manera trascendental en esta materia, de una evidente y progresiva flexibilización del concepto de accidente de trabajo, hasta concluir, sobre la premisa del principio pro beneficiario, en una significativa amplificación de la noción de riesgo profesional. Tal consecuencia, en lo que ahora importa, desvincula la cualidad de accidente de trabajo de la esfera del riesgo empresarial que puede ser evaluado y planificado en términos preventivos²². Esta ampliación del concepto de accidente de trabajo, si favorable desde la perspectiva de la protección reconocida al accidentado, provoca serias distorsiones desde el plano preventivo y de desenvolvimiento de la responsabilidad porque, difuminado ya completamente el riesgo empresarial y

²⁰ Al respecto, sobre la evolución de la protección de los riesgos profesionales desde la histórica Ley de Accidentes de Trabajo, véase J.L. MONEREO y J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, "Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (El sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)", en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales* (dirs. J.L. Monereo, C. Molina y M^a.N. Moreno). Granada (Comares), 2006, pp. 3 y ss.

²¹ Sobre la cuestión, véase A. DESDENTADO y A. DE LA PUEBLA, "Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, cit., pp. 639 y ss.

²² Así, se incorporan, juntos a los accidentes que son consecuencia del trabajo, los que se producen con una relación de ocasionalidad respecto de la actividad laboral, los accidentes *in itinere*, los que acecen en el desempeño de cargos electivos de carácter sindical y los accidentes producidos por fuerza mayor o con culpa de tercero, al tiempo que se califican también como accidentes de trabajo los sufridos por quienes no son trabajadores en sentido estricto, como los autónomos y asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Sobre la evolución del concepto de accidente de trabajo y su interpretación en sede judicial, véase C CHACARTEGUI JÁVEGA, *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*. Albacete (Bomarzo), 2007; M^a.J. ROMERO RÓDENAS, "Concepto y elementos integrantes del accidente de trabajo en la doctrina judicial", en AA.VV., *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones* (Coord. M^a.J. Romero). Albacete (Bomarzo), 2009, pp. 7 y ss.

el nexo obligado con la actuación culpable del empresario, se terminan por incorporar a la protección situaciones absolutamente ajenas a las capacidades de actuación preventiva del empleador. Ello, como mínimo, recomienda de entrada una más clara separación del concepto de accidente de trabajo que interesa a la esfera del sistema público de protección social con el que debe operar en el ámbito de la prevención, que habría de limitarse, en este segundo caso, a los accidentes acaecidos bajo la capacidad de control del empresario²³.

Así, en el marco descrito, la conexión entre protección de los accidentes de trabajo por la Seguridad Social y responsabilidad empresarial se difumina, porque, de una parte, se protegen como accidentes de trabajo supuestos que quedan fuera de la esfera de riesgo empresarial y, de otra, subsisten ámbitos de responsabilidad empresarial que se sitúan extramuros de la cobertura del sistema público de protección social. Con todo, las dificultades no se agotan en las expuestas, sino que aparecen otras relacionadas con la forma en que se ha integrado la protección de los accidentes de trabajo en nuestro vigente sistema de Seguridad Social.

En primer lugar, la supresión del ánimo de lucro en la gestión de la Seguridad Social (art. 4.3 LGSS), que prohíbe la actuación de las aseguradoras privadas en el ramo de los accidentes de trabajo, de suerte que, al menos formalmente, desaparece el seguro de accidentes de trabajo, cuya protección pasa a formar parte de la acción protectora del sistema público. En segundo lugar, la consagración, más formal que material, del principio de consideración conjunta de las contingencias en la configuración general de la acción protectora, que debiendo haber conducido al reconocimiento de prestaciones uniformes ante estados de necesidad idénticos, con independencia de la causa, común o profesional, origen de la contingencia, ha desembocado, en cambio, en un tratamiento privilegiado de los riesgos profesionales; lo que guarda relación igualmente con la responsabilidad empresarial que sigue tiñendo nuestro modelo protector de los accidentes de trabajo, apareciendo como fundamento último de la protección de tales contingencias profesionales, de la que el sistema reparador público no ha logrado independizarse plenamente.

Con ello, ni se ha alcanzado un estadio de absoluta socialización en el aseguramiento de los riesgos profesionales, que debiera implicar que la Seguridad Social absorbiera por completo la responsabilidad empresarial, ni se ha mantenido una plena independencia entre reparación del trabajador y responsabilidad del empresario, que hubiera debido mantener esta última ajena por completo a la Seguridad Social. Por el contrario, a caballo entre esas dos conceptualizaciones, nuestro sistema configura un régimen diferenciado en el tratamiento de las contingencias profesionales dentro del ámbito protector que responde además, en lo esencial, a un aseguramiento de la responsabilidad empresarial, pese a las consideraciones antes realizadas sobre la verdadera naturaleza jurídica del sistema de protección social.

En efecto, en el análisis propuesto de nuestro diseño protector, enseguida emerge como uno de los caracteres configuradores más decisivos la dualidad protectora en razón del origen común o profesional del riesgo protegido que,

²³ Sobre esa recomendación y las consecuencias que la actual fórmula produce en el sistema preventivo, véase G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos laborales...*, cit., pp. 69-70 y 607 y ss.

como se verá, es determinante de la escasa colaboración que el sistema de Seguridad Social presta al objetivo de la prevención. Sin perjuicio de que, además, en el estricto plano protector de los beneficiarios de prestaciones, genere agravios difícilmente explicables. Si la Seguridad Social sirve a la reparación de estados de necesidad, debiera ser indiferente, a efectos de protección, la causa que origina aquellos, dando contenido al reiterado principio ordenador de la acción protectora de la Seguridad Social sobre consideración conjunta de las contingencias que, sin embargo, es abiertamente ignorado por la regulación vigente²⁴. Sin embargo, nuestro sistema se alinea en este aspecto con la mayoría de los de su entorno para reconocer un tratamiento más favorable de los riesgos profesionales respecto de los riesgos comunes. Tratamiento favorable o régimen de protección privilegiada que cabe identificar en los siguientes elementos destacables²⁵:

- ✓ Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se benefician del principio de automaticidad, de modo que los trabajadores causan derecho a las correspondientes prestaciones del sistema aun en ausencia del cumplimiento de los requisitos de afiliación, alta y cotización. Esto es, en las contingencias profesionales opera el alta de pleno derecho y no se exigen períodos de carencia –obsérvese, con todo, que el accidente común se equipara a los riesgos profesionales a efectos de no exigir cotizaciones previas, sino exclusivamente alta o situación asimilada-. En todo caso, el anticipo de la prestación por la entidad gestora o mutua no exonera al empresario de su responsabilidad directa, porque la protección automática supone una mera garantía para el beneficiario de la percepción de la prestación, como la que se reconoce en otros seguros, no una vía de excepción de la responsabilidad empresarial.
- ✓ La cuantía de las prestaciones económicas correspondientes a contingencias profesionales puede ser, en general, más elevada que las equivalentes contingencias que derivan de causa común, porque en las bases de cotización por las primeras se computan las horas extraordinarias, de suerte que la base reguladora aplicable para el cálculo de la prestación es superior y, desde luego, más próxima a los salarios reales, y hasta equivalente a estos últimos en determinadas prestaciones –incapacidad permanente y muerte y supervivencia-.
- ✓ Se reconocen prestaciones especiales cuya percepción solo corresponde cuando el riesgo es profesional, tales como las indemnizaciones por fallecimiento y la indemnización por lesiones permanentes no invalidantes, a las que no se causa derecho en caso de muerte común o accidente común, respectivamente. Sin olvidar tampoco que, para el concreto supuesto de

²⁴ Como señalara ALONSO OLEA, frente a un sistema de Seguridad Social que tiende a considerar conjuntamente todos los riesgos y prestaciones, se vuelve a una consideración aislada de cada riesgo, aun con cobertura ciertamente amplia para todos ellos (“La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, cit., p. 181).

²⁵ Sobre el tema, más ampliamente, J. VIDA SORIA, “Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de Seguridad Social”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, cit., pp. 37 y ss.; C. CHACARTEGUI JÁVEGA, “La protección reforzada de las contingencias profesionales en el ordenamiento jurídico español”, en AA.VV., *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*, cit., pp. 189 y ss.

enfermedad profesional, se reconoce, dentro de la contingencia de incapacidad temporal, una baja preventiva o periodo de observación para el estudio y diagnóstico de la enfermedad, en una situación protegida que no actúa si la causa es común.

- ✓ La asistencia sanitaria es más completa cuando el riesgo es profesional, dado que, al margen de las prestaciones complementarias de recuperación y rehabilitación y otras que solo se cubren en caso de riesgo profesional, las prestaciones farmacéuticas reconocidas dentro de la contingencia de asistencia sanitaria resultan completamente gratuitas para el beneficiario.
- ✓ En el concreto supuesto de incapacidad temporal, la cuantía de la prestación económica es equivalente al 75 por 100 de la base reguladora desde el día siguiente a la baja, correspondiendo al trabajador el salario completo del día en que se causa el accidente o enfermedad profesional. Por el contrario, la incapacidad temporal derivada de causa común solo da derecho al 60 por 100 de la base reguladora entre los días cuarto y vigésimo de la baja y al 75 por 100 los días restantes, de suerte que los tres primeros días de baja, salvo mejora por convenio colectivo o contrato, no se debe salario ni prestación. Con este régimen, la prestación económica en las incapacidades temporales de corta duración es superior si aquella deriva de un riesgo profesional, compensando mejor el estado de necesidad del trabajador.
- ✓ También para el caso de incapacidad temporal, el pago de la prestación económica de origen profesional es responsabilidad de la entidad gestora o mutua aseguradora en su integridad desde el primer día de prestación, sin perjuicio del pago delegado del empresario, que puede también excepcionarse, con derecho a reembolso posterior. Por el contrario, si la causa de la incapacidad temporal es común, el pago se realiza en los doce primeros días de baja, entre el tercero y decimoquinto, por y a cargo del empresario, debiendo abonarse los días restantes también por el empresario pero ahora por delegación, con derecho a descontar el importe de lo anticipado de las cuotas futuras a ingresar en la Seguridad Social.
- ✓ La aplicación del recargo de las prestaciones económicas entre un 30 y un 50 por 100, según la gravedad de la falta, en los términos antes abordados, solo cabe cuando se produce un accidente de trabajo o enfermedad profesional, lo que permite, ante un idéntico estado de necesidad, una cuantía de la prestación significativamente más elevada que la que correspondería en caso de contingencia común -y aun profesional, si no media culpa del empresario-.
- ✓ La cotización por contingencias profesionales, como reminiscencia del originario seguro de accidentes, se realiza mediante una aportación empresarial única, calculada conforme a criterios distintos a los de las contingencias comunes y diferentes por ramas de actividad, porque tal cotización se sustenta en la noción de riesgo que implica el desarrollo de la actividad de que se trate.

Si a las anteriores, ya suficientemente significativas, se añaden las especialidades procesales previstas en el art. 142 LJS y la más que frecuente mejora voluntaria pactada en convenio colectivo para el exclusivo supuesto de actualización de daños derivados del trabajo, la conclusión es clara: diferente

protección de los riesgos comunes y profesionales, explicable por razones históricas relacionadas con el hecho de que la protección frente a los riesgos profesionales se diseñó inicialmente bajo el esquema de la responsabilidad empresarial, primero por culpa y luego objetiva, como se anticipó. El resultado es que esta circunstancia, lejos de ser inocua desde una perspectiva preventiva, ha determinado evidentes consecuencias en ese marco.

Primero, por la aludida tendencia expansiva del concepto de accidente de trabajo, tanto legal como jurisprudencial²⁶; tendencia que, si movida por el loable deseo de otorgar un tratamiento protector más favorable al trabajador accidentado por causa de la actividad laboral, llega a incluir en esa noción situaciones ajenas por completo al control y actuación preventiva por parte de la empresa, conforme se advirtió antes; en este sentido, se atenúa la exigencia de la relación de causalidad entre trabajo y lesión, se amplían los conceptos de tiempo y lugar de trabajo sobre los que se aplica la presunción de laboralidad del accidente, se introducen sucesos alejados de la ejecución del contrato de trabajo o se limitan extraordinariamente las causas que excluyen el carácter laboral del accidente, tales como la fuerza mayor y el dolo o imprudencia temeraria del trabajador, por citar algunos ejemplos. Segundo, y por lo que afecta al sistema de pago de una concreta prestación del sistema, la obligación empresarial de abono de la prestación económica en caso de incapacidad temporal por riesgos comunes hasta el decimoquinto día ha podido venir a fomentar la declaración como accidentes de trabajo de algunos que, en puridad, no lo son, porque de la cualidad de profesional de dicha contingencia derivan beneficios tanto para el empresario, que tiene menos coste que si se declarara la contingencia como común, cuanto para el propio trabajador, resultado de su automática y mejor protección en los términos adelantados. Si bien se mira, este aparentemente neutro mecanismo asegurador no promueve la prevención porque oculta aún más el coste de la causación de daños derivados del trabajo; todavía más, podría decirse que incluso premia la producción de riesgos profesionales frente a comunes, al menos cuando aquellos no son de tal gravedad o entidad que puedan hacer temer al empresario el desencadenamiento de la responsabilidad por incumplimiento. Pero es que, además de dificultar la programación y aplicación de una adecuada política preventiva, este sistema también es susceptible de provocar un sobre registro de accidentes laborales, explicable de nuevo por el interés concurrente de empresas y trabajadores²⁷.

²⁶ Doctrinalmente se ha destacado la elasticidad o flexibilidad de la definición legal de accidente de trabajo, flexibilidad predicable de los tres elementos que integran la fórmula definitoria, esto es, el término lesión, el término trabajo por cuenta ajena y la relación de causalidad entre trabajo y lesión. Véase, por todos, A. MARTÍN VALVERDE, "El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, cit., pp. 227 y ss.; sobre las técnicas de flexibilización jurisprudencial de la relación de causalidad en el accidente de trabajo, más ampliamente, M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Accidente de trabajo y relación de causalidad", en op. ult. cit., pp. 325 y ss.

²⁷ Ello se hace particularmente patente en el posible trasvase de enfermedades comunes hacia el concepto de enfermedades de trabajo, que, equiparadas en su protección y régimen jurídico al accidente de trabajo, pueden verse alteradas en su identificación inicial para producir aquellos efectos. Riesgo que no existe, por el contrario, en el supuesto de las enfermedades profesionales, porque su especial naturaleza y su tipificación tasada, cerrada y específica evita que las enfermedades comunes puedan hacerse pasar por profesionales.

Desde luego, el problema de nuestro sistema en orden a la disminución de la siniestralidad laboral y la garantía de mayor eficacia preventiva no reside en que el sistema provoque, por esta u otras vías, un incremento artificioso de los accidentes declarados como profesionales, sino en otros elementos fácticos y jurídicos sobre los que cabe actuar y es obligado hacerlo. Pero, dicho lo anterior, no deja de ser menos cierto que la relación eficaz entre marco preventivo y marco de protección social es un factor imprescindible para colaborar en tal objetivo de tutela y promoción de la seguridad y salud en el trabajo. Y, en este sentido, en aras a esa adecuada imbricación de los modelos preventivo y asegurativo, no puede dejar de advertirse que este último apenas contiene elementos incentivadores que sirvan al segundo; a salvo quizá, de modo paradójico por las dudas y distorsiones que plantea y, sobre todo, por la propuesta final de su supresión, el recargo de prestaciones, no asegurable, y la escasamente utilizada posibilidad de reparación íntegra del perjuicio ocasionado por culpa del empresario. En cambio, otros elementos capaces de coadyuvar a esa necesaria imbricación y que parecen estar directamente dirigidos a cubrir ese objetivo, tales como la reducción o aumento para las empresas de la cuantía de las primas por distinguirse en la actuación de la prevención o por incumplir sus obligaciones en la materia, respectivamente (art. 108.3 LGSS), apenas si han tenido incidencia en la práctica, por las dificultades de gestión que tales previsiones implican, sin perjuicio de las novedades normativas que afectan a esta última medida y susceptibles de facilitar su desenvolvimiento en favor de la actuación preventiva, como se verá después.

En definitiva, y antes de pasar al análisis de las medidas que cabe proponer para enfatizar ese componente prevencionista de nuestro sistema de aseguramiento de los riesgos profesionales, baste destacar a continuación que las mismas, por perseguir tan pretendido objetivo, tampoco deben descuidar los rasgos propios de cualquier sistema de protección de los riesgos profesionales, cuyo fin inmediato y prioritario debe ser, sin duda, la protección de la víctima del daño. En este sentido, el sistema de aseguramiento de los riesgos derivados del trabajo debiera buscar la reparación efectiva y rápida de los daños ocasionados, porque en estos casos se trata de sustituir salarios perdidos, en cuanto rentas vitales para el trabajador, como consecuencia del daño. Además, debiera tratarse de una reparación no meramente parcial, sino completa del daño sufrido cuando, traspasando el ámbito de la responsabilidad objetiva cubierta por el sistema de protección social que, ya se ha dicho, opera bajo prestaciones tasadas, se aprecia la concurrencia de culpa en la actuación del empleador, quien, debiendo haber previsto el riesgo, no evita el daño que finalmente se produce. Reparación completa que no solo debe abarcar la reparación de los perjuicios económicos efectivamente causados o daños emergentes -personales, materiales y morales, directos o indirectos-, sino que todos los que se acrediten, incluido el lucro cesante.

Este modelo, del que ahora solo se reseña su vertiente protectora de la víctima, puede quedar asegurado, en nuestro actual sistema, mediante la intervención de tres subsistemas:

- ✓ El nivel de protección social público mínimo y obligatorio, que reconoce, como se viene señalando, prestaciones limitadas desde la perspectiva económica, además de las asistenciales, y predeterminadas según la contingencia que identifica las consecuencias del daño producido, en un

tratamiento, también se ha dicho, privilegiado respecto del daño de origen común; en todo caso, el elemento básico en este contexto es la noción de estado de necesidad, que es lo que justifica la protección, siendo secundario el riesgo profesional, que solo cualifica aquella primera situación.

- ✓ La exigencia de una responsabilidad civil de carácter privado y voluntario, que permitiría al empresario asegurarse frente a la eventual indemnización del daño causado al trabajador en cuanto exceda de lo que viene cubierto por el sistema público.
- ✓ A modo de especie del modelo anterior, en cuanto también se trata de un sistema libre y voluntario para el empresario aunque su origen es la autonomía colectiva que lo hace desde entonces obligatorio y vinculante, un régimen de mejoras complementarias pactadas en convenio colectivo; fórmula de la que nuestra práctica convencional contiene numerosos y heterogéneos ejemplos²⁸.

3.3. Las propuestas para superar las debilidades del sistema de aseguramiento de los riesgos profesionales en clave preventiva

A propósito de que el sistema normativo de Seguridad Social contribuya a la prevención activa de los accidentes de trabajo y refuerce, desde sus instituciones y reglas, la tutela de la seguridad y salud en el trabajo, se ofrecen a continuación algunos posibles ámbitos de actuación que, sin perder de vista el fin inmediato de reparar los daños causados a los trabajadores que han sufrido un accidente de trabajo o enfermedad profesional permitan también tutelar el valor de la prevención y favorecer su mayor implantación. Porque primero hay que prevenir; después, si falla la prevención, reparar y compensar el daño. De modo que, en cierto sentido, la prevención constituye un criterio de "legitimidad social" del régimen jurídico diferenciado de tutela de los riesgos profesionales dentro de los sistemas de Seguridad Social, porque el privilegio permite ser explicado en base a su capacidad para influir sobre la seguridad y salud en el trabajo mediante sus técnicas protectoras, gestoras o financieras²⁹.

Si a lo anterior se suma el reiterado interés del sistema de protección social en favorecer la prevención, que evita la causación de daños y, por tanto, la disminución de prestaciones sociales, y se añade el propio interés también del sistema preventivo de procesar, en términos de planificación y actuación sobre el riesgo laboral, la información que puede facilitarle el sistema público de protección social, poniendo en conocimiento del primero los accidentes y enfermedades producidos, sus causas, duración y recuperación, por ejemplo, la conclusión es que prevención y gestión del riesgo laboral y reparación del daño derivado del trabajo no pueden situarse en compartimentos estancos. De ahí la selección de los elementos configuradores y su eventual tratamiento en clave preventiva que a continuación se exponen.

²⁸ Sobre este último aspecto, ampliamente, G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva*. Madrid (CCNCC/MTI), 2009, pp. 171 y ss.

²⁹ En este sentido, véase J.L. MONERO y J.A.FERNÁNDEZ AVILÉS, "Políticas públicas. Política preventiva y política de Seguridad Social", en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, cit., p. 116.

3.3.1. El sistema de primas por riesgos profesionales

El sistema de fijación de primas por riesgos profesionales ha presentado tradicionalmente en nuestro sistema serias limitaciones desde la perspectiva de su eventual función preventiva, toda vez que el mismo solía adoptar tales primas en base a un modelo uniforme por actividad que no impedía diferencias, conforme al art. 108.1 LGSS, y cuyo desarrollo reglamentario por RD 2930/1979 introducía imperfecciones y dificultaba el ajuste entre el coste de los accidentes para el empresario y su nivel de siniestralidad real. Pese a algunas previsiones correctoras o de signo contrario que se sucedieron³⁰, lo cierto es que no es hasta la derogación de la citada norma reglamentaria de desarrollo del precepto legal cuando cabe empezar a corregir en cierta medida las deficiencias evidenciadas³¹. Porque la tarifa aplicable, que parecía operar en función del riesgo genérico de la actividad, se articulaba sobre una clasificación de actividades económicas obsoleta y superada que difícilmente vinculaba la peligrosidad acreditada de la actividad empresarial de que se trataba y las primas asociadas. Y, junto a ello, más concretamente, se omitía cualquier relación entre la prima abonada y el índice de siniestralidad de la empresa, pues dentro de un mismo sector de actividad no había diferencias de cotización, lo que conducía a ingresar iguales cuotas por trabajador por parte de la empresa en que no se producían accidentes que por parte de aquella que los provocaba por su inactividad preventiva.

Justo en sentido inverso a lo que ese modelo representaba, la eficacia del sistema de primas por riesgos profesionales, tanto desde el punto de vista financiero y actuarial, que permite ajustar el coste del seguro al riesgo existente, como desde el plano preventivo, que permite incentivar la prevención haciendo menos onerosa la cotización de quienes actúan en su favor, había que conseguir que el coste de las primas de cada empresa ponderara, primero, su peligrosidad objetiva y, segundo, su siniestralidad real, en función del nivel de diligencia desplegada por el asegurado. Además, en un grado mayor de perfección y pleno ajuste del sistema, a la tarifa anterior cabría añadir luego como elemento corrector adicional la realización de un riguroso análisis económico capaz de compensar de algún modo los ingresos superiores obtenidos por la inobservancia de medidas preventivas con el defecto de recaudación por minoración de primas en los casos inversos. Y es que el modelo parte de la premisa de que no persigue recaudar más o generar excedentes para la Seguridad Social, sino estimular la acción preventiva en las unidades productivas, haciendo contribuir en mayor medida a las empresas incumplidoras de sus deberes de prevención..

Si se advierte, este complejo modelo consigue un claro efecto de visualización del coste de la no prevención, promoviendo indirectamente mayor implantación en las empresas de medidas de seguridad, porque si al empresario le cuesta lo mismo prevenir que no hacerlo, asumido siempre el

³⁰ Cfr., entre las primeras, el art. 108.3 LGSS, y, entre las segundas, la DA 17ª de la Ley 65/1997, de 30 dic., que obligaba a desarrollar un sistema de incremento o reducción de cuotas que contemplara "factores y resultados" a efectos de incentivar la prevención de riesgos laborales y contribuir a la reducción de las contingencias profesionales.

³¹ Derogación largamente esperada y anunciada por el legislador de forma infructuosa en diversas ocasiones. Cfr. la Disp. Final 3ª RD 1993/1995, de 7 dic. y DA 17ª LPGE para 1998.

coste de la siniestralidad laboral por la Seguridad Social, no se favorece la aplicación eficaz de políticas preventivas. Por tanto, la renovación del sistema de aseguramiento de los riesgos profesionales coherente con el régimen público de Seguridad Social pero susceptible de ser leído también en clave prevencionista pasaba por diseñar un modelo que penalizara al empresario que más accidentes causa con su inactividad preventiva y premiara a quien menos riesgos profesionales provoca con su intervención activa y eficaz en el ámbito de la prevención.

En este sentido, el modelo revisitado estaba obligado a operar en un doble plano. De una parte, sobre la consecución de una mayor precisión en la correspondencia entre los criterios que determinan los porcentajes de cotización aplicables a los riesgos profesionales, para obtener la máxima coherencia entre la prima aplicable y la peligrosidad de la actividad empresarial. De otra, el desarrollo efectivo de un sistema de *bonus-malus* capaz de diferenciar entre las empresas, aun en idéntica actividad, las cotizaciones efectuadas por ellas en atención a su diligencia y eficacia en el desarrollo de medidas preventivas, esto es, según sus datos de siniestralidad laboral. Veamos cada una de las actuaciones emprendidas en ambos frentes.

Por lo que afecta a la tarifa de primas por riesgos profesionales, hay que señalar que la DA 4ª LPGE para 2007, modificada por DF 8ª LPGE para 2010, ha venido a incidir significativamente sobre esta materia, modificando el cuadro preexistente en un ajuste mucho más adecuado en los términos anticipados. En efecto, esta nueva tarifa de primas responde de forma más objetiva que su precedente a los riesgos profesionales presentes en las empresas en función de los nuevos códigos CNAE, en una correspondencia que parece quedar asegurada mediante la encomienda al Gobierno de ajuste anual de los tipos de cotización incluidos en la tarifa, así como la adaptación de las actividades económicas a las nuevas clasificaciones CNAE que se aprueben y la supresión progresiva de las ocupaciones que se enumeran en la clasificación contenida en ella. Con ello, se obtienen dos objetivos. Primero, se asegura que la cotización preste una mayor atención a las circunstancias específicas que determinan la siniestralidad, en una actuación dinámica que debe permitir introducir cambios según requieran las circunstancias productivas y económicas. Segundo, se viene a dar solución igualmente al reconocimiento de cuál haya de ser la “actividad, industria o tarea” de la empresa y el trabajador asegurados, permitiendo su adaptación a la actividad económica principal en la que se encuadre cada empresa, puesto que la incidencia de los accidentes varía considerablemente en atención a este elemento; objetivo ahora alcanzable con la previsión de que cuando en una empresa concurren, junto con la actividad principal, otra u otras que deban ser consideradas auxiliares respecto de aquella, el tipo de cotización será el establecido para dicha actividad principal, añadiéndose que si la actividad principal de la empresa concurre con otra que implica la producción de bienes o servicios no integrados en el proceso productivo de la primera, disponiendo de medios de producción diferentes, el tipo de cotización aplicable a los trabajadores ocupados en este

será el previsto para la actividad económica en que la misma quede encuadrada³².

En definitiva, no cabe duda de que el modelo de cotización de los riesgos profesionales, que supone una suerte de *bonus-malus* colectivo o social, no individual, responde de forma más razonable a las técnicas actuariales propias del seguro, conforme a las cuales a un mayor riesgo se hace corresponder una mayor prima de cobertura. De hecho, a tal formulación es a la que responde realmente nuestro sistema de aseguramiento social de las contingencias profesionales, como se adelantó, aun cuando se trata en la actualidad de un seguro imperfecto que, por ser obligatorio y disponer de un amplio campo de aplicación, dispersa el riesgo e introduce elementos de socialización que debieran evitar, en todo caso, desanimar la prevención³³.

Por su parte, en lo relativo a la técnica *bonus-malus*, hay que comenzar señalando respecto de la misma que se trata de una medida que emerge como fórmula privilegiada dentro del sistema de aseguramiento de los riesgos profesionales para provocar ese efecto de estímulo de la prevención de riesgos laborales y fomento de las políticas de lucha contra la siniestralidad laboral. Medida que contempla el reiterado art. 108.3 LGSS y que, desde luego, no resulta novedosa en nuestro sistema, aun cuando ha tomado progresivo protagonismo desde fechas recientes para poner en valor su vertiente prevencionista³⁴. Lo anterior justifica que sobre ella se hayan concentrado esfuerzos dirigidos a superar los problemas que representa su aplicación en relación con la gestión eficaz de las reducciones e incrementos de las cotizaciones sociales de las empresas por riesgos profesionales. Último hito de ese proceso es la aprobación del RD 404/2010, que regula el establecimiento

³² La regulación es coherente con la propuesta ya planteada en AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., p. 82, donde se aludía a la difícil aplicación del modelo precedente a las unidades productivas de menor tamaño, mayoritarias en nuestro tejido productivo. En este punto, el Informe añade a la recomendación la conveniencia de obligar a comunicar el encuadramiento al delegado de prevención y/o a la representación de los trabajadores en la empresa, con el fin de evitar el fraude.

³³ Aunque se ha afirmado que la diferenciación de primas entre empresas o sectores de actividad, allí donde existe, está anticuada y carece de efectos preventivos, llegando a vulnerar el principio de igualdad, por lo que no puede adoptarse como solución final (D. PIETERS, "El futuro de los seguros de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales en la Unión Europea", cit., pp. 201-202).

³⁴ A la inicial recuperación de su más amplia operatividad planteada en el "Informe Durán" (AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., p. 246) siguió, en la línea de asunción de la importancia de la técnica *bonus-malus*, el documento elaborado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 30 dic. 2002, sobre "Propuestas de la Mesa de Diálogo Social en materia de prevención de riesgos laborales", que a su vez trae causa de la reapertura de reuniones de análisis y valoración de aquel Ministerio con los agentes sociales y las diversas Administraciones públicas implicadas en esta materia. Con todo, el sentido de este segundo documento es claramente diverso del que se expone en aquel primer Informe. A ambos sucedió la "Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012", fruto también del diálogo social; aprobada en Consejo de Ministros en fecha 29 de junio de 2007, profundiza en la idoneidad de esta técnica. Sobre la propuesta de la Mesa de Diálogo Social de 2002, véase, más ampliamente, Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, "La técnica *bonus-malus* aplicada a la prevención de riesgos laborales", *RGDTSS*, 2003, núm. 1 (en www.iustel.com).

de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral, desarrollado a su vez por Orden TIN 1448/2010³⁵.

Por enmarcar el fundamento legal de la figura, es destacable que el art. 108.3 LGSS reconoce una fórmula de premio-castigo en la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales concretada en una reducción de hasta un 10 por 100 de la cuantía de las cuotas debidas por aquellos conceptos para las empresas que se distingan por medios eficaces de prevención y un incremento de hasta un 20 por 100 de la misma cuando, por el contrario, las empresas incumplan sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. Recargo o reducción de primas que, conforme al art. 7.9 LOITSS, puede adoptarse por los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, finalizada su actividad comprobatoria, a la vista del comportamiento de las empresas en la prevención de riesgos laborales. Esta técnica, que permite un ajuste entre el coste que supone para el empresario el aseguramiento de los riesgos profesionales y la actualización de daños derivados del trabajo o siniestralidad producida en su empresa, resulta formalmente irreprochable y teóricamente incentivadora de la actividad preventiva, corrigiendo lo que, en ausencia de tal previsión, supondría una completa omisión de la relación entre la prima abonada al sistema público de protección social, como asegurador, y el índice de siniestralidad de la empresa, que es el objeto asegurado.

En efecto, de incrementarse la cotización por contingencias profesionales por los resultados dañosos producidos sobre los trabajadores, estimándose que ello es resultado de una insuficiente o incorrecta actuación preventiva, o de reducirse por su evitación, en la presuposición exactamente contraria, no cabe dudar del efecto de estímulo indirecto a la prevención, diferenciando los costes de producción de las empresas precisamente en razón a su actividad en pos de la garantía de la seguridad y salud en el trabajo. Ello sin negar, además, el coste social del aseguramiento o la socialización del gasto de cobertura de los riesgos profesionales, pues la protección no se ve afectada como consecuencia de este expediente y corre, en general, a excepción del pago directo de prestaciones o recargo de las mismas por existir responsabilidad empresarial, a costa del sistema público; lo que no obsta que su financiación distinga en función de la efectiva siniestralidad de las empresas y, en consecuencia, atienda en el momento del aseguramiento al grado de diligencia en la prevención de riesgos laborales.

Por tanto, la empresa que con su actuación preventiva en los términos exigidos reduce el nivel de siniestralidad laboral³⁶ compensará el aparente mayor coste

³⁵ A los que han seguido la Orden TIN 1512/2011, de 8 jun. y la Orden ESS 1368/2012, de 25 jun., que prorrogan los plazos previstos en la DT 2ª del Orden citada en texto para presentar solicitudes e informes-propuesta de los incentivos en cuestión.

³⁶ Lo que se acredita ahora en el hecho de no rebasar en el período de observación los límites que se establezcan respecto de índices de siniestralidad que se definen en un valor predeterminado que contempla el Anexo II RD 404/2010. Más específicamente, se establecen dos índices de siniestralidad general, que recogen la incidencia de la siniestralidad laboral, excluidos los accidentes "in itinere", la permanencia en la situación de activo del trabajador, el número de trabajadores y bases de cotización, así como la relación con la actividad desarrollada reflejada en el tipo de cotización por código de la CNAE

que ello suponga con una reducción de cuotas que, idealmente, debiera ser como mínimo equivalente al incremento de su inversión por tal concepto. Y a la inversa, cabría penalizar a la empresa que escatima actuaciones y gasto en prevención, provocando con ello más accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con soportar una prima mayor que compense el coste superior de protección del sistema de Seguridad Social que su negligencia o incumplimiento de obligaciones preventivas provoca. Cuestión esta, y sobre las premisas recién expuestas, respecto de la que conviene realizar algunas matizaciones de interés derivadas del actual desarrollo normativo de la medida.

Una primera tiene que ver con la opción relativa a aplicar solo la vertiente premial o incentivadora de la medida, esto es el *bonus*, renunciando, al menos de momento a plantear la concreción del *malus*. Así, la propia parte expositiva del RD 404/2010 remite el aspecto penalizador en materia de Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales a medidas tales como el recargo de prestaciones, la pérdida de las bonificaciones sobre las cotizaciones a la Seguridad Social y la posible actuación en tales casos de la ITSS. Sin perjuicio de que se anuncian estudios con objeto de valorar la oportunidad de establecer un sistema de incremento de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas con índices excesivos de siniestralidad e incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. De ahí que la medida se concrete en establecer un incentivo que podrá alcanzar hasta el 5 por 100 del importe de las cuotas por contingencias profesionales de cada empresa correspondientes a un período de observación -el número de ejercicios naturales consecutivos e inmediatamente anteriores al de la solicitud que no hayan formado parte de una solicitud anterior, con un máximo de cuatro ejercicios (art. 6.1 RD 404/2010)- o bien hasta el 10 por 100 en períodos de observación consecutivos si el inmediatamente anterior se percibió el incentivo, con el límite, en ambos casos, del importe de las inversiones efectuadas, debidamente documentadas y determinadas cuantitativamente, en instalaciones, procesos o equipos en materia de prevención de riesgos laborales que puedan contribuir a la eliminación o disminución de riesgos durante el periodo de observación (art. 4 RD 404/2010).

Una segunda consideración tiene que ver con la exigencia de un análisis económico riguroso que evite una negativa disminución del monto total de cuotas ingresadas en concepto de aseguramiento de contingencias

contemplado en la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales vigente en el período de observación. La definición de dichos índices, además, toma en consideración, de un lado, el importe total de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales durante el período de observación y, de otro, el número total de partes con baja laboral por contingencias profesionales durante el período de observación, en ambos casos respecto de las cuotas totales por contingencias profesionales durante el período de observación. Asimismo, se fija un índice de siniestralidad extrema, en los supuestos en los que durante el periodo de observación se hubiera producido el fallecimiento de algún trabajador o el reconocimiento de alguna pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez por contingencias profesionales, excluidos los que tengan su causa en los accidentes "in itinere", que mide el número de siniestros con repercusiones extremas (accidentes o enfermedades que ocasionen incapacidad permanente en alguno de los grados señalados o el fallecimiento de la persona trabajadora) ponderado entre el número total de trabajadores de la empresa, su permanencia en el trabajo y la actividad económica de la empresa.

profesionales o, al contrario, un incremento global de las mismas que eleve injustificadamente la carga de las empresas. En términos ideales, si se quiere mantener el equilibrio de ingresos de la Seguridad Social en relación con la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y nadie ha cuestionado que este concreto epígrafe, en su conjunto, sea inadecuado por exceso o por defecto, habría que compensar lo que se ingresa de más en primas incrementadas por la inobservancia en las empresas de medidas preventivas –lo que, acaba de decirse, ahora no se aplica- con lo que se deja de recaudar por primas bonificadas o reducidas en aquellas otras que emprenden actuaciones eficaces en materia de prevención, manteniendo inalterado el equilibrio financiero del sistema. Cuestión harto compleja y que, por su propia naturaleza, exigirá adaptaciones y revisiones.

Desde luego, parecería que nuestra actual técnica de *bonus-malus* no está pensada para asegurar el reiterado equilibrio del sistema, dado que, correspondiendo su adopción a un análisis individualizado, empresa a empresa, por parte de la ITSS y desconectada entonces de una visión de conjunto, el resultado final difícilmente es capaz de garantizar que la recaudación total de cuotas por contingencias profesionales no se vea alterada al alza o a la baja. De hecho, esta preocupación se ha explicitado de forma constante en cuantas propuestas han abordado esta materia, exigiendo que la implantación del *bonus-malus* mantenga en todo caso el equilibrio económico-financiero del sistema de Seguridad Social y evite poner en peligro su viabilidad. Pues bien, a estos efectos la regulación encuentra algunas cautelas en el art. 5 RD 404/2010. Al respecto, se dispone que el sistema de incentivos se financiará con cargo al Fondo de Prevención y Rehabilitación constituido con el 80 por 100 del exceso de excedentes de la gestión de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, siendo el volumen máximo de los recursos a disposición de las mutuas en cada ejercicio económico para esta finalidad del 3 por 100 del saldo de dicho Fondo existente a 31 de diciembre del ejercicio anterior. A ello se añade que cuando los recursos disponibles con cargo a la parte de ese 3 por 100 del Fondo fueran insuficientes para atender las solicitudes aceptadas, adicionalmente la mutua podrá acordar el destino, a tal fin, de recursos procedentes de las reservas voluntarias, o bien de la parte de las reservas obligatorias correspondientes a la gestión de las contingencias profesionales, en la cuantía que exceda del límite mínimo reglamentariamente previsto. Tales previsiones debieran garantizar la inocuidad del sistema de incentivos para la financiación de la Seguridad Social.

Una tercera cuestión hace referencia a la evidente dificultad de articulación y gestión a nivel global³⁷. Ciertamente, su aplicación requiere elementos actuariales y procedimientos complejos, contemplados por el art. 2 RD 404/2010 y que representan una labor intensa para los órganos competentes en su inspección, control y autorización³⁸. Complejidad que pasa por la

³⁷ Dificultad que ya se encontraba en la base de la propia DA 17ª Ley 65/1997, de 30 dic., que obligaba a desarrollar un sistema de incremento o reducción de cuotas que contemplara “factores y resultados” a efectos de incentivar la prevención de riesgos laborales y contribuir a la reducción de las contingencias profesionales, sin que el sistema llegara a regularse.

³⁸ En este sentido, es realmente amplia la valoración de los requisitos exigidos por el art. 2 RD 404/2010, a cuya concurrencia se somete la concesión del incentivo. Así, hay que reunir los siguientes:

necesidad de disponer de un sistema rápido y eficaz de información y declaración de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que permita extraer datos útiles para su estudio en términos preventivos. Justamente a estos efectos, el Plan Delt@, pretendiendo corregir muchas de las deficiencias de información ya detectadas en el precedente parte de accidentes de trabajo diseñado con finalidad reparadora o indemnizatoria y no preventiva, debe facilitar la efectiva ejecución del sistema descrito, que debe encontrar, pues, en ese parte una importante fuente de información. Problema de compleja procedimentalización y gestión que, por otro lado, acrece para el caso de las pequeñas y medianas empresas, las más numerosas en nuestro tejido productivo, pues ligeras variaciones anuales en los índices de siniestralidad de las mismas que no tienen por qué responder necesariamente a una mayor o menor eficacia de la actividad preventiva podrían determinar efectos realmente significativos sobre la cuantía de las cuotas a ingresar por aquellas, quebrando, de este modo, el principio de penalización o premiación de la cotización debida por la peor o mejor actuación preventiva, lo que justifica, a su vez, las reglas especiales a que se ha hecho mención y que recoge el art. 3 RD 404/2010. En este sentido, la mayoritaria presencia en nuestro tejido productivo de pequeñas y medianas empresas no puede ser obviada a los fines de aplicar la técnica *bonus-malus*, que atiende al número de trabajadores, asegurando que pueda ser extensible a la mayor parte de las

-
- a) Haber realizado inversiones, debidamente documentadas y determinadas cuantitativamente, en instalaciones, procesos o equipos en materia de prevención de riesgos laborales que puedan contribuir a la eliminación o disminución de riesgos durante el período de observación.
 - b) Haber cotizado a la Seguridad Social durante el período de observación con un volumen total de cuotas por contingencias profesionales superior a 5.000 euros.
 - c) No rebasar en el período de observación los límites que se establezcan respecto de los índices de siniestralidad general y siniestralidad extrema.
 - d) Encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones en materia de cotización a la Seguridad Social.
 - e) No haber sido sancionada la empresa por resolución firme en vía administrativa en el período de observación por la comisión de infracciones graves o muy graves en materia preventiva.
 - f) Acreditar, mediante la autodeclaración sobre actividades preventivas y sobre la existencia de representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, el cumplimiento por la empresa de los requisitos básicos en materia preventiva, lo que habrá de ser confirmado, en su caso, por los delegados de prevención o acompañado de sus alegaciones a la misma.
 - g) Acreditar el desarrollo o la realización, durante el período de observación, de dos, al menos, de las siguientes acciones:
 - 1ª Incorporación a la plantilla de recursos preventivos propios (trabajadores designados o servicio de prevención propio), aun cuando no esté legalmente obligada a efectuarlo, o ampliación de los recursos propios existentes.
 - 2ª Realización de auditorías externas del sistema preventivo de la empresa, cuando ésta no esté legalmente obligada a ello.
 - 3ª Existencia de planes de movilidad vial en la empresa como medida para prevenir los accidentes de trabajo en misión y los accidentes "in itinere".
 - 4ª Acreditación de la disminución, durante el período de observación, del porcentaje de trabajadores de la empresa o centro de trabajo expuestos a riesgos de enfermedad profesional.
 - 5ª Certificado de calidad de la organización y funcionamiento del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa, expedido por entidad u organismo debidamente acreditado por la Entidad Nacional de Acreditación, justificativo de que tales organización y funcionamiento se ajustan a las normas internacionalmente aceptadas.

unidades productivas. Así, frente a posibles soluciones de otro tenor, no se exceptúan del incentivo las empresas de reducido tamaño y escasas cotizaciones por contingencias profesionales, lo que es coherente con el hecho de que precisamente en ellas el estímulo a la prevención es, si cabe, más necesario, por su más frecuente incumplimiento en materia de protección de la seguridad y salud en el trabajo, que denota una peor gestión de la prevención.

Por lo demás, en este mismo contexto de gestión de la medida, en relación ahora con el período de observación que se contempla, y que el art. 6 RD 4040/2010 identifica en cuatro ejercicios naturales consecutivos, cabe mencionar que el mismo no parece inoportuno, porque la eficacia de las actuaciones preventivas efectivamente realizadas puede requerir para su identificación intervalos temporales de ese orden de magnitud, siendo períodos inferiores al asumido poco ilustrativos de la verdadera eficacia preventiva e, igualmente, poco elocuentes del verdadero significado de las variaciones en el número de accidentes de trabajo que, relevantes a efectos estadísticos, pueden no serlo a efectos preventivos.

Finalmente, parece más que adecuado dejar al margen de este mecanismo de incentivo, como se hace, la siniestralidad que es resultado de fenómenos como los accidentes “in itinere” que el art. 2.3 RD 404/2010 excluye de los índices de siniestralidad que requiere la aplicación de la medida. Y ello aun cuando se tome como elemento en positivo, como se ha visto, para valorar la actividad preventiva la existencia de planes de movilidad vial en la empresa como medida para prevenir los accidentes de trabajo en misión y los accidentes “in itinere” [art. 2.1.g).3ª RD 404/2010]. Con todo, no se han contemplado en igual grado, y quizá hubieran podido considerarse, los accidentes de tráfico producidos en misión, las patologías cardíacas manifestadas en el tiempo y lugar de trabajo, los accidentes debidos a fuerza mayor o con culpa de tercero o los acaecidos en funciones representativas fuera de la empresa, por ejemplificar. Y es que todos estos, en general, escapan salvo excepciones de la organización preventiva y planificación del empresario, por lo que su análisis debiera mantenerse al margen de la aplicación de la figura. Lo que, de nuevo, es fruto de la inadecuada traslación automática del amplio concepto de accidente de trabajo que importa al sistema de protección social al ámbito preventivo.

A la vista de cuanto antecede, resulta de particular interés hacer un atento seguimiento de las consecuencias que conlleve la aplicación de estas medidas en orden a incentivar la prevención de riesgos laborales. Se hace necesario ponderar la verdadera incidencia de un sistema como el referido que hasta ahora ha resultado realmente fallido en nuestra experiencia aseguradora de los riesgos profesionales precisamente por su dificultad de articulación. En todo caso, no puede negarse que nunca se había contado en nuestro sistema público de aseguramiento con un régimen tan detallado y exhaustivo como el ahora contemplado, lo que permite abrir expectativas sobre su virtualidad prevencionista. Al respecto, es loable la pretensión de eludir que la medida sea interpretada como una técnica dirigida en exclusiva a corregir las desviaciones existentes entre las primas de cotización y la siniestralidad realmente producida, como demuestra el hecho de haber prescindido de la vertiente de incremento o penalización de las cuotas a ingresar, que hubiera permitido ajustar el mayor coste de una siniestralidad creciente en los últimos años a las

cotizaciones realmente ingresadas. La técnica solo premia, entendiendo que lo que se deja de ingresar en concepto de cuota se compensa plenamente con lo que se ahorra el sistema en prestaciones sociales, por no aludir al valor mismo de la seguridad y salud en el trabajo que encuentra más eficaz garantía.

En efecto, la intención de trasladar los beneficios socio laborales y económicos que resultan de una menor siniestralidad a aquellas empresas que los han hecho posibles remarca, más que la consecución del equilibrio económico-financiero del sistema, la positiva interconexión entre los valores que defiende el sistema de protección social y el marco de prevención de riesgos laborales, porque los beneficios sociales, laborales y económicos que deriven de la eficacia de este último ya se tienen por estimables y se quiere que repercutan sobre el primero, aunque sus cifras globales no se vieran afectadas en positivo. Ello significa que el equilibrio no se refiere de modo privativo a la compensación entre reducciones e incrementos de cuotas en la Seguridad Social, sino que, garantizando la solvencia del sistema de aseguramiento, resultan intercambiables en ámbitos diferentes las ventajas que derivan de una menor siniestralidad laboral. No solo importa que disminuya el gasto de la Seguridad Social por tener que cubrir menos daños derivados del trabajo y que ello valga para premiar la eficaz actividad preventiva, sino que también son positivos, a efectos de reducir cuotas, los beneficios producidos fuera del estricto ámbito protector aun reflejados, como en este caso, en otros apartados económicos o en beneficios socio laborales de carácter general. Con todo, hay que identificar esos beneficios y ventajas y cuantificarlos, en los términos que acaban de señalarse, a los fines de materializar esa traslación a las empresas especialmente diligentes en la evitación o minoración de riesgos laborales.

Asimismo, en cuanto a otros principios propios del fundamento del sistema *bonus-malus*, destaca que la reducción de cuotas se haga depender, tras ese régimen complejo al que se ha aludido, de la evolución de la siniestralidad laboral y de la actuación pro prevención que acredita la empresa. Es lógica la sustitución parcial de un sistema de primas uniformes por actividad por otro que, sin perjuicio de aquella referencia genérica al riesgo objetivo de la actividad desarrollada, permita valorar el nivel de accidentalidad y morbilidad de la empresa. Y ello con independencia de lo complejo de ponderar tal circunstancia, que exige la determinación de un valor de comparación y la fijación de un módulo temporal en el que calibrar dicha evolución que puede verse afectada por factores no siempre perfectamente coherentes con la actividad preventiva desenvuelta en la empresa. Por ello, resulta conveniente un planteamiento dinámico y no estático de la medida, que valore de forma real la evolución de la siniestralidad y la actividad preventiva diligente y eficiente.

3.3.2. La superación de la protección social privilegiada del riesgo profesional frente al común y la recuperación del principio de consideración conjunta de las contingencias

En coherencia con la finalidad de reparación de estados de necesidad que persigue el sistema de Seguridad Social, parecería lógico presuponer idéntica protección, ya sanitaria, económica o complementaria, para la situación de necesidad cubierta de que se tratara cualquiera que fuera su causa u origen. Porque quien deja de percibir salario cuando no puede trabajar durante varios días por problemas de salud que le incapacitan para la actividad laboral y

provocan la suspensión de su contrato, padece el mismo estado de necesidad, concretado en el aumento de gastos que genera su asistencia sanitaria y la disminución de ingresos que representa su pérdida de salarios, tanto si la causa deriva de un accidente de trabajo como si procede de un accidente común, lo que debiera protegerse con idénticas prestaciones sociales. Pero, como se sabe, por seguir con el ejemplo, la prestación de asistencia sanitaria es más completa y parcialmente más asequible para el trabajador accidentado por causa profesional y la prestación económica que recibe es también más elevada en este caso, sin olvidar, igualmente, que la protección opera automáticamente, sin necesidad de acreditar cumplimiento de requisitos de aseguramiento que, en caso de contingencia común, condicionan la protección. Protección dual que, se insiste, no alcanza a ocultar la inexistencia de diferencia real alguna en la situación protegible, desde la visión subjetiva del trabajador protegido.

Explicable por las raíces históricas que anclaban la protección del seguro social de accidentes de trabajo a la responsabilidad empresarial, lo cierto es que trasladar este esquema a la Seguridad Social, que protege tanto riesgos profesionales como comunes, quiebra la simetría protectora, lo que, técnicamente, pero sobre todo en clave preventiva, recomienda su corrección, en el sentido de constituir una protección indiferenciada de los riesgos comunes y profesionales. Técnicamente, se dice, porque, junto a recuperar el enunciado principio de consideración conjunta de las contingencias que informa el sistema público de protección social, la superación de este modelo introduciría en el sistema protector mejoras significativas, traducibles en equidad y homogeneidad que, desde luego, no tendrían por qué implicar una carga negativa traducible en pérdida de protección respecto de la situación originaria. En clave preventiva porque ello es capaz también de evitar tentaciones ya mencionadas y relativas a hacer pasar como contingencias profesionales las que son comunes, pervirtiendo el modelo en su conjunto y produciendo efectos engañosos en el volumen de siniestralidad que, si menos importante en términos estadísticos, tiene, sin embargo, mucha relevancia en lo que puede suponer de desviar la atención del principal foco de interés de las políticas preventivas o de despistar las actuaciones dirigidas a la mayor eficacia de la gestión de la prevención.

No obstante, no cabe duda de que este resultado supondría un cambio notable en nuestro sistema de protección social, por lo que no puede ser planteado en términos estrictos de técnica jurídica, sino que, por las plurales y contundentes consecuencias que determina, debiera ser debatido por cuantos operadores intervienen en este ámbito y quedar abierto al diálogo social. Con todo, si garantizada la sostenibilidad económica del modelo, se partiera como punto de referencia para ese tránsito de la protección de los riesgos profesionales, otorgando a los riesgos comunes la misma protección que aquellos primeros, eludiendo, pues, la que pudiera ser unificación “a la baja” de las situaciones existentes, lo cierto es que el sistema tendría garantizada la aceptación social y la reforma solo sería visible en términos de mejora respecto de la situación actual. Desde luego, el mayor coste que esta medida representaría para la Seguridad Social, cuyos cálculos financieros y actuariales habría que realizar, tal vez fueran compensables con el menor gasto que la unificación protectora representara en orden a la gestión y litigiosidad del accidente de trabajo y, por

supuesto, con los beneficios socio laborales traducibles en la mayor eficacia preventiva. Precisamente para intentar asegurar ese equilibrio de intereses, sería recomendable establecer, más que cambios radicales, situaciones transitorias o de parcial y sucesiva aproximación a esos términos de uniformidad protectora, lo que permitiría valorar el coste global de la medida y su rentabilidad económica o social en otros contextos implicados.

Pues bien, a estos fines, y dado que la incapacidad temporal se muestra como un espacio particularmente sensible en este ámbito, tanto por lo que afecta al volumen de contingencias protegidas por este concepto, como al gasto total que su protección representa para el sistema, como, en fin, por las más que sensibles y evidentes diferencias protectoras y gestoras que en aquella se manifiestan entre riesgos profesionales y riesgos comunes, las más visibles de todo el régimen público, podrían ensayarse sobre ella algunas fórmulas de carácter transitorio inspiradas en esa finalidad de protección y gestión indiferenciada de la contingencias de origen común y profesional.

Pero antes de exponer cualquier propuesta al respecto, conviene advertir con carácter previo sobre alguna cuestión de interés que convendría no ignorar. Se hace referencia al hecho de que, al margen la intensidad protectora, en la incapacidad temporal se observa una diferencia muy notable entre la de carácter común y profesional en materia de gestión y pago de la prestación, en el sentido ya aludido que ahora se concreta más. La incapacidad temporal común no se protege durante los primeros tres días de baja y desde el cuarto al decimoquinto día la prestación se paga por y a cargo íntegramente del empresario, pasando a abonarse por delegación solo a partir del decimosexto día en adelante, lo que contrasta con el pago por delegación desde el primer día de prestación si la incapacidad temporal es de carácter profesional. Diferencia de la que quiere destacarse su virtualidad a efectos de combatir el absentismo laboral³⁹, evitando la existencia de fraude en las bajas por contingencias comunes que exigen un mayor control que el sistema renuncia a hacer por sí mismo y atribuye directamente a la empresa mediante el pago a sus expensas de los doce primeros días de la prestación; exponente de un modelo que, con semejante colaboración, hace al empresario protagonista del control del absentismo laboral, porque, abonando a su cargo la prestación, es de suponer que verificará la veracidad y existencia de la situación de pérdida de la salud, conforme prevé el art. 20.4 ET⁴⁰. Sin obviar tampoco la expresión

³⁹ Más ampliamente, Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, "Comentario al art. 129", en AA.VV., *Ley General de Seguridad Social. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina* (Dir. L.E. de la Villa). Madrid (Colex), 2004, pp. 457-458. Solución que concuerda en su finalidad de control del absentismo laboral con el art. 52.d).2º ET, donde computan a los fines de permitir el despido objetivo por esta causa las bajas médicas que no superan los veinte días, lo que de facto presupone sospechar de su veracidad (*ibídem*, pp. 460-461).

⁴⁰ Control o verificación empresarial que, sin embargo, no llega a reconocer a las empresas la posibilidad de denegar o extinguir la protección por incapacidad temporal, pues el nacimiento, duración y extinción de la prestación corresponde a la Administración de la Seguridad Social; ni siquiera cuando el trabajador se niega a realizar los reconocimientos médicos propuestos por el empresario a la que el art. 20.4 ET anuda la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo de la empresa, pues ello negaría la naturaleza de prestación pública. Lo que obliga al empresario, al margen de su poder disciplinario, a poner tal hecho en conocimiento de la entidad gestora para que los servicios

de un elemento económicamente desincentivador del eventual fraude en el disfrute indebido por el trabajador de bajas laborales de carácter común.

La conclusión es que, pretendiendo evitar presuntos disfrutes indebidos o fraudulentos de la prestación derivada de causa común, este régimen arrastra dos efectos perversos, uno en el plano reparador y otro en el plano preventivo. En el primero, sustituye la más cabal protección de estados de necesidad que, no se olvide, han de estar acreditados por los facultativos del servicio público de salud, por una apriorística reducción económica de la prestación que, en términos de estricta protección social, carece de lógica y va contra el principio de equidad, diferenciando situaciones dignas de la misma cobertura. En el plano preventivo, promueve declarar como causa profesional la de carácter común, a los efectos de rebajar el coste de la empresa en concepto de incapacidad temporal, siendo capaz de actuar como un factor disuasorio o, el menos, poco colaborador de una más eficaz actuación preventiva del riesgo laboral en las empresas, además de la eventual consecuencia de sobre declaración de contingencias profesionales. A lo que se suma, de forma paradójica, la previsión del régimen menos favorable desde la perspectiva empresarial en bajas completamente ajenas a la actividad laboral en contraste con el régimen más ventajoso reconocido justamente allí donde la incapacidad laboral tiene causa profesional y donde, por tanto, sería explicable un tratamiento más riguroso por tratarse de un acontecimiento, salvo excepciones, dentro de la esfera organizativa del empleador y bajo su capacidad de intervención en términos prevencionistas.

Frente a ambas consecuencias, y anticipando esa tendencia al tratamiento indiferenciado capaz de salvar los inconvenientes descritos, lo primero que hay que decir es que el control del absentismo señalado no puede esgrimirse como un argumento que impida cualquier modificación de la regla prevista, porque frente a esas utilizaciones desviadas o indebidas de la protección social hay que responder simplemente con un mejor control y persecución del fraude donde realmente exista, descartando la sospecha generalizada e infundada que sirve para explicar una protección menor. Sobre estas premisas, si fuera posible, además, avanzar en la línea de cooperación entre sistema reparador y sistema preventivo, habría que arbitrar cauces a su mejor desarrollo. Por ello, y como se ha anticipado, a modo de medida transitoria e intermedia, que pretende servir de campo de ensayo a lo que podría terminar siendo la plena equiparación protectora y gestora de la incapacidad temporal profesional y común, me alinee de nuevo con la propuesta que ya tuve oportunidad de suscribir en su momento y que contiene el “Informe Durán”, aun con alguna matización y alguna adición, en los términos que ahora se exponen.

Dicho informe proponía atribuir a los empresarios el abono a su cargo de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo durante el periodo inicial de la baja –se proponían siete días, aunque es posible barajar otros periodos- con reducción equivalente del importe de sus cotizaciones por riesgos profesionales, añadiendo la consecuente reducción,

médicos competentes adopten la solución oportuna. Véase, de nuevo, Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, “Comentario al art. 131”, en op. ult. cit., p. 468.

en idéntico período, de la actual obligación empresarial de abonar la prestación económica por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes⁴¹.

Ello significa entonces mantener indiferenciado en este aspecto el tratamiento de la incapacidad temporal por contingencias comunes y profesionales, aun en un punto intermedio entre el actual régimen propio de cada una de esas contingencias. Aunque en este último documento la solución propuesta se ofrecía básicamente para eludir los problemas aplicativos de una fórmula de *bonus-malus* como la que se conocía, planteando una medida alternativa pero capaz de aprovechar la filosofía que la informaba, quiere resaltarse ahora también su virtualidad para modificar un *status quo* discutible de nuestro modelo de protección social, asegurando un tránsito menos drástico que facilitara su implantación. Para ello, vuelve a insistirse en el añadido a esta medida, en los términos recién expuestos, de una equiparación del contenido protector de la incapacidad temporal profesional y común, tomando como referencia para la unificación la protección dispensada a la primera. Además este modelo se aplicaría, por las razones antes señaladas, no solo al accidente sino también a la enfermedad, que el informe referido excluía para evitar una incidencia negativa sobre el absentismo, lo que, en mi opinión, es salvable por las vías antes enunciadas⁴².

Si se observa, este sistema se ajusta al elemento prevencionista que viene guiando las líneas de reforma que planteo, porque traslada al empresario el coste de su siniestralidad, operando como incentivo de la prevención, a modo de fórmula adicional de *bonus-malus* muy directa y fácilmente visualizable por el empresario. Siempre, claro está, que se articule con una faceta premial, consistente en la reducción de las cotizaciones empresariales globales en una cuantía equivalente a aquella en que se reducen los gastos de la Seguridad Social que ahora asumirían las empresas que provocan la siniestralidad.

El modelo expuesto posee ventajas innegables. De un lado, no representa un incremento de costes para el conjunto de las empresas, pues la reducción de cotizaciones compensaría íntegramente el mayor gasto ahora asumido por

⁴¹ Así, AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., p. 80. A lo que se sumaba una cotización indiferenciada, hasta eliminar la específica de accidentes de trabajo, además de una reforma y unificación de la organización y gestión del seguro, incidiendo especialmente sobre las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, que ampliarían su campo de actuación (*ibídem*, pp. 79-80). Véase, también, G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo*, cit., pp. 610-611. En relación con la primera medida propuesta, como se ha señalado, los seguros de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales pueden hacer mucho para mejorar la seguridad y salud en el trabajo, no sólo diferenciando primas empresariales con impacto preventivo al vincular su cuantía con los esfuerzos realizados en la empresa en este sentido, sino mediante el pago empresarial directo del primer período de incapacidad si el daño está relacionado con el trabajo (D. PIETERS, "El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea", cit., pp. 197 y ss.).

⁴² Algún otro autor aboga también por un aseguramiento público indiferenciado a efectos protectores de las contingencias comunes y profesionales, llamando a una equiparación al alza de la protección reconocida a las contingencias comunes, aunque rechaza el cambio en materia de gestión, partiendo de la valoración positiva que le merece el papel desempeñado por las mutuas en este terreno (M. CORREA, *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*. Madrid (Fundación Alternativas), 2007, p. 49).

ellas, además de carecer de repercusión económico-financiera sobre el sistema protector, ya que lo dejado de ingresar en concepto de cotizaciones por contingencias profesionales se compensa con la liberación por el sistema público de algunos otros pagos y gestiones. Además, al penalizar a las empresas con mayor siniestralidad, favorece la prevención, haciendo visible el coste de su no realización, toda vez que una empresa con una eficaz política preventiva y escasa siniestralidad se beneficiaría del ahorro global de cotizaciones sin soportar después el coste de la prestación debida al trabajador accidentado.

Así, este planteamiento incentiva la adopción de medidas preventivas y el cumplimiento del deber de protección del empresario, desviando los costes de la siniestralidad laboral hacia las empresas que la provocan. Con ello, si el *bonus* referido en un apartado anterior opera como elemento prevencionista en el momento del aseguramiento, esta medida plasma ese elemento en el tiempo de la protección, reduciendo los problemas de gestión y contagiando la cultura de la prevención a las distintas fases de desenvolvimiento del sistema público de Seguridad Social. Es más, desde esta perspectiva, aplicado en el momento de la reparación del daño, el propósito de estímulo de la prevención y su efecto penalizador puede resultar incluso más evidente. Cabe imaginar que el incremento o reducción de cuotas en función de los resultados de siniestralidad producidos en un período de observación previo difumine el carácter de premio y castigo de la función prevencionista para asociarse por las empresas más a coste social o de producción; en cambio, actualizado en el instante de la reparación manifiesta en mayor medida su faceta premial o penalizadora ligada a la prevención de riesgos laborales.

En conclusión, esta protección indiferenciada permitiría separar la política de prevención, con sus medidas incentivadoras, sancionadoras y otras, de los mecanismos aseguradores, dirigidos a reparar las situaciones de necesidad de los sujetos protegidos, pero estableciendo puentes y vías de colaboración entre ambos sistemas normativos. Por ejemplo, la equiparación del riesgo profesional y común en el sistema de protección social no impediría finalmente, de darse las circunstancias necesarias, diferenciar la reparación superior del primero respecto del segundo por concurrir culpa del empresario en su actualización, pero ello derivaría al trabajador damnificado a un sistema ajeno a la Seguridad Social, a través de los procedimientos de exigencia de responsabilidad empresarial conducentes a la íntegra reparación del perjuicio ocasionado⁴³. Y tendría la destacable ventaja de reducir drásticamente la litigiosidad, así como los costes de gestión del sistema. Todo ello sin perjuicio de advertir que, de optarse por esta alternativa de protección indiferenciada parcial o absoluta, hay que contar con la dificultad que se deduce del hecho contrastado de que en los países que carecen de un sistema de aseguramiento específico de los riesgos

⁴³ Si ello es posible, porque la búsqueda de la reparación integral probablemente esté abocada al fracaso, en la medida en que hay daños que no pueden ponderarse para su compensación por un equivalente general, aun cuando la plena reparación no ha de ser un ideal al que deba renunciarse, organizando las vías de resarcimiento del modo más eficaz posible, como señalan A. DESDENTADO y A. DE LA PUEBLA, "Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones", cit., p. 663.

profesionales el nivel de declaración de accidentes es muy inferior, lo que, a su vez, vuelve a tener repercusión sobre las políticas preventivas.

De ahí que el modelo, como se anticipaba, esté necesitado de un proceso reflexivo en el que los agentes sociales deben intervenir activamente y de una aplicación progresiva y transitoria, atenta a las consecuencias que pueda determinar a efectos preventivos y reparadores. Y es que el dato mismo de que esa diferenciación protectora se mantenga en la mayoría de los sistemas de nuestro entorno no hace sino evidenciar que están en juego caracteres históricos de nuestros sistemas de protección social y delicados equilibrios a los que es necesario atender en cualquier debate sobre la futura configuración del actual sistema de aseguramiento.

3.3.3. La diferenciación del concepto de accidente de trabajo a efectos reparadores y a efectos preventivos

El impulso de los planteamientos preventivos presupone la existencia de un concepto de accidente de trabajo coherente con los mismos, identificativo de las situaciones bajo control del empresario, en las que son factibles las medidas preventivas que podrían liberar a la Seguridad Social de funciones reparadoras. Para ello, y preexistente el concepto en el sistema normativo de Seguridad Social, parecía que su traslación al ámbito preventivo era inevitable, aun cuando, como se ha venido observando, la ambivalencia del actual concepto legal de accidente de trabajo, sobre afectar negativamente a la actividad reparadora, multiplicando sus costes y eficacia, sobre todo introduce confusión en su gestión preventiva. Todo lo anterior recomienda reconducir el actual concepto a otro que impida el alejamiento progresivo de su estricta causa profesional⁴⁴.

De ahí que no pueda eludirse bien la necesaria delimitación de un concepto legal de accidente de trabajo propio de la legislación preventiva y más que probablemente distinto del que opera en el marco reparador de la Seguridad Social, bien un concepto nominalmente diverso para identificar lo que es relevante en el ámbito de la prevención. Precisamente a tales efectos la propia LPRL ha identificado la noción de “daño derivado del trabajo”, que define su art. 4.3º y emplea luego el resto de su articulado. De este modo, el concepto de daño derivado del trabajo, que remite a aquellas enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo, aunque exige tener en cuenta para su más correcto entendimiento las previsiones de los arts. 115, 116 y 117 LGSS, cuyas definiciones permanecen vigentes en materia preventiva (DA 1ª LPRL), no implica que su significado haya de ser necesariamente coincidente. Y es que su objeto en ocasiones puede diferenciarse netamente como consecuencia de las diversas finalidades que persigue cada uno de esos sistemas normativos. En otras palabras, los conceptos de accidente de trabajo, enfermedad de trabajo, enfermedad profesional, accidente común y enfermedad común, como nociones propias del

⁴⁴ Al respecto, conteniendo expresamente esa propuesta, véase AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., p. 82; M. CORREA, *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*, cit., p. 49. Más ampliamente, G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo*, cit., pp. 608 y ss.

derecho reparador y de protección social, son en parte más restrictivos y en parte más amplios que la noción de daño derivado del trabajo que interesa a fines preventivos. Por ello, es loable el intento de acuñar un concepto propio en este ámbito que, sin desdeñar la utilidad de aquellos otros, que cuentan con un bagaje doctrinal y jurisprudencial ciertamente rico, pueden resultar perturbadores en sede preventiva, como demuestran algunos ejemplos.

Así, calificar como riesgo profesional en el ámbito de la Seguridad Social el accidente *in itinere*, por mencionar un supuesto paradigmático, resulta útil y oportuno en aras a la mejor protección del trabajador, pero solo de forma muy impropia puede calificarse ese daño como derivado del trabajo o resultado de un riesgo laboral a efectos de prevención, esto es, dentro de la empresa y teniendo en el empresario su principal obligado y responsable, por desenvolverse en ámbitos externos a su capacidad de actuación. Y, en sentido contrario, el concepto de daño derivado del trabajo que importa más al sistema normativo de prevención de los riesgos laborales permite tomar en consideración aspectos preventivos de patologías o lesiones que, en sentido estricto, podrían no quedar incluidos en los conceptos técnicos de la Seguridad Social, pese a su amplitud, por interesar de ellos más que la reparación de sus consecuencias la interdicción de su existencia. El concepto de daños derivados del trabajo es susceptible de incluir cualquier afectación a la integridad física o salud de los trabajadores, evitando el empleo de conceptos técnicos propios de la Seguridad Social que podrían ignorar factores que, irrelevantes en el terreno reparador, resultan útiles en materia preventiva. Ello no obstante, la clara tendencia a evitar conceptos parcialmente ajenos aunque conectados con la prevención mediante su sustitución por otros propios no impide que la LPRL se remita en ocasiones a los de accidente de trabajo y enfermedad profesional⁴⁵, sin evitar interpretarlos, cuando se emplean, en su faceta más prevencionista.

En definitiva, la noción de daños derivados del trabajo, que conecta íntimamente con la de riesgo laboral, resulta ser un concepto crucial en la delimitación de la aplicación de las medidas preventivas. Noción de contenido amplio –con motivo u ocasión del trabajo, prevé el art. 4.3º LPRL, en una redacción que recuerda a la dicción del art. 115.1 LGSS- y de carácter integral, porque abarca cualquier alteración de la salud e integridad física y psíquica del trabajador que tenga origen en la actividad laboral, coincidiendo en ocasiones y alejándose en otras de los conceptos manejados en el Derecho de la Seguridad Social. No cabe duda de que la procedencia y oportunidad de manejo de estos últimos en materia preventiva es a veces incuestionable, aunque en otras puede ser discutida y habrá de matizarse con interpretaciones como las aquí incorporadas.

Por lo demás, el concepto, ya en el ámbito preventivo o reparador, alude exclusivamente a daños producidos sobre la persona del trabajador, no sobre sus bienes, a cuya indemnización se destinan otros recursos y otros sistemas normativos. Se trata de una noción que identifica la incidencia sobre la salud e integridad del trabajador, lo que, junto a daños físicos, incluye igualmente los de carácter psíquico. Pero excluye los que afectan a otros bienes del trabajador protegibles por vías diversas -daños materiales o morales si no se traducen en perjuicios sobre su salud psíquica o en enfermedades mentales o

⁴⁵ Cfr. los arts. 6.1.g), 9.1.c) y d), 11 y 23.1.e) LPRL, además del art. 12.3 LISOS.

psicosomáticas- y los carentes de tal naturaleza personal -medioambientales, por ejemplo, que corresponden a otros ámbitos- aunque guarden relación con el trabajo.

Con todo, dada la redacción legal, la prestación laboral no tiene por qué ser la única ni la principal causa de su generación, ni es imprescindible que el daño derive automática y directamente del trabajo, sin intervención de ninguna otra circunstancia. No obstante, aunque el nexo de causalidad es amplio y flexible, ello tampoco debe conducir a una mera ocasionalidad entre actividad laboral y daño, debiendo existir algún tipo de relación causal entre ambos elementos o de conexión con el riesgo laboral, aun admitiendo diversos grados, porque, en caso contrario, lo preventivo carece de razón de ser. De ahí que, aun cuando típicamente el daño derivado del trabajo es aquel que se provoca durante el desarrollo de la actividad laboral, en el lugar de trabajo y en la jornada laboral, lo cierto es que aquellos elementos no resultan exigibles en la calificación del daño como de carácter profesional o derivado del trabajo, de suerte que puede existir el mismo aun producido fuera del centro de trabajo y aun fuera de la jornada laboral, si guarda relación con el trabajo, que es el factor realmente central.

Finalmente, la noción de daño derivado del trabajo que puede operar a efectos preventivos no es sólo el actualizado, sino el potencial o el que se traduce en una mera situación de peligro capaz de provocarlo eventualmente, porque su existencia ya obliga a la adopción de actuaciones preventivas dirigidas precisamente a su evitación o minoración de sus efectos, obligando a intervenir antes de que el daño se produzca, lo que es un elemento netamente diferenciador de la faceta reparadora.

Por su parte, trasladadas estas consideraciones a las enfermedades profesionales, el otro núcleo de imputación del riesgo profesional, lo cierto es que las mismas tienen aquí una virtualidad significativamente menor. Al margen de la valoración que merezca la vigente lista, aprobada por RD 1299/2006, para adaptar esa cualidad a las nuevas necesidades productivas y a las nuevas patologías que implica la imparable evolución de las técnicas de producción, lo cierto es que el concepto de enfermedad profesional impide que se planteen los problemas antevistos en relación con el accidente de trabajo, por su misma naturaleza de *numerus clausus* y su imposible confusión con patologías comunes ajenas a la actuación preventiva del empresario. En consecuencia, la rigidez del concepto evita las dificultades de gestión preventiva que el muy flexible concepto de accidente de trabajo sí conlleva.

Ello no obstante, dada la importancia que el concepto de enfermedad profesional reviste en materia preventiva, por su carácter predeterminado y las obligaciones atribuidas al empresario en orden a evitar su actualización -evaluación objetiva y subjetiva de puestos de trabajo, vigilancia de la salud y otras-, lo que sí puede discutirse es si debiera revisarse su actual formulación como lista cerrada, para permitir alguna aplicación residual o cierto margen de discrecionalidad administrativa o judicial que evite el desfase entre las enfermedades efectivamente tipificadas como profesionales en la norma respecto y aquellas otras no previstas expresamente pero cuya inclusión en momentos posteriores puede estar perfectamente justificada, sin tener que esperar para su efectiva aplicación a la oportuna reforma normativa, que siempre será de respuesta tardía. Tal solución, coherente con las

recomendaciones de la Unión Europea⁴⁶, facilitaría, a partir de la segunda lista, la revisión constante y la eventual ampliación de la primera⁴⁷. Con ello, además de evitarse la inseguridad jurídica que provoca la necesidad en estos casos de depender de la calificación primero administrativa, de carácter sanitario y de la propia Seguridad Social, y luego judicial de enfermedad de trabajo del art. 115.1.e) LGSS, se facilitaría una mayor utilidad en términos preventivistas, porque, como se ha anticipado, la calificación de enfermedad profesional, no así la de enfermedad de trabajo, obliga a actuaciones preventivas que actúan, pues, antes de su desencadenamiento. En este sentido, propiciar por esta vía la ampliación de la lista de enfermedades profesionales en supuestos *ad hoc* o en circunstancias singulares permitiría tratar y gestionar esa información en términos preventivos y sanitarios, actuando sobre patologías que, en caso contrario, quedarían ajenas a este planteamiento cautelar, siendo objeto de atención solo en el momento posterior a su actualización. Por lo demás, la actual confusión y equiparación protectora entre enfermedades de trabajo y accidentes de trabajo tampoco resulta eficaz en el orden preventivo, y habría que tender a la inclusión de las primeras en el marco de las enfermedades profesionales si los médicos del trabajo advierten su causa en el ejercicio de una actividad profesional concreta.

3.3.4. *La mejora complementaria de prestaciones sociales por riesgo profesional y el seguro privado de responsabilidad civil por accidentes de trabajo*

En un sistema de protección social que, aun con el tratamiento privilegiado de los riesgos profesionales, no alcanza a cubrir íntegramente la reparación del daño sufrido por vía de prestaciones sociales, ni siquiera en la exclusiva atención a la sustitución completa de los salarios de actividad perdidos durante la situación de baja –distinta conclusión puede alcanzarse cuando la contingencia se declara como incapacidad permanente absoluta o gran invalidez-, las mejoras voluntarias de prestaciones sociales conforman una medida apta para dar satisfacción, de forma automática y directa, a la mejor

⁴⁶ Cfr. la Lista Europea de Enfermedades Profesionales propuesta en la Recomendación 90/326/CEE.

⁴⁷ De ahí que el “Informe Durán” propusiera, en esa línea, “regular un sistema mixto de catalogación de las enfermedades profesionales, con una lista básica y otra complementaria, puramente indicativa pero no cerrada” (AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., p. 82). Además, en orden a otras propuestas relativas a las enfermedades profesionales, se destacaba en ese mismo informe que una adecuada política de prevención de las enfermedades profesionales exige restablecer el deber de pago de cotizaciones destinadas a su cobertura específica, dado que la supresión de dicha cotización provoca la desatención creciente a las exigencias preventivas relacionadas con ellas; de ahí que se abogara, de una parte, por “restablecer el deber de pago de cotizaciones destinadas a la cobertura específica de enfermedades profesionales” y, desde el punto de vista preventivo, por “recuperar la obligación de incluir en las llamadas ‘pólizas’ o convenios de adhesión de las Mutuas, la relación inicial de los puestos de trabajo sometidos a riesgo de enfermedades profesionales y de los trabajadores adscritos a los mismos, así como la obligación de actualizar estos documentos”, así como, en fin, por “asegurar el cumplimiento de la obligación legal de realizar reconocimientos médicos previos y periódicos de los trabajadores que ocupen puestos de riesgo en relación con enfermedades profesionales, por parte de las entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social, así como del deber de registrar tales reconocimientos” (*ibídem*, p. 83).

reparación de los daños acaecidos. Reparación más completa que se alcanza sin necesidad de abrir cauces de exigencia de responsabilidades por culpa empresarial que desencadenarían la indemnización por daños y perjuicios civilista que, desde luego, sería compatible con aquella primera, y sin necesidad tampoco de interponer reclamaciones judiciales de incierto resultado. Esto es, la mejora voluntaria de la protección mínima y obligatoria de la Seguridad Social viene a superar, sin reclamar ninguna especial actividad posterior del trabajador damnificado, ese carácter de cuantía limitada de las prestaciones sociales ante estados de necesidad, sirviendo para complementar y mejorar cuantías prestacionales que no garantizan por sí solas la equivalencia con las rentas salariales sustituidas.

Estas vías de protección complementaria, que permiten hablar de una Seguridad Social privada o voluntaria, se encuentran muy extendidas en la negociación colectiva, y constituyen, pues, frecuentes instrumentos privados de previsión social cuya extensión subjetiva obliga a observarlos como un componente más del sistema de protección y reparación de los riesgos profesionales. Circunstancia que vuelve a recomendar, por tanto, su oportuno análisis también en clave preventiva o de colaboración con el objetivo de mejorar la protección de la seguridad y salud en el trabajo. Máxime cuando este modelo opera al margen de la responsabilidad del empresario y la adecuación o no de su actividad preventiva, viniendo a significar un beneficio o ventaja social para los trabajadores que se desenvuelve con independencia de los mecanismos protectores de la Seguridad Social y que es autónomo también de las eventuales exigencias de responsabilidad civil, penal, administrativa o de Seguridad Social que, en su caso, proceda reclamar al empleador por un incumplimiento de su deber de prevención. Como, en fin, también es imprescindible advertir sobre el entrecruzamiento que estas fórmulas provocan entre intereses públicos y privados, donde operan técnicas del seguro privado que llaman a sistemas normativos ajenos a nuestro ordenamiento laboral y con el que pueden plantearse fricciones. Con todo, antes de aludir a tales cuestiones, parece conveniente abordar primero cómo se comportan estos instrumentos en la práctica convencional que, ya se ha dicho, suele ser fuente de su reconocimiento.

En este sentido, hay que comenzar insistiendo en que la previsión contenida en el art. 15.5 LPRL, que permite a los empresarios concertar respecto de sus trabajadores operaciones de seguro cuyo ámbito de cobertura sea la previsión de los riesgos derivados del trabajo, es objeto de profusa atención en la negociación colectiva⁴⁸. De modo que cabe anticipar que el incremento de la acción protectora mínima y obligatoria de la Seguridad Social, con cargo al seguro concertado por dichos sujetos, es una fórmula de mejora de las prestaciones sociales derivadas de la actualización de daños a la salud de los trabajadores muy extendida desde el punto de vista objetivo y subjetivo. Mejora voluntaria que encuentra en el convenio colectivo una vía de expresión prototípica, estable y continuada y, desde luego, preexistente a la LPRL, como confirman los arts. 41 CE y 39 LGSS. Y es que, pese a la confusión a que

⁴⁸ Sobre el tema, muy ampliamente y con cita abundante de convenios, véase G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva* Madrid (CCNCC/MTI), 2009., pp. 171 y ss.

podiera inducir la previsión de aquella primera norma preventiva, su contenido no se limita, según confirma la realidad convencional, a la mejora o complemento de los riesgos profesionales, esto es, los que derivan de accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino que se extiende a los riesgos de carácter común o ajenos al desenvolvimiento de la actividad laboral. Y aún más, cabe su concierto no sólo sobre contingencias previstas por la Seguridad Social dentro de su acción protectora y ya cubiertas por ella para el trabajador asegurado de que se trate, sino, igualmente, sobre eventualidades en las que el sistema público de protección social se abstendría de intervenir. Esto es, tales instrumentos de mejora voluntaria no sirven solo para complementar la cuantía de prestaciones reconocidas por el sistema público en aras de garantizar la mayor equivalencia que resulte posible con los salarios dejados de percibir o, si se quiere, reparación íntegra del lucro cesante, sino que protegen otros posibles estados de necesidad excluidos de la acción protectora del régimen público.

Lo anterior probablemente explique que, como acaba de decirse, estas coberturas y mejoras sociales sean un contenido prácticamente constante en la negociación colectiva desde sus mismos orígenes, casi siempre desconectada de los aspectos preventivos incorporados al convenio, aunque de indudable relación dialéctica con ellos. En concreto, adoptan la forma de seguros de vida, accidente y enfermedad o invalidez, así como, también con apabullante frecuencia, de mejoras de las prestaciones derivadas de incapacidad temporal y, menos comúnmente, riesgo durante el embarazo, de naturaleza inequívocamente preventiva⁴⁹. Más concretamente, y a efectos sistemáticos, los convenios colectivos pueden agruparse al respecto en alguna de las dos siguientes categorías. Una primera comprendería aquellos pactos que establecen mejoras en materia de prestaciones derivadas de incapacidad temporal, ya las diferencien entre las originadas por causa profesional o común, y siempre en favor de la primera, ya las extiendan sin distinción para cualquier clase de contingencia, ya establezcan otros criterios diferenciadores de menor interés a efectos preventivos. Una segunda incluiría aquellos convenios que prevén mejoras para las prestaciones de invalidez y muerte por accidente, que suelen presentarse como la obligación de la empresa de suscribir a su cargo una póliza colectiva de seguro que cubra las cantidades previstas, aunque también se contempla que dicha póliza se suscriba individualmente por cada trabajador, abonando la empresa una determinada cantidad anual una vez justificada debidamente su formalización; de nuevo en este caso se advierten diferencias entre su sola aplicación al riesgo profesional o su extensión a todo tipo de riesgo, aun siendo habitual establecer cuantías indemnizatorias superiores para el primer supuesto, sin perjuicio de señalar

⁴⁹ La actual mejor protección aplicable al riesgo durante el embarazo respecto de la incapacidad temporal puede eludir la previsión de este tipo de complementos protectores porque el sistema ya sustituye íntegramente el salario cotizante; así, una vez compensada la pérdida de salario con el 100 por 100 de la base reguladora (art. 135 LGSS), apenas queda resquicio a la mejora empresarial. En cambio, en la contingencia de incapacidad temporal la situación es distinta porque el trabajador sufre una merma en sus ingresos, especialmente en el caso de la derivada de riesgos comunes. Aunque ello no justificaba antes de la reforma la diferenciación de situaciones a efectos de mejora, ahora es cierto que donde cobran verdadero interés las prestaciones complementarias vía convenio es respecto de la incapacidad temporal.

que el contenido protector resulta muy heterogéneo, llegándose a diferenciar las cuantías incluso en razón de la antigüedad o dedicación del trabajador a la empresa.

Sobre estos presupuestos, aun destacando la indudable ventaja y beneficio que para los trabajadores o sus familiares representan esta clase de mejoras convencionales de la acción protectora pública, lo cierto es que, desde un análisis estrictamente prevencionista, estas fórmulas no siempre colaboran positivamente en el estímulo de la mejor actuación preventiva en los lugares de trabajo, en particular cuando la mejora afecta solo a los riesgos profesionales, justamente aquellos frente a los que la empresa está obligada a intervenir de forma activa para su evitación. En este sentido, en la medida en que nuestro sistema público de protección social otorga el referido tratamiento privilegiado a la cobertura de los riesgos profesionales frente a los comunes, un modelo privado y voluntario de estas características contribuye, aun de forma involuntaria, a seguir centrando la acción frente a los riesgos laborales más en el plano reparador que en el preventivo, más en la indemnización y mejora de la protección del daño ya producido que en la actuación dirigida a su evitación. Efecto antiprevencionista que la negociación colectiva provoca no solo en este ámbito, sino que reproduce en las también muy frecuentes previsiones relativas a los pluses asociados a la peligrosidad, toxicidad o penosidad⁵⁰.

En definitiva, la monetización por unas u otras vías de la seguridad y salud en el trabajo o la tendencia a sobredimensionar los contenidos económicos en detrimento de los preventivos, tal vez recomendará un modelo distinto del que venimos reconociendo, de querer situarse la preferencia en el plano preventivo frente al reparador al que, sin duda, este esquema de mejoras voluntarias favorece con claridad⁵¹. Recomendación que se refuerza cuando las reiteradas mejoras se reservan a los daños derivados del trabajo o cuando a estos se dispensa un régimen más favorable que el reconocido a los daños producidos al margen de la actividad laboral. Porque puede parecer que esa mejor cobertura protectora constituye ya una suerte de compensación apriorística del mayor riesgo que el trabajador asume en su actividad y que elude o reduce la exigencia de los deberes empresariales de prevención.

Por ello, pese a la dificultad que supone renunciar a regulaciones tan arraigadas, asumidas por los trabajadores como una ventaja social consolidada e irrenunciable, cuya pérdida previsiblemente sería leída por aquellos como un retroceso, debería afianzarse entre los sujetos negociadores la consideración de que no hay riesgo laboral y daño derivado del trabajo mejor protegido que aquel que no se produce. Y a tal objetivo no contribuye tratamiento reparador alguno, sino actuación preventiva. Así, si algo corresponde más propiamente a la negociación colectiva es su intervención más activa en el plano de las actuaciones preventivas, sin utilizar como moneda de cambio la más extensa o generosa mejora de carácter económico, reparador o indemnizatorio.

⁵⁰ De nuevo, G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva*, cit., pp. 113 y ss.

⁵¹ En cambio, con una visión contraria, defendiendo no solo la mayor generalización de este tipo de mecanismos convencionales, sino la intervención misma del legislador dirigida a garantizar que los convenios establezcan este tipo de previsiones, M. CORREA, *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*, cit., pp. 30 y ss.

Pero las dudas que introduce la previsión convencional de mejoras voluntarias en caso de daños derivados del trabajo por la posible desvirtuación del elemento prevencionista capaz de incorporar este tipo de mecanismos indemnizatorios del perjuicio sufrido resultan más fácilmente superables cuando idéntico efecto indemnizatorio del total perjuicio sufrido por el trabajador se obtiene vía seguro privado obligatorio. Este último, resolviendo, de un lado, las dificultades de un seguro voluntario, que puede implicar demanda contra las entidades aseguradoras y quedar sometido al retraso y albur de un eventual proceso judicial, evitando, de otro, ese efecto antiprevencionista aludido porque opera al margen de las políticas de prevención y de imperativa protección de la seguridad y salud en el trabajo y, en fin, garantizando la mejor reparación del daño padecido por el trabajador, también representa una clara ventaja para el empleador responsable, por facilitar su cálculo de costes sin interferir en su mejor acción preventiva. Este seguro garantizaría el percibo automático de una indemnización en concepto de responsabilidad civil por accidente de trabajo independiente de la culpa del empresario, lo que elude la necesidad de valorar su conducta al operar a modo de aseguramiento de la responsabilidad objetiva, lo que vuelve a dejar espacio para la exigencia de responsabilidad civil por culpa hasta alcanzar, en lo que exceda del daño realmente compensado vía prestaciones sociales y seguro privado, la reparación íntegra del perjuicio sufrido por la víctima que, desde luego, sería también asegurable por el empleador, ahora de forma voluntaria y conforme al citado art. 15.5 LPRL.

En coherencia con el modelo de seguro obligatorio, la compensación actuarial de forma tasada, lo que exige la previsión de baremos propios⁵², porque los comúnmente utilizados importados de los accidentes de circulación, como puede imaginarse, actúan sobre presupuestos bien diversos que, sin perjuicio de servir como criterios orientativos, requieren de adaptación en nuestro contexto⁵³. Tal solución, sobre proporcionar seguridad jurídica y ser susceptible de enmendar la frecuente infravaloración de los daños que suele manifestar el orden social, no deja de constituir un instrumento que tampoco garantiza por sí solo la restitución *in integrum*; de ahí la compatibilidad referida para el caso de culpa empresarial. Asimismo, para sortear el frecuente efecto inhibitor del cumplimiento de las obligaciones preventivas que suele asociarse a toda forma de seguro, habrían de articularse elementos adicionales, como sistemas de primas que atendieran a la verdadera siniestralidad de la empresa o un esquema de ágil repetición de la aseguradora sobre el sujeto responsable en función de su diligencia prevencionista, hasta hacer depender el coste del seguro de la actuación preventiva de las empresas. De este modo, la fórmula, de más asequible gestión que el sistema *bonus-malus* ya aludido pero con sus

⁵² En este sentido, abogando por un baremo legal de accidentes de trabajo sobre la base de criterios de justicia material que atendiera a los daños económicos y no económicos, véase A. DESDENTADO, "La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo: estado de cuestión y reflexión crítica sobre el desorden y funcionamiento de los mecanismos de reparación", en AA.VV., *Congreso de Magistrados en el Orden Social: el futuro de la jurisdicción social*. Madrid (CGPJ), 2007, pp. 497 y ss.; B. GUTIERREZ-CALVO y J. LAHERA, *Compensaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo. Problemática y reformas*, cit., pp. 126-127.

⁵³ Pueden consultarse las SSTs 17 jul. 2007, 20 sep. 2007, 3 oct. 2007, 30 ene. 2008, 20 oct. 2008, 14 dic. 2009, 30 jun. 2010.

mismos componentes prevencionistas⁵⁴, asegura la compensación inmediata y más completa del trabajador, a lo que coadyuvaría, igualmente, el cobro de intereses por mora de la entidad aseguradora que, como se sabe, encuentra muy escasa y restrictiva aplicación en nuestra jurisprudencia, en una posición que recomendaría su corrección⁵⁵.

3.3.5. Redefinición de las responsabilidades protectora y sancionadora de Seguridad Social: especial referencia al recargo de prestaciones

Afirmado que la protección de la Seguridad Social se desenvuelve conforme a las reglas de un género de responsabilidad objetiva por riesgo, independiente del elemento subjetivo del responsable, al actuar a los solos efectos de compensar el lucro cesante salarial del trabajador víctima de un daño derivado del trabajo, resulta claro que tal cualidad no se adapta a otras fórmulas que también contiene la LGSS para calcular la protección percibida por el beneficiario de prestaciones. En efecto, la protección social del trabajador concretada en el derecho a prestaciones de la Seguridad Social, diversas según las consecuencias del daño sufrido, identifica una responsabilidad de la entidad gestora o la mutua claramente objetiva, toda vez que conecta con el aseguramiento obligatorio que se impone al empresario y socializa el coste de la protección por riesgo laboral. Cuando se cumple el regular aseguramiento del trabajador, el riesgo queda plenamente cubierto por el sistema, que asume el coste de la protección y exonera de cualquier responsabilidad empresarial al respecto. En cambio, el incumplimiento en el aseguramiento desplaza hacia el empresario, de manera objetiva, sin necesidad de acreditar intencionalidad o culpabilidad, la responsabilidad del pago de prestaciones. No obstante, esa responsabilidad objetiva se convierte en exigencia de culpabilidad en otros supuestos de responsabilidad en materia de Seguridad Social ligada a incumplimientos preventivos (arts. 123, 195 y 197 LGSS), porque a la existencia del riesgo se suma un comportamiento que permite imputar al empresario el daño producido.

Al margen de los problemas que acarrea introducir en la ordenación del sistema de protección social elementos de responsabilidad civil⁵⁶, interesa en

⁵⁴ Al respecto, puede verse más ampliamente, AA.VV., *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada* (dir. S. del Rey Guanter). Madrid (La Ley), 2008, pp. 191 y ss. también, J. AGUSTÍ JULIÀ, "Algunas propuestas –para el debate– en materia de accidentes de trabajo y prevención de riesgos laborales", en AA.VV., *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales*. Madrid (CGPJ), 2009, pp. 246-247.

⁵⁵ Sobre esta cuestión, véase B. GUTIERREZ-CALVO y J. LAHERA, *Compensaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo. Problemática y reformas*, cit., pp. 101 y ss. y 126, para quienes la solución es insatisfactoria y proponen su modificación para permitir el devengo de intereses desde la fecha del accidente.

⁵⁶ Y otros que aquí interesan menos pero también importantes, como los relativos a la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad civil y su eventual ejercicio acumulado (véase, ampliamente, E. CEBRIÁN DOMÍNGUEZ, "Responsabilidad extracontractual derivada de los accidentes de trabajo: puntos críticos", *AL*, 1999, núm. 3, pp. 45 y ss.); o el ejercicio de la responsabilidad civil por vía penal que niega la acción civil independiente; o, en fin, la competencia para valorar la reparación del daño que jurisdicción civil y social han reclamado para sí, en una polémica superada por el vigente art. 2.b) LJS,

este momento, sobre todo, la posible duplicación de compensaciones económicas de compatibilidad e independencia dudosas por la concurrencia de ambos mecanismos protectores, indemnización civil por daños y recargo *ex art.* 123 LGSS, lo que tiene su origen en la compleja naturaleza jurídica del recargo que aúna componentes indemnizatorios, sancionadores y prestacionales de difícil encaje en el sistema de responsabilidad por riesgo laboral. Remarcar el carácter de sanción del recargo, como entiende la jurisprudencia social⁵⁷, si evita esa duplicidad protectora y confirma su carácter de estímulo a la prevención, no impide advertir que provoca delicados problemas ahora en relación con el principio *non bis in idem*, porque de ser compatible con otras sanciones, administrativas y penales, cabe estar sancionando dos o más veces la misma conducta. Por su parte, de sostenerse el carácter indemnizatorio⁵⁸, la compatibilidad del recargo con la indemnización civil no evita sobrecompensar el daño realmente sufrido, en contra ahora del citado principio de prohibición de

que atribuye a esta segunda cuantas pretensiones indemnizatorias se deduzcan de daños derivados del trabajo, relegando a la primera al conocimiento de las responsabilidades exigibles por terceros ajenos a la relación de trabajo, con origen en incumplimientos de obligaciones civiles directas o derivadas de responsabilidad penal. Opción ya defendida por la jurisprudencia (SSTS, 22 may. 1994, 27 jun. 1994, 10 jun. 1996, 2 feb. 1998, 10 dic. 1998, 18 oct. 1999, 22 en. 2002 y 7 feb. 2003, afirmando que la responsabilidad del empresario es una responsabilidad civil depurada en el marco de la jurisdicción social, con fundamento en la cual pueda hacerse efectiva la indemnización postulada en la demanda, en base a una responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional) y por la doctrina (S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO, *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*. Madrid (Trotta), 1996, p. 268; más ampliamente, L. MARTÍNEZ GARRIDO, "Tutela judicial de la salud laboral: responsabilidad y recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. El principio 'non bis in idem' y la problemática de su aplicación", en AA.VV., *Estudio de la prevención de riesgos laborales*. Madrid (CGPJ), 1999, pp. 127 y ss.; G. MOLINER, "La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de Prevención de riesgos laborales", cit., p. 401-402). Por lo demás, la solución coincide con la propuesta del "Informe Durán", de "establecer la modalidad procesal de impugnación de resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social, incluidas las de prevención de riesgos laborales, atribuyendo la competencia de su conocimiento al orden social. En lógica correspondencia, habría que modificar el actual art. 42.5 LISOS", que se une a una segunda de "modificar la LPL para atribuir expresamente a la jurisdicción social el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad civil (contractual, extracontractual y la derivada de delito) cuando se originen en el ámbito de la relación de trabajo, concentrando en un único orden jurisdiccional la totalidad de las pretensiones y el conocimiento global de cuantas responsabilidades se deriven de la eventual infracción de las normas preventivas" (AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, cit., pp. 76-77; también, F. DURÁN, G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Informe sobre la situación de la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción en España*. Madrid (CNC/Edisofer), 2007, pp. 336-337).

⁵⁷ Carácter que se apoya en la imposición de un coste añadido al sujeto infractor, que no puede trasladar ni asegurar, y cuyo importe no se gradúa en función del daño ocasionado, sino en atención exclusiva a la gravedad del incumplimiento. La STC 158/1985 consideró el recargo como "una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora", aunque, posteriormente, la STC 81/1995 eludiría pronunciarse sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la figura.

⁵⁸ El mismo se justifica en que el recargo se concreta en una mejora de la prestación del trabajador o de sus familiares, que obtienen, pues, una mejor reparación del daño causado.

enriquecimiento injusto, que ha cuestionado la necesidad de computar y compensar recargo e indemnización civil, al proceder de un mismo daño⁵⁹.

En efecto, el recargo, al margen ahora de su naturaleza indemnizatoria o sancionadora⁶⁰, actúa sobre un elemento volitivo, pues a la pura existencia del daño se suma el incumplimiento empresarial de medidas preventivas, imputable a dolo, culpa o, más frecuentemente, negligencia, obligando a acreditar la relación de causalidad entre incumplimiento y daño mediante la prueba de que este no se hubiera producido, o sus consecuencias hubieran sido de menor entidad, de cumplirse aquellas medidas. Sin perjuicio de insistirse en que el amplio espacio de la diligencia debida por el empresario en el cumplimiento de su deber general de prevención presume la culpa directa o

⁵⁹ Un resumen de las posiciones jurisprudenciales lo ofrecen A. DESDENTADO y A. DE LA PUEBLA, "Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones", cit., pp. 643 y ss. Además, la STS(Civil), 30 nov. 1998 y la citada STS 10 dic. 1998. Con todo, el debate pareció inicialmente zanjado con la STS 2 oct. 2000 en el sentido de que ambas responsabilidades resultan independientes y carecen de influencia recíproca (con voto particular en contra, que sostiene la incompatibilidad), a la que siguieron las SSTS 14 feb. 2001, 21 feb. 2002 y 22 oct. 2002 y las SSTS(Civ.) 3 dic. 2008 y 23 ab. 2009; aun cuando no faltan resoluciones posteriores que, en un postura mucho más matizada y aun contradictoria con la anterior, mantienen su carácter de indemnización con función disuasoria o punitiva o su naturaleza mixta o *sui generis* (SSTS 13 oct. 2007, 27 jun. 2007, 14, 20 y 27 dic. 2007 y 13 feb. 2008). Pero, de no abordarse reformas más profundas o de modificar el peculiar modo de actuar del recargo, aun sin alterar la protección del trabajador, que debiera obtener la completa restitución del daño, lo cierto es que la figura seguirá generando problemas interpretativos como los señalados. Y otros, como la posible compatibilidad del recargo de prestaciones con la imposición de una sanción penal, de nuevo por el ya aludido principio de *non bis in idem* de aceptarse la naturaleza sancionatoria del recargo, que algunos autores, no obstante, confirman (S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, cit., p. 273; J. GARCÍA MURCIA, *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*. Pamplona (Aranzadi), 1997, pp. 142 y ss.; M. PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*. Granada (Comares), 2000, pp. 39 y ss.).

⁶⁰ Sobre los argumentos a favor de una u otra naturaleza del recargo y sus consecuencias, M. PÉREZ MANZANO "El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción", en AA.VV., *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina* (dirs. S. Mir y M. Corcoy). Madrid (Edisofer), 2009, pp. 128 y ss. También puede consultarse A. DESDENTADO y A. DE LA PUEBLA, "Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones", cit., pp. 639 y ss.; de los mismos, "La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la Jurisprudencia", *TS*, 2001, núm. 125, pp. 13 y ss.; AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., pp. 77 y ss. y 229 y ss; I. DURÉNDEZ SAEZ, "El recargo de prestaciones", *REDT*, 2001, núm. 108, pp. 853 y ss.; J. GARCÍA ORTEGA, "El recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional", *TS*, 2001, núm. 125, pp. 53 y ss.; L. MARTÍNEZ GARRIDO, "Tutela judicial de la salud laboral: responsabilidad y recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. El principio 'non bis in idem' y la problemática de su aplicación", en AA.VV., *Estudio de la prevención de riesgos laborales*. Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 1999, pp. 93 y ss.; M.A. PURCALLA BONILLA, *EL recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*. Granada (Comares), 2000; M^a.J. ROMERO RÓDENAS, *El recargo de prestaciones en la doctrina judicial*. Albacete (Bomarzo), 2010.

in vigilando, debiendo demostrarse en contra que se desplegó la exigible para destruir esa presunción o que actuaron acontecimientos excepcionales que desvirtúan la culpabilidad⁶¹. Y lo mismo cabe decir de la responsabilidad de pago directo de prestaciones por el empresario por accidente de trabajo acaecido por incumplimiento de la orden de paralización y de la derivada de la omisión de reconocimientos médicos previos o periódicos de los trabajadores cuando se ocupan puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales, que presuponen la infracción de deberes.

En definitiva, el cuadro final en orden a las responsabilidades en este ámbito puede resultar desordenado, poco propiciador de seguridad jurídica y a menudo disfuncional, lo que impone un esfuerzo de conjunción y complementación de regímenes jurídicos independientes y autónomos susceptibles de quebrar la eficacia del diseño global. De ahí la necesidad de coordinar y proporcionar coherencia interna a un esquema de responsabilidad y protección complejo y poco vertebrado que, desenvolviéndose sobre un mismo espacio y en orden a la tutela de un idéntico bien jurídico, no siempre asegura su mejor tutela, hasta el punto de que una configuración tan aparentemente contundente como la aplicable en este ámbito, que combina la práctica totalidad de las técnicas punitivas y resarcitorias, acaba poniendo en cuestión la más completa satisfacción de ambas funciones y favoreciendo poco o nada la prevención. Con todo, los mayores problemas interpretativos no se dan en el marco de las responsabilidades sancionadoras o punitivas, sino reparadoras o indemnizatorias, cuya confluencia determina problemas jurídicos de alcance ni siquiera excusables en la más completa reparación del trabajador damnificado. Por no aludir a que la naturaleza híbrida de alguna de aquellas responsabilidades o sus técnicas choca con principios generales del derecho y terminan por difuminar el carácter de estímulo a la prevención y disuasión del incumplimiento de deberes que a veces prevalece sobre el mero propósito sancionador.

En suma, se trata de conjugar el esquema general de responsabilidades sancionadoras y reparadoras en clave de asegurar un objetivo de estímulo a la prevención y de disuasión del incumplimiento de deberes de protección de la seguridad y salud en el trabajo, sin perturbar, además, su naturaleza jurídica y el mejor cumplimiento de sus finalidades.

En este sentido, la importancia de corregir los problemas derivados de la confusa separación de la responsabilidad de Seguridad Social y de la responsabilidad civil, junto a las puras consecuencias competenciales que ha provocado, incorpora un defecto material más grave. La concurrencia de responsabilidad civil y de seguridad social vía recargo de prestaciones puede generar una duplicidad de compensaciones económicas cuya compatibilidad e

⁶¹ En este sentido, se ha criticado la desnaturalización de esta responsabilidad por el entendimiento excesivamente proteccionista que muestran los órganos judiciales en la valoración de los incumplimientos que dan origen al recargo, argumentándose que en no pocos casos no se valora si se ha producido imprudencia empresarial ni se modula esta última cuando también se aprecia imprudencia del trabajador, señalando como excepcionales los supuestos en que no se aprecia infracción empresarial o se valora como única causa del daño la imprudencia del trabajador (AA.VV., *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., p. 54).

independencia plantea ciertas reservas, especialmente como resultado de la naturaleza híbrida del recargo de prestaciones, que complica su interrelación con otras modalidades de responsabilidad y despliega relevantes efectos. De mantenerse el carácter sancionador del recargo, esta figura, jugando un nada desdeñable papel de estímulo a la prevención por la onerosidad que supone para la empresa, no conjura algunos delicados problemas en relación con el reiterado principio de *non bis in idem*⁶², dada su compatibilidad con otras sanciones administrativas y penales. Por el contrario, de sostenerse el carácter indemnizatorio, la convivencia del recargo, que presupone la existencia de prestaciones, con la indemnización civil y sin afectación recíproca, no evita una posible compensación global superior al daño realmente sufrido, en contra ahora del ya mencionado principio general de prohibición de enriquecimiento injusto, afectado de sobreindemnizarse el perjuicio.

Ello cuestiona la necesidad o no de computar y compensar recargo e indemnización civil al estimarse que proceden de un mismo daño, en un dilema resuelto en la citada STS 2 oct. 2000 en el sentido de que ambas responsabilidades, civil y recargo, resultan independientes y carecen de influencia recíproca, de modo que de la cuantía indemnizatoria fijada para la completa reparación del daño vía responsabilidad civil no se deduce el importe del recargo, para servir a los fines preventivos mediante el incremento de la responsabilidad empresarial. Así considerada, la cualidad punitiva del recargo salva también el efecto *bis in idem* en atención a que las sanciones proceden de autoridades de distinto orden y opera desde diversas perspectivas de defensa social, garantizando que una conducta infractora determine una indemnización superior a la que correspondería de no existir incumplimiento de medidas preventivas; posición jurisprudencial que no evita la ficción de considerar bienes o intereses distintos lo que no es sino defensa de idéntico valor social, la seguridad y salud en el trabajo. De ahí que la peculiar naturaleza del recargo siga generando problemas interpretativos derivados ya de la duplicación de sanciones, ya de la duplicación de indemnizaciones.

Por cierto, similares problemas de duplicación de sanciones puede plantear, a su vez, la responsabilidad prevista entre el art. 195 LGSS y la infracción administrativa contemplada en el art. 13.3 LISOS, de parecido tenor en el supuesto de hecho que contemplan y susceptible de una eventual aplicación simultánea de responsabilidad administrativa y de Seguridad Social⁶³. Existiendo una coincidencia básica de los tipos, y aceptada la naturaleza sancionadora de ambas responsabilidades, parece que la doble sanción

⁶² Al respecto, véase M. PÉREZ MANZANO, "El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción", cit., pp. 150 y ss.

⁶³ Sobre la responsabilidad de pago directo de prestaciones por el empresario como consecuencia del accidente de trabajo acaecido por incumplimiento de la orden de paralización (art. 195 LGSS, en relación con el art. 44 LPRL), se trata de una evidente sanción que equipara aquel incumplimiento a la falta de formalización de la afiliación, alta y cotización del trabajador, obligando al empresario al pago de las prestaciones, sin posible aseguramiento, y pese a la protección automática del trabajador por la entidad gestora de la Seguridad Social o mutua, que luego actuarán frente al empleador. Aunque nada dice el art. 195 LGSS, anterior a la LPRL, el precepto ha de interpretarse en sentido amplio, aplicándose idéntica consecuencia a la prevista cuando se incumple la orden de cierre del centro de trabajo o suspensión de las actividades laborales (art. 53 LPRL), pues ambos supuestos, sobre revestir la misma nota de gravedad, comparten identidad de razón.

afectaría al principio *non bis in idem*, máxime cuando el art. 42.3 LPRL no declara expresamente la compatibilidad de las responsabilidades administrativas con otras responsabilidades de Seguridad Social diversas del recargo de prestaciones, que serviría para interpretar que no son compatibles. Pero, en sentido contrario, podría argumentarse a favor de la compatibilidad entre ambas responsabilidades, entendiendo que la del art. 195 LGSS es, en realidad, una medida reparadora, aun cuando se imponga directamente al empresario, sustituyendo la de la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social por equipararse el incumplimiento a la falta de aseguramiento, sin perjuicio de que, ya se dijo, el elemento subjetivo que incorpora esta medida impide hablar de responsabilidad objetiva y destaca su concepción sancionatoria, con idénticos problemas a los recién expuestos para el recargo. Consideraciones que cabe extender también a la responsabilidad prevista en el art. 197.2 LGSS cuando el incumplimiento del art. 12.2 LISOS coincide con el supuesto de vigilancia de la salud obligatoria por tratarse de enfermedades profesionales⁶⁴. No plantea estos inconvenientes, en cambio, el art. 108.3 LGSS, porque, como se dijo, no es sanción.

Por todo ello, ya se propuso suprimir el actual recargo de prestaciones en caso de falta de medidas de seguridad para establecer, como alternativa, un procedimiento ágil ante la jurisdicción social para la reclamación de la íntegra reparación del daño sufrido por el trabajador accidentado en caso de culpa del empresario cuando el daño excede de lo que se protege vía prestaciones de la Seguridad Social; responsabilidad que sería asegurable, como todas las de carácter civil⁶⁵. Si se observa, en tales condiciones, la supresión del recargo de prestaciones sería un hito más simbólico que real en nuestro sistema de Seguridad Social porque, resolviendo disfunciones jurídicas, ni cuantitativa ni cualitativamente mermaría la reparación del daño del accidentado. Postura que ahora tiene mayor sentido y cuenta con un más claro apoyo legal, toda vez que la aprobación de la LJS prevé que hayan de ventilarse en el orden social todas las responsabilidades, sancionadoras y reparadoras, derivadas, como en el caso que importa, de la actualización de un daño. El art. 2.b) LJS ofrece las condiciones para evitar cualquiera de los efectos referidos, en un análisis conjunto del incumplimiento y de sus consecuencias para el sujeto incumplidor y el sujeto damnificado y protegido. En esa condiciones, el recargo se vuelve perfectamente prescindible, tanto desde una perspectiva sancionadora, porque ya se dispone de infracciones administrativas y de criterios de graduación de las sanciones que pueden utilizarse a estos fines, cuanto desde el plano indemnizatorio, porque el perjuicio de la víctima que sufre un daño derivado del

⁶⁴ La omisión de reconocimientos médicos previos o periódicos de los trabajadores cuando se ocupan puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales (art. 197.2 LGSS, en relación con su art. 196) no difiere en sus efectos y caracterización general de la prevista en el art. 195 recién aludido, pudiendo tenerse aquí por reproducidos tales extremos.

⁶⁵ Así, AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., p. 84; G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, cit., p. 488; F. DURÁN, G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Informe sobre la situación de la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción en España*, cit., p. 337; M. CORREA, *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*, cit., p. 51. Por su parte, proponiendo acumular la cuantía del recargo de prestaciones a la compensación del daño vía civil, AA.VV., *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., p. 258.

trabajo obtiene su completa reparación vía prestaciones e indemnización civil. Y a esa falta de necesidad del recargo contribuye igualmente su muy discutible compatibilidad con la imposición de una sanción penal, por el mencionado principio de *non bis in idem*, de difícil resolución en tanto se mantenga ese innegable componente sancionador de la medida.

De ahí que pueda seguir propugnándose la eliminación definitiva del recargo de prestaciones que, sin alterar la protección del trabajador, facilitaría obtener, por la vía de exigencia de responsabilidad reparadora del daño en sede social, la completa restitución del perjuicio padecido. El resultado sería, pues, la interdicción de la duplicidad de sanciones, exclusivamente atribuidas estas a la responsabilidad administrativa y penal, entre las que no juega la doble sanción por efecto de la prejudicialidad penal. Al tiempo, se resolvería la eventual indemnización por encima del daño sufrido que puede resultar de la acumulación sin influencia recíproca de instrumentos reparadores, quedando ubicada la compensación del daño en la Seguridad Social, a través de las correspondientes prestaciones y, en lo que aquellas no alcanzan a cubrir el completo daño sufrido, en la responsabilidad civil del empresario. Finalmente, la independencia de la indemnización civil de los procedimientos administrativos o penales que se sigan, desaparecida ya la prejudicialidad contencioso-administrativa, y residenciada toda la responsabilidad reparadora en sede social, agilizaría la reparación del daño.

De este modo, destaca cómo la supresión del recargo de prestaciones, profundamente arraigado en nuestra legislación de Seguridad Social, ni implicaría cambio sustantivo en nuestro sistema, reordenándolo, ni supondría merma alguna en la reparación del daño derivado del trabajo por falta de medidas preventivas. Lo primero, porque la pérdida de la función profiláctica que cumple el recargo ya debe venir asegurada por la responsabilidad penal y administrativa. Lo segundo, porque la automaticidad y rapidez que tiene la reparación del trabajador vía recargo se garantiza por una indemnización ventilada en el proceso social de forma célere y ajustada al daño realmente sufrido. Sin olvidar que la Seguridad Social abona prestaciones para sustituir rentas salariales o compensar el exceso de gastos que provoca la necesidad de asistencia sanitaria, pero desatiende otras finalidades que ha de cubrir la responsabilidad civil sin alterar, como sí hace el recargo, la naturaleza de tales prestaciones. En otras palabras, si la responsabilidad objetiva ya está cubierta por la Seguridad Social, la subjetiva, que comporta atender al elemento culpable o negligente, debe ubicarse fuera de ella, en el marco de la responsabilidad civil que, así, vendría a cumplir también una finalidad preventiva. Finalidad preventiva que siempre es el objetivo último de las responsabilidades que operan en este ámbito, no minorado por su carácter asegurable, pues estimula al empresario al cumplimiento efectivo de sus obligaciones para evitar la producción de daños que hayan de ser indemnizados directamente o el incremento de las pólizas de seguro que los cubren.

Pero, superando el tema del recargo, en relación con la interconexión entre responsabilidad de Seguridad Social y civil, si lo que se persigue en este contexto es básicamente reparar los daños de toda clase y de forma íntegra padecidos por el trabajador, cabe añadir algunas otras consideraciones. Como se dice, la reparación de los daños derivados del trabajo se satisface por un

doble cauce que actúa, además, sobre presupuestos perfectamente diferenciados:

- 1º) Por el sistema de protección social que, al margen del recargo ya mencionado, protege de forma objetiva y con independencia de la culpa o responsabilidad empresarial por incumplimiento, en función de las consecuencias producidas por el daño, reconociendo prestaciones distintas según las diversas contingencias aseguradas y en una cuantía que, sobre el principio de proporcionalidad que persigue el sistema de protección social, guardan relación con los salarios cotizables; en este caso, la protección hace, pues, completa abstracción de la eventual responsabilidad empresarial en la producción del daño protegido.
- 2º) Para cuando se ha producido un incumplimiento que genera la responsabilidad empresarial, a la anterior protección objetiva y predeterminada, idéntica para cualquier beneficiario, se vendría a sumar la responsabilidad patrimonial, que exige la reparación íntegra del daño, de modo que, en lo que no cubra la prestación social, el empresario indemnizará a su costa, y de forma asegurable en tanto responsabilidad privada, el daño físico, psíquico o moral que pueda cuantificarse. Atribuida esa responsabilidad a la jurisdicción social, lo cierto es que el recargo no añade ventaja adicional alguna porque la mejor protección del trabajador ya se asegura por la responsabilidad patrimonial del empresario frente a la posible reparación no completa que puede provocar la limitación legal del recargo.

Sobre esos presupuestos, dirigido al propósito de conjugar sistema de protección social y sistema de prevención de riesgos laborales y de articular el complejo cuadro de responsabilidades en clave de prevención, se señalarán ahora algunos de los elementos y defectos principales de nuestro actual modelo, que se espera sirvan de base para la reconfiguración del sistema sancionador y reparador.

En primer lugar, respecto de las conductas sancionables por presuponer la existencia de un incumplimiento empresarial en materia preventiva, sin afectar a la protección del sistema de Seguridad Social, sí conviene afirmar que la reparación adicional de perfil civilista que cabe reconocer a la víctima del accidente de trabajo pasa por que la exigencia de que tal responsabilidad se apoye sobre un elemento culpabilista; la tendencia a la objetivación y a la extensión de su campo de juego no elude en caso alguno el reconocimiento de una conducta imputable al empresario por dolo, culpa o negligencia. Debe apreciarse, pues, un elemento de antijuridicidad, que presuponga una voluntariedad del sujeto infractor, compatible con que la obligación de diligencia máxima que lleva implícito el deber de prevención haga que la mayoría de los incumplimientos en materia preventiva puedan imputarse a algún grado de culpa, generalmente en forma de negligencia, pero todo incumplimiento debe incorporar el imprescindible elemento volitivo generador de la responsabilidad de su autor. En este caso, la lectura de las responsabilidades sancionadoras o punitivas desde la pretensión de la máxima garantía de la prevención vendrá de la mano de la capacidad de las sanciones impuestas, tanto por proporcionalidad y gravedad como por coherencia interna, para mover la actuación del empleador hacia el más exacto cumplimiento de sus deberes preventivos, evitando que una excesiva orientación a la objetivación de la

responsabilidad pueda terminar actuando como desincentivo prevencionista, al independizar el incumplimiento de la verdadera actividad preventiva del empresario. Entender el comportamiento culpable como intrínseco al incumplimiento puede llevar a las empresas a orientar su actuación, más que a cumplir la norma, a ocultar su responsabilidad, inhibiendo la prevención. Ello no es incoherente con que siempre que se acredite un incumplimiento preventivo se produzca una suerte de inversión de la carga de la prueba, que da por existente un cierto componente de culpa, de intencionalidad de no cumplir las obligaciones previstas o de negligencia en su aplicación, sin perjuicio de que cabe eximir de responsabilidad de demostrarse que concurren en la conducta elementos excepcionales no imputables al empresario⁶⁶. Tal sentido, sin negar al elemento volitivo el formar parte habitual de la mera conducta probada y apreciar casi siempre una negligencia o un cierto elemento de culpa, aun leve, tampoco descarta la prueba de que se desplegó la diligencia exigible.

En segundo lugar, en relación con las responsabilidades dirigidas a la reparación del daño causado al trabajador, coinciden en este contexto la responsabilidad civil y la responsabilidad de Seguridad Social, esta última en sus distintas variantes y sobre presupuestos también diversos. Probablemente, es este ámbito el que muestra las mayores distorsiones y desajustes y donde parece más complejo asegurar el elemento de prevención que persigue la mejor tutela de la seguridad y salud en el trabajo. En el plano reparador de los esa convivencia entre responsabilidad objetiva y responsabilidad por culpa o debe dasatender la diferencia de sus elementos definidores, porque si la primera es propia del sistema público de protección social que, socializando los daños y exigiendo, pues, al empresario el aseguramiento obligatorio del trabajador, evita a este último tener que probar la culpa empresarial para quedar protegido frente al accidente laboral, la segunda es típica de la responsabilidad civil y sirve para, sobre la base de la existencia del elemento volitivo, reclamar la protección que la primera responsabilidad pública no alcanza a cubrir, por estar limitada y hacer abstracción del daño realmente sufrido.

Pero este aparentemente sencillo entramado se complica por la existencia de otras responsabilidades de Seguridad Social que complican el diseño, porque tanto el recargo de prestaciones como el pago directo de prestaciones por no paralización empresarial de la actividad o no realización de los reconocimientos médicos prescritos identifican un claro componente sancionador, que presupone la culpabilidad, quebrando el carácter objetivo del modo habitual de actuar de la Seguridad Social aun sin dejar de cumplir esa finalidad protectora característica del sistema público. Pese a basarse en idéntico juicio de imputabilidad al empresario por culpa, la protección desplegada por estas

⁶⁶ Como la fuerza mayor o la imprudencia temeraria del trabajador. Pero no exime de responsabilidad la presencia de negligencia de terceros, incluidos los propios trabajadores y personas u órganos con funciones preventivas en la empresa, como se deduce con claridad de los arts. 14.4 y 15.4 LPRL, este último respecto de los trabajadores. Tampoco el error basado en la dificultad aplicativa de la norma, que habría de calificar de inexcusable, porque la elevada complejidad técnica de las obligaciones atribuidas en materia preventiva impone un estándar de diligencia acorde con la misma, de suerte que si el empresario, como principal sujeto responsable, no tiene capacidad para desarrollar por sí solo sus obligaciones, ha de recurrir a la colaboración y asistencia de las instancias que la propia LPRL prevé.

figuras vuelve a marcar límites entre ellas porque si el recargo sirve para mejorar la protección del trabajador que, de no existir culpa en la producción del accidente, hubiera sido cubierta por la prestación social correspondiente, en el caso de las otras dos no hay mejora o incremento de la protección, determinando un mero efecto de sustitución del sujeto deudor, que pasa a ser el empresario y no la entidad gestora o mutua.

En la relación entre responsabilidad objetiva de Seguridad Social y responsabilidad subjetiva patrimonial, lo cierto es que el avance que la objetivación vía sistema público supone para la mejor protección de los accidentes de trabajo se ve contrarrestada por el principio de inmunidad que se concreta en una protección tasada y predeterminada por la norma en atención al tipo de contingencia producida, no en función del daño efectivamente sufrido. Por ello, y bajo el presupuesto de la culpa, es posible completar lo que no alcanza a proteger el sistema por la vía de la responsabilidad civil: subjetiva, ilimitada, asegurable y sin garantía pública en caso de impago. Tal esquema es plenamente coherente, a salvo la intromisión del recargo de prestaciones que, sirviendo a la misma finalidad que la responsabilidad privada, mezcla los presupuestos básicos de la misma con otro impropios de ella, distorsionando el modelo. Así, no deja de ser parcialmente reconocible, pese a que la socialización tiende a ocultar este dato, que en todo caso, con culpa empresarial o sin ella, la protección responde a la presunción de existencia de una responsabilidad empresarial -objetiva y, en su caso, subjetiva-, aunque en parte asegurada obligatoriamente por el sistema público y, en consecuencia, no satisfecha directamente por aquel sujeto. Es reconocer una suerte de responsabilidad privada pero preceptivamente asegurable en el sistema público para establecer la garantía pública del pago de prestaciones que cubre el daño de manera limitada y que llama a completarse hasta la total reparación del daño mediante un sistema ya privado de responsabilidad subjetiva, voluntariamente asegurable.

Pues bien, a la vista de las dificultades, deficiencias y desajustes entre los mecanismos de responsabilidad previstos en nuestro sistema para la sanción y reparación del incumplimiento empresarial en materia preventiva, resulta imprescindible diseñar un modelo que, sobre coherencia interna y superación de defectos técnicos, asegure el protagonismo de un inexcusable componente que se halla en el trasfondo de la protección de la seguridad y salud en el trabajo, el valor de la prevención. Pero la mayor eficacia de la prevención no puede asociarse de manera automática a la más rigurosa y amplia aplicación de responsabilidades sancionadoras y reparadoras; extender cuantitativa y cualitativamente las modalidades de responsabilidad y prever su posible acumulación y la gravedad de sus consecuencias no es garantía de mayor prevención y aun es susceptible de producir un resultado opuesto, de desincentivo del comportamiento prevencionista. De ahí la necesidad de conjugar las diferentes variables que operan en este ámbito para redefinir un modelo que, coherente con nuestro sistema jurídico laboral, con nuestro tejido productivo y con nuestras circunstancias sociales y económicas e índices de siniestralidad superiores a lo tolerable, colabore en la modificación de esta realidad. Por ello, cabe plantear algunas hipótesis de partida que pueden ser adecuadas para la pretendida redefinición del sistema de responsabilidades.

En cuanto a la vertiente reparadora, donde los problemas acrecen por la

intervención de responsabilidades y técnicas que quiebran algunos de los principios elementales de la exigencia al empresario de responsabilidad por daños, lo primero a reseñar es que en este caso resulta presupuesto ineludible el principio de culpabilidad, tanto si se trata de responsabilidad contractual, que aquí más importa, como extracontractual. Ello descarta la apreciación del criterio objetivo que suele asociarse a la regla del riesgo, de acuerdo con el cual quien desarrolla una actividad que lleva aparejada la posible generación de daños responde de los efectivamente causados cualquiera que haya sido su actuación, culpable o no. Si esta técnica responde fielmente a la reparación que opera en caso de la actualización de riesgos profesionales dentro del sistema público de Seguridad Social, que dispensa a los trabajadores una protección objetiva concretada en las referidas prestaciones tasadas, la reparación que se persiga por encima de la misma, si procede, no puede responder a igual regla, sino adecuarse al modo de actuar de la responsabilidad civilista por daños y perjuicios, basada en el elemento culpabilista. Así, en una inicial aproximación, cuando se produzca un daño derivado del trabajo sin intervención de incumplimiento culpable del empresario, los efectos reparadores exigibles se limitarán a la mera percepción de la prestación social, aun cuando el daño padecido por el trabajador accidentado pudiera exceder de la cuantía pública obtenida, dado que falta el presupuesto mínimo de la falta de diligencia empresarial que justifique emprender una acción resarcitoria de carácter privado, sin perjuicio de que el reiterado carácter incondicionado y prácticamente ilimitado del deber de prevención del empresario puede venir a ampliar de hecho la esfera de la culpabilidad⁶⁷.

En tales casos, este tipo de responsabilidad elude la exigencia de tipicidad para conformarse con imponer al empleador planificación preventiva, procedimientos de gestión de la prevención y disposición de recursos humanos y materiales destinados a tal fin que, dando cumplimiento a todos y cada uno de los mandatos legales previstos en materia de seguridad y salud en el trabajo, permitan apreciar además que se está desarrollando una actuación diligente y razonablemente dirigida a la garantía eficaz de dichos bienes. Diligencia propia de un prudente y razonable empleador que maneja los parámetros de previsibilidad -deber de prever lo previsible, que convierte en negligente la conducta imprevisora de lo que debió estar previsto- y evitabilidad -realizar lo necesario para evitar el riesgo evitable, haciendo negligente la omisión de lo que pudo hacerse- que cualifican la conducta empresarial exigible, aun en condiciones de normalidad -sin requerir situaciones de particular peligrosidad normalmente más exigentes para el empresario por expresa previsión legal- por encima de la diligencia media exigible a cualquier otro sujeto eventualmente responsable en el plano civil. En definitiva, no cabe entender irrelevante la conducta empresarial a efectos de la exigencia de responsabilidad civil.

Además, el mejor encaje de la responsabilidad de Seguridad Social con este esquema reparador anticipado debiera exigir la perfecta independencia de ambos planos. Esto es, la primera debiera actuar en el terreno propio del sistema público de protección social, conforme a sus reglas y principios, esto

⁶⁷ Así, por ejemplo, las SSTs 8 oct. 2001 y 12 jul. 2007.

es, responder al propósito de proteger estados de necesidad del trabajador que ha sufrido un daño y mediante un modelo de aseguramiento objetivo. Por ello, en este sistema, son ociosas y disfuncionales fórmulas como las previstas en los arts. 123, 195 y 197 LGSS, en cada caso por razones diversas que terminan convergiendo en otras de carácter común. En los tres supuestos, con carácter común, su vertiente sancionadora del empleador incumplidor -las tres medidas requieren culpabilidad- bien podría integrarse en la LISOS y preverse, si no lo están ya, como infracciones sancionables. Así, tanto la sanción consistente en recargar la prestación como la concretada en el pago directo de las prestaciones que hubieran podido causarse mediando culpa del empresario en los supuestos que aquellas medidas describen no dificulta su calificación como nuevas figuras sancionadoras, dado que no todas han de concretarse única y necesariamente en multas pecuniarias. De hecho, la prohibición de contratar con las administraciones públicas o la publicidad de las sanciones firmes ya se contemplan como consecuencias previstas para la comisión de infracciones compatibles con las multas, a las que podrían unirse estas otras para los supuestos allí previstos. De este modo, junto a sortear la posible lesión al principio de *non bis in idem*, se prestarían a su análisis en un mismo contexto sancionador como elementos de graduación de la conducta infractora, por no aludir, para el concreto caso del recargo, a que si la reparación del trabajador ya viene cubierta íntegramente vía responsabilidad empresarial patrimonial, su componente reparador carece de interés y su plano sancionador encuentra mejor ajuste con la solución recién propuesta.

Además, estas figuras se independizarían de la actuación de la Seguridad Social, cuyas medidas no deben operar con técnicas sancionadoras, sino meramente reparadoras del estado de necesidad producido, delegando la tutela de la Seguridad Social, como bien jurídico protegido frente a los incumplimientos provocados en este ámbito, al marco legal correspondiente -código penal o LISOS-. Ello introduce coherencia en un modelo protector que opera con reglas y sobre principios que chocan con las técnicas indemnizatorias del orden civil, aplicándose a las prestaciones sociales frente a riesgos profesionales elementos tales como su carácter objetivo, su cuantía tasada, así como su universalización y automaticidad consecuencia de la socialización del riesgo profesional que representa su cobertura por el sistema.

Con todo, alcanzando una reparación más adecuada y eficaz del sujeto que ha padecido un daño derivado del trabajo y representando un modelo más coherente desde la perspectiva técnico-jurídica, lo cierto es que el esquema expuesto no añade nada todavía a otro gran objetivo a cubrir en nuestro contexto, la promoción de la prevención, a lo que sirven otras propuestas como la ya aludida de articular una responsabilidad por riesgo que operaría en un tercer nivel, derivado de la mera explotación empresarial e inherente a todo proceso productivo, generalizando una cobertura complementaria para el caso de accidente de trabajo. Pero, aun sin necesidad de plantear medidas solapadas de carácter reparador, y cumplido en los términos expresados el presupuesto de satisfacción íntegra del daño efectivamente causado, es posible aplicar, incluso dentro del sistema mismo de Seguridad social, otras soluciones capaces de servir de estímulo a la prevención, incentivando el cumplimiento empresarial de las obligaciones dirigidas a la protección de la seguridad y salud en el trabajo.

En este sentido, para eludir el ya mencionado efecto de favorecimiento injustificado del empresario responsable por culpa de la contingencia profesional que, en todo caso, le libera de resarcir parte del daño causado con su conducta infractora -o todo el daño, si no existe perjuicio que supere el ya resarcido por la Seguridad Social-, cabría proponer la previsión de una regla que garantizara al sistema público la repetición total de la prestación percibida por el trabajador al empresario responsable, a imagen de lo previsto en el art. 126.2 LGSS en relación con los gastos sanitarios y, en general, con el pago directo del empleador que contemplan los arts. 195 y 197.2 LGSS, en estos casos en las concretas circunstancias allí expresadas. Al tiempo que actuaría como elemento prevencionista dentro del sistema de protección social, al disuadir al empleador de incumplimientos susceptibles de desencadenar la protección a su cargo, liberaría a la seguridad social de los gastos provocados por responsabilidad empresarial, coadyuvando a la protección de su patrimonio y a su sostenibilidad económica.

3.3.6. Intensificación de la función de prevención de las mutuas en el aseguramiento de los riesgos profesionales

Con idéntico propósito de colaboración con los fines preventivos con que se viene abordando el estudio del sistema de aseguramiento y protección de los riesgos profesionales, cabe también aludir a algún otro elemento propio de aquel sistema y susceptible de servir a la promoción de la seguridad y salud en el trabajo desde el interior mismo del modelo reparador. Se alude al papel que pueden desarrollar al respecto las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, que suman a su cualidad de entidades privadas colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social la condición de agentes particularmente importantes en el sistema normativo de prevención de riesgos laborales. En este sentido, recuérdese primeramente su función como servicio de prevención ajeno para las empresas a ellas asociadas, siempre que estén debidamente acreditadas por la autoridad laboral, siéndoles de aplicación las previsiones generales relativas a las entidades especializadas que conciertan con las empresas la realización de actividades preventivas, conforme al art. 32 LPRL. Precepto que se limita a dar carta de naturaleza al desarrollo de una función preventiva que, con mayor o menor alcance, tradicionalmente habían venido cumpliendo aquellas entidades en materia de formación, asesoramiento y apoyo técnico, medicina preventiva, seguridad en el trabajo y condiciones de los puestos de trabajo o evaluación de riesgos, por citar algunos de los contenidos más habituales de su actuación en este campo.

No obstante, esas tareas, conectadas a su propia denominación, derivaban de su carácter de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social en concepto de entidades aseguradoras para las empresas asociadas de los riesgos profesionales. Factor determinante de una actuación que, diligentemente asumida, debiera contribuir de forma natural al incremento de la seguridad en el trabajo y a la reducción de la actualización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Tampoco puede ignorarse que las mutuas, por su propia estructura y composición, mantienen una estrecha relación con los empresarios asociados y con los centros de trabajo cubiertos, lo que las convierte en instrumento idóneo para integrar en aquellos el enfoque preventivo, constituyendo un medio especializado próximo, con experiencia y

conocimientos en la gestión de las contingencias profesionales, que sirve de soporte al asesoramiento y apoyo para el cumplimiento de las obligaciones preventivas en la empresa. Con todo, tras la LPRL, partiendo de la realidad descrita, aquellas actividades se reconducen a la fórmula de servicio de prevención ajeno, añadiendo un plus a su tradicional actuación preventiva y exigiendo, pues, la concurrencia de precisos requisitos.

En cualquier caso, no cabe duda de que, aun con los problemas que ha generado su doble condición de entidades colaboradoras de la Seguridad Social y de servicios especializados para ejercer en las empresas las funciones de prevención, que ha justificado algunas interesantes previsiones dirigidas a procurar una actuación independiente y no influenciada del papel de las mutuas, evitando, además, que su función colaboradora les sitúe en mejor posición respecto de otras entidades preventivas carentes de tal condición⁶⁸, las reiteradas mutuas han conformado uno de los elementos esenciales y sustento principal del sistema preventivo. Campo muy regulado en su función de servicio de prevención ajeno que no implica detrimento alguno en el cumplimiento de su actividad preventiva de carácter general, no dirigida expresamente a empresas concretas, según dispone el art. 68.2.b) LGSS y desarrolla la O/TAS de 28 de noviembre de 2006, que regula las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social y la financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales. Así, junto a las actividades preventivas que realizan las mutuas en el ámbito de la colaboración en la gestión, parte integrante de la acción protectora de la Seguridad Social, el propio sistema público insiste en su función dirigida a la prevención de los riesgos profesionales en los arts. 73 LGSS y 66.1 RD 1993/1995, a cuyo tenor el 80 por 100 del exceso de los excedentes anuales obtenidos por las mutuas en su gestión, una vez cubiertas las reservas reglamentarias, se adscribe a los fines generales de prevención y rehabilitación. Patrimonio, pues, destinado a financiar actividades para promover la mejora de las condiciones de seguridad

⁶⁸ Cfr. el RD 688/2005, de 10 jun., que regula el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como servicio de prevención ajeno. Dicha norma viene a modificar el art. 13 RD 1993/1995, sobre colaboración de las mutuas en la gestión de la Seguridad Social, para señalar que la función preventiva a favor de las empresas asociadas y de sus trabajadores dependientes y de los trabajadores por cuenta propia adheridos que tengan cubiertas las contingencias citadas deja fuera aquellas obligaciones que los empresarios deban desarrollar a través de alguna de las modalidades de organización de la actividad preventiva conforme a la LPRL. En este sentido, se recalca que las funciones que las mutuas puedan desarrollar como servicios de prevención ajenos para sus empresas asociadas son distintas e independientes de las actividades de gestión de la Seguridad Social, de suerte que para esas otras funciones especializadas en materia preventiva ha de constituirse, bien una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, denominada sociedad de prevención, que se regirá por lo dispuesto en la legislación mercantil y demás normativa que le sea aplicable, bien directamente pero a través de una organización específica e independiente en la propia mutua de la correspondiente a las funciones y actividades de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social. De optarse por esta segunda modalidad, se exigen requisitos adicionales dirigidos a asegurar esa separación funcional y contable y el desarrollo con total independencia y autonomía de los servicios de que dispongan las mutuas para la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales dentro de sus funciones como aseguradoras. Véase, también, la Resolución 28 dic. 2009, de exclusión de utilización por las sociedades de prevención de medios adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

y salud en el trabajo, así como para dar cumplimiento a la previsión sobre financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, especialmente dirigida a la actividad de prevención en las pequeñas y medianas empresas, ya prevista en la DA 5ª LPRL⁶⁹.

Pues bien, en ese esquema plurifuncional que desarrollan las mutuas, lo que aquí más interesa destacar es que disponen de un amplio espacio, que debe quedar adecuadamente cubierto, en aras de impulsar las políticas preventivas. Con ello, y desde el particular protagonismo y situación privilegiada que les confiere su cualidad de entidades aseguradoras de los riesgos sociales de las empresas asociadas, las mutuas se encuentran en inmejorables condiciones para interactuar y generar sinergias y canales de información e intervención en el doble plano preventivo y reparador. De ahí lo adecuado de reclamar un incremento de la actividad de prevención de estas entidades, hasta reflejarse en una mayor función de fiscalización y de apoyo y asesoramiento a los empresarios sobre el más correcto cumplimiento de las obligaciones preventivas⁷⁰. Aunque tales funciones no se identifican expresamente, lo que sí contempla la normativa es el carácter voluntario de dichas actividades, que no atribuyen derechos subjetivos a favor de los empresarios asociados ni les exime del cumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, lo que significa que la realización de estas funciones no libera a las empresas de adoptar el modelo organizativo de prevención a que vengán obligadas por la LPRL ni que su efectivo desarrollo por la mutua a la que están asociados sirva para interpretar que su actividad de prevención se ajusta al modelo de servicio de prevención ajeno. Se trata, exclusivamente, de tareas generales, de marcado carácter orientador o de apoyo o con una finalidad divulgativa, ofrecidas a las empresas asociadas, sin perjuicio de que en muchos casos puedan conectar con la gestión técnico-preventiva de riesgos laborales en la empresa. Desde estas consideraciones, la diferenciación neta de funciones preventivas de las Mutuas en su calidad de aseguradora y en su condición de servicio de prevención es susceptible de resultar más ficticia que real.

Además, lo cierto es que, en materia preventiva, la situación de los empresarios asociados a mutuas que realizan tal gama de actuaciones no desarrolladas propiamente como servicio de prevención ajeno y, sobre todo, la de los incluidos en los criterios de actuación prioritaria de aquellas en este ámbito, resulta más favorable que la de las restantes empresas, pues en las primeras la realización de estas funciones puede en realidad liberarlas de la obligación de acudir a un servicio de prevención ajeno, articulando la gestión

⁶⁹ Sobre esta última norma, véase G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo*, cit., pp. 621 y ss. Por cierto, aunque el art. 3 de esta última norma mencionada en texto había previsto el destino por parte de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, dentro de las disponibilidades presupuestarias autorizadas, hasta un máximo de un 1 por 100 de sus ingresos por las cuotas relativas a las contingencias profesionales, la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 5 sep. 2012 (BOE, 14) la rebaja a un 0.5 por 100 para 2012.

⁷⁰ Incluso capacidad de sanción reclaman algunos autores, en aras de ese incremento de la actuación preventiva de estas entidades (AA.VV., *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., p. 268).

de la prevención con medios propios, en tanto apoyada en las funciones de asesoramiento, formación y apoyo que ejerce la mutua como aseguradora de las contingencias profesionales. Al tiempo que las funciones preventivas teóricamente ajenas a la actuación de las mutuas como servicio de prevención en sentido estricto pueden llegar a cubrir muchas de las parcelas que el empresario se obliga a desenvolver a través de algunos de los tipos organizativos de gestión de la prevención en la empresa. En definitiva, la pretendida separación de la actuación de las mutuas en su papel tradicional y como servicio de prevención ajeno es, cuando menos, difusa, pese a la estricta diferenciación formal que la normativa pretende imponer y a la que, por otro lado, no faltan razones para hacerlo.

Con todo, a las mutuas, en su más neta función de colaboración en la gestión de la seguridad social, puede atribuirse alguna otra intervención capaz de cooperar, ahora de forma indirecta, en la implantación de la prevención de las empresas asociadas. Si, como hemos visto, la cotización a la Seguridad Social puede ser utilizada en términos preventivos, como un mecanismo incentivador de la máxima actividad de protección de la seguridad y salud en el trabajo en las empresas, idéntica virtualidad puede ser trasladada, aun de forma más sencilla y coherente, a la intervención de las mutuas, aplicando el principio de equivalencia que, más propio del seguro privado, garantiza una mayor correspondencia entre prima y riesgo. De hecho, en el sistema de autoaseguramiento a través de las mutuas, la socialización y dispersión del riesgo, que parece más alejado de la determinación de la prima, resulta poco congruente con la naturaleza de la relación entre mutua y empresa, además de poco estimulador de la prevención. En este sentido, hay que advertir que las mutuas, mejor que las entidades gestoras, podrían aplicar esa diferenciación de las primas que deben soportar las empresas, ajustando el aseguramiento a los objetivos de la prevención o, en otros términos, implantando un régimen que pondere el nivel real de siniestralidad de la empresa o su eficacia preventiva para que resulte más caro no evitar accidentes que hacer prevención.

De hecho, este esquema está explícito en la DA 2ª RD 1993/1995, que extiende al ámbito de las mutuas el sistema del *bonus-malus* previsto en el art. 108.3 LGSS. Así, se reconoce la posible reducción de la cuantía de las cotizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales hasta un 10 por 100, en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medidas propias y eficaces de prevención, teniendo en cuenta la evolución de la accidentalidad en las mismas, así como el aumento hasta un 10 por 100 en el caso de empresas que incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo, pudiendo llegar el incremento hasta un 20 por 100 en el caso de reiterado incumplimiento de tales obligaciones⁷¹. Tal actuación de

⁷¹ Esta idea de ajustar las cotizaciones a las mutuas de sus empresas asociadas según los resultados positivos obtenidos en la reducción de la siniestralidad ya se plasmaba en el "Informe Durán", cuando se contenía la propuesta relativa a "admitir, con los necesarios controles y con las debidas cautelas, la posibilidad de devolución de parte de las cantidades cotizadas por las empresas en caso de no siniestralidad, así como la posibilidad de que las Mutuas propongán la reducción de cotizaciones de sus empresas asociadas, con fundamento en resultados positivos obtenidos en la reducción de la siniestralidad" (AA.VV.,

las mutuas, sin duda, vendría a dar sentido a una actuación preventiva más eficaz e integral como la que, sin duda, pretende la específica normativa referida.