

4.3.2. 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 una idéntica protección, ya sea sanitaria, económica o complementaria, para la situación de necesidad cubierta de que se tratara cualquiera que sea su causa u origen. De este modo, 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 lo hace de un accidente común, lo que debiera hacerse corresponder con unas 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 que no hay diferencia real alguna en la situación protegible, desde la visión subjetiva del trabajador protegido.

Si lo anterior se explica 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 esquema introduci-

ría 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 debieran ser 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 actuariales habría que realizar, tal vez pudieran compensarse con el menor gasto que la unificación protectora representara en orden a la gestión y litigiosidad del accidente de trabajo y, por supuesto, a los beneficios socio laborales traducibles en la mayor eficacia preventiva. Precisamente para intentar asegurar ese equilibrio de intereses, tal vez fuera 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 visibles 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 sensible 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. Así, 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 laboral⁷², 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 situa-

72 Más ampliamente, Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, "Comentario al art. 129", en AA.VV., *Ley General de Seguridad Social. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, cit., 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 (*ibidem*, pp. 460-461).

ción de pérdida de la salud, conforme prevé el art. 20.4 ET⁷³. A lo que hay que añadir que se evidencia también un elemento desincentivador económicamente 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, se promueve declarar como causa profesional la de carácter común, a los efectos de rebajar el coste de la empresa en concepto de incapacidad temporal por riesgos profesionales, lo que puede estar operando como un factor disuasorio de una más eficaz actuación preventiva del riesgo laboral en las empresas y de sobre declaración de contingencias profesionales. Ello además, de forma paradójica, imponiendo el régimen menos favorable desde la perspectiva empresarial en las bajas completamente ajenas a la actividad laboral y, en cambio, reconociendo el régimen más ventajoso 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 preventivistas.

Frente a ambas consecuencias, y anticipando esa tendencia al tratamiento indiferenciado capaz de salvar los inconvenientes descritos,

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

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 allí 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 colaboración entre sistema reparador y sistema preventivo, habría que abrir 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 se contiene en el “Informe Durán”, aun con alguna matización y alguna adición, en los términos que ahora se exponen.

Más en concreto, 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 a lo anterior la consecuente reducción, en idéntico período, de la actual obligación empresarial de abonar la prestación económica por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes⁷⁴.

74 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 anterior, se añadía una cotización indiferenciada, desapareciendo 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 (*ibidem*, 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 periodo 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.).

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 lo menos drástico y radical posible que permitiera su más asequible 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 de aplicar este modelo también, 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 otras vías antes enunciadas⁷⁵.

Si se observa, este sistema se ajusta al elemento prevencionista que viene guiando las líneas de reforma planteadas a lo largo de estas páginas, 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 tiene ventajas innegables. De un lado, no representa un incremento de costes para el conjunto de las empresas,

⁷⁵ 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*, cit., p. 49).

pues la reducción de cotizaciones compensaría íntegramente el mayor gasto ahora asumido por 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, visualizando 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.

En resumen, 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, con esta medida ese elemento también se plasma 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 visible. Seguramente, de producirse el incremento o reducción de cuotas en función de los resultados de siniestralidad producidos en un período de observación previo, se distancia el carácter de premio y castigo de la función prevencionista y se asocia más por las empresas a coste social o de producción; en cambio, actualizado en el instante de la reparación emerge 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 ocasionado⁷⁶. 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 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 mismo dato de que esa diferenciación protectora se mantenga entre nosotros y 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.

4.3.3. 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 mis-

76 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.