

**ASEGURAMIENTO Y PROTECCIÓN
SOCIAL DE LOS RIESGOS
PROFESIONALES. ANÁLISIS A LA
LUZ DE LA RESPONSABILIDAD
EMPRESARIAL EN MATERIA
PREVENTIVA**

Yolanda Valdeolivas García

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD
SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Primera edición: 2012
© Editorial Bomarzo S.L.
c/ Dionisio Guardiola 1, 4º
02002 Albacete (España)
editorialbomarzo@ono.com
www.editorialbomarzo.es

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita del titular del “Copyright”, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler.

Impreso en España.

ISBN: 978-84-15000-72-3

D.L.: AB-578-2012

Diseño de la colección: Javier Hidalgo Romero

Maquetación: Juan Gómez Rubio

Fotografía de portada: Juan Zamora Salmerón

Imprime: Publicep

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
1. Sobre la naturaleza del deber de prevención empresarial y su repercusión en la exigencia de responsabilidades.....	9
2. El sistema de responsabilidad empresarial por incumplimiento de obligaciones de prevención de riesgos laborales.....	21
3. Las disfunciones derivadas de la concurrencia de las responsabilidades empresariales en materia preventiva y su efecto antiprevencionista.....	33
3.1. Sobre la concurrencia de responsabilidad penal y administrativa.....	33
3.2. La competencia del orden social para resolver la íntegra responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones preventivas.....	37
3.3. Los problemas de articulación de la responsabilidad de seguridad social y de la responsabilidad civil.....	42
3.4. Conclusiones y propuestas para el diseño de un cuadro de responsabilidades empresariales en clave de prevención ...	47
4. El sistema de aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales.....	59
4.1. Consideraciones previas	59
4.2. El aseguramiento público de los riesgos profesionales.....	64
4.3. Las propuestas para superar las debilidades del sistema de aseguramiento de los riesgos profesionales en clave preventiva	73
4.3.1. El sistema de primas por riesgos profesionales	74

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.....	87
4.3.3. La diferenciación del concepto de accidente de trabajo a efectos reparadores y a efectos preventivos.....	94
4.3.4. La mejora complementaria de prestaciones sociales por riesgo profesional	99
4.3.5. Otras medidas.....	104

INTRODUCCIÓN

Tan tópico como afirmar que la seguridad en el trabajo es uno de los más graves problemas sociales y económicos que tiene planteados España, lo es recordar que representa un recurrente foco de atención de las políticas jurídico-laborales y uno de los retos más acuciantes de nuestro ordenamiento. Un somero análisis de los datos estadísticos evidencia que las cifras sobre siniestralidad laboral presentan una tendencia reticente a la baja tan clara como preocupante, tenuemente mitigada en los últimos años¹. Pese a una notable mejor definición del marco normativo aplicable, una incrementada intervención de los poderes públicos estatales y autonómicos, una actuación más incisiva de la ITSS, una mayor implicación de las empresas concretada en la más frecuente implantación de la prevención en los centros de trabajo, así como una progresiva concienciación de los trabajadores y, más ampliamente, de la sociedad en su conjunto, sobre la necesidad de prevenir los riesgos laborales y de atajar los graves problemas derivados de la siniestralidad conectada con el trabajo, la cuestión muestra aún deficiencias necesitadas de mayor esfuerzo legislativo y de renovadas políticas públicas. En este sentido, cabe una revisión en tono crítico del modelo preventivo del riesgo laboral y de aseguramiento y protección social de los daños derivados del trabajo hoy aplicables, intentando descubrir desajustes y plantear propuestas capaces de responder más eficazmente a esta realidad.

Para ello, sin olvidar los aspectos más vinculados con nuestro marco productivo, nuestro mercado laboral y las condiciones de trabajo que se dan en él, el objeto de este estudio es básicamente el marco normativo de la prevención de riesgos laborales y de su sistema de aseguramiento, a fin de alcanzar una correcta valoración de la adecuación y efectividad del sistema global de prevención y protección de riesgos laborales. Así, contra lo que es usual, el marco normativo que compone la LPRL y su ya casi inabarcable normativa de desarro-

1 Los datos pueden consultarse en <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/welcome.htm>. Respecto de la disminución de la siniestralidad laboral en los últimos años, tampoco se olvide que la misma es en cierto punto coherente con la disminución de la población expuesta al riesgo, especialmente sensible en sectores bien identificados en los que la destrucción de empleo unido a su elevados índices de accidentalidad pueden coadyuvar a explicar el fenómeno.

llo, ha de conjugarse con el de protección de los riesgos profesionales que tiene un efecto reflejo sobre la vertiente preventiva de inexcusable atención, capaz de desvelar desajustes y reglas que inhiben el más completo cumplimiento de la acción de prevención en las empresas, generando no pocas inseguridades jurídicas y aun una cierta perversión del modelo.

Este trabajo se enmarca, pues, en el propósito de contribuir al conocimiento y debate sobre la siniestralidad laboral y sus graves consecuencias de todo orden, aportando datos, reflexiones y propuestas de contenido jurídico llamadas a explicar las claves y resolver los problemas del modelo preventivo instaurado por la LPRL que, pese a que mostrar un fundamento y contenido equiparables a los más eficaces y modélicos sistemas jurídico-preventivos de nuestro entorno, no ha arrojado los resultados esperables. Modelo que introdujo un nuevo enfoque de la prevención de los riesgos derivados del trabajo, con técnicas novedosas que, sin prescindir de los instrumentos reparadores, sitúa su objetivo en la evitación del daño. Reforzando la naturaleza netamente laboral de la obligación preventiva, junto a los casi únicos instrumentos de carácter público y administrativo previstos en este ámbito, la LPRL procede a conjugar medidas públicas y privadas, individuales y colectivas, en una interacción que destaca el elemento contractual y privatista de la seguridad y salud laboral compatible con su naturaleza pública, en cuanto representa un interés público y general². Situar cabalmente los derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios dentro de la estricta relación de trabajo no niega la intensa intervención pública, que presupone un tratamiento conjunto

2 Más ampliamente, J.J. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Seguridad e higiene en el trabajo. Formación histórica y fundamentos*. Madrid (CES), 1997, pp. 240-241, n. 60; además, Y. VALDEOLIVAS y R. MORÓN, "La seguridad en el trabajo: de la Ley de Accidentes de Trabajo a la vigente Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*. Madrid (Fraternidad-Muprespa/UNED), 2000, pp. 688 y ss. Sobre la naturaleza compleja, simultáneamente pública y privada del sector jurídico regulador de la salud laboral, vid., por todos, L. FERNÁNDEZ MARCOS, *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*. Madrid (MTSS), 1975 y B. GUTIÉRREZ-SOLAR, *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*. Madrid (CES), 1999; G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo*, cit., pp. 77 y 132 y ss.; Y. VALDEOLIVAS, "Las fuentes del deber de seguridad. Obligación contractual y desarrollo normativo", en AA.VV., *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*. Madrid (CGPJ), 2005, pp. 19 y ss.

y coherente de cuantos aspectos, contractuales o públicos, implica la prevención de riesgos laborales.

El necesario complemento de políticas activas susceptibles de incidir en positivo en la implantación del nuevo modelo lo ilustra la concepción misma de las responsabilidades empresariales de naturaleza preventiva, ya como refuerzo o vía de escape de la observancia de las obligaciones previstas, cuya señalada interacción con el sistema de aseguramiento de los riesgos profesionales es variable inescindible y singularmente útil para valorar la eficacia del sistema en su conjunto. La trascendencia de los derechos implicados en la prevención de riesgos laborales califica el régimen normativo de responsabilidades y sanciones por incumplimiento, en tanto garante de los bienes jurídicos protegidos, con un rigor y complejidad a la altura de las obligaciones atribuidas al empresario u otros sujetos, destacando el inicial principio general de compatibilidad, a veces más aparente que real, de los diferentes tipos de responsabilidad (art. 42.1 y 3 LPRL). Ello implica que cabe la aplicación simultánea de responsabilidad civil, penal, administrativa y de Seguridad Social, al cumplir finalidades diversas y responder a reglas, régimen jurídico y principios informadores autónomos que, sin perjuicio de las excepciones aplicables y las disfunciones del modelo en la mejor observancia de la regulación preventiva, hace de semejante previsión normativa una declaración inédita hasta entonces.

Sobre tales disfunciones y propuestas para su resolución, en íntima conexión con las planteadas sobre el global sistema de aseguramiento de los riesgos laborales, versan estas páginas que plantean una relectura del modelo de prevención y protección de los daños derivados del trabajo a fin de alcanzar sus máximas potencialidades.

1. SOBRE LA NATURALEZA DEL DEBER DE PREVENCIÓN EMPRESARIAL Y SU REPERCUSIÓN EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES

La seguridad y salud en el trabajo, aun sin esta estricta denominación, siempre ha pertenecido al contenido propio del Derecho del Trabajo, constituyendo el deber de prevención o protección del trabajador frente a los riesgos derivados del trabajo elemento del tracto contractual y ámbito capaz de generar responsabilidades empresariales. Pero lo heterogéneo de su contenido desde su inicial configuración hasta hoy condiciona 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 significativo 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, lo 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 hacen 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 si no demostrada la existencia de culpa. 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 resitúa 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 culposo³, aun sin negar una clara tendencia a la objetivación 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, así, incorrecto 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.

Se trata, pues, de una responsabilidad por culpa, aunque ese elemento volitivo esté significativamente objetivado. En el ámbito de la preven-

3 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).

ción de riesgos laborales ello se compadece con la peculiar configuración de la obligación empresarial, sin prescindir 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 seguridad⁴. 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

4 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, entre omisión culpable y resultado dañoso una relación directa (STS 7 feb. 2003).

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 de los riesgos laborales. 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 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 des-

envuelven las prestaciones de trabajo y que modifican 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 omnicomprendiva, 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 administrativas⁵.

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 omnicomprendivo del que deriva otro rasgo íntimamente conectado a él, su carácter permanente, mutable y dinámico. Así, el deber de protección es integral u omnicomprendivo 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 seguridad⁶, 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 identifican las más elementales y básicas obli-

5 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*, cit., pp. 134-135).

6 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.

gaciones preventivas en las que cabe integrar otras muchas accesorias o secundarias que reconocen el completo alcance de la obligación principal⁷. 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. Semejante caracterización condiciona de forma significativa los propios perfiles y extensión de la responsabilidad empresarial para 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 dañosos 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 excesiva porque, sin negar que la finalidad de la prevención es la protección eficaz y la evitación del riesgo susceptible de producir daños deriva-

7 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 a 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.

dos 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 empresario, y aun de cualquier otro sujeto, como confirma 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. Además, 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 [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 incondicionada⁸. Así entendido, la obligación de previsión del empresario no parece exorbitada 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.

8 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.

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 posible adoptar medidas más eficaces contra el riesgo⁹. 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 riesgo¹⁰. Si a esta construcción jurídica

9 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.

10 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 son los puestos de trabajo. Este justo

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 empresarial¹¹. 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 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)

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, sino que 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.

11 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).

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 alcanzable¹².

Por lo demás, lo anterior presenta un alto grado de coherencia con el ámbito reparador que aquí importa especialmente. 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 no surgirá automáticamente, sino que requerirá conectar daño e incumplimiento.

12 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.

2. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

El régimen de responsabilidades empresariales por incumplimiento de las obligaciones en materia preventiva es amplio y riguroso, constituyendo un cuadro muy heterogéneo y aflitivo tanto en lo que afecta a las diversas responsabilidades actuables, inicialmente compatibles entre sí, cuanto en lo relativo a las consecuencias que dichas responsabilidades llevan aparejadas, desde penas privativas de libertad hasta multas económicas de cuantía significativamente superior al resto de las infracciones administrativas en el orden social. Lo que se compadece con el intenso catálogo de obligaciones de seguridad y salud en el trabajo que conforma el deber general de prevención de riesgos laborales. En este sentido, la responsabilidad viene a reforzar la eficacia del deber, acompañando a la rigurosa previsión de obligaciones y deberes preventivos el correlativo aparato de vigilancia y control de su cumplimiento y de sanción por su incumplimiento a la medida del rigor obligacional.

Diseño de responsabilidades básicamente atribuidas al empresario, en cuanto titular de las más numerosas obligaciones de prevención de riesgos laborales, que cumple una finalidad indiscutiblemente preventiva, en el plano de la responsabilidad penal y administrativa, para disuadir de los incumplimientos, pero también otra de carácter reparador de los daños causados a resultas de la infracción de la normativa preventiva o aun de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales producidos sin conexión con eventuales responsabilidades empresariales¹³. En ese segundo caso, de una parte, se compensa el daño sufrido, de forma objetiva y con independencia de la culpabilidad del empresario, por la vía de la prestación de la Seguridad Social que permite superar el estado de necesidad provocado por aquel daño de carácter profesional; de otra, dada la objetivación apriorística del daño causado, que independiza la cuantía de la prestación del efec-

13 De confluencia natural de técnicas protectoras diversas habla M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador", en M^a.E. CASAS, M.C. PALOMEQUE y F. VALDÉS (coords.), *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*. Madrid (La Ley-Actualidad), 1997, p. 56.

tivo daño sufrido, se permite completar el daño que excede de esa protección objetiva por la vía de la responsabilidad civil y el recargo de prestaciones, fórmula adicional –y peculiar– de responsabilidad de Seguridad Social. Sería inadecuado afirmar que estas segundas responsabilidades reparadoras o indemnizatorias carecen de virtualidad preventiva, al coadyuvar al cumplimiento de la actividad de prevención del riesgo laboral en la empresa, pero no cabe duda de que su articulación no se dirige a evitar el daño sino a proteger al damnificado una vez actualizado aquel, enfatizando el carácter indemnizatorio o resarcitorio.

El juego conjunto de estas responsabilidades persigue un mismo resultado al que no es ajena una suerte de ejemplaridad social y fomento de la cultura preventiva, aunque actúan de forma diversa y no todas tienen, en sentido estricto, un componente represivo, sino meramente reparador de la situación lesionada. Además, cada una busca fines diversos y aplica técnicas diferenciadas, propias de sus respectivos órdenes jurídicos¹⁴, como demuestra, por ejemplificar, cómo para el desencadenamiento de algunas de ellas basta generar una mera situación de riesgo mientras otras imponen la producción de un daño derivado del trabajo; o cómo el elemento culpable actúa con mayor o menor rigor; o, en fin, cómo la culpa del propio sujeto lesionado influya en la calificación misma de la responsabilidad empresarial. Con todo, este catálogo de responsabilidades, pese a sus diferencias, tiene un elemento común: la existencia de un incumplimiento empresarial de las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo, que opera como presupuesto inexcusable en todo caso. Así, no existe responsabilidad sin incumplimiento, aun interpretado tan ampliamente como se dijo y en conexión con la propia configuración del deber de prevención, que cubre por completo el ámbito de diligencia exigible al empresa-

14 Sobre la crítica que merece la ruptura del régimen de responsabilidades que la LPRL provoca, que no alcanza a regular de forma completa, ni a establecer el alcance de cada una de las concurrentes, obligando al intérprete a acudir a normas dispersas, y poniendo en riesgo la mejor protección de la seguridad y salud en el trabajo, véase G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo*, cit., p. 469. En parecido sentido, M. CORREA CARRASCO, *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*. Madrid (Fundación Alternativas), 2007, p. 11; 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. 23 y ss.

rio, impidiendo generar daños o situaciones de riesgo al margen de un efectivo incumplimiento legal. Tras ese común denominador, cada responsabilidad actúa luego de manera diversa en la valoración del elemento volitivo o subjetivo, en la exigencia o no de daño y, desde luego, en sus efectos. Y obliga a atender a las reglas propias de cada rama jurídica, respetando sus singularidades, y a ventilarse en sus respectivos órdenes jurisdiccionales¹⁵.

Por lo que afecta a la responsabilidad civil, seguir las reglas propias del derecho común sobre responsabilidad contractual y extracontractual o aquiliana¹⁶, o las penales si deriva de delito¹⁷, no ha evitado discutir la competencia para valorar la reparación del daño, porque las jurisdicciones civil y social han defendido su conocimiento, en una polémica superada por la nueva normativa procesal laboral. Reconocer a esta segunda cuantas pretensiones indemnizatorias se deduzcan de daños derivados del trabajo [art. 2.b) LJS] relega a la primera el conocimiento de las responsabilidades exigibles por terceros ajenos a la relación de trabajo, con origen en incumplimientos de obliga-

15 Una mejor actuación exige determinar el orden jurisdiccional competente en cada tipo de responsabilidad, evitar las interferencias de órganos jurisdiccionales diversos y acelerar la solución de litigios cuya dilación va en detrimento de la eficacia (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 ídem' y la problemática de su aplicación", en AA.VV., *Estudio de la prevención de riesgos laborales*. Madrid (CGPJ), 1999, p. 100). Con carácter general, sobre los defectos de nuestro cuadro de responsabilidades en materia preventiva, véase AA.VV., *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., p. 33.

16 Cfr. los arts. 1101 y ss. y 1902 y ss. CC, respectivamente. Esta responsabilidad exige la prueba del daño y la existencia de algún género de culpa, aun cuando la acreditación de esta última se ha venido matizando progresivamente hasta acercarse a un concepto de responsabilidad cuasi objetiva que omite la necesidad de elemento culposo o negligente en el daño indemnizable, bastando la sola comisión de un acto antijurídico. 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, y la bibliografía allí citada. Sobre el elemento culposo más riguroso cuando de responsabilidad extracontractual se trata, pese a la matización jurisprudencial, vid. E. CEBRIÁN DOMÍNGUEZ, "Responsabilidad extracontractual derivada de los accidentes de trabajo: puntos críticos", *AL*, 1999, núm. 3, pp. 64 y ss. Además, véase la STS 10 dic. 1998.

17 Ejercitada la responsabilidad civil por vía penal, no cabe posibilidad de ejercicio de la acción civil independiente. Sobre el posible ejercicio acumulado de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual y acciones laborales y civiles, vid. ampliamente E. CEBRIÁN DOMÍNGUEZ, "Responsabilidad extracontractual derivada de los accidentes de trabajo: puntos críticos", cit., pp. 45 y ss.

ciones civiles directas o derivadas de responsabilidad penal¹⁸. Doble asunción de competencias que, aplicando ambos tipos de responsabilidad, puede duplicar compensaciones económicas de compatibilidad e independencia dudosas si concurren indemnizaciones por daños y perjuicios y recargo *ex art.* 123 LGSS, lo que tiene su origen en la compleja naturaleza jurídica del recargo que aún componentes indemnizatorios, sancionadores y prestacionales de difícil encaje en el sistema de responsabilidades preventivas. Remarcar el carácter de sanción del recargo, como entiende la jurisprudencia social¹⁹ no impide advertir que su eventual estímulo a la prevención conlleva delicados problemas en relación con el principio *non bis in idem*. Y es que, 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 indemnizatorio²⁰, la compatibilidad del recargo con la indemnización civil no evita sobre compensar el

18 Como expresaron las 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. También, S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO, *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 268; más ampliamente, L. MARTÍNEZ GARRIDO, "Tutela judicial de la salud laboral...", cit., pp. 127 y ss.; G. MOLINER TAMBORERO, "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. La solución coincide con una propuesta ofrecida en el denominado *Informe Durán*, en el sentido 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 relativa a "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" [F. DURÁN LÓPEZ (dir.), *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, cit., pp. 76-77]. Lo que se reproduce en términos parecidos en 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., pp. 336-337.

19 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.

20 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.

daño realmente sufrido, en contra ahora de otro principio general cual es la prohibición de enriquecimiento injusto, que ha planteado la necesidad de computar y compensar recargo e indemnización civil, al proceder de un mismo daño²¹.

Por su parte, respecto de la responsabilidad penal, la pluralidad de delitos y faltas superpuesta a otros incumplimientos, cuya exigencia de responsabilidad actúa desde distintos planos de la legalidad –sanciones administrativas y recargo de prestaciones– acaba por interferir entre sí, introduciendo complejidad y dilación en los procesos, ineficacia en las sanciones y desvío de sus finalidades²². En la práctica, debido al carácter prejudicial de esta jurisdicción, la sanción penal determina efectos frecuentemente menos onerosos para el sujeto infractor que los derivados del juego de otras responsabilidades²³, cues-

21 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”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, cit., pp. 643 y ss. Además, la STS (Civil), 30 nov. 1998 y la STS 10 dic. 1998. Con todo, el debate pareció zanjado con la STS de 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), pese a los problemas no resueltos que sigue planteando. 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. APARCIO TOVAR, *Comentarios...*, cit., p. 273). Problemas que avalan la propuesta del *Informe Durán* de “suprimir el actual recargo de prestaciones en caso de falta de medidas de seguridad y establecer un procedimiento ágil, ante los tribunales laborales, para la reclamación de la íntegra reparación del daño sufrido por el trabajador accidentado en caso de culpa del empresario, quien podría asegurar su responsabilidad” (F. DURÁN (dir.), *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, cit., p. 84). En parecido sentido, 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. En suma, la desaparición del recargo de prestaciones supondría un hito más simbólico que real en nuestra legislación de Seguridad Social porque ni cuantitativa ni cualitativamente mermaría la reparación del daño del accidentado.

22 Sobre las insuficiencias de la regulación anterior respecto de la actualmente vigente, y las mejoras técnicas introducidas por esta, véase. L. CASTELL I VALLDOSERA, “La tipificación penal de los riesgos laborales en el nuevo Código Penal. ¿Hacia una mayor eficacia en la protección?”, en AA.VV., *Estudio de la prevención de riesgos laborales*, cit. pp. 191 y ss.; también, T. SALA y F. ARNAU, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia (Tirant lo blanch), 1996, pp. 221 y ss.; un estudio más amplio en M. PÉREZ MANZANO, “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, *RL*, 1997, núm. 3, pp. 19 y ss.

23 Gran número de accidentes de trabajo no llegan a los juzgados de lo penal, y son menos frecuentes aún las sentencias condenatorias por delito que, además, muestran una tendencia a

tionando la eficacia real de tal responsabilidad que, necesaria cuando se carecía de mecanismos sancionadores más garantistas del objetivo preventivo, ahora pervierte el papel recriminatorio de las lesiones sobre bienes de naturaleza laboral que corresponde de manera prioritaria a la actuación administrativa²⁴. Sin obviar que la responsabilidad penal en el ámbito del contrato de trabajo también visualiza otros problemas vinculados a la calificación de delitos de riesgo frente a delitos de resultado, de tipos penales en blanco, de individualización de la responsabilidad penal e imputabilidad a las personas jurídicas o, en fin, de concurrencia de culpas en la comisión del ilícito²⁵. Todo ello recomienda la despenalización de muchos de los actuales tipos penales²⁶, haciendo que la responsabilidad administrativa ocupe la

rebajar de modo sistemático la calificación del grado de imprudencia. Al respecto, J. RIVERO LAMAS, "Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales", *AL*, 1996, núm. 36, p. 690; más recientemente, M^a.A. GARCÍA GARCÍA, "La protección penal de la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores", *La Ley*, 2000, núm. 5051, pp. 1 y ss. Aplicando la responsabilidad penal específica del tipo penal contenido en el art. 316 CP, por ejemplo, la STS (Penal), 12 nov. 1998; aunque lo habitual es que, en caso de declararse la existencia de responsabilidad penal, se haga por tipos delitos o faltas genéricos o inespecíficos, tales como la imprudencia, las lesiones o el homicidio, como demuestran las SSTs (Penal) 26 sep. 2001, 17 oct. 2001, 4 jun. 2002, 29 jul. 2002, 30 sep. 2002 y 25 ab. 2005.

24 Orientación calificada de clásica en lo que supone reconocer el papel principal y central de la responsabilidad de tipo administrativo que, si justificada respecto de la responsabilidad penal, puede ser más dudosa en lo que afecta al resto de responsabilidades; así, S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO, *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 35. Como señala RIVERO LAMAS, la finalidad represiva e intimidatoria de las sanciones en materia preventiva se ha instrumentado a través de la Administración, y solo marginalmente y de forma lenta y torpe por la actuación punitiva penal ("Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales", cit., p. 688 y ss.).

25 Sobre estas cuestiones, en relación con el art. 316 CP, vid., ampliamente, J. RIVERO LAMAS, "Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales", cit., pp. 687 y ss; también, M. PÉREZ MANZANO, "Delitos contra los derechos de los trabajadores", cit., pp. 44 y ss. Como se ha señalado, por la vía del art. 8.3^a CP, puede producirse que el delito de lesión absorbiera al delito de riesgo, pero consiguiendo justamente el efecto contrario al deseado, la imposición de una pena inferior que, si por aplicación ahora del art. 8.4^a CP debiera invertirse, lo cierto es que ese efecto no siempre se produce. En general, sobre este tipo de responsabilidad, más ampliamente, F. BARBACHO, P. RIVAS y M.A. PURCALLA, "La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores", *TS*, 1999, núm. 99, pp. 24 y ss.; J. TERRADILLOS BASOCO, "La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo", *TL*, 1999, núm. 50, pp. 173 y ss.; S. AGUADO LÓPEZ, "Responsabilidad penal por incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales", *TS*, 2001, núm. 132, pp. 29 y ss.

26 Como se contempla en F. DURÁN LÓPEZ (dir.), *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, cit., p. 77, que aboga por "despenalizar las faltas por imprudencia cuando ésta implique infracción de normas de seguridad y salud laboral ya tipificada administrativamente, manteniendo exclusivamente los actuales tipos de delito".

posición nuclear en el ámbito de las responsabilidades preventivas, en consonancia con la posición central de la Administración en la garantía de la seguridad y salud en el trabajo.

En este sentido, en relación con la responsabilidad administrativa, conviene destacar que tampoco se trata de una responsabilidad de carácter objetivo, que presuponga el incumplimiento de las obligaciones preventivas al margen de la culpa, como se anticipó. Aunque la normativa no suele identificar estas infracciones exigiendo expresamente un elemento de culpabilidad, es indudable que, como derecho sancionador, su ejercicio se adecúa a los principios de responsabilidad subjetiva e imputación por culpa, sin perjuicio de que tal elemento subjetivo resulte menos riguroso que en el ámbito penal, por la menor aflicción de las sanciones impuestas, que se limitan a afectar el patrimonio de la empresa y no a la persona, y por la reiterada configuración de la obligación preventiva, que representa un deber de diligencia máximo definido por la consecución del objetivo de garantía eficaz de la seguridad y salud en el trabajo²⁷. Eso da por existente un cierto componente de culpa, de intencionalidad de no cumplir las obligaciones previstas o de negligencia en su aplicación que no elude, sin embargo, eximir de responsabilidad de demostrarse que concurren en la conducta elementos excepcionales no imputables al empresario. El elemento volitivo, pues, forma parte habitual de la conducta probada, permitiendo apreciar a priori una negligencia o un cierto elemento de culpa, por leve que sea, aunque no impide a quien quiere hacer valer lo contrario probar que desplegó la diligencia exigible. Ello asegura el principio de culpabilidad en el infractor, descartando la responsabilidad meramente objetiva.

27 Con todo, se ha criticado que la importancia de la responsabilidad administrativa en nuestro sistema de responsabilidades en materia preventiva no ha ido pareja a la mejora de los criterios utilizados para graduar las sanciones, “prescindiéndose de manera casi absoluta de la exigencia del requisito de culpabilidad, cuando menos mínima, para imponer la sanción administrativa que corresponda” (AA.VV., *Responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., p. 39). Lo que lleva a proponer acentuar la exigibilidad del comportamiento culpable, porque hacer bascular la actuación sancionadora en la incorrecta presunción generalizada de que el comportamiento culpable es intrínseco y estructural a la producción abstracta y objetiva de un incumplimiento, lleva a que los sujetos responsables administrativos dirijan su actuación no tanto a cumplir la norma como a evitar la responsabilidad pública, lo que recomienda acentuar la exigibilidad del elemento subjetivo capaz de mejorar los mecanismos de prevención (pp. 239-240).

Por lo demás, en cuanto a la responsabilidad administrativa, las acciones u omisiones por incumplimiento de las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud, sin plantear particulares problemas en la tipificación de las infracciones, sujetos responsables y contenido sancionador sí generan cuestiones relativas a su impugnación y revisión jurisdiccional. La competencia del orden contencioso-administrativo sobre este tipo de sanciones abre el riesgo de doble enjuiciamiento, contencioso-administrativo y social, con diferente resultado y problemas añadidos de prejudicialidad²⁸. Responsabilidad administrativa que no se agota en la aplicación de sanciones económicas, aun siendo su principal expresión, porque a ellas deben añadirse otro tipo de medidas sancionadoras menos conocidas que, por sus eventuales repercusiones en el desarrollo de la actividad empresarial, cumplen una finalidad ejemplarizante, cuya virtual eficacia puede llegar a ser mayor que la propia sanción económica. Así, la publicidad de las sanciones por infracciones muy graves, la suspensión o el cierre definitivo del centro de trabajo, de concurrir circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones o las limitaciones a la facultad de contratar con la Administración en el supuesto de comisión de delitos o infracciones administrativas muy graves que, en un mercado competitivo como el actual, pueden constituir genuinos instrumentos disuasorios de la inobservancia de las obligaciones empresariales en materia preventiva tanto o más eficaces que las preferentes sanciones de carácter económico.

Finalmente, sobre la responsabilidad de Seguridad Social, su naturaleza indudablemente reparadora del daño ya producido a la vida o salud de los trabajadores no niega una función preventiva indirecta por el carácter disuasorio para el empresario de su aplicación, como evidencia de forma precisa el art. 108.3 LGSS, al permitir una reducción del

28 Criticando la opción legislativa, vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR, *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 274. Por su parte, MOLINER TAMBORERO la entiende acertada para evitar posibles sentencias contradictorias, sin perjuicio de llamar la atención sobre la no previsión de que las resoluciones de lo social produzcan el mismo efecto vinculante sobre las de lo contencioso administrativo ("La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de Prevención de riesgos laborales", cit., p. 398).

10 por 100 del importe de las primas por contingencias profesionales en las empresas que se distinguen por el empleo de medios eficaces de prevención y su aumento hasta un 20 por 100 cuando exista reiterado incumplimiento de las obligaciones preventivas²⁹. Responsabilidad de la que se ha afirmado constituye un género de responsabilidad objetiva, independiente del elemento subjetivo del sujeto infractor, al actuar a los solos efectos de proteger al trabajador que ha sufrido un daño derivado del trabajo sustituyendo los salarios que deja de percibir por la actualización de la contingencia. Sin embargo, esta cualidad no se da en todos los casos, aunque sí en alguno. En este sentido, la protección social del trabajador concretada en el derecho a prestaciones de la Seguridad Social, diversas según los efectos del daño sufrido, identifica una responsabilidad empresarial sustitutiva de ese pago por 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. 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 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 (arts. 123, 195 y 197 LGSS), porque a la existencia del riesgo se suma un comportamiento que permite imputar al empresario el daño producido.

En efecto, el recargo, al margen ahora de su naturaleza indemnizatoria o sancionadora³⁰, actúa sobre un elemento volitivo pues a la

29 Precepto del que se reclamó durante tiempo con frecuencia su efectiva aplicación y que ahora desarrolla el RD 404/2010, de 31 mar., dando cumplimiento a una de las líneas de actuación contenidas en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012 para contribuir a reducir la siniestralidad laboral. Más ampliamente, abogando por la implantación real de esta medida, más anunciada que practicada, Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, "La técnica *bonus-malus* en la prevención de riesgos laborales", *RGDTSS*, 2003, núm. 1 (www.iustel.com).

30 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*

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 medidas³¹. 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 *in vigilando*, debiendo demostrarse en contra que se desplegó la exigible para destruir esa presunción o que actuaron acontecimientos excepcionales que desvirtúan la culpabilidad³². 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.

trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina (dirs. S. Mir y M. Corcoy). Madrid (Edisofer), 2009, pp. 128 y ss. En la jurisprudencia, por todas, la STS 2 oct. 2000, con abundante cita jurisprudencial; también, la STC 158/1985.

31 Sobre la figura, más ampliamente, 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*. Madrid (Fraternidad-Muprespa/UNED), 2000, 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. DURÉÑDEZ 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 ídem' 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.

32 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 y, lo más, modulando esta última cuando también se aprecia imprudencia del trabajador, pero siendo 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).

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 complejo y poco vertebrado que, desenvolviéndose sobre un mismo espacio y en orden a la tutela de un idéntico bien jurídico, no siempre asegura la mejor protección del mismo. Porque, dicho sea de la forma más simple posible, una configuración tan aparentemente contundente como la aplicable en este caso, que mezcla la práctica totalidad de las técnicas punitivas y resarcitorias, acaba poniendo en cuestión la más completa satisfacción de ambas funciones y, lo que se me antoja más importante, favoreciendo poco o nada la prevención. Con todo, los mayores problemas interpretativos, al margen de la valoración final, 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. Además, la naturaleza híbrida de alguna de aquellas responsabilidades o de las técnicas con que se instrumentan 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 sancionador³³.

Las páginas que siguen pretenden desvelar esas deficiencias y proponer vías de solución, al objeto de alcanzar un diálogo más coherente

33 Por ejemplo, en la relación entre responsabilidad administrativa y penal, el resultado es que la potestad sancionadora de la Administración laboral se encuentra condicionada por la actuación penal en conductas presuntamente constitutivas de delito, consecuencia de la eventual afectación al principio *non bis in ídem*. La influencia del orden penal sobre la imposición de sanciones administrativas desvirtúa, pues, el principio de compatibilidad de ambas responsabilidades, a excepción de no apreciarse identidad de sujetos, hechos y fundamento, porque si la sanción penal recae sobre una persona física y la administrativa sobre la empresa, como persona jurídica, cabría la coincidencia de ambas responsabilidades por un mismo ilícito en sujetos ahora distintos (S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO, *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pp. 272-273; 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 ídem' y la problemática de su aplicación", cit., p. 147; G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo*, cit., pp. 476 y ss.).

y armónico entre los planos relativos al sistema de responsabilidades empresariales y el sistema de aseguramiento de los daños derivados del trabajo, capaz de garantizar el mayor grado posible de eficacia de la normativa preventiva al servicio de la máxima seguridad y calidad de trabajo. Para ello se parte de una premisa inexcusable, que identifica la imprescindible actuación unitaria y conjunta en el plano preventivo y reparador, que aún se presentan descoordinados, por la conformación histórica propia de ambos subsistemas, que surgieron con pretensiones desconectadas y paralelas y que han venido evolucionando con técnicas independientes y vinculadas a intereses divergentes.

A los efectos descritos contribuye la consecución de algunos propósitos intermedios, entre los que se cuentan, primero, la clara determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de cada una de las responsabilidades aplicables, neutralizando las actuales interferencias entre las diversas jurisdicciones concurrentes; segundo, la más pronta resolución de los conflictos jurídicos en la materia, para dotar de mayor eficacia al ejercicio de los derechos y a una protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo; y tercero, de existir daño derivado del trabajo, la más completa satisfacción del perjuicio efectivamente sufrido, obligando a resarcir el daño de manera íntegra, por unas u otras vías. 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.

3. LAS DISFUNCIONES DERIVADAS DE LA CONCURRENCIA DE LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN MATERIA PREVENTIVA Y SU EFECTO ANTIPREVENCIÓNISTA

3.1. SOBRE LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL Y ADMINISTRATIVA

Esta cuestión plantea diversos problemas, entre los que destaca, en primer lugar, que la genérica compatibilidad de responsabilidades declarada en realidad afecta solo a la civil, administrativa y de seguridad social, por una parte, y civil, de seguridad social y penal, por otra, traduciendo, entonces, la general incompatibilidad de partida e imposible exigencia simultánea de responsabilidad administrativa y penal. La potestad sancionadora de la administración laboral se encuentra aquí, como en otras materias, fuertemente condicionada por la actuación de la jurisdicción penal cuando se trata de conductas presuntamente constitutivas de delito. La consecuencia es que, iniciado el proceso penal para la depuración de responsabilidades, que puede resultar de la comunicación al Ministerio Fiscal por parte de la Inspección actuante o del órgano que deba resolver el expediente sancionador o, simplemente, conocerse por tales sujetos incoadas las actuaciones, la autoridad laboral ha de paralizar de inmediato la tramitación del expediente sancionador hasta que recaiga, en su caso, sanción penal. Apreciada responsabilidad penal, se neutraliza la sanción administrativa, so riesgo de afectar al aludido principio de *non bis in ídem*, dada la similitud entre muchas de las infracciones administrativas y el tipo penal. En cambio, de existir absolucón penal, la administración laboral estaría legitimada para reabrir el expediente paralizado, aun limitada por la toma en consideración exclusivamente de los hechos declarados probados en la sentencia del órgano jurisdiccional penal (arts. 3 LISOS y 5 RD 928/1998).

La influencia del orden penal sobre la imposición de sanciones administrativas desvirtúa, pues, la regla de concurrencia inicialmente apuntada, negando el principio de compatibilidad de responsabilidades penales y administrativas e impone una sanción única, penal o administrativa. A excepción, claro está, de preservar el principio

de *non bis in ídem* y, con ello, la compatibilidad sancionadora de no apreciarse identidad de sujetos, hechos y fundamento, que es premisa de aquel principio constitucional: dado que la sanción penal, personal e intransferible, recae siempre sobre una persona física en tanto que la administrativa puede recaer sobre la empresa como persona jurídica, nada impediría actuar a ambas responsabilidades por un mismo ilícito en sujetos ahora distintos. Siendo en su mayoría las infracciones administrativas tipificadas en los arts. 11 a 13 LISOS situaciones de riesgo que encajan en el tipo penal de los arts. 316 y 317 CP, una vez impuesta la sanción penal, y de coincidir sujeto, hechos y fundamento, queda vetada la posibilidad de imponer la sanción administrativa, meramente subsidiaria de la primera.

A la vista de la relación entre sendas responsabilidades y en atención a la mencionada prejudicialidad penal, hay que anticipar que el modelo resulta poco eficaz desde el plano más preventivista. Las mejoras técnicas de la actual regulación penal respecto de las insuficiencias precedentes no oculta lo inadecuado de la existencia de una multiplicidad de delitos aplicables a los incumplimientos en prevención de riesgos laborales como la que subsiste, máxime si superpuesta a otras responsabilidades que actúan desde distintos planos de la legalidad, especialmente en relación con las sanciones administrativas y el recargo de prestaciones. Sin duda, la responsabilidad penal opera como última *ratio* y colabora en la implantación de un diseño preventivo que la LPRL podría ser incapaz de asegurar por sí sola, lo que justifica la presencia de las sanciones penales como instrumento de tutela de bienes jurídicos del máximo rango que podrían quedar en otro caso deficientemente protegidos. Pero ello no niega que la actuación simultánea de todas las variantes de responsabilidad y, en especial la penal respecto de la administrativa que sería capaz de operar en ausencia de la primera, acaba por interferir, introduciendo complejidad y dilación en los procesos, terminando por hacer ineficaces las sanciones e impidiendo que cumplan sus finalidades.

Por ello, se comparte la idea de apartar de la exigencia de responsabilidad penal un ámbito en que otro tipo de medidas sancionadoras más directas y aflictivas y, sobre todo, más rápidas, como son las san-

ciones administrativas de la LISOS, situaría en mejores condiciones el objetivo de máxima eficacia de la prevención. Porque la intervención administrativa garantiza una aplicación más inmediata de la sanción que la que permite la actuación judicial, además de que su repercusión patrimonial sobre la empresa puede también resultar más útil a la disuasión del incumplimiento. A lo anterior se une que la aplicación práctica de los arts. 316 y 317 CP en realidad no ha desenvuelto todos los efectos esperables de su configuración como tipos penales de riesgo y no de resultado, porque gran número de incumplimientos subsumibles en el tipo penal no llegan a los juzgados de lo penal y son menos frecuentes aún las sentencias condenatorias por delito subsumible en aquellos tipos penales, que hacen más habitual la aplicación de los delitos de resultado o delitos genéricos en función del daño efectivamente producido. Además, siendo común interpretar que el delito se comete por mera imprudencia y no por un comportamiento doloso, la consecuencia es una significativa y sistemática rebaja de la calificación del grado de la pena.

En la situación descrita, la efectiva obtención del objetivo preventivo de las medidas punitivas contempladas en los preceptos penales predicaría una aplicación real y adecuada de este tipo de sanciones, objetivo con frecuencia defraudado. Asimismo, la aplicación de efectos en ocasiones menos gravosos para el sujeto infractor de la sanción penal y la exclusión de otras responsabilidades eventualmente más eficaces conducen a la conclusión de que la responsabilidad penal estorba más que colabora en la prevención. Y es que si la responsabilidad penal pudo tener sentido en momentos en que se carecía de otros mecanismos sancionadores más eficaces a los fines preventivos, ahora no cumple dicha función, otorgándose un papel prioritario en la recriminación de lesiones que afectan a bienes de naturaleza laboral a la administración frente a la jurisdicción penal. La finalidad represiva e intimidatoria de las sanciones en materia preventiva se ha instrumentado a través de la administración, y solo marginalmente, además de forma lenta y torpe, por la actuación punitiva penal.

Todo ello justifica propuestas relativas a resituar dentro del cuadro de las responsabilidades derivadas por incumplimiento de obligaciones

de prevención de riesgos laborales la función de los delitos que se aplican para la protección de la seguridad y salud en el trabajo, como la recomendación de despenalizar los delitos por imprudencia cuando esta implique infracción de normas de seguridad y salud en el trabajo si la misma ya está tipificada administrativamente, manteniendo exclusivamente los actuales tipos de delito dolosos³⁴. Siendo coherente con la consideración de última *ratio* de la responsabilidad penal, que reservaría su exigencia a los supuestos más graves, ello vendría a simplificar una excesiva pluralidad de instrumentos sancionadores penales. Y a corregir algunas otras cuestiones críticas no menos importantes, tales como algunos problemas aplicativos que presentan los tipos penales referidos al ámbito de la prevención: riesgo *versus* resultado, absorción por el delito de lesión del delito de riesgo, tipos penales en blanco, imputabilidad de las personas jurídicas, individualización de la responsabilidad imputable a cada uno de los distintos sujetos que han intervenido en la comisión del delito o falta, la concurrencia de culpas o las consecuencias de la conducta del trabajador, por citar algunos.

Pero, sobre todo, tal solución evita aplicar sanciones penales menos graves que las que hubieran podido articularse por vía administrativa cuando las primeras impiden la aplicación de las segundas, perdiendo el incuestionable efecto disuasorio del incumplimiento que debe tener la exigencia de cualquier responsabilidad. Desde luego, la respuesta penal persigue otros fines propios del derecho punitivo estatal, como es la defensa de bienes de especial valor con una finalidad también de ejemplaridad social, pero no cabe duda de que, desde la perspectiva del empresario incumplidor de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, la imposición de responsabilidad penal suele conducir a resultados menos punitivos y gravosos que los que serían obtenibles por otras vías. Con ello, se trata de asegurar una eficaz complementariedad y el reparto equilibrado de responsabilidades administrativas y penales, que tampoco puede desconocer el hecho de que, en la práctica, la intervención penal en la aplicación de la normativa social tiene un carácter marginal.

34 Véase AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., pp. 76 y 77.

3.2. LA COMPETENCIA DEL ORDEN SOCIAL PARA RESOLVER LA ÍNTEGRA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES PREVENTIVAS

Un nuevo problema que plantea el desenvolvimiento concurrente de las responsabilidades que operan en materia preventiva es el relativo a la jurisdicción competente para su conocimiento, que ha mostrado dificultades. Así, un claro foco de inconvenientes se ha manifestado entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa cuando esta segunda se atribuía el conocimiento de las sanciones impuestas en el orden social, incluidas las que afectan a la prevención de riesgos laborales. Aunque desde 1998 era esperable hacer realidad la declarada intención del legislador de abordar de forma global y racional el reparto de competencias entre los órdenes jurisdiccionales social, contencioso-administrativo y civil, tan frecuentemente en conflicto³⁵, solo la aprobación de la actual ley reguladora de la jurisdicción social ha venido a corregir esa situación y a introducir en este terreno una importante modificación normativa que da al traste con la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las sanciones administrativas que la LISOS establece en materia de seguridad y salud en el trabajo. Con ello, resuelve los habituales problemas de concurrencia de distintos órdenes jurisdiccionales en la aplicación de la normativa laboral, con particular incidencia, en lo relativo a nuestro ámbito, a la resolución de la concurrencia entre las infracciones administrativas y el recargo de prestaciones de la Seguridad Social.

En efecto, cuando la impugnación y revisión jurisdiccional de este tipo de sanciones administrativas correspondía todavía al orden contencioso-administrativo, se hacían visibles problemas derivados del riesgo de doble enjuiciamiento de un mismo incumplimiento por la jurisdicción contencioso-administrativa y la social, con dificultades

35 En efecto, la redacción que la DA 5ª LJCA dio al art. 3 LPL, modificada después por la DA 24ª L. 59/1998, en el sentido de atribuir al orden social la competencia en las pretensiones sobre las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todas las infracciones del orden social, excluidas las de Seguridad Social [art. 3.2.a) LPL], quedaba en suspenso en tanto no se aprobara la correspondiente modalidad procesal laboral, cuyo proyecto debía haberse mandado a las Cortes Generales antes del 1 de octubre de 1999 pero que hasta muy recientemente no ha visto la luz.

añadidas cuando se producía un diferente resultado e inconvenientes añadidos de prejudicialidad. Aunque el problema se resolvía técnicamente en el art. 42.5 LISOS, al afirmar que “la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de la Seguridad Social”, ello no eludía la cuestión de fondo. Opción legislativa justificada en el intento de evitar posibles sentencias contradictorias, pero de resultado criticable en la imprevisión de que las resoluciones de lo social produjeran el mismo efecto vinculante sobre las de lo contencioso-administrativo, de suerte que, resolviendo el problema de soluciones contradictorias sobre una misma conducta empresarial, no impedía la relegación del orden jurisdiccional que naturalmente debía conocer de estos asuntos, incuestionablemente incluidos en la rama social del derecho, dispersándose la jurisdicción competente y eludiendo la adecuada concentración en un único ámbito de la totalidad de las pretensiones y el conocimiento global de cuantas responsabilidades se deriven de la eventual infracción de las normas preventivas.

De ahí lo favorable de la actual solución legal que acoge ya el art. 1 LJS, al prever la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo las que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, “así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias”. Lo que completa el posterior art. 2.n) de la misma norma, que atribuye la expresa competencia sobre la impugnación de las resoluciones recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical, y los arts. 151 y 152, que regulan el procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de seguridad social excluidos los prestacionales. La ampliación de esta competencia del orden jurisdiccional social, al tiempo que racionaliza y otorga mayor

coherencia a su ámbito objetivo, encuentra pleno fundamento en su mayor especialización y conocimiento más completo de la materia social, otorgando un marco procesal especialmente adecuado a los intereses objeto de tutela de este orden. Tal solución está llamada a poner fin a una frecuente conflictividad evidenciada en la práctica jurisdiccional acerca del ámbito material del orden social, que se evidenciaba en la presencia de resoluciones heterogéneas de órganos judiciales adscritos a órdenes distintos, resultado de la disgregación del conocimiento de determinadas y esenciales materias sociales entre diversas jurisdicciones distintas de la social, especialmente la contencioso-administrativa y la civil, y que terminaba repercutiendo sobre la más efectiva protección de los derechos de los trabajadores. Así, concentrar en sede jurisdiccional social la completa materia laboral y de Seguridad Social resuelve los problemas de disparidad de criterios jurisprudenciales, de dilación en la resolución de los asuntos, de gastos derivados de emprender acciones ante diversos órganos judiciales y de fragmentación de la protección jurídica dispensada que, sobre ser incompatible con los principios constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, tampoco coadyuvan al funcionamiento más eficiente del sistema socioeconómico.

Pero las novedades en esta materia no se agotan en lo recién señalado, introduciendo la norma procesal otras interesantes reglas competenciales dirigidas a desplegar efectos incisivos en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, colaborando a la eficacia del sistema de protección de la seguridad y salud en el trabajo y proporcionando congruencia al esquema general de exigencia de responsabilidades por incumplimiento de los deberes de prevención. Así, destaca sobremanera el nuevo art. 2.b) LJS que dispone la concentración en el orden jurisdiccional social de todas las cuestiones litigiosas relativas a las responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Ello supera la situación que obligaba a los sujetos afectados a acudir necesariamente a distintos órdenes jurisdiccionales, civil, contencioso-administrativo y social, para intentar lograr la tutela judicial en este contexto. Más concretamente, el orden social conoce de las “acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus

causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente”. Así pues, a la jurisdicción social compete enjuiciar de forma conjunta a cuantos sujetos hayan concurrido en la producción del daño derivado del trabajo, creándose una sede única de tutela jurisdiccional que va a hacer más asequible el resarcimiento integral del daño causado, en coherencia no solo con una frecuente demanda doctrinal y aun jurisprudencial³⁶, sino con el contenido previsto en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012).

En efecto, la opción unificadora en la jurisdicción social de la total protección que quepa reclamar en materia de riesgos profesionales y de daños derivados del trabajo configura al orden social en garante único y suficiente del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, tanto cuando no se hayan actualizado daños pero se haya generado una mera situación de riesgo ya sancionable, como cuando esos daños concretos se hayan producido efectivamente. Y ello, en expresión de la exposición de motivos que se comparte, no solo fortalece los instrumentos judiciales para combatir la lacra de los accidentes de trabajo sino que además dispone los recursos para disipar el fantasma del riesgo³⁷. Por ello, esta novedad procesal trascien-

36 En la doctrina, por ejemplo, F. DURÁN LÓPEZ, *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., pp. 75 y 77; G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, cit., p. 486; C. ALFONSO MELLADO, *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*. Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, p. 130; B. GUTIÉRREZ-SOLAR, *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo*. Madrid (Thomson Civitas), 2004, pp. 56 y ss.; M. CORREA, *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*, cit., p. 48; AA.VV., *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., p. 260. Y en la jurisprudencia, las SSTs 24 may. 1994, 27 jun. 1994 y 10 dic. 1998; por su parte, la STS(Civ.) 15 en. 2008, manteniendo inicialmente bien deslindados los ámbitos de competencia de las jurisdicciones civil y social en la materia, concluye finalmente declarando la competencia civil, aparentemente en contra de sus iniciales argumentaciones, en base a la vis atractiva que ejerce el orden civil en las acciones de responsabilidad por daños y perjuicios.

37 A lo que también coadyuva el hecho de que, en la materia preventiva que se analiza, esta asignación de competencias incluye a los funcionarios o personal estatuario que deberán

de con mucho la sola esfera de la actuación jurisdiccional, relevante sin duda, para dejar impronta sobre la política preventiva en general y sobre la mejor garantía de la eficacia de la protección de la seguridad y salud en el trabajo en nuestro sistema, porque hace factible un más completo cumplimiento de las obligaciones de prevención y una más asequible y eficaz exigencia de responsabilidades sancionadoras y reparadoras del daño causado, en su caso. Así, evitar la intervención sucesiva de órdenes jurisdiccionales diversos, junto a facilitar una más pronta resolución de cuantos asuntos han de ventilarse en relación con la materia abordada, impide la existencia de pronunciamientos diversos que chocan con la seguridad jurídica que reclama materia tan sensible individual y socialmente.

Por lo demás, la solución actual resuelve otros problemas técnico-jurídicos provocados por el juego conjunto de las responsabilidades en materia preventiva, como el relativo a la competencia jurisdiccional de la exigencia de daños y perjuicios consecuencia de un incumplimiento del deber de prevención, conocida tanto por la jurisdicción civil como social, declarándose ambas competentes en la materia, como se vio. Es claro ahora que la competencia se sitúa en el orden social, siendo irrelevante a estos efectos que sus órganos judiciales deban aplicar normas comunes o que el resultado dañoso exceda del específico marco del contrato de trabajo. Junto a clarificar las competencias de cada orden de la jurisdicción, se asegura la resolución en un único proceso de todas las acciones de reclamación, haciendo más asequible la reparación íntegra del daño efectivamente producido, al tiempo que evita que se dicten sentencias contradictorias. Efecto este segundo particularmente patente en nuestro contexto, porque la jurisprudencia civil entiende que las resoluciones de la jurisdicción laboral no le afectan y solo despliegan efectos en su ámbito procesal. En definitiva, la competencia de la jurisdicción social se basa en que la exigencia de responsabilidad deriva de un ilícito producido en el

plantear, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, que también afecta a competencias sobre medidas cautelares y que, por último, cubre igualmente las cuestiones relativas a los órganos de representación de personal en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo a través, en su caso, de los Delegados de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud, con independencia de tipo de personal que intervenga en su designación o composición.

orden social, concretamente el incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud en el trabajo³⁸.

3.3. LOS PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La importancia de corregir los problemas derivados de la confusa separación de sendos órdenes jurisdiccionales supera, como se ha dicho, las puras consecuencias competenciales para superar, en su caso, un defecto material más grave, cual es que, concurriendo responsabilidad civil y de seguridad social vía recargo de prestaciones, pueda generarse una duplicidad de compensaciones económicas cuya compatibilidad e independencia plantea ciertas reservas, especialmente como resultado de la difícil conceptualización del recargo de prestaciones de la Seguridad Social, cuya naturaleza híbrida complica su interrelación con otras modalidades de responsabilidad. La apuntada compleja naturaleza jurídica –indemnizatoria, sancionatoria o mixta– que se atribuye a esta medida despliega relevantes efectos en el plano de la concurrencia con otras posibles responsabilidades. Esto es, de mantenerse el carácter sancionador del recargo, como entiende la jurisprudencia social aludida, 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 ídem*³⁹. Y es que, siendo el recargo compatible con otras sanciones, administrativas y penales,

38 La nueva regulación puede también solventar otros problemas. Las reglas de absorción por el orden social de las reclamaciones civiles derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, antes no aplicables si el deudor era una Administración pública, aun vinculada, sin duda, por la aplicación de la normativa preventiva cuando actúa como empleadora (art. 3.1 LPRL) y, en consecuencia, susceptible de responder a la eventual exigencia de responsabilidad patrimonial, era conocida hasta ahora en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, fuera laboral o funcional la naturaleza de la relación que está en su base, excluyendo, en todo caso, la actuación del orden social y civil. No obstante, conforme al vigente art. 2.q) LJS corresponderá también aquí al orden social de la jurisdicción el conocimiento sobre estas cuestiones, al referirse expresamente ese apartado a las indemnizaciones, especialmente en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario. Sobre las críticas a la situación anterior, G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, cit., pp. 486-487.

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

su concurrente aplicación podría estar sancionando dos o más veces la misma conducta, en contra de aquel principio. Por el contrario, de sostenerse el carácter indemnizatorio, declarada la compatibilidad del recargo, que presupone la existencia de prestaciones, con la indemnización civil y, sobre todo, la no afectación recíproca de ambas, el resultado podría llegar a ser una compensación global superior al daño realmente sufrido por efecto de la doble vía actuada, en contra ahora de otro principio general de nuestro ordenamiento, cual es la prohibición de enriquecimiento injusto, afectado de sobre indemnizarse el perjuicio.

Ello cuestionaba, conforme a las contradictorias interpretaciones jurisprudenciales al respecto, la necesidad o no de computar y compensar recargo e indemnización civil al estimarse que proceden de un mismo daño, en un dilema finalmente zanjado en unificación de doctrina, considerando la naturaleza sancionadora del recargo⁴⁰. De acuerdo con esta posición, 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. Además, 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. Con todo, esta posición jurisprudencial, clarificando el panorama, 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.

40 Cfr. la STS 2 oct. 2000. Tras ellas, las SSTS 14 feb. 2001, 21 feb. 2002 y 22 oct. 2002 y las SSTS (Civ.) 3 dic. 2008 y 23 ab. 2009. Aunque, considerando que se trata de una medida de naturaleza híbrida y compleja que le aparta de la cualidad de sanción propiamente dicha, véase las SSTS 17 may. 04 y 25 oct. 05. Señalando su doble finalidad disuasoria del incumplimiento preventivo y de mejora de la protección del trabajador mediante el incremento de sus prestaciones sociales, la STS 5 dic. 2006.

De ahí que la peculiar naturaleza del recargo siga generando problemas interpretativos derivados ya de la duplicación de sanciones⁴¹, ya de la duplicación de indemnizaciones. Por ello, se propuso en su momento 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 civil⁴². Postura que ahora tiene mayor sentido y cuenta con un más claro apoyo legal, toda vez que la aprobación de la nueva ley reguladora de la jurisdicción social 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

41 Similares problemas de duplicación de sanciones puede plantear 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 Social. Existiendo una coincidencia básica de los tipos, y aceptada la naturaleza sancionadora de ambas responsabilidades, parece que la doble sanción 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 y propuesta de idéntica solución. 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 profesionales. No plantea estos inconvenientes, en cambio, el art. 108.3 LGSS, porque, como se dijo, no es sanción.

42 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; 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.

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 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 ídem*, 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, así, la interdicción de la duplicidad de sanciones, que quedarían exclusivamente atribuidas a la responsabilidad administrativa y penal, entre las que no juega la doble sanción por el efecto de prejudicialidad ya analizado. Al tiempo, se resolvería la eventual indemnización por encima del daño sufrido que puede ser consecuencia 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.

La supresión del recargo de prestaciones supondría, sin duda, un hito en nuestra legislación de Seguridad Social, en la que está profundamente arraigada, pero no implicaría ni cambio sustantivo en nuestro sistema ni, más importante, merma alguna en la reparación del daño de quien padece un accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo. 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 celeré y ajustada al daño realmente sufrido. No se olvide que la Seguridad Social abona prestaciones para sustituir rentas salariales o compensar el exceso de gastos que provoca la necesidad de asistencia sanitaria, pero no atiende a otras finalidades que deben cubrirse por la responsabilidad civil, sin alterar, como hace el recargo, la naturaleza de aquellas 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 en 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 y que no debe entenderse minorado por su carácter asegurable, pues estimula al empresario al cumplimiento efectivo de sus obligaciones en la materia 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 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.

3.4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS PARA EL DISEÑO DE UN CUADRO DE RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN CLAVE DE PREVENCIÓN

Lo expuesto hasta aquí en orden a la responsabilidad exigible en el ámbito de la prevención de riesgos laborales pone en evidencia la necesidad de conjugar sistema de protección social y sistema de prevención de riesgos laborales y, sobre todo, la conveniencia de articular el complejo cuadro de responsabilidades empresariales en este ámbito en clave de prevención. Sin perjuicio de cuanto se expone al respecto en el siguiente apartado, y a los fines de resumir algunos de los elementos principales que inspiran nuestro actual modelo, así como los defectos a superar en una reconfiguración del sistema sancionador y reparador, baste señalar como recordatorio lo siguiente.

En primer lugar, respecto de las conductas sancionables por presuponer la existencia de un incumplimiento empresarial en materia preventiva, cabe la exigencia de responsabilidades penales y administrativas, respecto de las que hay que superar, en los términos expresados, y en aras de la garantía de la máxima aflicción al sujeto infractor que permita disuadir del incumplimiento, los problemas de interferencia de la responsabilidad penal sobre la derivada de la aplicación de la

LISOS. Pero, al margen de ello, la exigencia de responsabilidades se apoya y debe seguir haciéndolo sobre un elemento culpabilista que, con independencia de su tendencia a la objetivación y a la extensión de su campo de juego, no elude el reconocimiento de una conducta imputable al empresario por dolo, culpa o negligencia. 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 su coherencia interna, para mover la actuación del empleador hacia el más exacto cumplimiento de sus deberes de prevención de los riesgos laborales, evitando que una excesiva tendencia a la objetivación de la responsabilidad pueda terminar actuando como desincentivo prevencionista, por independizar el incumplimiento de la verdadera actividad preventiva del empresario.

En segundo lugar, ahora en relación con las responsabilidades dirigidas a la reparación del daño causado al trabajador, hay que decir que en este contexto actúan 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 permite apreciar las mayores distorsiones y desajustes dentro de nuestro sistema y donde parece más complejo asegurar el elemento de prevención que persigue la mejor tutela de la seguridad y salud en el trabajo. En este contexto de protección de los riesgos profesionales, el primer elemento a destacar es que, a diferencia de la responsabilidad de carácter sancionador, aquí resulta obligada la presencia del daño, de modo que premisa básica para el desenvolvimiento de este ámbito de responsabilidad es la actualización de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Igualmente, es destacable cómo conviven una responsabilidad objetiva y una responsabilidad por culpa. 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.

En este aparentemente sencillo entramado entran en juego, no obstante, 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, lo que quiebra entonces el carácter objetivo del modo habitual de actuar de la Seguridad Social, pero sin dejar de cumplir esa finalidad protectora característica del sistema público. Protección, no obstante, que vuelve a marcar límites entre unas y otras fórmulas, pese a basarse en idéntico juicio de imputabilidad al empresario por culpa, 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.

Sin perjuicio de estas últimas figuras, lo cierto es que en la relación entre responsabilidad objetiva de Seguridad Social y responsabilidad subjetiva patrimonial 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. Este esquema, así dibujado, 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 otros impropios de ella, distorsionando el modelo. Si se advierte, 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 más que conveniente 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. Para ello, la primera idea a retener es que la mayor eficacia de la prevención no puede asociarse de manera automática a la más rigurosa y amplia aplicación de responsabilidades sancionadoras y reparadoras, de suerte que extender cuantitativa y cualitativamente las modalidades de responsabilidad, 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 muy por encima de lo tolerable, colabore en la modificación de esta realidad. Sin olvidar en este mismo orden de consideraciones que, con carácter general, tan relevante como un sistema ordenado y coherente de responsabilidades es instituir un modelo de tratamiento favorable para las empresas que se caractericen por una actuación preventiva ejemplar, de forma que esta variable debe incorporarse también a la

identificación del modelo ideal. Con el objetivo expuesto, y sobre las premisas señaladas, se enuncian a continuación algunas de las hipótesis de partida que pueden resultar adecuadas para la pretendida redefinición del sistema de responsabilidades.

Por lo que afecta a las responsabilidades de carácter punitivo, es imprescindible coordinar más eficazmente las respuestas penales y administrativas, evitando los problemas de interrelación pero, no menos importante, escapando de la consideración de aplicar como un instrumento ordinario y común, prácticamente automático ante cualquier daño derivado del trabajo, este juego de responsabilidades. Máxime en el caso de la de naturaleza penal, cuya consideración de última *ratio* debe estar al servicio de incumplimientos particularmente graves y reprochables. Lo que tampoco es incompatible con la más estricta aplicación de la responsabilidad penal, y desde luego administrativa, por la mera existencia de un riesgo que no se ha actualizado en un daño, porque hay que recordar que el bien jurídico protegido es la evitación del riesgo laboral, siendo el incumplimiento, pues, independiente del resultado para acreditar su existencia, no así, desde luego, para graduar la responsabilidad.

En suma, se ha de buscar un adecuado equilibrio entre la recuperación de la cualidad de último recurso de la responsabilidad penal en materia preventiva y el rasgo de medida no condicionada a la actualización de resultados dañosos para la vida, integridad física o salud del trabajador cuando la mera creación de una situación de riesgo permita extraer un juicio de probabilidad y gravedad suficientes en relación con los daños que hubieran podido producirse. A su vez, ello sirve para remarcar su elemento de ejemplaridad social y de tutela reforzada de bienes jurídicos de especial valor.

Igualmente, en relación con la responsabilidad penal, habría que clarificar el actual panorama de concurrencia de tipos penales capaces de entrar en conflicto entre sí. En este sentido, si es necesario evitar una respuesta desproporcionada por la inadecuada acumulación de figuras, tampoco es menos imprescindible que el juego del concurso de delitos eluda aplicar la sanción por el comportamiento más grave,

propósito al que ayuda poco la actual coincidencia de tipos penales de riesgo y de resultado. Por lo demás, seguramente habría que evitar también, ahora en relación con la aplicación de la responsabilidad administrativa, que la condena penal termine suponiendo un tratamiento favorable para el empresario condenado respecto del que le hubiera sido infligido de resultar penalmente absuelto, ahora por vía de sanción administrativa. Parece evidente que el órgano judicial penal no puede condicionar su resolución al eventual carácter más punitivo que determinaría para el infractor el desenvolvimiento de sanciones administrativas, pero si se dice que el derecho penal es la última *ratio* y constituye el derecho sancionador más riguroso para los incumplimientos más graves no debería propiciar ese efecto. Efecto provocado por el hecho de que las penas privativas de libertad en que habitualmente se concreta la condena se suspenden y no se hacen efectivas sobre el empleador⁴³, perdiendo, así, el perfil aflictivo que la sanción económica administrativa, que absorbe la penal, podría haber visualizado más fácilmente. De ahí que fuera pensable elevar las condenas e introducir una mayor amplitud entre la duración mínima y máxima de la privación de libertad, sin detrimento, desde luego, de la oportuna proporcionalidad entre conducta delictiva y pena aplicable.

Por su parte, en materia de responsabilidad administrativa, y en aras del reiterado objetivo de asegurar los fines prevenciónistas que son objetivo último de la aplicación de estas responsabilidades, habría que exigir el elemento culpabilista de la infracción sancionable, por leve que sea tal exigencia, exonerando al empresario de responsabilidad cuando se aprecia un adecuado grado de cumplimiento de la normativa preventiva. Asociar de modo mecánico riesgo o daño derivado del trabajo a incumplimiento no favorece la prevención. No se trata de dar al traste con la inversión de la carga de la prueba que, en este

43 Por aplicación del art. 80 CP, conforme al cual los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada, en atención fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra el mismo; y siempre que se den las condiciones del art. 81 CP, esto es, que el condenado haya delinquido por primera vez, que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años y que, salvo excepciones, se hayan satisfecho las responsabilidades civiles.

contexto, resulta útil para proteger el bien jurídico de la seguridad y salud en el trabajo, sino de admitir que esa prueba empresarial, de existir, debe tener espacio para desplegar efectos.

A tales propósitos, debieran servir como efectivos criterios de ponderación todos los que recoge el art. 39.3 LISOS, porque evidencian actitudes más claramente culpables del empresario, pero también otros capaces de calificar ese mismo elemento subjetivo, por ejemplo, la situación preventiva general de la empresa en perspectiva temporal y en relación con el sector y territorio en que se enmarque. Debe ser relevante en este mismo sentido, de nuevo a los fines de extender la cultura preventiva y corresponsabilizar en su normalización y consolidación a todos los agentes intervinientes, la propia conducta del trabajador para excluir o atemperar la responsabilidad empresarial⁴⁴. Si en la vertiente reparadora la intervención del propio trabajador o de terceros es lógico que tenga menos consecuencias para la calificación o no como accidente de trabajo del daño producido, lo cierto es que en la acreditación del incumplimiento empresarial que es premisa de la exigencia de responsabilidad administrativa debe operar de forma distinta y tener mayor relevancia. Ello podría diferenciar más netamente entre los conceptos de imprudencia temeraria e imprudencia profesional que sirven en el sistema de Seguridad Social y en el sistema de prevención de riesgos laborales, haciendo más impermeable la frontera entre ambos en este segundo ámbito respecto del primero. Lo que remarca de nuevo la estrecha conexión entre uno y otro marco normativo y la colaboración que deben prestarse para, sin obviar sus propios fines, no perjudicar otros.

En este sentido, nótese que un elemento intrínseco a los accidentes de trabajo es que frecuentemente identifican daños en cuya producción interviene, junto al nivel de prevención del empresario, el del propio trabajador accidentado, lo que complica el análisis en clave de responsabilidad, y aun de protección, aunque sobre bases más sólidas en este segundo caso por optarse por la mejor tutela del trabajador y

44 Más lejos llegan algunos autores, al recomendar incorporar al trabajador como sujeto responsable administrativo en materia preventiva (AA.VV., *Responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., pp. 245 y ss.).

otorgarse menos relevancia a su intervención. Con todo, el esquema también se ha trasladado en cierta medida, aun con motivos diversos, al sistema de responsabilidad, situando en el empresario el centro de imputación casi único y haciendo desaparecer casi por completo la intervención del trabajador por razones bien fundadas: de una parte, porque a aquel sujeto se atribuye un nivel de conocimiento, organización y decisión sobre la configuración de los riesgos en el ámbito de la empresa que el trabajador no posee; de otra, porque su posición de supremacía en el contrato de trabajo y la correlativa posición de subordinación del trabajador le permite y obliga a actuar sobre la conducta ante el riesgo de este segundo, incluso sustituyendo sus decisiones y anticipando sus conductas irregulares que deben formar parte de su actuación preventiva. En este esquema, el papel que cabe al trabajador accidentado para desvirtuar esa responsabilidad empresarial es residual, por la vía de la imprudencia temeraria, o simplemente moderador, por el cauce de la concurrencia de la culpa de la víctima en el recargo de prestaciones o en la responsabilidad civil⁴⁵.

En cuanto a la vertiente reparadora, donde los problemas pueden ser más complejos por la intervención de responsabilidades y técnicas que quiebran algunos de los principios elementales de la exigencia 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 extracontractual⁴⁶. 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 esquema, sino ade-

45 En este sentido, véase AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., p. 237-238.

46 Cfr. la STS 18 oct. 1999.

cuarse 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 culpabilidad⁴⁷.

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. Así, la primera debiera actuar en el

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

terreno propio del sistema público de protección social, conforme a sus reglas y principios, esto 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 ídem*, 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, 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. Al efecto, se han propuesto fórmulas de reparación añadidas a las anteriores, para plantear 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 trabajo⁴⁸. 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.

Así, actuar sobre las cotizaciones sociales, diferenciando el tratamiento de quien cumple eficazmente y quien no lo hace con las obligaciones preventivas, o modificar el propio esquema protector, recuperando el principio de consideración conjunta de las contingencias, cualquiera que sea su causa común o profesional, podrían ser elementos susceptibles de coadyuvar a la mejora de la prevención en las empresas, sin necesidad de afectar más allá de lo señalado hasta aquí ni al plano de las responsabilidades sancionadoras, ni al de las responsabilidades reparadoras. Ello, como se dice, penetra ya en el sistema de aseguramiento y supera con mucho el terreno de las responsabilidades objetivas o por culpa. De ahí que sea objeto de tratamiento diferenciado y más amplio en el apartado siguiente.

48 Así, M. CORREA, *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*, cit., pp. 15 y ss. y 27 y ss.

4. EL SISTEMA DE ASEGURAMIENTO Y PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS RIESGOS PROFESIONALES

4.1. 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, porque evitando o disminuyendo el riesgo laboral se reducirán las situaciones a proteger; y, de otra, que 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 anticipó, 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 plano⁴⁹. 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 luego deben ser cubiertas por la Seguridad Social.

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 que a continuación se quiera analizar nuestro sistema de protección social, para 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 preventivista, proponer medidas de mejora para favorecer esa más óptima colaboración.

Desde estas iniciales consideraciones, ya cabe deducir 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 producido⁵⁰. En este caso, el coste de los accidentes no afecta al causante del daño,

49 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*, cit., pp. 197 y ss.

50 Así, AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., p. 237.

sino que se “externaliza”, esto es, se desplaza hacia la comunidad que se hace cargo de su financiación⁵¹. Ello 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 precios 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 que desincentiva la prevención.

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 admita diversas combinaciones, entre las que puede optarse⁵².

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

51 Por el contrario, en el sistema de responsabilidades antes abordado 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, 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 de responsabilidad objetiva, el incentivo abarca hasta el nivel más eficiente dentro de lo tecnológicamente posible.

52 Se sigue al respecto la exposición contenida en AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España, cit.*, p. 238 a 240.

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 que exige 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 visualizarse 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. Supone una opción opuesta a la primera, dado 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. Por ejemplo, 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 –justo lo contrario de lo 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, junto a ello, desde el punto de vista preventivo, resulta una solución ineficiente, porque impide que el empresario asuma o visualice el 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, reconociendo, en cambio, 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 las 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. Ello significa que se mantiene fuera del mismo la exigencia de responsabilidad empresarial, si se dan los presupuestos 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 co-

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 Social⁵³. 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^a.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 independientes⁵⁴.

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 preventivos⁵⁵. 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 empresario⁵⁶.

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.

56 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, enseguida 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 vigente⁵⁷. 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 destacables⁵⁸:

- 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 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.
- 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 jurisprudencial⁵⁹; 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^a.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 trabajadores⁶⁰.

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 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 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 ejemplos⁶¹.

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.

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 financieras⁶².

Si a lo anterior se suma cuanto se señaló de forma reiterada respecto del 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, se concluirá 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.

4.3.1. 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, pero 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 sucedieron⁶³, lo cierto es que

62 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.

63 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.

no ha sido hasta la derogación de la citada norma reglamentaria que desarrollaba el precepto legal cuando pueden empezar a corregirse en cierta medida las deficiencias evidenciadas⁶⁴. Porque la tarifa aplicable, que parecía operar en función del riesgo genérico de la actividad, se hacía 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 repara, con este complejo modelo, sin duda, se consigue un claro efecto de visualización del coste de la prevención, promoviendo

64 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.

indirectamente su mayor implantación en las empresas, porque si al empresario le cuesta lo mismo prevenir que no hacerlo, asumido siempre el 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 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, lo cierto es que 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 ajustar anualmente 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. De un lado, 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. De otro, 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 encuadrada⁶⁵.

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, 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 prevención⁶⁶.

65 La regulación es coherente con la propuesta ya planteada en F. DURÁN (Dir.), *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, las más extendidas 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, para evitar fraudes.

66 Aun que 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

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 prevencionista⁶⁷. Lo anterior justifica que sobre ella se hayan volcado esfuerzos dirigidos a superar los problemas que presupone 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 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 1448/2010⁶⁸.

Por enmarcar el fundamento legal de la figura, hay que destacar antes de entrar en su contenido y régimen jurídico 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

futuro de los seguros de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales en la Unión Europea”, cit., pp. 201-202).

67 A la inicial recuperación de su más amplia operatividad planteada en el “Informe Durán” (F. DURÁN (Dir.), *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).

68 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.

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 duda de que se está estimulando 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; aun cuando su financiación distingue en función de la efectiva siniestralidad de las empresas y, en consecuencia, atiende a su grado de diligencia en la prevención de riesgos laborales.

En suma, la empresa que con su actuación preventiva en los términos exigidos reduce el nivel de siniestralidad laboral⁶⁹ compensará el apa-

69 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

rente mayor coste 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

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 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 período 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.

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 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 hartamente 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, em-

presa a empresa, por parte de la ITSS y desconectada entonces de una visión de conjunto, el resultado final difícilmente garantizaría 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 la viabilidad del sistema. 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 global⁷⁰. 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 autorización⁷¹.

70 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.

71 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 requisitos:

Complejidad que pasa por la 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, ha de 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 significa-

- 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 conформado, 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.

tivos 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 presencia mayoritaria 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 empresas. 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 404/2010 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 auténtico 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 para valorar la actividad preventiva, como se ha visto, 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 tener esperanzas 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, entendiéndose 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.

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 interco-

nexión 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 válidos 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 importa solo 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 válidos, a efectos de reducir cuotas, los beneficios producidos fuera del estricto ámbito protector pero 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.

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 con vendría 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 periodo, de la actual obligación empresarial de abonar la prestación económica por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes⁷⁴.

74 Así, F. DURÁN (Dir.), *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.

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 F. DURÁN (Dir.), *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 psicossomáticas– 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 ha de 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 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 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 prevencionistas, porque, como se ha anticipado, la calificación de enfermedad profesional, no así la de enfermedad de trabajo, permite intervenciones 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 cautelador, 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” (F. DURÁN (Dir.), *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).

mente la reparación el 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 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 prescacionales 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 colectiva⁸¹. 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 le 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 pudiera 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, sino que protegen

81 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*, cit., pp. 171 y ss.

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 preventiva⁸². 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,

82 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 cotizable; 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.

sin perjuicio de señalar 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 penosidad⁸³.

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 claridad⁸⁴. Recomendación que se refuerza cuando las reiteradas mejoras se reservan a los daños derivados del trabajo o cuando a estos se dispensa

83 Sobre su extensa presencia en la negociación colectiva, véase G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva*, cit., pp. 113 y ss.

84 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.

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.

4.3.5. Otras medidas

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 condición⁸⁵, las reiteradas mutuas han

85 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

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 Orden 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, que es 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 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 LPRL⁸⁶.

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 registrará 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.

86 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

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 venir 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 que sea adecuado reclamar un incremento de la actividad de prevención de estas entidades, capaz de reflejarse en una mayor función de fiscalización y de apoyo y asesoramiento a los empresarios sobre el más correcto cumplimiento de las obligaciones preventivas⁸⁷. Aunque tales funciones no se identifican expresamente, lo que sí se contempla en 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 la adopción del modelo organizativo de prevención a que vengan obligados 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 y teórica que real.

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.

87 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).

Además, lo cierto es que, en materia preventiva, la situación de los empresarios asociados a Mutuas que realizan esta 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 liberarles de la obligación de acudir a un servicio de prevención ajeno, articulando la gestión 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. Y, además, 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 viene obligado a desenvolver el empresario 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 utilizado en términos preventivos, como un mecanismo incentivador de la máxima actividad de protección de la seguridad y salud en el trabajo en las empresas, esa misma virtualidad puede ser trasladada, y aun de forma más sencilla y coherente, a la intervención de las mutuas, aplicando el principio de equivalencia que, más propio de los seguros privados, garantiza una mayor correspondencia entre prima y riesgo. De hecho, en el sistema de auto aseguramiento a través de las mutuas, la socialización y dispersión del riesgo, que parece estar 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, mucho 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 asegure ponderar 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 distinguan 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 hasta un 20 por 100 de incremento en el caso de reiterado incumplimiento de tales obligaciones⁸⁸. Tal actuación de las mutuas, sin duda, vendría a dar sentido a una actuación preventiva más eficaz e integral como la que, sin duda, se persigue con la específica normativa referida.

88 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 propongan la reducción de cotizaciones de sus empresas asociadas, con fundamento en resultados positivos obtenidos en la reducción de la siniestralidad” (AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., p. 84).

OTROS TÍTULOS DE EDITORIAL BOMARZO

BÁSICOS DE DERECHO SOCIAL

LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS JUSTICIABLES: POTENCIALIDADES Y LÍMITES. *Gerardo Pisarello (Editor), Aniza García Morales y Amaya Olivas Díaz*

EL RECARGO DE PRESTACIONES EN LA DOCTRINA JUDICIAL.
María José Romero Rodenas

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS. *Juan López Gandía y Daniel Toscani Giménez*

DERECHOS COLECTIVOS EN EL TRABAJO AUTÓNOMO. *José Fernando Lousada Arochena*

EL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO. *Milena Bogoni*

LÍMITES A LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. *Mireya Llobera Vila*

LA INCAPACIDAD PERMANENTE: ACCIÓN PROTECTORA, CALIFICACIÓN Y REVISIÓN. *Juan López Gandía y María José Romero Rodenas*

RECONOCIMIENTOS MÉDICOS DE LOS TRABAJADORES Y SU RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL. *Daniel Toscani Jiménez*

LA REFORMA DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.
Jaime Cabeza Pereiro

LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LAS PRESTACIONES DE DEPENDENCIA EN EL MARCO DE LA REFORMA DEL PROCESO SOCIAL. *Rosa M^a González De Patto*

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y ACCIDENTE DE TRABAJO EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL. *Carlos L. Alfonso Mellado*

LA OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE TUTELA FRENTE AL ACOSO LABORAL EN LA EMPRESA. *Gemma Fabregat Monfort*

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL REAL DECRETO-LEY 3/2012, DE REFORMA LABORAL. *Carlos Hugo Preciado Domènech*

EL NUEVO RÉGIMEN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR. *Juan López Gandía y Daniel Toscani Jiménez*

PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES. *Anna Ginès i Fabrellas*

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA LEY 36/2011, DE 10 DE OCTUBRE, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL. *Gloria P. Rojas Rivero*

LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y FUNCIONAL Y LA REDUCCIÓN DE JORNADA TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012. *Daniel Toscani Jiménez*

