



La conexión entre el sistema de prevención de riesgos laborales y la acción protectora de la seguridad social*

The relationship between the labor risk prevention system and social security protection

{ José Eduardo López Ahumada }**

* Este artículo forma parte de las acciones de divulgación e investigación de la cátedra Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos de la Universidad de Alcalá (DECADE-UAH). Recibido: 30 de septiembre de 2017. Aprobado: 3 de noviembre de 2017.

** Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Subdirector investigador del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT). Director de la revista Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social, Editorial Cinca, S.A., de Madrid, España. DOI: <https://doi.org/10.18601/25390406.n2.07>

RESUMEN

El presente trabajo analiza la inevitable conexión existente entre el sistema de prevención de riesgos laborales y la acción protectora de la seguridad social en materia de riesgos profesionales. Ciertamente, la acción protectora de la seguridad social no está dirigida solo a asegurar la función preventiva de los riesgos profesionales; sin embargo, las prestaciones sociales desempeñan un papel básico en la reparación de las situaciones de necesidad y protegen, por tanto, los riesgos profesionales. De este modo, las prestaciones sociales por contingencias profesionales de la seguridad complementan la propia protección de la salud laboral. En el presente trabajo se analizará porqué la prevención de riesgos profesionales no es una cuestión ajena al sistema de protección social.

PALABRAS CLAVE:

Seguridad social; riesgos laborales; prestaciones sociales; accidentes de trabajo; reparación del daño laboral; responsabilidad directa y subsidiaria.

ABSTRACT

This paper analyzes the relationship between the system of prevention of occupational risks and the protection of Social Security in terms of occupational risks. Certainly, the protective action of Social Security is not aimed directly at ensuring the preventive role of occupational risks. However, social benefits have a basic role in repairing situations of need and therefore protect professional risks. In this way, social benefits for occupational safety contingencies complement the protection of occupational health itself. In this paper we will analyze how prevention of occupational risks is not an issue outside the social protection system.

KEYWORDS:

Social Security; labor risks; social benefits; work accidents; labor damage repair; direct and subsidiary responsibility.

INTRODUCCIÓN

Aunque la acción protectora de la seguridad social no está dirigida directamente a la función preventiva de los riesgos profesionales, ciertamente las prestaciones sociales desempeñan un papel básico en la reparación de las situaciones de necesidad y protegen, por tanto, un riesgo aunque no lo prevengan. Por esto, se produce inevitablemente una conexión entre el sistema de prevención de riesgos laborales y la acción protectora de la seguridad social en materia de riesgos profesionales. La reparación de los daños por la seguridad social viene a complementar los objetivos legales prevencionistas, lo que hace que la prevención de riesgos profesionales no sea una cuestión ajena al sistema de protección social. A lo largo del presente trabajo se analizará dicha vinculación entre protección social y prevención de riesgos laborales, teniendo en cuenta tanto la responsabilidad objetiva de la seguridad, así como la propia acción de la responsabilidad directa del empresario en casos de ausencia de cobertura social.

PRESUPUESTOS GENERALES RELATIVOS A LA NATURALEZA OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD: SITUACIONES DE NECESIDAD Y COBERTURA SOCIAL

Desde el punto de vista de su origen normativo, es preciso decir que la responsabilidad objetiva de la seguridad social tiene su origen en una evolución normativa desde la responsabilidad privada y subjetiva. El fundamento de dicha responsabilidad reside en la culpa empresarial como técnica jurídico-civil, que se transforma, posteriormente, en un régimen de responsabilidad objetiva por riesgo profesional implantado por la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. Ciertamente, con el paso del tiempo se ha ido perfeccionando el sistema de protección de riesgos profesionales, incorporando su cobertura con cargo a la acción protectora del sistema de seguridad social en virtud de Ley General de Seguridad Social de 22 de abril de 1966¹.

El empresario, como titular de un contrato de trabajo y organizador de la actividad productiva, está obligado a compensar, en su caso, el daño causado al trabajador. Sin embargo, en virtud de nuestro sistema de seguridad social, dicha compensación del daño se articula de forma objetiva y, por tanto, sin atender

1 A efectos de un estudio en profundidad de dicha evolución normativa recomendamos el siguiente trabajo de investigación, que analiza las fases de protección pública de los riesgos profesionales desde el reconocimiento inicial de la responsabilidad objetiva en materia de contingencias profesionales hasta el desarrollo del actual modelo de protección profesional. José Luis Monero Pérez y José Antonio Fernández Avilés. “Políticas públicas. Política preventiva y política de Seguridad Social”, en *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales* (Granada: Comares, 2005) 3-5.

al factor culpabilidad² y ello con independencia de las posibles sanciones que puedan proceder ante el incumplimiento de la normativa preventiva. Ello es posible gracias al obligado aseguramiento público de los riesgos profesionales y a la cobertura de las situaciones de necesidad por medio de las prestaciones sociales por contingencias profesionales. En efecto, estamos en presencia de un aseguramiento necesario, ya que las compañías privadas de seguros no pueden gestionar estos seguros sociales por contingencias profesionales dado que esta labor debe realizarse sin ánimo de lucro, como prevé el art. 4.3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

La responsabilidad objetiva de la seguridad social prescinde del elemento subjetivo o volitivo. La finalidad es proteger al trabajador respondiendo ante los daños derivados del trabajo. Se trata de una primera respuesta que concede prestaciones que sustituyen los salarios dejados de percibir por el trabajador ante unas contingencias de naturaleza profesional. En estos casos, la acción protectora de la seguridad social sustituye la responsabilidad directa de la empresa y, en concreto, la entidad gestora o la mutua realizan el pago de las prestaciones en virtud del correspondiente seguro obligatorio para la empresa, lo que permite socializar el coste de la protección social³.

Estamos, pues, en presencia de una respuesta pública a situaciones de necesidad del trabajador que sufre como consecuencia del estado provocado por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional. Legalmente la obligación de aseguramiento persigue la reparación efectiva del daño, aun siendo de forma limitada, e intenta dar respuesta a situaciones de necesidad. Ello conecta la responsabilidad con la finalidad social de tutela del trabajador que se encuentra en situación de necesidad personal derivada de contingencias profesionales, que supone la pérdida de la capacidad laboral, así como la necesidad de atención mediante la asistencia sanitaria.

La responsabilidad objetiva en materia de seguridad social deriva de la obligación reparadora del empresario⁴. La protección efectiva del trabajador se

2 La empresa no puede eludir en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales el cumplimiento de su obligación reparadora. Por tanto, el carácter objetivo de la responsabilidad implica que la empresa deberá responder con independencia de culpa o negligencia, con el objetivo de asegurar la tutela del trabajador.

3 La protección del accidente de trabajo se ha desplazado desde un sistema de la responsabilidad del empresario hacia un sistema de seguro social. Con todo, se sigue admitiendo que subsiste una remota imputación de responsabilidad al empresario y un correspondiente aseguramiento social de su responsabilidad. Miguel Rodríguez-Piñero, “El derecho de daños y la responsabilidad por accidente de trabajo”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 2003, 24-27.

4 La jurisprudencia entiende que el régimen de aseguramiento del accidente de trabajo y enfermedades profesionales es un supuesto de responsabilidad objetiva, en el que el sujeto asegurado es el propio empresario responsable de la reparación del daño. España, Sentencias (RJ 2000, 9635; RJ 2004, 4391; RJ 2004, 5165; C. Valenciana, AS 2010, 131; Cataluña, JUR 2010, 376644).

consigue de este modo objetivando la responsabilidad y vinculándola a la presencia de un riesgo laboral. La legislación impone al empresario la necesidad de reparar los daños que el trabajador pueda sufrir como consecuencia del desarrollo de su actividad laboral, y ello debido a la condición del empresario como parte del contrato de trabajo y de su obligación en materia de salud laboral. En este punto, cobra sentido la objetivación de la responsabilidad, ya que el empresario deberá reparar los daños originados al trabajador y, de este modo, se puede dar una respuesta a los siniestros laborales, incluso cuando se produzcan mediante situaciones de caso fortuito.

El trabajador tendrá, con base en la responsabilidad objetiva, derecho a las prestaciones de la seguridad social previstas legalmente como medio de respuesta a la situación de necesidad y en función a las causas tasadas⁵. Con carácter general, la responsabilidad empresarial está vinculada al marco jurídico de la seguridad social. De este modo, la responsabilidad empresarial en materia de seguridad social solo alcanzará a las contingencias previstas; es decir, solo resarcirá los daños configurados legalmente, como contingencias profesionales, y la respuesta tendrá en cuenta las cuantías tasadas de manera legal. Esto tiene incidencia en materia de compatibilidad de prestaciones y recargo de prestaciones, en particular, en el caso de culpa del empresario, ya que se permite la proyección de posibles indemnizaciones económicas adicionales. Esta consecuencia se encuentra prevista en los artículos 164.3 y 168.3 de la LGSS⁶.

La seguridad social se hará cargo de las prestaciones por incapacidad temporal e incapacidad permanente derivadas de contingencias profesionales, así como de la correlativa asistencia sanitaria y, en su caso, los correspondientes tratamientos de rehabilitación que pueda necesitar el trabajador afectado por las lesiones. Esta responsabilidad se encuentra acotada como medio de garantía de su carácter objetivo. Ello significa que una vez asegurado el riesgo por contingencias profesionales, el trabajador se encuentra protegido y cubierto desde el punto de vista de la seguridad social y, en definitiva, la empresa estaría exonerada de cualquier tipo de responsabilidad en este ámbito específico. En efecto, la configuración de la responsabilidad de naturaleza objetiva permite la garantía de una protección de los trabajadores más amplia, se circunscribe a la tutela respecto de los daños sufridos por el trabajador y se configura como una obligación de seguridad social ante situaciones derivadas de contingencias profesionales. Sin embargo, ello no excluye los casos en los que existe responsabilidad civil o criminal,

5 La responsabilidad se encuentra acotada como medio de garantía de su carácter objetivo. En este sentido, se ha indicado que “el aseguramiento surge, así, el efecto de derivar la responsabilidad hacia la Seguridad Social que hará frente a esta responsabilidad objetiva”. Carlos Alfonso Mellado, *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1998), 27-28.

6 España, Real Decreto Legislativo (8/2015), sobre la aprobación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

que, junto a la prestación correspondiente, el trabajador o sus derechohabientes podrán reclamar las correspondientes indemnizaciones económicas⁷.

El carácter objetivo de la responsabilidad empresarial independiza la cuantía de la prestación del resultado lesivo. Dicho daño se puede compensar mediante el posible complemento del recargo de prestaciones y la responsabilidad civil, prestaciones todas ellas plenamente compatibles⁸. En el ámbito de la compensación civil, estamos ante una responsabilidad privada de la empresa que tiene naturaleza independiente y responde a criterios de ordenación autónomos, aún concurrentes en la práctica⁹. De este modo, la responsabilidad privada complementa el sistema de protección social público de carácter mínimo y obligatorio y resarce a la víctima mediante la indemnización económica del daño causado que sobrepasa la cobertura pública.

Ello tiene, irremediamente, junto al fin reparador, una clara voluntad prevencionista que fomenta el cumplimiento de las normas preventivas. El sistema de responsabilidad, ciertamente riguroso, permite la interacción de distintas modalidades de responsabilidad. Por tanto, el sistema se aleja de una fórmula que implique la plena asunción del coste de la responsabilidad empresarial por parte de la seguridad social en materia de riesgos profesionales. De suerte que los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no estarían íntegramente protegidos mediante la acción protectora de la seguridad social y se mantendría el mecanismo de la indemnización empresarial como medida justa y complementaria de refuerzo del régimen de responsabilidad.

CONTENIDO DE LA ACCIÓN PROTECTORA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO: LA RESPUESTA ESPECIAL A LOS RIESGOS PROFESIONALES

La primera modalidad de protección del trabajador, como víctima de la siniestralidad, proviene del sistema de protección social público de carácter mínimo y obligatorio. En este sentido, debemos destacar que en el caso de los riesgos

7 España, Ley General de Seguridad Social (1966), sobre las normas generales del sistema de la Seguridad Social, art. 168.3.

8 La responsabilidad objetiva de la seguridad social se configura genéricamente y de forma universal sin atender al resultado lesivo directo. Ello supone desplegar la acción protectora en determinados casos que pueden dar lugar a soluciones no equitativas y que no compensan adecuadamente el resultado lesivo. Es cierto que ello va a requerir la acción conjunta con la responsabilidad civil contractual por negligencia empresarial, debido a la relación de causalidad entre el comportamiento de la empresa y el daño laboral. España, Sentencias (RJ 2004, 1828; C. Valenciana, AS 2010, 594; Galicia, JUR 2011, 48523; Murcia, JUR 2012, 365865).

9 Véase el trabajo de Aurelio Desdentado Bonete y Ana de la Puebla Pinilla, “Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones”, en *Cien años de seguridad social* (Madrid: Fraternidad, Muprespa y UNED, 2000), 639-640. José Luján Alcáraz, “La responsabilidad civil del empresario frente al trabajador en supuestos atípicos”, *Aranzadi Social*, volumen v, 1999, 181.

profesionales legalmente se articula una protección específica y diferenciada. Con carácter general, la respuesta de la seguridad social a las contingencias profesionales es mucho más favorable que a los riesgos comunes, dando lugar a un régimen privilegiado que fomenta la respuesta automática ante el daño laboral¹⁰.

Sin duda, la protección reforzada aumenta, asimismo, debido a la noción amplia de accidente de trabajo aplicada por la jurisprudencia. Con carácter general, se aprecia un alivio de la necesaria relación de causalidad entre el trabajo y el daño causado. Ello se debe a la presunción del accidente de trabajo en términos laborales que casi se limita a la exención de responsabilidad a los supuestos extraordinarios de fuerza mayor o dolo o imprudencia temeraria del trabajador¹¹.

Sin duda, existe una importante vinculación entre la figura del accidente de trabajo y la función preventiva de los riesgos laborales. Existe una evidente conexión normativa entre el art. 4.3 LPRL, que se refiere al daño derivado del trabajo, y el art. 156 LGSS, que prevé el concepto de accidente de trabajo¹². La noción de accidente de trabajo o enfermedad profesional vienen a acotar desde el punto de vista de la seguridad la noción de daño laboral, que define nuestra legislación a efectos preventivos. Ello comprende cualquier tipo de lesión a la integridad física o salud de los trabajadores, sin referirse expresamente a la noción jurídico-técnica empleada a efectos de seguridad social. Desde luego, el daño se refiere, de forma general, a cualquier resultado lesivo derivado del trabajo, en el lugar de trabajo y durante el cumplimiento de la jornada de trabajo. A diferencia del concepto de accidente de trabajo que protege otras situaciones como las figuras del accidente *in itinere* o el accidente en misión. Con todo, conviene destacar que desde la perspectiva preventiva la noción de daño es extensiva y no solo se refiere al daño laboral efectivamente producido, sino a cualquier daño futuro o potencial que pueda generar situaciones de peligro que desemboque en daño y que implique la necesidad de adoptar medidas preventivas que reduzcan o eviten dicha consecuencia, retrasando la reparación del resultado lesivo. Efectivamente, un mayor celo preventivo de la empresa evita las consecuencias lesivas y relega la intervención de la función reparadora de la seguridad social¹³.

10 Vid. Manuel Alonso Olea, “La seguridad social: presente, pasado y futuro” en *Cien años*, 181. José Vida Soria, “Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de Seguridad Social”, en *Cien años*, 37-38.

11 Sobre las técnicas de flexibilización jurisprudencial de la relación de causalidad en el accidente de trabajo. Vid. María Fernanda Fernández López, “Accidente de trabajo y relación de causalidad”, en *Cien años*, 325-326.

12 Ley General de Seguridad Social (1966), arts. 115-117. El vínculo jurídico es inevitable y alude a dos dimensiones específicas, la preventiva y la protección social. Se trata, ciertamente, de dos perspectivas jurídicas estrechamente vinculadas y lo mismo podría decirse respecto de la enfermedad profesional, en relación con su conexión con el trabajo.

13 En relación con la corriente que demanda la progresiva desconexión del accidente de su estricta causa profesional. Vid. Federico Durán López, Gregorio Tudela Cambronero y Yolanda Valdeolivas García,

La protección se activa automáticamente ante situaciones de necesidad por medio de prestaciones sociales y asistencia sanitaria. En el caso de las contingencias profesionales, la protección es más intensa y la automaticidad de la protección prima en comparación con la protección por riesgos comunes. Y ello, a pesar de que el estado de necesidad generado es igual en caso de accidente o enfermedad profesional, como en el accidente o enfermedad común. Con carácter general, el privilegio en materia de protección se traduce en una prestación más elevada y sin periodos previos de cotización en caso de contingencias profesionales, que se complementa con una asistencia sanitaria más completa. Es decir, se asegura una asistencia sanitaria compleja que, al tratarse de riesgos profesionales, abarca prestaciones complementarias de rehabilitación y prestaciones farmacéuticas especiales.

Por ende, es preciso señalar que el seguro se aplica en función de un sistema de cotización distinto al de las contingencias comunes. Esta cotización por contingencias comunes se realiza por medio de la cuota empresarial única, ya que el trabajador no cotiza por un riesgo que no genera, y dicha cotización varía según el grado de peligrosidad de la actividad laboral organizada por la empresa. Desde el punto de vista de la base de cotización por contingencias profesionales, esta puede ser superior, ya que se tienen en cuenta las horas extraordinarias, pues a mayor tiempo de trabajo mayor riesgo de siniestralidad. Por tanto, en esos casos la cuota a ingresar será más elevada y dará lugar una mayor cuantía de la prestación desde el punto de vista contributivo. La base reguladora aplicable para el cálculo de la prestación es superior y coincide a efectos de seguridad social con el salario percibido por el trabajador.

Por su parte, la cuantía de la prestación económica de la capacidad temporal por contingencias profesionales equivale al 75 % de la base reguladora que se genera desde el día siguiente a la baja y el trabajador tiene derecho al salario íntegro del día en que sufrió el accidente o la enfermedad profesional. En el caso de la enfermedad profesional se prevé en materia de incapacidad temporal un supuesto de baja preventiva. Concretamente, se establece una fase de observación de la enfermedad que abarca un periodo de seis meses, que se puede prorrogar hasta doce más si ello es necesario para el análisis y evaluación a efectos de diagnóstico de la enfermedad profesional. En caso de contingencia profesional se reconocen las indemnizaciones por fallecimiento y las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, ajenas al sistema de cobertura de contingencias comunes.

Todo ello contrasta con la protección en caso de incapacidad temporal por contingencia común, que permite una prestación equivalente al 70 % de

.....
Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España (Madrid: Edisofer, 2008), 49.

la base reguladora del cuarto —los tres primeros son de cuenta del trabajador, salvo mejora en convenio colectivo o en contrato— al vigésimo día de la baja. La cuantía de la prestación se calcula aplicando el 75 % a la base reguladora, a partir del vigésimo día de baja. La incapacidad temporal por contingencias comunes se extiende a partir del cuarto día y desde el cuarto al decimoquinto día la prestación la paga completa el empresario. Posteriormente pagaría el empresario por delegación a partir del decimosexto día, lejos del sistema de pago por delegación desde el primer día de prestación que opera para la incapacidad temporal de naturaleza profesional. Sin duda, el origen de esta diferencia es atajar la proyección del absentismo laboral por la vía de las contingencias comunes, cuyo control del fraude es más complejo. Con todo, ello supone un evidente desfavor en relación con la protección y compensación de los estados de necesidad, que afecta tanto a la propia dinámica de la prestación como a la cuantía de la prestación económica.

Otra diferencia se aprecia en el sistema de gestión y control de las bajas laborales por parte de las empresas que se acogen al sistema de mutuas. En muchos casos, se derivan las contingencias profesionales al sistema de contingencias comunes para reducir, considerablemente, el coste financiero empresarial derivado de las bajas laborales. Y ello, a pesar de que el nacimiento, duración y extinción corresponden a la entidad gestora de la seguridad social correspondiente, sin perjuicio de que las empresas puedan denegar o extinguir la protección por incapacidad temporal. Es cierto que el fraude en materia de bajas se puede reducir con un mejor sistema de control, sin necesidad de articular sistemas de protección heterogéneos en función de la naturaleza del riesgo profesional o común.

También se aprecian importantes diferencias desde el punto de vista de su garantía financiera. En el caso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el pago de la prestación económica es responsabilidad exclusiva e íntegra de la entidad gestora de la seguridad social o de la mutua aseguradora desde el primer día de la prestación. No obstante, también cabe el pago delegado del empresario que puede, igualmente, proceder al reembolso posterior. Por el contrario, en la incapacidad por contingencia común, el pago de la prestación entre el tercer y decimoquinto días corren por cuenta del empresario. Más allá de esos doce días, los restantes días los abona de igual manera el empresario, pero por delegación. Ello permite que la empresa pueda descontar el importe adelantado de las cuotas a ingresar en la seguridad social.

También cabe la posibilidad de aplicar el recargo de prestaciones económicas entre 30 % y 50 %, según la gravedad del incumplimiento. Ello solamente se produce en los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, lo cual permite mejorar la prestación de la seguridad social. El posible recargo de prestaciones se puede aplicar exclusivamente por concurrencia de culpa empresarial y se diferencia, pues, de la prestación por contingencias comunes o, incluso, por

contingencias profesionales cuando no existe culpabilidad empresarial, ya que se activa con base en criterios objetivos.

Con todo, se ha apuntado a la posibilidad, desde el punto de vista preventivo, de configurar una protección homogénea de las contingencias comunes y profesionales¹⁴. Ello supondría aplicar un tratamiento paritario a las contingencias desde el punto de vista de la acción protectora, asegurando un tratamiento transversal y homogéneo de los estados de necesidad, especialmente en el caso de las situaciones temporales. Con todo, se trata de cambios que implican profundos efectos en nuestro sistema público de seguridad social, en especial desde el punto de vista de la sostenibilidad y el equilibrio financiero del sistema. La extensión de la protección de los riesgos profesionales a los riesgos comunes implicaría un aumento del gasto social, derivado de la unificación de la acción protectora, lo cual repercutiría considerablemente en materia de la incapacidad temporal.

La protección homogénea de los riesgos también repercute en el sistema de cotización a la seguridad social. La posibilidad de una cotización igualmente homogénea supondría la supresión de la cotización específica en materia de contingencias profesionales¹⁵. Con todo, el aseguramiento de los riesgos profesionales en virtud del accidente de trabajo y enfermedades profesionales desempeña un papel esencial desde el punto de vista preventivo. La existencia de distintas primas empresariales a efectos de cotización, en función de la actividad laboral y del comportamiento empresarial en materia preventiva desempeña una función central de fomento de la salud y seguridad en el trabajo.

Desde el punto de vista de la responsabilidad jurídica, la unificación de la protección de los riesgos profesionales y comunes pasaría por derivar a la empresa el coste de la siniestralidad laboral, reduciendo el margen de acción de la responsabilidad objetiva del sistema. Ello repercutiría irremediabilmente desde el punto de vista preventivo, ya que la empresa debería aumentar los medios y las medidas preventivas para reducir el impacto de los resultados lesivos. Y aconseja, pues, la persistencia del sistema de beneficios o recargos en materia de cotización en función del comportamiento empresarial en la planificación y aplicación práctica de la prevención de riesgos laborales. De este modo, la protección homogénea simplificaría el complejo sistema de responsabilidad sancionadora o compensadora, relegando los mecanismos propios del seguro social. Y todo ello, debido al aumento de la exigencia de responsabilidad a la empresa en relación

14 A favor del tratamiento homogéneo a efectos de acción protectora respecto de las contingencias comunes y profesionales. Vid. Durán López, Tudela Cambroner y Valdeolivas García, *Informe sobre riesgos*, 49.

15 En relación con el sistema de cotización indiferenciada, como mecanismos positivo a efectos de prevención de riesgos profesional. Federico Durán López, *Informe sobre riesgos*, 80.

con la completa reparación del daño causado¹⁶, aunque supondría una pérdida de la respuesta automática de la protección social ante la situación de necesidad del trabajador.

EL EFECTO PREVENTIVO INHERENTE A LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA

Las prestaciones públicas pueden mejorarse libremente mediante la negociación colectiva. Estas mejoras complementarias permiten aumentar la protección por contingencias profesionales y su contenido sería obligatorio y vinculante por la fuerza normativa y eficacia jurídica de los convenios colectivos, según dispone el artículo 37.1 de la Constitución Española. Estamos, así, ante un sistema de refuerzo y mejora de la protección objetiva derivada de la acción protectora de la seguridad social.

Las medidas de seguridad social complementaria se configuran como un sistema de protección voluntario y de carácter privado articulado en virtud de la negociación colectiva¹⁷. Ello supone la cobertura de situaciones de necesidad no amparadas por las prestaciones sociales, creando nuevos ámbitos de tutela profesional. Por ejemplo, mediante la mejora de los tipos de cotización de las contingencias profesionales que se aplican a la base reguladora para calcular la prestación final o por el aumento directo o automático de prestación final, una vez producida la contingencia profesional.

Ello asegura un complemento al sistema público de prestaciones sociales por contingencias profesionales. Sin duda, en estos casos se produce un aumento del control y seguimiento de los riesgos profesionales por parte de la empresa, que si no se articula, en caso de siniestro laboral, la empresa debería responder patrimonialmente con sus propios recursos económicos. Ello permitiría sustituir el recurso a las pólizas de recursos privados que dan cobertura complementaria a las contingencias profesionales, especialmente relevante en el caso de la incapacidad temporal o en el caso de las prestaciones de invalidez o muerte por accidente.

Es cierto que se trata de un sistema de mejora que refuerza la respuesta a los daños laborales. En este sentido, conviene subrayar que las prestaciones sociales no llegan a cubrir suficientemente las consecuencias del resultado lesivo y,

16 Ciertamente, ello supondría la necesidad de ahondar en la necesidad de conseguir la plena reparación, organizando vías de resarcimiento y compensación eficaces. Aurelio Desdentado Bonete y Ana de la Puebla Pinilla, “Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones”, en *Cien años*, 663.

17 A efectos de profundizar en el tema se recomienda el estudio del siguiente trabajo de investigación. Gregorio Tudela Cambroner y Yolanda Valdeolivas García, *La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva* (Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009), 171-173.

por tanto, no reparan en su integridad las consecuencias lesivas. Ello se configura como una ampliación del aseguramiento público de los riesgos profesionales que permite ampliar la reparación del daño sufrido por trabajador. Asimismo, ello reduce el coste de la compensación privada que la empresa responsable debería soportar, en virtud de la responsabilidad civil dirigida a cubrir la totalidad del daño causado. Asimismo, la protección complementaria se configura como una vía agregada que se aplica de forma automática, sin tener que recurrir a reclamaciones por la vía de la responsabilidad jurídica y sin tener que esperar a las resultas de procesos judiciales.

EL FOMENTO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y LA REDUCCIÓN DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL: PRIMAS POR RIESGOS PROFESIONALES

La cotización a la seguridad social por contingencias profesionales supone un coste importante para las empresas desde el punto de vista de la gestión de sus recursos humanos. En los últimos años, la política pública en materia de riesgos laborales ha fomentado la reducción o aumento de las primas por riesgos profesionales con efectos preventivos y ello como medida de reducción de las tasas de siniestralidad laboral. En este sentido, debemos destacar la relevancia de la reducción o aumento para las empresas de las primas por contingencias profesionales a efectos de cotización, que se conecta con la propia planificación preventiva, así como con el grado de cumplimiento de las obligaciones preventivas¹⁸.

El régimen de primas por riesgos profesionales está orientado a fomentar la política de salud laboral en la gestión empresarial y a penalizar la inobservancia de las obligaciones preventivas previstas legalmente. De este modo, se intenta determinar un catálogo de primas diversas en función de la peligrosidad de la actividad laboral y del comportamiento empresarial en la gestión de los riesgos laborales, tomando como referencia el índice de siniestralidad real. El art. 146.3 de la LGSS y la Disposición Adicional 17.^a de la Ley 65/1997, del 30 de diciembre, contemplaban la necesidad de determinar un régimen variable de incremento o reducción de las cuotas patronales, en función de las circunstancias y el resultado de las medidas de prevención que permitan reducir la siniestralidad laboral. Ciertamente, el objetivo directo es estimular la acción preventiva en las empresas, dado que las empresas que incumplan sus obligaciones se verán penalizadas desde el punto de vista la cotización¹⁹.

18 Ley General de Seguridad Social (1966), art. 146.3.

19 Desde este sentido, se indica que prevalece el estímulo de la prevención de riesgos profesionales sobre la finalidad recaudatoria y financiera de la Seguridad Social. Yolanda Valdeolivas García, *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva* (Albacete: Bomarzo, 2012), 75.

A pesar del coste inherente a la aplicación de las medidas preventivas, no cabe duda de que se trata, en muchos casos, de un coste que tendría que aplicarse por imperativo legal de la asunción de las obligaciones preventivas. Si dichas obligaciones no se aplican, ello puede dar lugar a sanciones administrativas. Por otro lado, no debemos olvidar que su cumplimiento efectivo supone una vía de reducción del coste derivado de la reducción de las cuotas patronales a la seguridad social.

Esta ha sido, recientemente, la política en esta materia, basada en el fomento de la prevención del riesgo laboral, a cuyos efectos debemos tener en cuenta el Real Decreto 335/2004, del 27 de febrero, que revisa las tarifas de primas para la cotización a la seguridad social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales²⁰. La revisión de las actividades laborales era necesaria para el estímulo del cumplimiento de la normativa preventiva, revisando las tarifas aplicables. El avance ha consistido en abandonar la baremación de tarifas en función de riesgos genéricos de la actividad. En concreto, se ha conectado la cotización patronal con la peligrosidad efectiva del trabajo organizado y su siniestralidad real. Por tanto, la cotización no es homogénea para un sector de actividad, sino que se determinará en función de las circunstancias que afectan a cada empresa. Esta opción es plenamente compatible con el art. 146.3 LGSS, que permite beneficiar a la empresa cumplidora y, por el contrario, castigar por la vía de la cotización a las empresas que registren altos índices de siniestralidad.

Los umbrales, a efectos de índices de siniestralidad, se contemplan reglamentariamente en el Anexo II del Real Decreto 231/2017. Dicha disposición reglamentaria prevé los índices de siniestralidad general según la actividad de la empresa y en función del tipo de cotización previstos por los códigos de la CNAE. Básicamente, se tienen en cuenta el volumen de la incapacidad temporal por contingencias profesionales generada (según los partes de baja), el fallecimiento de trabajadores o el reconocimiento de incapacidades permanentes en grado de total, absoluta o gran invalidez por contingencias profesionales. En relación con los accidentes de trabajo, se excluye del cómputo los accidentes de trabajo *in itinere* en aplicación del artículo 2.3 del Real Decreto 231/2017. Por otro lado, y como elementos correctores a efectos de ponderación, se tiene en cuenta la plantilla de la empresa, la presencia de la temporalidad y la actividad económica de la empresa. En este sentido, desde la perspectiva de la gestión empresarial, es preciso indicar la importancia de revisar las primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en caso de cambios de puesto de trabajo que conlleven un mayor índice de peligrosidad laboral.

.....
20 Esencialmente, este cambio de tendencia se produjo con la derogación del Real Decreto (2930/1979), que desarrollaba reglamentariamente el art. 108 de la LGSS, y que estimulaba de manera adecuada la aplicación de medidas de prevención en el ámbito de la gestión de los riesgos profesionales.

El Gobierno ajusta anualmente los tipos de cotización en función de los códigos de clasificación nacional de las actividades económicas (CNAE). Ello se produce teniendo en cuenta las nuevas actividades y ocupaciones que contiene dicha clasificación. La revisión del sistema tarifa es más dinámico y permite atender a las circunstancias que inciden en los índices de siniestralidad. La evaluación progresiva y dinámica de las bonificaciones o recargos es un sistema idóneo que permite valorar de forma efectiva la concreta evolución de la actividad preventiva, así como el nivel de siniestralidad generado. Precisamente, el Real Decreto 231/2017 contempla la reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a favor de aquellas empresas que hayan fomentado la aplicación de medidas preventivas y hayan reducido los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales²¹. Sin duda, todo ello presenta inevitablemente el problema de gestión de un sistema basado en el registro y seguimiento de la siniestralidad laboral, que requiere de un potente sistema de información y procedimientos de inspección y control contemplado en el artículo 2 del Real Decreto 404/2010). Este procedimiento requiere de un análisis individualizado de cada empresa.

Es evidente que, desde esta perspectiva, la promoción empresarial de la seguridad y la salud laboral tiene de igual manera efectos económicos para la empresa, que se puede beneficiar del hecho de soportar menos costes en el aseguramiento de los riesgos profesionales, si en efecto se fomenta la prevención en sus centros de trabajo. Esto favorece a aquellas empresas que menos siniestralidad registren, las cuales soportarían una menor cotización²². Con todo, es preciso destacar el impacto de estas medias en el ámbito de la pequeña y mediana empresa. Este modelo empresarial, ampliamente extendido en nuestro país, tiene, asimismo, menos trabajadores y menores posibilidades de invertir en la prevención de riesgos laborales. Sin duda, se deberían contemplar medidas adicionales y específicas para incentivar en este tipo de empresas la promoción de políticas preventivas en la gestión de la actividad laboral.

Concretamente, se trata de una reducción de las primas por contingencias profesionales, a efectos de la cotización hasta un 10%, cuando se apliquen medidas preventivas adecuadas y eficaces desde el punto de vista de la siniestralidad laboral. Con relación a los índices reductores se puede concretar una reducción de hasta un 5% del importe de las cuotas empresariales por contingencias profesionales y ello en función del periodo de evaluación del comportamiento de la

21 Mediante Órdenes Ministeriales de desarrollo se concreta el procedimiento y plazos para presentar por parte de las empresas las solicitudes de informe propuesta para poder beneficiarse de los incentivos a la cotización. Vid. España, Órdenes (TIN 1448/2010; TIN 1512/2011; ESS 1368/2012).

22 En este sentido, se habla de técnica “bonus-malus” en el sistema de aseguramiento y cotización de los riesgos profesionales con fines de fomento de la prevención de riesgos laborales. Vid. Yolanda Valdeolivas García, “La técnica bonus-malus aplicada a la prevención de riesgos laborales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 1 (2003). www.iustel.com

empresa. En este punto, se observará y valorará el número de ejercicios naturales consecutivos previos a la solicitud, que no hayan formado parte de una solicitud anterior, con el máximo de cuatro ejercicios. Y, en su caso, la reducción podrá alcanzar hasta el 10 % cuando previamente se haya alcanzado el incentivo, teniendo en cuenta las inversiones realizadas en materia preventiva que la empresa deberá aportar y acreditar documentalmente²³. Se trata, con carácter general, de inversiones en instalaciones, procesos o equipos con fines preventivos que permitan reducir o eliminar los riesgos laborales.

Por el contrario, si la empresa muestra un comportamiento reincidente en la inobservancia de las obligaciones preventivas, el importe de las primas por contingencias profesionales puede incrementarse en un 20 %²⁴. Actualmente, se potencia la perspectiva del beneficio o bonificación en la cuota. El recargo o penalización solo se aplica como medida cuasisancionadora, ya que la inspección de trabajo puede adoptar este tipo de medida una vez finalizada su labor de evaluación del sistema de prevención aplicado por la empresa. En este sentido, la concreta penalización de igual manera convive con otras posibles medidas como el recargo de prestaciones o la pérdida de las bonificaciones sobre las cotizaciones a la seguridad social que, como decimos, pueden ser comprobadas por la propia inspección de trabajo.

Desde el punto de vista del trabajador, estas medidas de cotización empresarial no inciden en la protección de la víctima de accidente de trabajo. Dicha protección será esta, sin tener en consideración el comportamiento empresarial en la gestión de los riesgos profesionales. A excepción, claro está, de aquellos supuestos en los que la actuación de la empresa implique la posibilidad aplicar el recargo de prestaciones o la asunción directa en el abono de las prestaciones por parte de la empresa en casos de culpa o negligencia. Al margen de estos casos, la protección que recibe el trabajador será la misma y no se ve afectada por una menor cotización.

Sin duda, el éxito del sistema depende, en última instancia, del propio equilibrio financiero y del carácter sostenible del sistema público de seguridad desde la perspectiva de las contingencias profesionales. El sistema de incentivo

23 Se tienen en cuenta otros factores como una cotización durante la fase de observación superior a 5000 euros y estar al corriente de las obligaciones de cotización, no rebasar los índices de siniestralidad general y extrema, no haber sido sancionada por resolución firme en vía administrativa, autodeclaración de las actividades preventivas y cumplimiento de obligaciones máxima, incluida la existencia de representación de los trabajadores; haber incorporado recursos propios preventivos, como trabajadores designado o servicio de prevención propio y ampliar los recursos propios existentes, realizar auditorías externas, existencia de planes de movilidad vial para prevenir los accidentes de trabajo en misión e *in itinere*, acreditar la disminución del trabajadores de trabajadores expuestos a riesgos de enfermedad profesional y presentar certificado de calidad de la organización y funcionamiento del sistema de prevención de riesgos laborales.

24 Ley General de Seguridad Social (1966), art. 146.3

mediante la cotización patronal por contingencias profesionales se financia con cargo al Fondo de Prevención y Rehabilitación, que se dota con el 80 % del exceso de excedentes provenientes de la gestión de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales²⁵. Desde la perspectiva de la seguridad social, el descenso en los ingresos vía cotización se compensaría por un descenso de las prestaciones por contingencias profesionales, consecuencia directa de los efectos positivos derivados de las medidas de prevención de riesgos laborales.

LA EXIGENCIA DE RESPUESTA DIRECTA DEL EMPRESARIO EN CASOS DE AUSENCIA O INSUFICIENCIA DE ASEGURAMIENTO DE LOS RIESGOS PROFESIONALES

La responsabilidad propia del empresario se desplaza a la seguridad social cuando existe el correspondiente seguro social y ello depende del cumplimiento efectivo de los requisitos de afiliación, alta y cotización. Ello supone asegurar las contingencias profesionales y, cumplido dicho aseguramiento, el empresario se vería liberado de la responsabilidad objetiva. En caso de incumplimiento de estas exigencias, el empresario será responsable del pago de las prestaciones por las contingencias profesionales, así como, en su caso, del coste de los tratamientos médicos y rehabilitantes²⁶. Ante las situaciones efectivamente declaradas y mediante cotización a salario real, el sistema de seguridad social responde al asegurar las contingencias y asumir el coste de la protección. Con ello, se exonera al empresario de su responsabilidad directa.

La empresa responderá, en su caso, obligatoriamente cuando no medie aseguramiento o cuando este sea parcial o insuficiente, sin perjuicio del recargo de prestaciones u otras responsabilidades especiales, por concurrir culpa o negligencia de la empresa. Por tanto, si el aseguramiento no se realiza de forma adecuada, el empresario deberá responder solo de los daños y deberá afrontar el pago de las prestaciones. Ello sin necesidad de demostrar culpabilidad, ya que, como hemos analizado, nos movemos en el ámbito de una responsabilidad de naturaleza objetiva. En este sentido, debemos destacar especialmente la repercusión de los casos de falta de cotización o de infracotización. En especial, este último supuesto es más común en la práctica y viene a ocultar la existencia de sobresueldos no declarados, lo cual repercute a efectos del aseguramiento de los riesgos profesionales.

Como sabemos, la empresa deberá tener asegurada esas contingencias de forma obligatoria mediante la correspondiente afiliación a la seguridad social de

25 En este sentido, conviene destacar que las mutuas solo podrán disponer del 3 % del fondo en cada ejercicio y si estos son insuficientes la mutua podrá acordar el recurso a reservas voluntarias o detraer parte de las reservas obligatorias hasta el límite previsto en el reglamento.

26 Ley General de Seguridad Social (1966), art. 167.2.

sus trabajadores, que pueden sufrir un daño laboral y ello como medio para no desplazar al empresario solo en el coste de dicha responsabilidad. Se trata de casos en los que el incumplimiento empresarial en relación con los deberes de alta y cotización impide al trabajador, como beneficiario, el acceso a la prestación y ello activa la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones²⁷. En estos casos, el beneficiario no necesita acreditar periodo de carencia para acreditar el derecho a la prestación, debido a la propia naturaleza profesional de la contingencia, así como a la propia proyección del incumplimiento empresarial²⁸.

Desde esta perspectiva, y por el interés público de la prevención de riesgos laborales, se socializa la responsabilidad en virtud de las prestaciones de la seguridad social, que intentarán reparar el daño derivado de la situación de necesidad. No obstante, todo ello depende de que la empresa haya dado de alta a los trabajadores en la seguridad social y cotice por ellos. Ello supone asegurar las posibles contingencias profesionales futuras, siendo la cuota de contribución empresarial diferente, en función del riesgo general. De este modo, las primas correspondientes varían legalmente en función de la actividad, aplicándose recargos en actividades peligrosas. Asimismo, los porcentajes serán sensiblemente inferiores en función del grado de cumplimiento y de la eficacia de las medidas preventivas aplicadas por la empresa²⁹.

Dichos incumplimientos empresariales, en relación con el aseguramiento de las contingencias profesionales, pueden deberse a distintos aspectos que afectan a la relación jurídica de seguridad social. En este aspecto, podemos destacar la ausencia de afiliación y alta del trabajador que deberá practicarse desde el mismo momento de inicio de la actividad laboral³⁰, lo se produce en cualquier supuesto en el que se haya producido la efectiva prestación de servicios. Incluso en los supuestos de nulidad del contrato de trabajo, como sucede con las situaciones irregulares en las que se contrata a trabajadores extranjeros sin el correspondiente permiso de trabajo³¹, en los que están presentes los efectos de la economía sumergida.

Asimismo, la responsabilidad empresarial se genera en los supuestos de declaración de una cotización inferior a la que realmente debería practicarse,

27 Ley General de Seguridad Social (1966), art. 167.2.

28 España, Sentencias (AS 1987, 1647; RJ 1992, 4502; RJ 1999, 3005; RJ 1999, 3748; RJ 2000, 1436).

29 Ley General de Seguridad Social (1966), art. 146. España, Ley (26/2009), sobre Presupuestos Generales del Estado para el 2010: en su Disposición final octava, modificó la tabla de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, contenida en el apartado uno de la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, del 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2007, con efectos del 1 de enero de 2010 y con vigencia indefinida.

30 En relación con la obligación de cotizar a la Seguridad Social desde el inicio de la relación laboral. España, Canarias, Sentencia (AS 1996, 2884).

31 En relación con el caso de la situación irregular de los extranjeros y su protección social. España, Sentencias (RJ 2010, 1264; Murcia, AS 2010, 948; Cataluña, JUR 2012, 118371).

cotizándose, pues, por debajo del salario real. En estos casos de infracotización, y salvo supuestos acreditados de error de cotización que no muestren ánimo de incumplir, el empresario deberá hacer frente a la responsabilidad objetiva por la parte de la prestación no cubierta, en virtud de la cotización³². Por supuesto, la asunción plena de la responsabilidad por parte de la empresa corresponderá en casos de incumplimiento total de la obligación de cotizar, aunque en estos supuestos, la asunción directa y plena de responsabilidad se refiere a ausencias totales del cumplimiento. Es decir, incumplimientos constantes y reiterados que suponen que la empresa no está al corriente en el pago de sus contribuciones a la seguridad social. Sin embargo, ello no se producirá en los supuestos de incumplimientos ocasionales o parciales³³, en los que caben aplazamientos de pago o acuerdos de transacción en el pago con la Tesorería General de la Seguridad Social³⁴.

En estos casos, la responsabilidad de la empresa por los daños tiene especial trascendencia en materia de seguridad social, debiendo responder por los daños ocasionados en relación con las prestaciones ante el incumplimiento de las obligaciones empresariales en la materia. Como veremos, si las entidades gestoras adelantan las prestaciones por falta de respuesta empresarial, la empresa de igual manera deberá responder ante las propias entidades que asuman los gastos en prestaciones como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones esenciales del aseguramiento de los riesgos profesionales.

En definitiva, la empresa deberá hacer frente a las posibles prestaciones que se produzcan cuando no medie el aseguramiento y tampoco podrá desvincularse de su responsabilidad en relación con el recargo de prestaciones de la seguridad social³⁵, sin olvidar la responsabilidad adicional existente de acuerdo con la reclamación del coste de la asistencia sanitaria cuando se declara la responsabilidad civil o penal³⁶. Y todo ello sin excluir, en caso de accidente de tra-

32 En relación al desplazamiento de la responsabilidad al empresario en casos de infracotización. España, Sentencias (RJ 1993, 9773; RJ 1998, 2874; País Vasco, RJ 1996, 3152).

33 En este sentido, “el desplazamiento de la responsabilidad no debe producirse cuando los descubiertos son ocasionales o esporádicos y de corta duración, pues un simple retraso o impago de cuotas no puede constituir un motivo de asunción de responsabilidad”. En estos casos, se entiende que la empresa no tiene una voluntad deliberada de incumplir su obligación. España, Sentencias (RJ 2000, 2058; Madrid, AS 2005, 1213; Madrid, JUR 2006, 184158; Andalucía-Sevilla, AS 2008, 219).

34 La responsabilidad se deriva de la falta de ingreso de cuotas a partir del segundo mes siguiente a la fecha en que expira el plazo reglamentario. Esta responsabilidad no se aplica a las cotizaciones practicadas fuera de plazo cuando media el correspondiente aplazamiento o fraccionamiento del pago. España, Sentencias (RJ 2000, 2058; RJ 2010, 2135; RJ 2009, 7740; RJ 2007, 4804; RJ 2008, 2888; RJ 2004, 5165; RJ 2002, 320; RJ 2002, 589; RJ 2002, 628; RJ 2000, 1436).

35 Ley General de Seguridad Social (1966), art. 164.

36 Ley General de Seguridad Social (1966), art. 168; art. 127.3: el empresario deberá pagar los gastos sanitarios ocasionados cuando la prestación tiene su origen en hechos que den lugar a responsabilidad penal o civil del empresario. Y ello, claro está, sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que

bajo o enfermedad profesional, la respuesta privada ante los riesgos que exceden del obligado aseguramiento de los riesgos profesionales.

Especial mención merece el supuesto de incumplimiento del aseguramiento obligatorio en casos de subcontratación³⁷. La exoneración del empresario principal se produce en estos casos cuando no se libre la certificación negativa y durante el plazo de un mes del que dispone la Tesorería General de la Seguridad Social para practicarla. Por lo anterior, conviene indicar que la responsabilidad solidaria en orden a las prestaciones, no se encuentra sometida a plazo y podrá hacerse efectiva en cualquier momento, siempre que no prescriba el derecho³⁸. Por tanto, no es de aplicación el plazo de tres años que se proyecta sobre la responsabilidad solidaria en relación con las obligaciones laborales³⁹. Así, la empresa principal podrá responder solidariamente, junto con la empresa contratista, a las responsabilidades en orden al pago de las prestaciones. La responsabilidad de la empresa principal se producirá en los casos de contratación de obra y servicios correspondientes a su propia actividad. Al margen de este caso, no se producirá la solidaridad en materia de responsabilidad. Por otro lado, si la empresa contratista fuera declarada insolvente, la empresa principal resultaría responsable subsidiariamente, en aplicación de los artículos 42 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁰ y del 168 de la LGSS.

EL PAPEL QUE DESEMPEÑAN LAS MUTUAS EN MATERIA PREVENTIVA Y LA PREFERENCIA DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

Asimismo, conviene destacar que este aseguramiento cabe, igualmente, realizarlo mediante acuerdo con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad. El recurso a las mutuas es una fórmula extendida

.....

pudieran ejercer los trabajadores, el servicio sanitario o la mutua. Y, concretamente, las entidades que hayan respondido podrán reclamar el coste soportado, ya que la asistencia sanitaria tiene que satisfacerse al trabajador. En concreto, se pueden reclamar dichos gastos frente al empresario o cualquier otro personal de dirección o mando intermedio, que sea responsable penal o civilmente. En estos casos, es preciso destacar que incluso en los casos de responsabilidad del empresario por actos de sus subordinados el empresario es también responsable jurídicamente, ya que su responsabilidad puede devenir a título personal, ya sea directamente o solidariamente ante actos de sus empleados, o incluso subsidiariamente en los casos de responsabilidad penal. Concretamente, se podrán reclamar el pago de los gastos derivados de las prestaciones sanitarias y podrán intervenir en el proceso como terceros perjudicados. Por tanto, se trata de una reclamación de gastos médicos, independientes de la responsabilidad civil o penal, y a pesar de su autonomía, la reclamación del abono de gastos médicos podrá reclamarse en el proceso penal o civil, o bien un proceso independiente.

37 Ley General de Seguridad Social (1966), art. 168.

38 Ley General de Seguridad Social (1966), art. 168.

39 España, Estatuto de los Trabajadores, art. 44.3.

40 España, Real Decreto Legislativo (2/2015), sobre la aprobación el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

por su contribución en la posible gestión de los propios riesgos laborales. Las mutuas tienen una importancia desde el punto de vista preventivo, en su función de entidades privadas que colaboran en la gestión de la seguridad social, de igual manera pueden desarrollar funciones de gestión de los riesgos profesionales, como servicio de prevención ajeno para las empresas asociadas, cuando dichas mutuas estén acreditadas por la autoridad laboral, según lo previsto en el artículo 32 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁴¹.

Sin duda, la especialización de las mutuas en materia preventiva desempeña un papel importante de fomento del análisis y gestión preventiva de los riesgos profesionales, dada su experiencia profesional técnica. Las mutuas realizan labores de asesoramiento técnico, evaluación de riesgos y de las condiciones de trabajo, formación preventiva, además pueden proveer recursos en materia de medicina preventiva y seguridad en el trabajo. Todo ello exige la necesaria estructura, los recursos humanos y materiales al servicio de la gestión de la prevención de los riesgos laborales. Se trata de aspectos que las empresas deberán acreditar de forma fehaciente, demostrando que poseen suficiente capacidad preventiva. También, las funciones preventivas de las mutuas no se podrán confundir con su posible función de entidades colaboradoras de la seguridad social. Ello permite asegurar que el papel que desempeña la mutua como servicio especializado en materia preventiva no se configure como una función secundaria y de menor importancia. Dicha cautela se encuentra regulada en los artículos 80.2 y 98 de la LGSS, y, luego, desarrollada por el Real Decreto 1993/1995.

Sin duda, las mutuas pueden realizar una importante función de canalización de medidas que conecten la perspectiva preventiva y reparadora en función en su colaboración como servicio ajeno de prevención y entidad colaboradora de la seguridad social. Esto, gracias al trabajo técnico de seguimiento, asistencia y control del cumplimiento efectivo de las medidas preventivas. En caso de ausencia de aseguramiento con las mutuas, no debemos olvidar que la responsabilidad recae en cualquier caso sobre la empresa y esta tendrá que proceder a reparar el daño personalmente. La empresa será quien deba responder y abonar solo las prestaciones de la seguridad social derivadas de las contingencias profesionales.

EL ADELANTO DE LAS PRESTACIONES POR PARTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL: RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

La responsabilidad objetiva en materia de riesgos profesionales se produce en los casos de incumplimiento del empresario de las condiciones de aseguramiento. Con todo, y debido a la presencia de una situación de necesidad del trabajador,

.....
41 España, Ley (31/1995) sobre Prevención de Riesgos Laborales

como beneficiario de la protección, las prestaciones serán adelantadas por la mutua o entidad aseguradora y, en su defecto, por el propio empresario —siempre que pueda asumir el pago y no esté en situación de insolvencia empresarial— o por Instituto Nacional de la Seguridad Social, cuando ninguno de los sujetos responda o cuando no hay seguro de colaboración con mutua o entidad aseguradora⁴². De este modo, la ausencia o incumplimiento del seguro, así como la imposibilidad de poder abonar las prestaciones, no tendrá consecuencias negativas para el trabajador beneficiario de la prestación, ya que incluso en estos casos el INSS asumirá directamente el pago⁴³ a pesar de no existir incluso seguro.

En estos casos, sería de proyección la situación de alta automática o de pleno derecho a efecto de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales⁴⁴. Y ello, hasta el punto de que la protección se dispensa sin estar encuadrado el trabajador en el sistema de público de seguridad social por medio del alta de pleno de derecho, de forma que sin alta ni cotización y sin periodo previo de cotización hay respuesta de la seguridad social, sin perjuicio de la posible acción frente a la empresa, como sujeto responsable. No obstante, dicha reclamación de responsabilidad empresarial no impide el anticipo de la prestación por parte de la entidad gestora o mutua, con el propósito de asegurar el resultado de la protección efectiva⁴⁵.

Por otro caso, si existe declaración de insolvencia de la empresa se produce asimismo la responsabilidad subsidiaria del INSS y de la TGSS a efectos de pago de las prestaciones⁴⁶. En estos casos, se producirá el anticipo de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales de las que resulte responsable el empresario⁴⁷.

42 Ley General de Seguridad Social (1966), art. 167.3. Efectivamente, en estos casos la responsabilidad del INSS es carácter subsidiario y procede específicamente, como se ha reconocido jurisprudencialmente, en los casos de declaración efectiva de insolvencia del empresario. Éste es el sujeto responsable y, por tanto, al que inicialmente debe demandarse la prestación. En este mismo sentido, si la mutua adelanta las prestaciones puede igualmente reclamar al INSS el coste correspondiente. España, Sentencia (RJ 1996, 9646). Ciertamente, ni siquiera en caso de incumplimiento empresarial en sus obligaciones de alta y cotización libera al INSS, ya que en estos casos deberá otorgar la prestación al beneficiario. España, Sentencia (RJ 1995, 1751).

43 Ley General de Seguridad Social (1966), arts. 166.3 y 167.3.

44 Ley General de Seguridad Social (1966), arts. 166.3

45 Vid. María del Pilar Rivas Vallejo, “La responsabilidad empresarial en materia de seguridad social en caso de riesgos profesionales”, en *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, N. Pumar Beltrán, Coord., (Albacete: Bomarzo, 2006), 218-220.

46 Sobre los efectos de la declaración de la insolvencia y la posibilidad de admitir situaciones previas a la insolvencia empresarial. STS de 21 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2058).

47 Ley General de Seguridad Social (1966), arts. 167.3. En relación a la responsabilidad subsidiaria de las entidades gestoras en materia de anticipo de las prestaciones sociales derivadas de contingencias profesionales. Rivas Vallejo, “La responsabilidad”, 221-223.

CONCLUSIONES

La seguridad social puede influir en la seguridad y salud en el trabajo mediante técnicas de gestión y protección⁴⁸. La responsabilidad de seguridad social cumple con la función reparadora del daño producido al trabajador, atendido automáticamente a las situaciones de necesidad ligadas al resultado lesivo. Asimismo, dicha responsabilidad satisface el fin preventivo, aun siendo ello de forma indirecta. Esta función preventiva se consigue mediante distintos mecanismos analizados, en especial, mediante la reducción de la cotización por contingencias profesionales en caso de aplicación de medidas preventivas eficaces.

En España, la propia LGSS 1967 vino a relajar las exigencias jurídicas para la calificación del accidente de trabajo, concepto flexibilizado en favor de la víctima y ampliando sensiblemente la protección del riesgo profesional. Ello, sin duda, tiene efectos en materia de responsabilidad, ya que dicha ampliación de la noción de accidente de trabajo aleja la figura del sistema prevencionista, puesto que al ser un riesgo empresarial cubierto desincentiva su gestión y planificación desde el punto de vista preventivo⁴⁹. El avance fue esencial desde la perspectiva de la protección pública de los accidentes de trabajo, pero ello tiene consecuencias evidentes en materia de prevención de riesgos laborales, así como desde la configuración del régimen jurídico de responsabilidad empresarial. Sin duda, se amplía la cobertura social de la contingencia profesional y se reduce el impacto de la reparación privada de la siniestralidad, que tiene su origen en un déficit de prevención por parte de la empresa y, todo ello, claro está, con el objetivo de mejorar la protección de la víctima.

Las obligaciones preventivas y el necesario aseguramiento de los riesgos profesionales conviven de forma inescindible desde el punto de vista de la dinámica de los riesgos laborales y las situaciones de necesidad ligadas al daño. Y, por supuesto, un mejor sistema preventivo permite eludir las consecuencias del daño profesional y, por tanto, la derivación del coste al sistema de seguridad social, que responde mediante prestaciones económicas que sustituyen la carencia temporal o definitiva de rentas, así como mediante la prestación de la asistencia sanitaria. Desde el punto de vista de la responsabilidad, el objetivo no es otro que conectar las consecuencias del daño con la exigencia de responsabilidad del sujeto in-

48 Vid. José Luis Monereo Pérez y José Antonio Fernández Avilés, “Políticas públicas. Política preventiva y política de Seguridad Social”, en *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, (Granda: Comares, 2005), 116. En relación a las consecuencias derivadas de la ampliación de la cobertura del accidente de trabajo. Antonio Martín Valverde, “El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal’ en *Cien años de Seguridad Social*, (Madrid: Fraternidad, Muprespa, y UNED, 2000), 227-229.

49 En relación a las consecuencias derivadas de la ampliación de la cobertura del accidente de trabajo. Martín Valverde, “El accidente de trabajo”, 227-229.

cumplidor, así pues el aseguramiento público no asume totalmente la reparación íntegra del resultado lesivo⁵⁰.

Ciertamente, el aseguramiento de los riesgos profesionales fomenta la mejora y promoción de la seguridad y salud laboral, por ejemplo, mediante las primas a la cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional que tiene una finalidad preventiva, ya que éstas pueden intensificarse en la planificación preventiva de la empresa. De igual manera, dicho efecto se aprecia en el pago directo de la prestación durante la fase inicial de la incapacidad temporal si, efectivamente, las consecuencias del daño no están relacionadas con el trabajo⁵¹. La asunción de la reparación por parte de la seguridad social inmuniza al causante del daño de la compensación del daño laboral, que permite prevenir este tipo de situaciones de alto coste económico. Se trata de un tipo de coste que en muchos casos las pequeñas y medianas empresa no podrían hacer frente en función de las consecuencias del daño lesivo.

Por último, no cabe duda de que desde el punto de vista preventivo es mejor que el empresario asuma directamente el coste de la siniestralidad, en función de su cuota de culpabilidad y una vez evaluado el resultado lesivo. La cobertura de la acción protectora de la seguridad social solo compensa el estado de necesidad creado en función de la naturaleza profesional de su origen. Este es el sistema de responsabilidad español, una responsabilidad objetiva cubierta y asegurada por el sistema público de seguridad social, que convive con una posible responsabilidad subjetiva del empresario de contenido privado-patrimonial y que están en función del impacto de la acción u omisión en el incumplimiento de las obligaciones preventivas. Este reconocimiento de las contingencias profesionales por parte del sistema público de seguridad social se realiza en un primer momento, que activa la protección social directa y automática, pero luego se traslada al empresario el coste suplementario de la reparación íntegra del daño y, por tanto, tendrá que compensar el superior coste de las contingencias profesionales.

BIBLIOGRAFÍA

Alfonso Mellado, Carlos. *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

50 Durán López, *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, (Madrid: Presidencia del Gobierno, 2001), 237.

51 Sobre los efectos del aseguramiento de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales desde el punto de vista del fomento de la seguridad y salud en el trabajo. Vid. Danny Pieters, 'El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea' en *Cien años, 197-199*.

- Alonso Olea, Manuel. “La seguridad social: presente, pasado y futuro”, en *Cien años de seguridad social*. Madrid: Fraternidad, Muprespa y UNED, 2000.
- Cardenal Carro, Miguel. “El recargo de prestaciones y la nueva legislación sobre prevención de riesgos laborales. Comentario a la STSJ de Castilla y León/Burgos del 26 de enero de 1998; AS 1998, 37”. *Aranzadi Social*, n.º 1 (1998): 2484-2488.
- Correa Carrasco, Manuel. *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*. Madrid: Fundación Alternativas, 2007.
- Desdentado Bonete, Aurelio. “Responsabilidades por accidentes de trabajo: prestaciones de seguridad social, recargo e indemnización civil adicional”. En Nuria Pumar (coord.) *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*. Albacete: Bomarzo, 2006.
- Desdentado Bonete, Aurelio y Ana de la Puebla Pinilla. “Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones”. En *Cien años de seguridad social*. Madrid: Fraternidad, Muprespa y UNED, 2000.
- Desdentado Bonete, Aurelio y Magdalena Nogueira Guastavino. *La seguridad social en la unificación de doctrina (1991-1996)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- Durán López, Federico. *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*. Madrid: Presidencia del Gobierno, 2001.
- Durán López, Federico, Gregorio Tudela Cambronero y Yolanda Valdeolivas García. *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*. Madrid: Edisofer, 2008.
- Fernández López, María Fernanda. “Accidente de trabajo y relación de causalidad”. En *Cien años de seguridad social*. Madrid: Fraternidad, Muprespa y UNED, 2000.
- Fernández Marcos, Leodegario. *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (salud laboral)*. Madrid: Dykinson, 1996.
- García Murcia, Joaquín. *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*. 3.ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2003.
- Luján Alcaraz, José. “La responsabilidad civil del empresario frente al trabajador en supuestos atípicos”. *Aranzadi Social*, n.º 14 (1999): 9-18.
- Martín Valverde, Antonio. “El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal”. En *Cien años de seguridad social*. Madrid: Fraternidad, Muprespa, y UNED, 2000.
- Monereo Pérez, José Luis. *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid: Civitas, 1992.
- Monereo Pérez, José Luis y José Antonio Fernández Avilés. “Políticas públicas. Política preventiva y política de seguridad social”. En *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*. Granada: Comares, 2005.
- Pieters, Danny. “El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea”. En *Cien años de seguridad social*. Madrid: Fraternidad, Muprespa y UNED, 2000.
- Purcalla Bonilla, Miguel Ángel. *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*. Granada: Comares, 2000.

- Rivas Vallejo, María del Pilar. “La responsabilidad empresarial en materia de seguridad social en caso de riesgos profesionales”. En Nuria Pumar (coord.) *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*. Albacete: Bomarzo, 2006.
- Rodríguez-Piñero, Miguel. “El derecho de daños y la responsabilidad por accidente de trabajo”. En *Relaciones laborales*, tomo I, 2003.
- Sala Franco, Tomás y Francisco Arnau Navarro. *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente. “La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo”. *V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Pamplona: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- Tudela Cambroner, Gregorio y Yolanda Valdeolivas García. *La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009.
- Valdeolivas García, Yolanda. “La técnica *bonus-malus* aplicada a la prevención de riesgos laborales”. *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 1 (2003).
- Valdeolivas García, Yolanda. *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*. Albacete: Bomarzo, 2012.
- Vida Soria, José. “Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de Seguridad Social”. En *Cien años de seguridad social*. Madrid: Fraternidad, Muprespa y UNED, 2000.