

laboración con la prevención dependerá en gran medida de las respuestas técnicas que se planteen 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.

Situados en este último modelo, conviene entonces reconocer sus principales elementos y advertir los que pueden estar operando como factores de desincentivo de la prevención, para su eventual corrección.

#### 4.2. 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 analizar cómo se conforman los rasgos característicos de nuestro sistema. En este sentido, el nuestro, como la mayor parte de los sistemas europeos, se caracteriza por que la protección de los accidentes de trabajo se ha apoyado en la responsabilidad empresarial, transitando 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 Social<sup>53</sup>. Ese tránsito, que aseguró la protección del damnificado con independencia de la intervención culpable del empresario, se articuló inicialmente

53 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<sup>a</sup>.N. Moreno). Granada (Comares), 2006, pp. 3 y ss.

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 empiezan a discurrir por cauces independientes<sup>54</sup>.

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 ampliación 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 preventivos<sup>55</sup>. 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 el nexo obligado con la actuación culpable del empresario se terminan por incorporar a la protección

54 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", cit., pp. 639 y ss.

55 Así, se incorporan, juntos a los accidentes que son consecuencia del trabajo, lo que se producen con una relación de ocasionalidad respecto de la actividad laboral, los accidentes *in itinere* 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.

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 empresario<sup>56</sup>.

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, existen 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.

De una parte, la supresión del ánimo de lucro en la gestión de la Seguridad Social (art. 4.3 LGSS) 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. De otra, 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 apareciendo como fundamento último de la protección de tales contingencias profesionales, de la que el sistema reparador público no ha logrado independizarse.

<sup>56</sup> 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.

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 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.

En efecto, en el análisis propuesto de nuestro sistema protector, enseña emerge como uno de los caracteres configuradores más decisivos la dualidad protectora en razón del origen común o profesional del riesgo protegido que, 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 vigente<sup>57</sup>. Sin embargo, nuestro sistema se alinea en este aspecto con la mayoría de los europeos 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 destacables<sup>58</sup>:

- Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se benefician del principio de automaticidad, de modo que los traba-

57 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).

58 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.

jadores 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 periodos 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.
- 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 enfermedad profesional, se reconoce, dentro de la contingencia de incapacidad temporal, una baja preventiva o periodo de observación de seis meses, prorrogables hasta doce, si fuere necesario 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 reco-

nocidas 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 profesionales. 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.

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 reiterada tendencia expansiva del concepto de accidente de trabajo, tanto legal como jurisprudencial<sup>59</sup>; 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

59 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<sup>a</sup>.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Accidente de trabajo y relación de causalidad", en op. ult. cit., pp. 325 y ss.

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 de 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 trabajadores<sup>60</sup>.

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 adelantadas y, sobre todo, por la propuesta final de su supresión, el recargo

60 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.



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 tales medidas, 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 debería 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, debería 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 sino que debe alcanzar todos los que se acrediten, incluidos los morales y lucro cesantes.

Este modelo, del que ahora solo se reseña su vertiente protectora de la víctima, en nuestro actual sistema, puede quedar asegurado 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 predefinidas 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 ejemplos<sup>61</sup>.

#### **4.3. 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.

61 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.