

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.

mos, 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 profesional⁷⁷.

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 puede diferenciarse netamente en ocasiones 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 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,

⁷⁷ 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.

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 profesional⁷⁸, lo que no debe impedir 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 bastante la dicción del art. 115.1 LGSS- y de carácter integral, porque abarca cualquier altera-

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

ción de la salud e integridad física y psíquica del trabajador que tenga origen en la actividad laboral, coincidiendo en ocasiones y en otras alejándose 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, ya se ha visto, puede ser discutida y habrá de matizarse con interpretaciones como las aquí incorporadas.

Por lo demás, el concepto, ya sea en el ámbito preventivo como en el 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 otras vías -daños materiales o morales si no se traducen en perjuicios sobre su salud psíquica o en enfermedades mentales o psicósomáticas- y los que no tienen esa naturaleza personal -medio-ambientales, 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 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 antes vistos 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 determina.

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 de 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 Europea⁷⁹, facilitaría, a partir de la segunda lista, la revisión

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

constante y la eventual ampliación de la primera⁸⁰. 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, permite 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.

4.3.4. La mejora complementaria de prestaciones sociales por riesgo profesional

En un sistema de protección social que, aun con el tratamiento privilegiado de los riesgos profesionales, no alcanza a cubrir íntegra-

80 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" (*ibidem*, p. 83).