CEOE
CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA "BONUS-BONUS" VS. "BONUS-MALUS"

ESTUDIO COMPARADO SOBRE UN SISTEMA DE INCENTIVACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Manuel Luque Parra
Anna Ginès i Fabrellas
Lucie Jubert
Alexis Larose
Lou Thomas
Javier Molina Vega
Lukas Bo Voelkel
Georg August
Maria Pilar Bover Castaño
Inmaculada Martínez Otero

Con la financiación de:
FUNDACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
DI-0003/2014

LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA "BONUS-BONUS" VS. "BONUS-MALUS"

ESTUDIO COMPARADO SOBRE UN SISTEMA DE INCENTIVACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

CEOE
CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

Con la financiación de:
FUNDACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
DI-0003/2014

Este informe es fruto del desarrollo de la Acción Directa DI-0003/2014 “Organización de actividades y divulgación general de la prevención de riesgos laborales 2015”, solicitada por CEOE y aprobada por el Patronato de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales (convocatoria 2014 de asignación de recursos).

CEOE no suscribe necesariamente las opiniones expresadas en el presente informe, que son responsabilidad exclusiva de sus autores.

DL: M-34258-2015

ISBN: 978-84-608-3498-4

Algunas imágenes utilizadas en este libro están diseñadas por Freepik.es

Director de la investigación

Manuel Luque Parra

Catedrático acreditado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Pompeu Fabra

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 11

2. EL MODELO ESPAÑOL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COTIZACIÓN POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES. 15

2.1. elimitación del contexto del sistema español de seguridad y salud laboral 15

2.1.1. El deber empresarial general de prevención de riesgos laborales: obligación de medios y diligencia empresarial cualificada. 16

2.1.2. La gestión de la prevención de riesgos laborales en la empresa: preferencia por la gestión externa de la prevención 17

2.1.3. La obligación empresarial de vigilar el estado de salud de los trabajadores. 17

2.1.4. Protección de las trabajadoras embarazadas y en período de lactancia y de los trabajadores especialmente sensibles. 19

2.1.5. Coordinación de la actividad preventiva en supuestos de pluralidad empresarial. . . . 22

2.1.6. La dimensión colectiva de la prevención de riesgos laborales: delegados de prevención y el comité de seguridad y salud laboral 24

2.2. El sistema español de responsabilidades empresariales en materia de seguridad y salud laboral 25

2.2.1. Recargo de prestaciones de la Seguridad Social 26

2.2.2. Responsabilidad civil por incumplimiento empresarial de la normativa de seguridad y salud laboral 26

2.2.3. Responsabilidad administrativa 27

2.2.4. Responsabilidad penal. 28

2.3. Cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales. ¿cómo incentivar la prevención de riesgos laborales. 30

2.3.1. Introducción. 30

2.3.2. Cotización variable por accidente de trabajo o enfermedad profesional y el problema del free riding 32

2.3.3. El sistema de incentivos en la cotización por contingencias profesionales introducido mediante el rd 404/2010: la baja siniestralidad laboral en la empresa . . 35

a. Empresas beneficiarias del sistema de incentivos a la cotización por contingencias profesionales 36

b. El nivel de siniestralidad laboral empresarial como variable fundamental para acudir al sistema de incentivos 37

c. Incentivo económico: devolución de las cuotas por contingencias profesionales . 39

d. Financiación y gestión administrativa del sistema de incentivos de la cotización por contingencias profesionales 39

e. Ausencia de penalización en la cotización por contingencias profesionales por incumplimiento de obligaciones sobre seguridad y salud laboral. 40

2.3.4. Conclusiones: actualización del sistema bonus-bonus e introducción de un sistema bonus-malus en la cotización por contingencias profesionales 42

3. EL MODELO FRANCÉS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COTIZACIÓN POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES. 47
3.1. Introducción 47
3.2. Delimitación del contexto del sistema francés de prevención de riesgos laborales 48
3.2.1. La obligación de prevención de riesgos laborales como una obligación de medios y no de resultados 48
3.2.2. La vigilancia de la salud laboral 48
3.2.3. Las obligaciones de prevención en relación con las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia y los trabajadores especialmente sensibles 49
3.2.4. Coordinación de la actividad preventiva en supuestos de pluralidad empresarial: responsabilidad compartida de las empresas implicadas en una misma operación . . 50
3.2.5. La dimensión colectiva de la prevención de riesgos laborales: delegados de personal y el comité de higiene, seguridad y condiciones de trabajo. 51
3.3. Breve descripción del sistema francés de responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. 52
3.3.1. Responsabilidad civil: el dolo y la falta inexcusable de la empresa es una excepción a la reparación tasada del daño 52
3.3.2. Responsabilidad penal. 54
3.4. El sistema francés de cotización a la Seguridad Social por contingenciasprofesionales 54
3.4.1. La reparación tasada del daño mediante prestaciones de la Seguridad Social y cotización a cargo exclusivo de la empresa. 54
3.4.2. Concepto de contingencias profesionales: la brecha entre los riesgos laborales y las contingencias indemnizadas afecta al sistema bonus–malus 56
3.4.3. El sistema bonus–malus en la cotización por contingencias profesionales como medio para incentivar la prevención de riesgos laborales 58
a. El difícil equilibrio entre financiación equilibrada del sistema, incentivos a la prevención y no sobredimensionar la cotización por contingencias profesionales . . 58
b. La base para el cálculo de la cotización patronal por accidente de trabajo y enfermedad profesional 59
c. La asunción relativa de la siniestralidad por la fijación de un tipo bruto. 60
d. La definición del tipo neto por aplicación de cuatro incrementos 62
e. Más allá del tipo de cotización: incentivos a la prevención 63
f. El impacto de la culpa inexcusable del empleador. 65
3.4.4. Conclusiones del sistema francés de incentivación en la cotización por contingencias profesionales. 66

4. EL MODELO ALEMÁN DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COTIZACIÓN POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES 69
4.1. Introducción 69
4.2. Delimitación del contexto del sistema alemán de prevención de riesgos laborales 72
4.2.1. Introducción. 72
4.2.2. La organización de la prevención: aspectos sustantivos y colectivos 77
4.2.3. Protección de trabajadores especialmente sensibles 79
4.2.4. Pluralidad empresarial y la coordinación de la actividad preventiva 81
4.3. Breve descripción del sistema alemán de responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral 81
4.3.1. Prestaciones sociales y responsabilidad civil. 81
4.3.2. Responsabilidad administrativa 86

4.3.3. Responsabilidad penal. 88
4.3.4. Responsabilidad laboral 89
4.4. El sistema alemán de cotización por contingencias profesionales y el sistema de bonus . . . 90
4.4.1. Introducción. 90
4.4.2. El seguro de accidentes de trabajo en alemania 91
a. Mutuas de accidente de trabajo 92
b. Ámbito funcional del seguro de accidente de trabajo 92
c. Las mutuas de seguros de accidentes de trabajo y las aseguradoras para el sector público 92
4.4.3. Financiación 94
a. Cálculo del pago de cotizaciones a abonar por cada una de las empresas aseguradas. 95
b. Salario de los trabajadores 95
c. Tarificación del riesgo 96
d. Composición de las diversas tarifas. 97
e. Cálculo del índice de riesgo 98
f. Beitragsfuß 99
g. Cálculo de la cuota. 99
h. Descuentos e incrementos en la cuota 101
4.4.4. Sistema de bonus 102
a. Deber de informar de los accidentes 102
b. Libertad de las mutuas de accidentes de trabajo en el incremento de las cotizaciones ante empresas con alta siniestralidad 103
c. Incentivos de prevención. 103
d. Pago de cuotas 103
4.4.5. Conclusiones 105

5. CUADRO COMPARATIVO DEL SITEMA ESPAÑOL, FRANCÉS Y ALEMÁN 109
5.1. Cuadro comparativo sobre el sistema de prevención de riesgos laborales 109
5.2. Cuadro comparativo sobre el sistema de cotización en materia de Seguridad Social por contingencias profesionales y el sistema de bonus 111

6. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA A LA LUZ DEL ESTUDIO COMPARADO 113

1. INTRODUCCIÓN

El sistema de cotización por contingencias, tanto comunes como profesionales, del ordenamiento jurídico español está constantemente en entredicho. Es genuinamente complejo diseñar un modelo de cotización que garantice, a la vez, el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social, la protección de los trabajadores ante situaciones de necesidad y niveles de cotización que no resten competitividad en términos de costes empresariales.

Más compleja todavía, es el Sistema de Cotización por Contingencias Profesionales que, además de los anteriores, requiere que resulte adecuado en términos de prevención de riesgos laborales. Esto es, **la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales debe alcanzar**, asimismo, **el objetivo de incentivar** a las empresas a adoptar las medidas necesarias para garantizar **la seguridad y salud de sus trabajadores.**

La cotización por contingencias profesionales variable en atención del nivel de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales registradas en una empresa permite incentivar la prevención de riesgos laborales. Por un lado, permite adecuar el coste empresarial relativo a la cotización por contingencias profesionales a sus niveles reales de siniestralidad y, por otro, traslada el coste de las prestaciones públicas abonadas al trabajador accidentado o sus causahabientes a la empresa causante y responsable de la contingencia.

Según la teoría económica, la íntegra asunción de los costes derivados de la contingencia por parte de su causante es requisito necesario para alcanzar un nivel adecuado de prevención de riesgos laborales.[1] **Mediante un aumento o reducción de la cuota de cotización a la Seguridad Social, la empresa asume el coste total de las prestaciones públicas** por contingencias profesionales registradas en la empresa y se generan incentivos de prevención para reducir el número de contingencias profesionales y, en consecuencia, reducir las cotizaciones sociales.

[1] Por todos, véase Shavell, S., Foundations of Economic Analysis of Law, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge–London, 2004, p. 237 y Thomason, T., "Economic incentives and workplace safety", en Roberts, K., Burton, J. F. Jr y Bodah, M. M. (Editores), Workplace injuries and diseases: prevention and compensation: essays in honor of Terry Thomason, W.E. Upjohn Institute for Employment Research, Kalamazoo (EUA), 2005, p. 10.

En coordinación con un adecuado diseño de los demás instrumentos de responsabilidad empresarial e indemnizatorios del daño derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional,[2] técnicamente es difícil discutir que **un sistema de *bonus-malus* incentivaría de manera clara que las empresas adoptasen un nivel adecuado de prevención de riesgos laborales.**

En este sentido, un sector importante de la **doctrina iuslaboralista** se ha posicionado a favor de un sistema de incentivos "bonus-bonus" y "bonus-malus" en la cotización por contingencias profesionales, en atención al cual contribuyan más aquellas empresas que más contingencias registren.[3] Esto es, primas de cotización variables en función del índice de siniestralidad de las empresas individualmente consideradas, como medio para fomentar la prevención de riesgos laborales.

El ordenamiento jurídico español cuenta, como es bien sabido, con un sistema –entendemos que fallido– **de incentivos** en la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Así, el artículo 108.3 LGSS prevé la posibilidad de **reducir la cuantía de las primas de cotización por contingencias profesionales *"en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención" o aumentarlas en relación con aquellas empresas que "incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo"***. Este precepto fue desarrollado –y sólo parcialmente– mediante el **Real Decreto 404/2010**, de 31 de marzo, por el que se 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 (RD 404/2010, en adelante).

Como se ha analizado en mayor detalle en el estudio publicado por Foment del Treball, existe una general insatisfacción con dicho modelo de cotización por contingencias profesionales y, en concreto, con el sistema de incentivos regulado por dicho RD 404/2010. Resumidamente, la configuración del sistema de incentivos que desarrolla dicho RD 404/2010 y la falta de un sistema "bonus-malus" que sancione las empresas con mayores índices de siniestralidad laboral explican dicha insatisfacción con el actual sistema de cotización por contingencias profesionales.

Más aún, **existe un debate político acerca de la configuración del sistema español de cotización por contingencias profesionales y proceso de modificación normativa** del sistema de incentivos. Así, el propio RD 404/2010 incluye en su exposición de motivos el compromiso del Ministerio de Trabajo e Inmigración de realizar los estudios pertinentes para valorar la oportunidad de introducir un sistema de incremento de cotizaciones por

[2] Véase Ginès i Fabrellas, A., Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional, La Ley, Madrid, 2012.

[3] Véase Mercader Uguina, J. R., Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo: Seguridad Social y derecho de daños, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2001, p. 49; Desdentado Bonete, A., "El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario", en AAVV, Seguridad Social. Una perspectiva histórica, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), Madrid, 2001, p. 286-287; Desdentado Bonete, A., "Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes", Revista de derecho social, nº 24, 2003, p. 90; entre otros.

contingencias profesionales a las empresas con índices de siniestralidad laboral excesivamente elevados. Y, en este sentido, **existe un compromiso del Gobierno** de modificar, antes de finalizar el año 2015, el RD 404/2010 a fin de **implantar** ***"un sistema objetivo centrado en el comportamiento de la siniestralidad"*** **e** ***"incentivar en las empresas la adopción de medidas y procesos que contribuyan eficazmente a la reducción de las contingencias profesionales de la Seguridad Social".***[4]

En este contexto se inserta y **justifica el presente estudio de derecho comparado** de los ordenamientos jurídicos español, francés y alemán a fin de –complementado con el estudio publicado por Foment del Treball– extraer conclusiones y **formular propuestas de *lege ferenda* para reformular el sistema español de "bonus-bonus" y "bonus-malus" e incentivar la prevención de riesgos laborales.**

Aunque son numerosos los estudios doctrinales que analizan, desde una perspectiva de derecho interno, el sistema español de incentivos, **existe una carencia de análisis de derecho comparado de esta institución** con las previsiones dispuestas en otros países del entorno. Especialmente si tenemos en cuenta que –a diferencia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales que es relativamente homogénea por la influencia de la Directiva comunitaria[5]– existe una significativa heterogeneidad entre los países analizados en materia de cotización por contingencias profesionales.

El estudio parte de un previo trabajo de investigación publicado por Foment del Treball que incluía, en relación con esta misma temática, un estudio comparado entre el ordenamiento jurídico español y francés. Así, la metodología seguida en el presente estudio parte, como se indica a lo largo del trabajo, de la investigación y resultados alcanzados en dicho estudio publicado por Foment del Treball, que se **complementa con un estudio del ordenamiento jurídico alemán** en relación con el sistema de incentivos a la Seguridad Social existente para fomentar la prevención de riesgos laborales.

A fin de obtener datos homogéneos adecuados para poder realizar un estudio comparativo, se elaboró una ficha de contenidos a responder por parte de los colaboradores alemanes[6] siguiendo la misma estructura y contenido que aquél respondido en el estudio publicado por Foment del Treball en relación con el ordenamiento jurídico español y francés[7]. Una ficha en la que junto al tema fundamental del sistema de cotización por contingencias profesionales y sistema de bonus se explicase, de manera genérica, los aspectos más relevantes de configuración de la prevención de riesgos laborales de cada uno de los dos países, con especial mención al tema de las responsabilidades.

---

[4] Disposición adicional cuarta de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

[5] Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

[6] Colaboradores de la Universidad alemana de Göttingen y expertos en derecho alemán del despacho de abogados Cuatrecasas Gonçalves Pereira.

[7] Colaboradores del Institut de Recherche Juridique sur l'Entreprise et les Relations Professionnelles (IRERP) de la Universidad París Ouest.

El estudio de derecho comparado entre el sistema español y francés de cotización por contingencias profesionales realizado en el estudio publicado por Foment del Treball encontraba su justificación en la **larga tradición del ordenamiento jurídico francés de prever sistemas de tarificación "bonus-malus"**. Existe, por tanto, una opinión doctrinal fundada acerca de las carencias y deficiencias de dicho modelo, que pueden utilizarse **para perfilar un sistema de tarificación "bonus-bonus" y "bonus-malus" que pueda integrar dichas lagunas o carencias del modelo francés.**

No obstante, conviene ahora **completar el anterior estudio mediante el análisis del modelo alemán de incentivos en la cotización por contingencias profesionales**, cuya característica esencial es el papel determinante que juegan las Mutuas de accidente de trabajo y de determinadas compañías aseguradoras. Aunque **radicalmente distinto al modelo francés o español, el modelo alemán** permitirá igualmente tener en cuenta determinadas **pautas de actuación que pueden implementarse en el ordenamiento jurídico español** sin necesidad de modificar el modelo de gestión y actuación en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Asimismo, el estudio de la regulación alemana permite constatar que –al igual que en el ordenamiento jurídico francés– **es práctica común en países del entorno, la integración de la institución que podríamos identificar como el recargo de prestaciones de la Seguridad Social en el sistema de cotización**. A la luz de la experiencia comparada, abogamos por la supresión del recargo de prestaciones[8] –único en nuestro entorno europeo– y su integración en el sistema de cotizaciones por contingencias profesionales, configurando así un verdadero sistema "bonus-malus" adecuado para la incentivación de la prevención de riesgos laborales.

A modo de conclusión, el estudio de derecho alemán del sistema de incentivos, junto con las conclusiones alcanzadas en el estudio publicado por Foment del Treball en relación con los ordenamientos jurídicos español y francés, permite extraer conclusiones que puedan servir de **propuestas de *lege ferenda* a los efectos de integrar en nuestra normativa aquello que de bueno o útil pueda destacarse de los sistemas francés y alemán.** Todo ello con el objetivo final de **reformular el actual sistema de incentivos a fin de garantizar, al mismo tiempo, una financiación equilibrada de esta rama de la Seguridad social y fomentar la prevención de riesgos laborales**.

[8] A estos efectos, véase Luque Parra, M. y Ginès i Fabrellas, A.: Análisis cualitativo de las controversias judiciales más relevantes en materia de seguridad y salud laboral: propuestas de lege ferenda, de interpretación judicial y de configuración de criterios técnicos, Fundación para la prevención de riesgos laborales y Fomento del Trabajo, Barcelona, 2013; Luque Parra, M. y Ginés i Fabrellas, A.: La judicialización de los conflictos en materia de seguridad y salud laboral, Fundación para la prevención de riesgos laborales y Fomento del Trabajo. Barcelona, 2012; Ginès i Fabrellas, A., Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional, La Ley, Madrid, 2012.

2. EL MODELO ESPAÑOL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COTIZACIÓN POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES[9]

2.1. Delimitación del contexto del sistema español de seguridad y salud laboral

A continuación se efectúa una **breve exposición del sistema español de seguridad y salud laboral**, incluyendo, asimismo, las conclusiones más importantes alcanzadas en el estudio publicado por Foment del Treball en relación con esta cuestión.

2.1.1. El deber empresarial general de prevención de riesgos laborales: obligación de medios y diligencia empresarial cualificada

La norma española básica en materia de seguridad y salud laboral –que transpone la **Directiva 89/391/CEE**– es la **Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales** (LPRL, en adelante).[10]

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Directiva comunitaria, la LPRL incluye la obligación preventiva que debe cumplir el empresario respecto de sus trabajadores, pudiendo afirmarse que existen dos tipos de obligaciones en esta materia: una genérica y otras específicas; todas ellas dirigidas a la ***"protección eficaz en materia de seguridad y salud del trabajador en el trabajo"*** (artículo 14.1 LPRL).

En efecto, la LPRL y su normativa de desarrollo no sólo establecen un listado de obligaciones específicas de prevención que el empresario ha de cumplir so pena de ser sancionado, sino que además prevé una **obligación general de prevención de** *"garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo"* y, a tal fin, la empresa **adoptará *"cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores"*** (artículo 14.2 LPRL).

La delimitación del significado concreto del deber genérico previsto en dicho precepto ha centrado el debate en torno a la caracterización como *obligación de medios* o como *obligación de resultados* del deber de proteger eficazmente al trabajador. Sin embargo, a nuestro entender, **sólo la consideración del deber genérico de protección eficaz como una obligación de medios se adecua a la**

---

[9] Autores: Dra. Anna Ginès i Fabrellas (ESADE–Universitat Ramón Llull) y Dr. Manuel Luque (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona).

[10] Luque Parra, M. y Sánchez Torres, E., Comentario práctico a la Ley de prevención de riesgos laborales, Fundación Prevención de Riesgos Laborales–UGT, Barcelona, 2009.

lógica del derecho de la seguridad y salud laboral expresada en una multitud de preceptos. Además, sólo esta consideración se adecua a la lógica de la regulación legal del recargo de prestaciones y de la regulación de la responsabilidad civil, pues sólo en base a esta calificación se consigue delimitar un espacio diferenciado para los accidentes de trabajo que comporten una responsabilidad añadida del empresario.

No obstante, **la obligación general de prevención tiene un alcance muy extenso**, especialmente combinada con los artículos 15.4 y 17.1 LPRL, que obligan al empresario a prever las distracciones o imprudencias no temerarias de los trabajadores y proveer equipos de trabajo adecuados para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, respectivamente. La consideración conjunta de los anteriores preceptos ha llevado al Tribunal Supremo a –aunque sin declarar la existencia de una responsabilidad objetiva– **exigir a la empresa el agotamiento de su diligencia, no resultando suficiente el mero cumplimiento formal de las disposiciones normativas**.[11]

Además de la obligación general de prevención, la LPRL y su normativa de desarrollo incluyen **obligaciones de prevención específicas**, tales como: evaluación de los riesgos (artículos 16 y 23.1.a) y c) LPRL); planificación y facilitación de equipos de trabajo y medios de protección individual a los trabajadores (artículos 17 y 23.1.b LPRL); información y formación de los trabajadores (artículos 18 y 19 LPRL); vigilancia periódica del estado de la salud de los trabajadores (artículos 22 y 23 LPRL); protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (artículo 25 LPRL), de la maternidad (artículo 26 LPRL), de los menores (artículo 27 LPR) y los trabajadores temporales (artículo 28 LPRL); etc.

2.1.2. La gestión de la prevención de riesgos laborales en la empresa: preferencia por la gestión externa de la prevención

La gestión de la prevención de riesgos laborales en la empresa es, sin lugar a dudas, **una de las cuestiones más controvertidas con relación a la transposición que el ordenamiento jurídico español ha realizado en materia de seguridad y salud laboral**.

En efecto, el artículo 7 de la **Directiva 89/391/CEE promueve una gestión interna de la prevención** (trabajadores designados), permitiendo el recurso a servicios de prevención ajenos únicamente cuando se pruebe una insuficiencia organizativa para llevar a cabo dichas actividades con personal interno (artículo 7.3). Sin embargo, **la regulación española** –como se analiza a continuación– **facilita en *grado extremo* la gestión de la prevención por dichas entidades externas**, hasta tal punto que pueda considerarse que la regulación española no ha transpuesto de manera correcta lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva.[12]

En el ordenamiento jurídico español, los artículos 30.1 y 5 LPRL y 10 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los ser-

[11] Véase, por todas, STS, 4ª, 8.10.2001 (RJ 2002/1424), 12.7.2007 (RJ 2007/8226), 26.5.2009 (RJ 2009/3256), 30.6.2010 (RJ 2010/6775), 22.7.2010 (RJ 2010/7281).

[12] Véase Luque Parra, M., La organización de la prevención en la empresa, Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

vicios de prevención (RSP, en adelante) establecen **cuatro formas de organizar la prevención**:

- ***Asunción directa por parte del empresario***. En consonancia con lo previsto en el artículo 7.7 de la Directiva, la normativa española permite que aquellas empresas de escasa dimensión (hasta 10 trabajadores o 25 en caso de tener un único centro de trabajo) el empresario pueda gestionar directamente la prevención, siempre que (i) desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo, (ii) que la actividad empresarial no sea peligrosa[13] y (iii) tenga la capacidad necesaria en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades. Se excluyen únicamente los aspectos relacionados con la vigilancia de la salud de los trabajadores, que deberán cubrirse mediante alguna de las otras modalidades de organización preventiva, singularmente y como observaremos, la concertación con un servicio de prevención ajeno (en adelante, SPA) (artículo 11.2 RSP).

- ***Designación de trabajadores***. El empresario podrá designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad preventiva en la empresa, que deberán tener la capacidad correspondiente a las funciones a desempeñar y disponer de los medios y tiempo necesarios para desarrollar adecuadamente sus funciones (artículos 12 y 13 RSP).

- ***Constitución de un servicio de prevención propio***. Se exige legalmente la constitución de un servicio de prevención propio cuando: (i) se trate de empresas con más de 500 trabajadores, (ii) empresas entre 250 y 500 trabajadores que desarrollen alguna de las actividades incluidas en el Anexo I del RSP o (iii) si así lo decide la autoridad laboral, en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa, salvo que se opte por el concierto con un SPA (artículo 14 RSP).

- ***Concertación de la actividad preventiva con un servicio de prevención ajeno***. El empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención ajenos (SPA) cuando (i) la designación de uno o varios trabajadores sea insuficiente para la realización de la actividad de prevención y no concurran las circunstancias que determinan la obligación de constituir un servicio de prevención propio, (ii) ante la decisión de la autoridad laboral, la empresa no haya constituido un servicio de prevención propio o (iii) se haya producido una asunción parcial de la actividad preventiva mediante alguna de las otras formas de organizar la prevención.

2.1.3. La obligación empresarial de vigilar el estado de salud de los trabajadores

El **artículo 22 LPRL** transpone al ordenamiento jurídico español la obligación **empresarial de garantizar la adecuada vigilancia de la salud laboral de los trabajadores**, prevista en el **artículo 14 Directiva 89/391/CEE**. Vigilancia de la salud laboral entendida como aquella vinculada o relacionada con los riesgos

[13] A los efectos de determinar la peligrosidad o no de una actividad empresarial, habrá que estar al Anexo I del Reglamento de los servicios de prevención.

del trabajo y no aquellos otros que nada tengan que ver con la relación laboral.

En todo caso, **la vigilancia de la salud de los trabajadores tiene carácter obligatorio para el empresario, mientras que es voluntaria para los trabajadores**. Así se deriva del apartado 2º del precepto comunitario de manera clara dispone que "[l]*as medidas contempladas en el apartado 1* (vigilancia de la salud) *permitirán que cada trabajador, si así lo deseare, pueda someterse a una vigilancia de salud a intervalos regulares*" y del artículo 22 LPRL cuando dispone que "[e]*l empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento*".[14]

No obstante lo anterior, el artículo 22 LPRL **exceptúa del principio de voluntariedad tres supuestos**:[15]

- **Cuando los reconocimientos médicos sean imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores**. Como puntualiza la NTP 959, la indispensabilidad de la vigilancia vendrá delimitada por el riesgo y por la inevitabilidad de la medida por no existir otro procedimiento para conseguir información sobre la magnitud del riesgo y su grado de incidencia en la salud del trabajador.

- **Cuando sea necesario verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa**. De conformidad con la NTP 959, esta excepción requiere la existencia de un peligro real para el trabajador o para terceros que pueda ser evitado con dicho reconocimiento y que, en el caso de riesgo para terceros, es de tal gravedad que se sitúa por encima del derecho individual del trabajador.

- **Cuando así lo establezca alguna disposición normativa, en atención a la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad**. Un supuesto normalmente –aunque no únicamente[16]– identificado con las enfermedades profesionales (artículo 196 LGSS).

En cuanto al objeto de la vigilancia de la salud, a nuestro entender, **la Directiva Marco parece realizar una confusa equiparación entre vigilancia de la salud y reconocimiento médico**.[17] Aunque generalmente también en la práctica de pre-

[14] Sin perjuicio de la normativa en materia de sanidad pública, que impone coercitivamente el deber de someterse a dispositivos de control de la salud, en los supuestos en los que aparezcan manifestaciones de enfermedades graves infecciosas de rápida transmisión.

[15] En todo caso, conviene tener presente la importante Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 196/2004, de 15 de noviembre, en la medida en que delimita los contornos de la voluntariedad/obligatoriedad de los reconocimientos jurídicos.

[16] Existen numerosas disposiciones normativas específicas en materia de vigilancia de la salud según riesgos específicos como, por ejemplo, Real Decreto 1316/1989, de 27 de octubre, sobre protección contra los riesgos del ruido en el trabajo, Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre trabajadores expuestos a agentes biológicos, Real Decreto 667/1997, de 12 de mayo, sobre exposición a agentes cancerígenos, etc.

[17] Confusión que de manera clara se recoge en el artículo 2 de la Directiva 43/1997, de 30 de junio, de protección de la salud frente a los riesgos derivados de las radiaciones ionizantes en exposiciones médicas, por la que se deroga la Directiva 84/466/Euratom, cuando define «vigilancia de la salud»

vención de riesgos laborales en España se identifica vigilancia de la salud con reconocimientos médicos, compartimos la definición contenida en la vigente **Nota T**écnica de **Prevención 959** del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (en adelante, INSH).[18] En el ámbito de la salud laboral, dispone que "*esta vigilancia se ejerce mediante la observación continuada de la distribución y tendencia de los fenómenos de interés que no son más que las condiciones de trabajo (factores de riesgo) y los efectos de los mismos sobre el trabajador (riesgos)*", pudiéndose llevar a cabo mediante, ciertamente, **reconocimientos médicos o exámenes de salud**, pero también **encuestas de salud, controles biológicos, estudios de absentismo, estadísticas de accidentes, etc**.

2.1.4. Protección de las trabajadoras embarazadas y en período de lactancia y de los trabajadores especialmente sensibles

1. Protección de la maternidad y la lactancia

La **Directiva 92/85/CEE** regula la protección que, en materia de seguridad y salud laboral, la empresa ha de dispensar a una mujer embarazada o en período de lactancia. Esta regulación comunitaria ha sido al ordenamiento jurídico español por el **artículo 26 LPRL**, que diferencia **tres claras fases de actuación** cuando el embarazo de una trabajadora o la situación de lactancia puede generar un riesgo laboral:

1. ***Adaptación de las condiciones de trabajo***. Cuando se identifique un riesgo laboral para el estado de embarazo o lactancia de la trabajadora, la empresa está obligada a la **reacomodación de su puesto o condiciones de trabajo** (por ejemplo, aumentando los períodos de descanso, no realizando trabajo a turnos o trabajo nocturno, reducción del tiempo de trabajo, etc.).

2. ***Modificación del puesto de trabajo*.** En caso de que organizacionalmente la adaptación no sea viable o siéndolo el riesgo persista, previo certificado de la entidad que gestione las contingencias profesionales (INSS o MATEPSS) y previo informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora, la empresa deberá **modificar el puesto de trabajo** –funciones– de la trabajadora en base al listado de puestos de trabajo exentos de riesgos determinado previa consulta con los representantes de los trabajadores. El cambio de puesto de trabajo debe realizarse, primero, entre puestos equivalentes y, de no ser posible por persistir el riesgo o no resultar organizacionalmente viable, a un puesto de trabajo de diferente categoría.

3. ***Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo***. Si el anterior cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de **suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo**, contemplada en el artículo

como "el examen de cada trabajador para determinar su estado de salud, en relación con la exposición a agentes químicos específicos en el trabajo".

[18] Véase Luque Parra, M., Estudio en materia de vigilancia de la salud de los trabajadores, Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales y UGT, Barcelona, 2011.

45.1.d) ET, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

No obstante lo anterior, la actuación preventiva de la empresa de protección de la maternidad y la lactancia comienza en un momento anterior, por cuanto los puestos de trabajo objetivamente peligrosos para las trabajadoras –estén o no listados por el RD 289/2009, que transpone el artículo 6 y Anexo II de la Directiva– deben quedar incorporados como tales en la evaluación de riesgos y las medidas a adoptar *ab initio* en la planificación de la actividad preventiva.

2. Protección de la discapacidad y especial sensibilidad

El **artículo 25 de la LPRL** regula la situación de aquellas personas trabajadoras que por sus características personales o estado biológico conocido –incluidas aquellas que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial–[19] sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo (en adelante, TES) y no tengan una regulación jurídica específica (como sucede con la maternidad/lactancia –artículo 26 LPRL– o las personas trabajadoras menores de edad –artículo 27 LPRL–).

En conexión con el artículo 189 LGSS, podremos entender que las características personales aludidas en la norma hacen referencia a **cualquier dolencia, limitación o enfermedad, curable o incurable, que no imposibilita para el trabajo, pero que exige de una especial atención en la encomienda de funciones o en la atribución de determinados trabajos, a fin de no agravar dicha patología**. Ello incluye no sólo enfermedades físicas o psíquicas tipificadas como tales, sino también afectaciones específicas no catalogadas como enfermedad (por ejemplo: calambres o nerviosismo) o debilidades o limitaciones asociadas a determinadas contingencias vitales (por ejemplo: edad avanzada).

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales de TES, es importante destacar uno de los principios de la política preventiva consagrado en el **artículo 15 LPRL de adaptación del puesto de trabajo a la persona**. Desde esta lógica, **aunque el foco prioritario de atención en la política preventiva es el puesto de trabajo, la empresa no puede ser ajena a la situación particular de cada individuo**.

Así, aunque la obligación de evaluación de riesgos laborales debe realizarse sobre el puesto de trabajo y en relación, por tanto, con los riesgos que de forma objetiva y abstracta presente en la actualidad dicho puesto, **deben tomarse en consideración las características personales** del trabajador que ocupa dicho puesto en el momento de seleccionar las **medidas de protección y equipos de trabajo** y a la hora de diseñar el **modelo de vigilancia de la salud**.

El artículo 25 de LPRL obliga al empresario a adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias en función de la especial sensibilidad de los tra-

[19] No puede equipararse TES y persona con discapacidad reconocida. Aunque ciertamente existen TES que a la vez son personas con alguna discapacidad, también es cierto que hay personas que no tienen ninguna discapacidad reconocida pero que entran dentro de un concepto amplio de TES o viceversa.

bajadores, incluyendo la no adscripción de los mismos a aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro.

En relación con las **personas trabajadoras con discapacidad**,[20] la última sentencia del TJUE, en interpretación de la Directiva 2000/78/CE, ha supuesto un importantísimo giro jurisprudencial, que habrá de ser necesariamente acogido por nuestros juzgados y tribunales. En efecto, el asunto Ring (STJUE de 11 de abril de 2013) viene a ampliar considerablemente el concepto de "persona con discapacidad" en el sentido que, de conformidad con la Directiva 2000/78/CE, **el empresario estará obligado a llevar a cabo "ajustes razonables"** respecto de todas las personas con discapacidad, entre otros ámbitos, sobre las condiciones de trabajo, incluyendo la reducción del tiempo de trabajo.

Desde esta perspectiva, y pese a la aparente dicción restrictiva del artículo 25 LPRL, **el empresario deberá adaptar las condiciones de trabajo y, llegado el caso, cambiar de puesto de trabajo a la persona trabajadora afectada de una discapacidad – reconocida o no –, si tal cambio puede considerarse como razonable, por no ser imposible o excesivamente oneroso para el empresario**.

Con todo, los ajustes no deben constituir una carga excesiva para los empleadores, debiendo ponderarse en cada caso, atendiendo a las circunstancias concretas, la razonabilidad de la medida. A este respecto es preciso tener en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que la medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

Teniendo en cuenta la doctrina del TJUE en materia de "ajustes razonables para las personas con discapacidad" y a falta de doctrina jurisprudencial unificada sobre la materia, entendemos que es jurídicamente posible defender una relectura del artículo 25 LPRL que obliga a la empresa a: **(1)** realizar una **evaluación específica de riesgos laborales y adopción de medidas preventivas necesarias**, **(2) la adaptación de las condiciones de trabajo o (3) de no ser ésta técnica u objetivamente posible o suficiente, cambio de puesto de trabajo**, siempre que el trabajador tuviera competencia profesional para realizar las tareas fundamentales del nuevo puesto de trabajo.

En caso de que ninguna de las anteriores medidas fuesen posibles por excesiva onerosidad para el empresario o por falta de vacante o puesto de trabajo compatible con el estado de salud del trabajador o con sus competencias profesionales, cabría plantearse la **suspensión de la relación laboral o, incluso, su extinción** de conformidad con lo establecido en el artículo 52.b) ET y en el propio artículo 25 LPRL que expresamente prevé la prohibición de ocupar, de forma temporal o permanente, a estos trabajadores en los lugares de trabajo que puedan poner en peligro al propio TES, a otros trabajadores o a terceras personas.

[20] En este punto, véase Luque Parra, M., Serrano Olivares, R. y Ginès i Fabrellas, A., Prevención de riesgos laborales desde La perspectiva del trabajador con discapacidad, Fundación para la prevención de riesgos laborales, Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de la CC.AA de Madrid y Fundación Audit, Madrid, 2014.

2.1.5. Coordinación de la actividad preventiva en supuestos de pluralidad empresarial

La **Directiva 89/391/CEE**, establece –en su artículo 6.4– la **obligación de coordinación y cooperación en materia de seguridad y salud laboral entre las empresas que comparten un mismo centro de trabajo.** Dicho deber legal ha sido incluido en España por el artículo **24 LPRL** y desarrollado por el **Real Decreto 171/2004** y el **Real Decreto 1627/1997** relativo al sector de la construcción.[21]

En nuestra opinión, éste es uno de los ámbitos en los que existe demasiado intervencionismo de la norma a la hora de pautar una obligación cuyo cumplimiento es finalista: que las empresas se coordinen de manera adecuada en materia de prevención cuando sus trabajadores concurren en el mismo centro de trabajo. Intervencionismo normativo que, a su vez, conlleva **un nivel de conflictividad judicial más que destacable en materia de coordinación de la actividad preventiva**[22].

El artículo 6.4 de la Directiva marco y el Convenio 155 de la OIT parten de una idea clara y es que la concurrencia de trabajadores de diferentes empresarios en un mismo centro de trabajo es, desde una perspectiva objetiva, una situación de especial riesgo, que requiere que exista una cooperación/coordinación/colaboración entre los empresarios concurrentes a fin y efecto de evitar o, en su caso, controlar que los riesgos se agraven por dicha circunstancia.

El problema yace, como se analiza a continuación, en el hecho que los términos utilizados por la **Directiva, el Convenio 155 de la OIT y el artículo 24 LPRL** de «cooperar» o «coordinar», «colaborar» y «cooperar» o «medios de coordinación», respectivamente, no llevan al mismo tipo de obligaciones. Así, la Directiva exige la cooperación en todos los casos de pluralidad empresarial y sólo exige la coordinación "habida cuenta el tipo de actividades", mientras que la norma española exige dicha coordinación ("medios de coordinación") en todos los casos de pluralidad empresarial; **regulación española más exigente –desde la perspectiva empresarial– que lo dispuesto en aquellas dos normas supranacionales**. Asimismo, mientras que la Directiva y el Convenio de la OIT únicamente hacen referencia a empresarios concurrentes, la normativa española distingue las obligaciones preventivas en función de la empresa.

La normativa española distingue **tres sujetos empresariales diferentes a los que se les asocian tres obligaciones preventivas distintas** en supuestos de pluralidad empresarial (no aplicable, por existir una regulación preventiva específica, a las Empresas de Trabajo Temporal):

1. Empresario titular del centro de trabajo: deber de información e impartición de instrucciones.

---

[21] Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales y Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

[22] Luque Parra, M. y Ginès i Fabrellas, A., Análisis cualitativo de las controversias judiciales más relevantes en materia de seguridad y salud laboral: propuestas de lege ferenda, de interpretación judicial y de configuración de criterios técnicos, Fundación para la prevención de riesgos laborales y Fomento del Trabajo, Barcelona 2013.

2. Empresarios concurrentes: deber de coordinación.
3. Empresario principal: deber de vigilancia.

1. Empresario titular del centro de trabajo

El artículo 2 RD 171/2004 define **"empresario titular del centro de trabajo"** como *"la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo"*. Sin que deba asociarse a la de noción de propiedad, arrendamiento, leasing, concesión, se define como cualquier sujeto que utilice total o parcialmente el local o establecimiento donde se desarrolla la actividad concurrente, bajo cualquier título que permita su control (arrendatario, usufructuario, contratista, subcontratista, etc.).

Este mismo precepto, define «centro de trabajo» como *"cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo"* (artículo 2 RD 171/2004), identificándose con el término «lugar de trabajo» empleado en la Directiva comunitaria y el Convenio de la OIT.[23]

El artículo 7 RD 171/2004 atribuye al empresario titular del centro de trabajo el **deber de informar** sobre los riesgos propios del centro de trabajo que puedan afectar a las actividades desarrolladas, las medidas de prevención y las medidas de emergencia que se deban aplicar. Información que deberá ser suficiente y proporcionada por escrito previamente al inicio de las actividades o cuando se produzca un cambio en la actividad relevante a efectos preventivos. Téngase en cuenta, que **ni la Ley ni el reglamento limitan el cumplimiento del deber de información a que la presencia en un centro de trabajo de varios empresarios dure como mínimo determinadas horas o jornadas de trabajo**.

Asimismo, cuando sus trabajadores desarrollen actividades en el mismo centro de trabajo, el empresario titular del centro de trabajo deberá **dar instrucciones** al resto de empresarios sobre los mismos aspectos que sin presencia de trabajadores propios únicamente tenía que informar (artículo 8 RD 171/2004).

2. Empresarios concurrentes

Los **empresarios concurrentes** –única figura empresarial respecto a la que se prevén obligaciones tanto en la Directiva Marco como en el Convenio 155 OIT– son todos aquellos cuyos trabajadores desarrollan una actividad en el mismo centro de trabajo y tienen obligación de información y coordinación en materia preventiva.

La **obligación de información** de los empresarios concurrentes pueden articularse en un doble plano (artículos 3 y 4 RD 171/2004):

- **Plano horizontal: entre las empresas concurrentes en el centro de trabajo** –incluidos los eventuales trabajadores autónomos e independientemente de su relación jurídica– tienen el deber de información recíproca en relación con: (i) riesgos específicos de las actividades que se desarrollen en el centro, en particular de aquellas que se puedan agravar o modificar

[23] Véase, en este sentido, la STS, 4ª, 22.11.2002 (RJ 2002/510).

como consecuencia de la concurrencia de actividades; (ii) accidentes producidos en el centro de trabajo y (iii) situaciones de emergencia que se puedan producir durante la concurrencia de actividades. La información deberá ser suficiente y se habrá de proporcionar por escrito previamente al inicio de las actividades o cuando se produzca un cambio en la actividad relevante a efectos preventivos o se haya producido una situación de emergencia.

- **Plano vertical:** las empresas deberán informar a sus **trabajadores**, en especial la sobre los riesgos específicos de las actividades concurrentes.

Asimismo, las empresas concurrentes en un mismo centro de trabajo tienen el **deber de coordinación**; deber que puede cumplirse mediante la adopción de –en atención al grado de peligrosidad de las actividades, trabajadores afectados y duración de la concurrencia– medios de coordinación entre los que se incluyen (de menor a mayor entidad): intercambio de información, reuniones periódicas, impartición de instrucciones, establecimiento de medidas preventivas específicas, presencia en el centro de trabajo de recursos preventivos y designación de personas encargadas de la coordinación de actividades.

De conformidad con el RD 171/2004 es al empresario principal –o, en su defecto, al titular del centro de trabajo– al que le corresponde la iniciativa en cuanto al establecimiento de los medios de coordinación.

3. Empresario principal

El artículo 2 RD 171/2004 define **"empresario principal"** como: "*el empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollan en su propio centro de trabajo.*"

El artículo 24 LPRL diferencia dos escenarios a tener en cuenta cuando nos encontramos ante una empresa que subcontrata con otra la realización de una obra o la prestación de un servicio correspondiente a su propia actividad, y a los que asigna dos tipos muy diferentes de obligaciones:

En primer lugar, cuando la **contrata y/o subcontrata se desarrolla en el propio centro de trabajo** de la empresa principal, este empresario deberá "***vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales***".

En segundo lugar, cuando la contrata y/o subcontrata no se desarrolla en el centro de trabajo pero deban **operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal**, esta última deberá cumplir una serie de obligaciones informativas previstas en artículo 41.1 LPRL en cuanto a fabricantes, importadores y suministradores.

2.1.6. La dimensión colectiva de la prevención de riesgos laborales: delegados de prevención y el Comité de Seguridad y Salud Laboral

En el ordenamiento jurídico español, como es sabido, los **delegados de prevención son los representantes específicos en materia de seguridad y salud labo-**

ral de los trabajadores, reconociéndoles, por tanto, competencias exclusivas en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo.[24]

Los delegados de prevención, según el artículo 35.3 LPRL, son designados por y entre los representantes unitarios de los trabajadores.[25] En los supuestos en los que la empresa no tenga representación, se entenderá que la actividad representativa la lleven a cabo directamente los trabajadores, salvo que el convenio colectivo aplicable disponga reglas específicas.

El artículo 36 de la LPRL regula –de una manera ciertamente poco sistemática– las **competencias y facultades** que se reconocen a los delegados de prevención: (i) colaboración, (ii) información, (iii) consulta previa, (iv) propuesta de actuación y participación y (v) vigilancia y control.

Asimismo, la LPRL prevé la figura del **Comité de Seguridad y Salud Laboral**, como órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos. De acuerdo con el artículo 39.a) LPRL, el Comité participará en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa, además de contar con derechos de información y documentación acerca de la situación de la empresa en materia de prevención, accidentes laborales producidos, información referente a condiciones de trabajo, etc.

2.2. El sistema español de responsabilidades empresariales en materia de seguridad y salud laboral

Una de las mayores dificultades que genera la gran cantidad de normas que en el ordenamiento jurídico español regulan la materia de la seguridad y salud es precisamente el entramado de tipos de responsabilidad y de sujetos o personas responsables. A continuación, incluyendo las conclusiones más importantes alcanzadas en el estudio publicado por Foment del Treball en relación con esta cuestión, se efectúa una **breve descripción del sistema español de responsabilidades empresariales en materia de seguridad y salud laboral**: recargo de prestaciones de la Seguridad Social, responsabilidad civil, administrativa y penal.[26]

---

[24] Véase Luque Parra, M. y Sánchez Torres, E., Manual jurídico práctico para el delegado de prevención de riesgos laborales, Fundación Prevención de Riesgos Laborales y UGT, Barcelona, 2010.

[25] En este punto, el artículo 35.4 LPRL habilita al convenio colectivo para establecer otros sistemas de designación de los delegados de prevención, siempre y cuando quede garantizado que intervienen en el proceso, bien los representantes de los trabajadores, bien los propios trabajadores.

[26] Asimismo, para un mayor análisis, véase, Luque Parra, M. y Ginès i Fabrellas, A. "Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral en el ordenamiento jurídico español", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo", nº 12, 2014, p. 1–16; Luque Parra, M. "Marco jurídico, obligaciones principales y responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral", en AA.VV. Salud laboral: conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales. Editorial Masson, Barcelona, 2013, p. 57–74; Ginès i Fabrellas, A., Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional, La Ley, Madrid, 2012; del Rey Guanter, S. (Director) y Luque Parra, M. (Coordinador), Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada, La Ley, Madrid, 2008; Luque Parra, M., La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral. Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

2.2.1. Recargo de prestaciones de la Seguridad Social

En primer lugar, la producción de un accidente de trabajo o enfermedad profesional derivado del incumplimiento empresarial de la normativa de seguridad y salud laboral dará lugar a la responsabilidad derivada del **recargo de prestaciones de la Seguridad Social**.

El artículo 123.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, en adelante) establece que "[t]*odas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características de la edad, sexo y demás condiciones de trabajo".*

Como puede observarse, la imposición del recargo de prestaciones requiere la producción de una contingencia profesional como consecuencia del incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, sea por infracción de una obligación específica o del deber genérico que, a la protección eficaz de los trabajadores, se impone al empresario en el artículo 14.1 LPRL. El recargo es abonado por parte de la empresa –prohibiéndose el aseguramiento de la responsabilidad empresarial derivada del recargo– y recibido por el trabajador accidentado o sus causahabientes a modo de compensación del daño sufrido.

La configuración jurídica del recargo de prestaciones le otorga una doble naturaleza: de un lado, un carácter sancionador o punitivo –derivado de su imposición por la Administración Laboral y de la prohibición de aseguramiento– y, por otro lado, carácter indemnizatorio –en tanto es abonado por la empresa y recibido por el trabajador accidentado o sus causahabientes.

Finalmente, es interesante hacer una referencia a los supuestos de contingencias profesionales en supuestos de pluralidad empresarial. En supuestos de subcontratación, la empresa principal responderá solidariamente con el empresario del trabajador del pago del recargo cuando la contingencia se haya producido en su centro de trabajo (artículo 42.2 LPRL); en caso contrario, responderá únicamente el empresario del trabajador. En supuestos de Empresas de Trabajo Temporal, será la empresa usuaria la que responderá de manera principal del pago de tal recargo (artículo 16 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal).

2.2.2. Responsabilidad civil por incumplimiento empresarial de la normativa de seguridad y salud laboral

En segundo lugar, la producción de un accidente de trabajo o enfermedad profesional derivado del incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales dará lugar a la **responsabilidad civil de la empresa**.

En efecto, los artículos 1101 y siguientes del Código Civil (CC) regulan la reclamación de daños y perjuicios derivada de responsabilidad contractual y establece que "[q]*uedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas*". Asimismo, los artículos 42.1 LPRL y 123.3 LGSS expresamente establecen que el incumplimiento empresarial de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a la responsabilidad civil del empresario por los daños y perjuicios causados.

Así, la producción de un accidente de trabajo o enfermedad profesional genera la responsabilidad civil del empresario cuando existe un: incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales, como consecuencia de culpa o negligencia empresarial, que da lugar a la producción de un accidente de trabajo o enfermedad profesional con resultado lesivo.

La responsabilidad civil del empresario por accidente de trabajo o enfermedad profesional es una responsabilidad fundamentada en la culpa; es necesaria la concurrencia de un incumplimiento de las obligaciones del empresario. Sin embargo, en los últimos años ha existido una tendencia judicial a la objetivación de la responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Esta objetivación de la responsabilidad empresarial se ha realizado mediante la teoría del riesgo, la extensión de la diligencia exigida al empresario, la inversión de la carga de la prueba, etc.[27]

La existencia de responsabilidad del empresario supone la condena de éste a abonar una indemnización al trabajador víctima de la contingencia profesional que compense la totalidad de los daños y perjuicios causados. Sin embargo y aún con cierta oposición doctrinal, para la valoración y cuantificación del daño es ampliamente aceptada por la jurisprudencia la aplicación orientativa del baremo de valoración del daño incluido en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el texto refundido sobre la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (baremo de circulación, en adelante). Aunque de aplicación obligatoria para valorar y cuantificar los daños físicos y morales sufridos como consecuencia de un accidente de tráfico, los tribunales aplican orientativamente dicho baremo para la determinación del *quantum* indemnizatorio en sede de contingencias profesionales.[28]

2.2.3. Responsabilidad administrativa

En tercer lugar, el incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales puede dar lugar a la **responsabilidad administrativa**, cuya finalidad es garantizar la posición de la Administración Pública como garante último de una efectiva seguridad e higiene en el trabajo.

Las infracciones y sanciones administrativas en materia de seguridad y salud laboral se regulan en los artículos 11, 12, 13, 19, 40 y 42 del Real Decreto Legisla-

[27] Véase, por todas, STS, 1ª, 18.3.1996 (RJ 1997/1720), 17.10.2001 (RJ 2001/8642), 8.10.2004 (RJ 2004/6693), 27.11.2006 (RJ 2006/9119), 18.12.2008 (RJ 2009/529).
[28] Por todas, véase, STS, 1ª, 15.12.2010 (RJ 2011/143) o 4ª, 30.6.2010 (RJ 2010/6775).

tivo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS, en adelante).

Desde una perspectiva subjetiva, será el empresario el que normalmente podrá incurrir en este tipo de responsabilidad. Aunque es posible que otros sujetos que intervienen en el sistema preventivo de la empresa puedan ser igualmente responsables, tales como, las empresas que actúen como servicios de prevención ajenos, las entidades auditoras o las empresas de formación.

Las faltas administrativas son clasificadas en faltas leves, graves o muy graves, en atención al riesgo provocado sobre la salud y seguridad del trabajador. A modo de ejemplo, entre las infracciones muy graves se encuentran aquellas referidas a trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, especialmente sensibles, menores de edad, etc. En todo caso, las infracciones administrativas no exigen la producción de una contingencia profesional ni tampoco la actuación dolosa o negligente del sujeto obligado.

El procedimiento sancionador se llevará a cabo ante la Autoridad Laboral Administrativa competente, siendo la Inspección de Trabajo un órgano instrumental esencial en este proceso, pues será quién normalmente proponga la sanción a imponer por parte de la Administración.

En relación con las sanciones, se estipula una sanción económica en grado mínimo, medio o máximo, que pueden alcanzar la cuantía de 819.780 €. Sanción que se determinará en atención a a) la peligrosidad de las actividades desarrolladas, b) el carácter permanente o transitorio de los riesgos, c) la gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse, d) el número de trabajadores afectados, e) las medidas de protección adoptadas, f) el incumplimiento de la advertencia o requerimientos previos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, g) la inobservancia de propuestas realizadas por los servicios de prevención, los Delegados de Prevención o el Comité de Seguridad y Salud y/o h) la conducta general de seguridad de la empresa (artículo 39 LISOS).

Finalmente, destacar que estas sanciones no son de aplicación en el ámbito del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas, lo que puede ayudarnos a explicar la precaria o inexistente situación preventiva de éstas. En este ámbito "*las infracciones serán objeto de responsabilidades a través de la imposición, por resolución de la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efectos se establezca*" (artículo 45.1 LPRL).

2.2.4. Responsabilidad penal

Finalmente, el incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales puede dar lugar a la **responsabilidad penal**, cuyo objeto es preservar derechos fundamentales y esenciales de la persona tales como la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. Aunque, ciertamente, todo accidente de trabajo genera una afectación a la vida, salud e integridad física de un trabajador, la responsabilidad penal actúa como *ultima ratio*, reservándose, por consiguiente, para aquellas infracciones especialmente graves.

El Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) (CP, en adelante) regula el delito específico que puede producirse en materia de seguridad y salud laboral: "[l]*os que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*" (artículo 316 CP).

La primera observación que debe realizarse es que el Código Penal no se fija en la condición de "empresario" a efectos de imputar la responsabilidad penal, sino en la persona que, estando legalmente obligada, ha infringido las normas de seguridad y salud laboral. Así, juntamente con el empresario, también podrán ser responsables de forma alternativa o acumulativa otros sujetos a los que la norma atribuye obligaciones de prevención, fundamentalmente los técnicos que formen parte del servicio de prevención propio y/o del servicio de prevención ajeno.

Más complejo es saber hasta qué punto los trabajadores pueden ser sujetos responsables penalmente. En nuestra opinión, hay que diferenciar el supuesto de los delegados de prevención o representantes de los trabajadores en general, del resto de los trabajadores.

- En el primer caso, aun siendo difícil que en el ejercicio de sus funciones tales trabajadores puedan incurrir en responsabilidad penal, hay que tener en cuenta el importante papel que el artículo 21.3 LPRL les reconoce a la hora de paralizar las actividades ante riesgo grave e inminente cuando el empresario no adopte tal decisión.

- Respecto al segundo supuesto, los trabajadores tienen, entre otras obligaciones de prevención reguladas en el artículo 29 LPRL, la obligación de "*informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores*". El apartado tercero de dicho precepto establece que el incumplimiento de dichas obligaciones será sancionable disciplinariamente. Aunque este precepto parece excluir la posible responsabilidad penal de los trabajadores –limitándola a la responsabilidad laboral–, desde nuestro punto de vista la LPRL únicamente aclara que el trabajador puede ser sancionado disciplinariamente, sin que con ello se elimine su posible responsabilidad penal.

En segundo lugar, como se observa en la descripción del tipo penal, la responsabilidad penal derivada de la infracción de la normativa de seguridad y salud laboral no sólo requiere que se cause tal incumplimiento por el sujeto legalmente obligado sino que éste debe haberse producido por dolo o negligencia grave.

En tercer lugar, un aspecto fundamental de la responsabilidad penal es que no se sanciona un "delito de resultado" sino de "riesgo". Así, no es necesaria la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino un incumplimiento empresarial consistente en la no facilitación de "*los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas*" que ponga "*en peligro grave* [la] *vida, salud o integridad física*" de los trabajadores. En nuestra opinión, por medios necesarios deben entenderse tanto los equipos individuales o colectivos, como otras actuaciones igualmente fundamentales para desempeñar la actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, como la evaluación de riesgos, la organización de la actividad preventiva, la previsión de medidas de emergencia o la formación e información suficientes.

En cuarto lugar, la sanción penal consiste en penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses –multa que podría alcanzar como máximo los 108.182,17 €. Si la actuación ha tenido lugar por imprudencia grave, la pena de prisión y la multa puede oscilar entre 3 y 6 meses (artículo 317 CP).

Finalmente, sin perjuicio del tipo penal específico en sede de seguridad y salud laboral, cuando el incumplimiento empresarial de la normativa de prevención da lugar a un resultado de lesiones o muerte del trabajador, pueden resultar aplicables los delitos genéricos de homicidio con penas de prisión de 1 a 15 años (artículo 138 CP) o de lesiones con penas de prisión de hasta 12 años (artículo147 CP).

2.3. Cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales. ¿Cómo incentivar la prevención de riesgos laborales?

2.3.1. Introducción

El sistema español de Seguridad Social, en cumplimiento de la garantía institucional contenida en el **artículo 41 CE**, se configura como un régimen público que tiene la finalidad de **proteger a los ciudadanos ante situaciones** de necesidad, mediante prestaciones económicas suficientes para **garantizar un mínimo nivel de rentas**.[29] En atención a estos parámetros, el artículo 2 LGSS establece que el sistema español de Seguridad Social se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad y le atribuye la finalidad de garantizar "*a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta... la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley*".

Como norma general, el **acceso a prestaciones contributivas de la Seguridad Social requiere**: **a) la afiliación y alta** –o situación asimilada al alta[30]– de la Se-

[29] Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L., Instituciones de Seguridad Social, Civitas, Madrid, 2002, p. 38; Alonso Olea, M., "La Seguridad Social: presente, pasado y futuro", en Gonzalo González, B. y Nogueira Guastavino, M. (Coordinadores), Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid 2000, p. 176; Alarcón Caracuel, M. R. (Director), Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 29-37; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Sobre la configuración constitucional de la Seguridad Social", en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (Coordinadores), La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, Comares, Albolote (Granada), 2008, p. 101.

[30] La situación asimilada al alta supone considerar a un trabajador, que no se encuentra en situación de alta efectiva, en "alta presunta" en las mismas condiciones que si efectivamente estuviera dado de

guridad Social, b) el cumplimiento del **período de cotización previo** en su caso exigido y c) la manifestación de la **situación de necesidad** protegida (artículo 124 LGSS). No obstante, se excluye la exigencia de períodos previos de cotización para el derecho a prestaciones derivadas de accidentes, sean o no de trabajo, y de enfermedades profesionales.

La obligación de cotizar al Régimen General de la Seguridad Social corresponde, como norma general, **a los trabajadores y empresarios**. Así, la cotización –incluida también la correspondiente por contingencias comunes– comprende dos aportaciones: una correspondiente al trabajador y otra de la empresa por cuya cuenta trabaja. No obstante lo anterior, el régimen de **cotización por accidente de trabajo o enfermedad profesional** presenta una importante peculiaridad, por cuanto corre a **cargo exclusivo del empresario** (artículo 103.3 LGSS).[31]

Esta cotización a cargo exclusivo de la empresa encuentra un doble fundamento. En primer lugar, en la teoría del riesgo, según la cual el empresario, en tanto beneficiario del proceso productivo, creador de las condiciones de riesgo y titular de las facultades de dirección, vigilancia y control de la actividad laboral, debe soportar los costes derivados de esta actividad.[32] En segundo lugar, en la necesidad de incentivar la prevención de riesgos laborales. Así, en tanto el nivel de actividad afecta a la probabilidad de accidentes,[33] la cotización por contingencias profesionales a cargo exclusivo del empresario supone incorporar parte de los costes de los riesgos existentes en la empresa, incentivando al empresario a adoptar el nivel de producción adecuado y, por ende, incentivando también la prevención de riesgos laborales.

La **cotización en el Régimen General de la Seguridad Social** consiste en el ingreso, por parte de la empresa –en la cotización por contingencias profesionales–, de una **cuota** a la entidad gestora de la Seguridad Social, calculada como un porcentaje –denominado, **tipo de cotización**– aplicado a la **base de cotización**.

La **base de cotización** se calcula teniendo en cuenta "*la remuneración total, cualesquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena*" (artículo 109 LGSS). El método de cálculo empleado para la base de cotización pretende su asimilación con la retribución que recibe el trabajador. Sin embargo, se excluyen del cómputo de la base de cotización: a) las asignaciones por gastos de locomoción o desplazamiento, b) gastos de manutención, c) indemnizaciones por fallecimiento, traslados, suspensiones de contrato o despidos y d) prestaciones

alta al Régimen General de la Seguridad Social (artículo 125 LGSS). En este sentido, los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social se consideran en situación de alta, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones en materia de alta, afiliación y cotización (artículo 125.3 LGSS).

[31] En relación con esta cuestión, nótese los artículo 3 y 105 LGSS y 7.3 RCLSS que califican de nulo "todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador asuma la obligación de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuota a cargo del empresario."

[32] Gorelli Hernández, J., Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 81.

[33] Shavell, S., Foundations of Economic Analysis of Law, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge – London, 2004, p. 211; Posner, R. A., Economic Analysis of Law, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, Estados Unidos, 2007, p. 178–179; Gómez Pomar, F., "El sudor de la frente y el daño moral", InDret, nº 1, 2005, p. 6.

de la Seguridad Social, mejoras voluntarias o gastos de estudios relacionados con el puesto de trabajo. Las horas extraordinarias, por el contrario, sí que son incluidas en la base de cotización por contingencias profesionales –no así, en la cotización por contingencias comunes.

Aunque la base de cotización pretende su asimilación con la retribución mensual efectivamente recibida por el trabajador, existen topes mínimos y máximos en la base de cotización a partir de los cuales no existe obligación de cotización (artículos 16 y 110 LGSS). El tope mínimo de la base de cotización es equivalente, según el artículo 16.2 LGSS y salvo disposición expresa en contrario, al salario mínimo interprofesional incrementado en un sexto y tope máximo se establece anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, mediante una cuantía única para todas las actividades, categorías profesionales y contingencias.

El **tipo de cotización**, como se ha apuntado, es el **porcentaje aplicado a la base de cotización que determina la cuota de cotización a la Seguridad Social**.

Como norma general, en el sistema español de Seguridad Social **opera el principio de uniformidad del tipo de cotización, estableciéndose un tipo de cotización de "*carácter único para todo el ámbito de protección de este Régimen General*"** (artículo 107 LGSS) en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. No obstante lo anterior, existe una **nueva peculiaridad en relación con la cotización por contingencias profesionales** por cuanto, como se analiza en mayor detalle a continuación, el tipo de cotización por contingencias profesionales varía en atención a la actividad económica o productiva que realice empresa.

2.3.2. Cotización variable por accidente de trabajo o enfermedad profesional y el problema del free riding

En sede de cotización por contingencias profesionales no resulta de aplicación el principio de uniformidad del tipo de cotización. Así, el tipo de cotización por contingencias profesionales varía en atención a la actividad económica o productiva que realice empresa.

Según el artículo **108.1 LGSS**, "*la cotización por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se efectuará con sujeción a primas, que podrán ser diferentes para las distintas actividades, industrias y tareas. A tal efecto, legalmente se fijará la correspondiente tarifa de porcentajes aplicables para determinar las primas. Para el cálculo de las mencionadas tarifas se computará el coste de las prestaciones y las exigencias de los servicios preventivos y rehabilitadores.*" **El apartado segundo establece que, en relación con las empresas que ofrezcan riesgos de enfermedades profesionales, se podrán establecer primas adicionales a la cotización de accidentes de trabajo en relación con la peligrosidad de la industria o clase de trabajo y a la eficacia de los medios de prevención empleados**.

Por consiguiente, la cotización por contingencias profesionales es una **cotización variable o móvil** –según denominación doctrinal–[34] **en atención al nivel de riesgos profesionales existente en la actividad o sector industrial al que pertenece la empresa**.

Los **tipos de cotización** por contingencias profesionales **se establecen anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estados** a fin de poder ajustarlos para que reflejen, de forma efectiva, los riesgos profesionales inherentes a las distintas actividades o sectores industriales. Los tipos de cotización previstos para el 2015 son los establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007,[35] cuya disposición adicional 4ª establece **dos cuadros** con **distintos tipos de cotización** por contingencias profesionales: el Cuadro I hace referencia al porcentaje correspondiente en atención a las distintas actividades económicas utilizando los códigos de Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), mientras que el Cuadro II fija los tipos de cotización aplicables a ocupaciones y situaciones de la empresa en todas las actividades.

Entre los tipos de cotización por contingencias profesionales aplicables a partir del 1 de enero de 2014 **más elevados** destacan las actividades de extracción de piedra ornamental y para la construcción (7,15), los trabajos habituales en interiores de minas (7,15) o la construcción de edificios (6,70) y **entre los tipos de cotización más bajos** se encuentran la confección de prendas de vestir (0,90), las actividades de fotografía (0,90), educación (1) o servicios financieros (1). En relación con las ocupaciones y situaciones de la empresa en todas las actividades, destacan los trabajados de construcción (6,70) o conductores de vehículo automóvil de transporte (6,70) y el personal en trabajos exclusivos de oficina (1).

La cotización variable o móvil por accidente de trabajo o enfermedad profesional es, no obstante, insuficiente e inadecuada para incentivar la prevención de riesgos laborales. **La cotización a la Seguridad Social invariable a los índices de siniestralidad en la empresa, al tener en cuenta sólo los datos sectoriales, genera el problema**, propio de los bienes públicos, del ***free riding*** o del polizón.[36]

---

[34] López Cumbre, L., "Las "escalas móviles" de cotización en el sistema de Seguridad Social", en AAVV, El accidente de trabajo en la Seguridad Social, VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Santander, 2003, p. 63; Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F. J., La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de seguridad social, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 78; entre otros.

35 La LPGE 2015 se remite a los porcentajes de la tarifa de primas incluida en la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 actualizada según el apartado primero de la disposición final décima novena de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. No obstante lo anterior, existe el compromiso del Gobierno de, antes de finales de 2015, actualizar la tarifa de cotización por contingencias profesionales en atención a la peligrosidad y los riesgos para las distintas actividades, industrias y tareas (disposición adicional cuarta de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social).

[36] Tompa, E., Trevithick, S. y McLeod, C., "Systematic review of the prevention incentives of insurance and regulatory mechanisms for occupational health and safety", Scandinavian Journal of Work, Environment, and Health, vol. 33, nº 2, 2007, p. 86; Burton, J. F. Jr. y Chelius, J. R., "Workplace safety and health regulations: rationale and results", en Kaufman, B. E. (Editor), Government regulation of the employment relationship, Industrial Relations Research Association, Madison (EUA), 1997, p. 265; Viscusi, W. K., "Toward a diminished role for tort liability: social insurance, government regulation, and contemporary risks to health and safety", Yale Journal on Regulation, vol. 6, nº 65, 1989, p. 86; entre otros.

Una propiedad de los bienes públicos es la imposibilidad de excluir a alguien de su consumo, tampoco aquellos que no han contribuido ni contribuyen a su financiación, generando, por consiguiente, incentivos a los individuos a beneficiarse del consumo de dichos bienes públicos pero sin participar en su financiación; esto es, tienen incentivos a *free ride* y beneficiarse del bien sin soportar los costes de su financiación.[37]

De manera clara, **el sistema de cotización variable o móvil existente en el ordenamiento jurídico español sin individualización alguna de los tipos de cotización en atención a la mayor o menor siniestralidad laboral registrada en la empresa generaba dicho problema del *free riding*.**

Imaginemos que una **empresa que realiza una importante inversión** en medidas y procesos de **prevención** de riesgos laborales, consiguiendo una **disminución en los riesgos laborales existentes en su empresa y, como efecto derivado, en el sector o actividad económica en el que se incardina.** Pues bien, dicha actuación generaría una **reducción en el tipo de cotización** por contingencias profesionales aplicable **a todas las empresas de dicho sector o actividad económica, independientemente de sus inversiones específicas destinadas a fomentar la seguridad y salud laboral**. Esto es, la inversión en prevención de riesgos laborales realizada por la empresa del ejemplo beneficia a todas las empresas del sector. Increíble, pero cierto.

La imposibilidad de diferenciar, a efectos de cotización a la Seguridad Social, las empresas que han contribuido a la reducción de los riesgos inherentes a dicho sector **genera incentivos a las empresas a no invertir medidas y procesos de prevención de riesgos laborales y beneficiarse –*free ride*– de los efectos positivos derivados de las inversiones de las demás empresas**. No obstante lo anterior, dado que todas las empresas se ven enfrentadas con estos mismos incentivos, la teoría económica predice que todas las empresas decidirán optar por *free ride*, eliminando los incentivos de las empresas de implementar medidas de prevención de riesgos laborales en el seno de la empresa.

La cotización mediante primas insensibles a los índices de siniestralidad de las empresas individualmente consideradas no fomenta, a nuestro juicio y siguiendo una parte de la doctrina iuslaboralista representada por Desdentado Bonete, López Cumbre, Mercader Uguina o Durán López,[38] **la prevención de riesgos laborales.**

---

[37] En relación con los bienes públicos y el problema del free riding véase Stiglitz, J. E., La economía del sector público, Antoni Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 150–154.

[38] Véase López Cumbre, L., "Las "escalas móviles" de cotización en el sistema de Seguridad Social", en AAVV, El accidente de trabajo en la Seguridad Social, VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Santander, 2003, p. 90; Desdentado Bonete, A., "El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario", en AA.VV., Seguridad Social. Una perspectiva histórica, MTAS, Madrid, 2001, p. 284; Mercader Uguina, J. R., Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo: Seguridad Social y derecho de daños, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2001, p. 49; Durán López, F. (Coordinador), Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España. Estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención, Secretaría General Técnica, Ministerio de Presidencia, Madrid, 2001, p. 246; Fernández Avilés, A., El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social, Atelier, Barcelona, 2007, p. 194; Ginès i Fabrellas, A., Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional, La Ley, Madrid, 2012, p. 124; entre otros.

El artículo 108.3 LGSS permite que las cuantías de las primas de cotización por contingencias profesionales calculadas en atención a los anteriores criterios se reduzcan *"en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención"* **o aumenten** en relación con aquellas empresas que *"incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo"*. Según este mismo precepto, **la reducción o aumento del tipo de cotización no podrán exceder del 10% de la cuantía de las primas, salvo en supuestos de incumplimiento reiterado de las obligaciones de prevención de riesgos laborales, en cuyo caso el aumento podrá llegar hasta el 20%.**

Sin perjuicio de esta previsión legal, no fue hasta 2010 que se introdujo –y parcialmente– la cotización por contingencias profesionales en atención a la actividad preventiva de las empresas individualmente consideradas mediante la **aprobación del Real Decreto 404/2010**, de 31 de marzo, 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.[39] **Permitiéndose, de esta manera, resolver parcialmente el problema del *free riding* en la cotización por contingencias profesionales**.

2.3.3. El sistema de incentivos en la cotización por contingencias profesionales introducido mediante el RD 404/2010: la baja siniestralidad laboral en la empresa

El RD 404/2010 introduce, como se deriva de su título, **un sistema de incentivos de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que registren bajos niveles de siniestralidad en la empresa**.[40] Desarrollándose, por tanto, la previsión contenida en el citado artículo 108.3 LGSS únicamente en lo referente a la **parte incentivadora y no vertiente sancionadora**.

El RD 404/2010, según dispone su artículo primero, establece *"un sistema de incentivos consistente en reducciones de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que se distingan por su contribución eficaz y contrastable a la reducción de la siniestralidad laboral y por la realización de actuaciones efectivas en la prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales"*. Aunque no puede hablarse en sentido estricto de una reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales,[41] **se dispone de un sistema de incentivos consistente en la devolución de una parte de aquello satisfecho por las empresas beneficiarias en concepto de cotización por contingencias profesionales**.

El RD 404/2010 es **desarrollado por la Orden TIN/1448/2010**, de 2 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se re-

[39] Véase Blasco Lahoz, J. F., "El nuevo sistema de "bonus" en las cotizaciones por diminución de la siniestralidad laboral", Información Laboral, nº 9, 2010, p. 2-11 por un completo análisis del Real Decreto 404/2010.

[40] De acuerdo con la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012. Disponible: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Estrategia_Seguridad_Salud/Doc.Estrategia%20actualizado%202011%20ultima%20modificacion.pdf

[41] Sempere Navarro, A. V., "Del bonus-malus al bonus-nullus", Aranzadi Social, nº 4, 2010, p. 1; Lafuente Suárez, J. L., "El sistema de incentivos para la reducción de cotizaciones por contingencias profesionales. Análisis crítico de urgencia", Actualidad Laboral, nº 13, 2010, p. 8 (versión La Ley Digital).

gula 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.

a. Empresas beneficiarias del sistema de incentivos a la cotización por contingencias profesionales

Pueden ser **empresas beneficiarias del sistema de incentivos** aquellas empresas –tanto privadas como públicas– que cumplan los siguientes requisitos:

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 €**.

c) No rebasar en el período de observación los límites que se establezcan respecto de los **índices de siniestralidad general y siniestralidad extrema** a que se refieren los apartados 1 y 2 del anexo II.

d) Encontrarse al **corriente en el cumplimiento de las obligaciones de cotización a la Seguridad Social.** No siendo posible, por tanto, que una empresa con deudas en materia de Seguridad Social pueda beneficiarse del incentivo, incluso registrando una baja siniestralidad laboral.

e) No haber sido sancionada por resolución firme en vía administrativa en el período de observación por la comisión de **infracciones graves o muy graves** en materia de prevención de riesgos laborales o de Seguridad Social.

f) Acreditar el cumplimiento de los requisitos básicos en materia de prevención de riesgos laborales. Acreditación que debe realizarse mediante una **autodeclaración sobre actividades preventivas y sobre la existencia de representación de los trabajadores en materia de prevención** de riesgos laborales que, en su caso, conformaran la citada autodeclaración.[42]

g) Acreditar el desarrollo o la realización, durante el período de observación de, **al menos, dos de las siguientes acciones**:

- Incorporación a la plantilla de **recursos preventivos propios** o internos (trabajadores designados o servicio de prevención propio), aun cuando no esté legalmente obligada o ampliación de los recursos propios existentes.

- Realización de **auditorías externas** del sistema preventivo de la empresa, cuando ésta no esté legalmente obligada a ello.

[42] El Anexo I del RD 404/2010 incluye el modelo de autodeclaración sobre actividades preventivas y sobre la existencia de representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. El propio Anexo establece que se entenderá acreditado el cumplimiento de los requisitos básicos en materia de prevención de riesgos laborales establecidos en los artículos2.1.f) y 3.1 cuando proceda respuesta afirmativa a todas las preguntas de la autodeclaración que resulten de aplicación a la empresa. Se adjunta el modelo de autodeclaración en el anexo del presente trabajo.

- Existencia de **planes de movilidad vial** en la empresa como medida para prevenir los **accidentes de trabajo en misión y los accidentes *in itinere***.

- 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**.

- **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 tal organización y funcionamiento se ajusta a las normas internacionalmente aceptadas.

Asimismo, el artículo 3 RD 404/2010 **establece criterios específicos para pequeñas empresas** para que, dadas sus especiales circunstancias, puedan ser beneficiarias del sistema de incentivos.

En este sentido, las empresas que en el período de observación máximo de **cuatro ejercicios no hayan superado** un volumen de **cotización por contingencias profesionales de 5.000 €** podrán acceder al incentivo si, además de cumplir con los requisitos de los apartados a), c), d), e) y f) anteriormente apuntados, las siguientes condiciones:

- Haber alcanzado un **volumen de cotización por contingencias profesionales de 250 € en el período de observación de cuatro ejercicios**.

- Acreditar el desarrollo de alguna de las siguientes acciones preventivas:

- **Asunción por el empresario de la actividad preventiva o designación de trabajadores de la empresa** que asuman dicha actividad.

- Obtención, por el empresario o los trabajadores designados que vayan a asumir las tareas preventivas, de **formación real y efectiva** en materia de prevención de riesgos laborales.

b. El nivel de siniestralidad laboral empresarial como variable fundamental para acudir al sistema de incentivos

El sistema de incentivos de cotización a la Seguridad Social regulado en el RD 404/2012 está condicionado a que las empresas hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. La fórmula empleada para concretar esta contribución es, además de los requisitos anteriormente apuntados, la no superación por parte de las empresas beneficiarias en el período de observación los índices de siniestralidad general y siniestralidad extrema que se establecen en los apartados 1 y 2 del Anexo II (artículo 2.1.c) y 4.1 RD 404/2010).

El período de observación es definido en el artículo 6 RD 404/2010 como "*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*." Así, **las empresas solicitantes del incentivo podrán determinar el período de observación en atención a sus intereses y hasta cuatro ejercicios naturales inmediatamente anteriores a la solicitud**, siempre

que esos no hubieran formado parte de una solicitud anterior. No obstante lo anterior, una vez alcanzado el volumen mínimo de cotización de 5.000 € en concepto de cuotas a la Seguridad Social por contingencias profesionales al que se refieren los artículos 2 y 3 RD 404/2010, para las empresas que no hubieran solicitado el incentivo comenzará a computarse un nuevo período de observación.

Los apartados 1 y 2 del Anexo II del RD 404/2010 definen los índices de siniestralidad general y extrema que las empresas no podrán superar en el período de observación.

El apartado 1 del Anexo II hace referencia al índice de siniestralidad general, que se calcula en base a dos fórmulas que recogen la incidencia de la siniestralidad laboral, la permanencia en la situación de activo de trabajador, el número de trabajadores y las bases de cotización y la relación con la actividad económica desarrollada. Concretamente, la definición de dichos índices es la siguiente:

$$I_i = \frac{\text{Importe total de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales durante el período de observación}}{\text{Cuotas totales por contingencias profesionales durante el período de observación}} * 100 < \alpha_i$$

$$II_i = \frac{\text{Número total de partes de AT y EP con baja laboral durante el período de observación}}{\text{Cuotas totales por contingencias profesionales durante el período de observación}} * 10.000 < \beta_i$$

El apartado 2 del Anexo II hace referencia al índice de siniestralidad extrema, que se calcula en aquellos supuestos en los que durante el período de observación se hubiera producido en la empresa el **fallecimiento de algún trabajador o el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez por contingencias profesionales** –excluidos los accidentes *in itinere*–. Así, dicho índice tiene como objetivo medir el número de siniestros graves en atención al número total de trabajadores en la empresa, su permanencia en el trabajo y la actividad económica de la empresa:

$$III_i = \frac{\text{Número total de reconocimientos de incapacidad permanente y de fallecimientos en el período de observación} \times 1.000.000}{\text{Cuotas totales por contingencias profesionales durante el período de observación}} < \partial_i$$

Los parámetros α_i, β_i y δ_i hacen referencia a los **valores límites del índice de siniestralidad general y extrema que se establecen anualmente en las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado** (artículo 4.4 RD 404/2010) para cada uno de los códigos CNAE recogidos en la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales (subíndice i).[43]

Para acceder al incentivo las empresas no pueden registrar unos índices de siniestralidad general ni de siniestralidad extrema superiores a los valores límites establecidos anualmente por las distintas actividades económicas. Así, si la empresa superase el límite establecido respecto del índice de

[43] Para el 2015, los valores de siniestralidad general y extrema se encuentran regulados en el anexo de la Orden ESS/86/2015, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

siniestralidad extrema no será reconocido el incentivo, independientemente del valor de los índices de siniestralidad general.

La distinción entre el índice de siniestralidad general y siniestralidad extrema denota, entendemos, la preocupación por el legislador por fomentar la seguridad y salud laboral desde un punto de vista integral, por cuanto se tiene en cuenta todo accidente de trabajo o enfermedad profesional, y no únicamente aquellos graves y muy graves. **La única excepción, como se ha apuntado, la constituye el accidente *in itinere*, que se excluye del cómputo de los índices de siniestralidad general y extrema** (artículo 2.3 RD 404/2010), si bien –como se ha apuntado– es una de las inversiones en prevención que pueden realizarse para obtener finalmente el incentivo.

Para concluir, es interesante apuntar que el sistema de incentivos de cotización por contingencias profesionales regulado en el RD 404/2010 **no emplea como variable relevante la configuración de la plantilla (contratación indefinida o temporal, edad, sexo, etc.) a efectos de determinar los valores mínimos de siniestralidad laboral general o extrema**.

c. Incentivo económico: devolución de las cuotas por contingencias profesionales

El incentivo regulado en el RD 404/2010 consiste, según establece su artículo 4, en una **devolución de hasta el 5% del importe de las cuotas por contingencias profesionales abonadas por la empresa en el período de observación. La devolución podrá alcanzar hasta el 10%** en supuestos de períodos de observación consecutivos y siempre que en el inmediatamente anterior se hubiera percibido el incentivo. En todo caso, la reducción del importe de las cuotas **tiene como límite el importe de las inversiones referidas en los artículos 2.1 y 3.1 de instalaciones, procesos o equipos en materia de prevención de riesgos laborales que puedan contribuir a la eliminación o disminución de riesgos**.

Las **pequeñas empresas** –según definición del artículo 3 RD 404/2010– **podrán beneficiarse de un incentivo que en ningún caso podrá superar el importe correspondiente a aquello cotizado** por contingencias profesionales o 250 € para el primer período de observación y 500 € a partir del segundo, siempre que sea inmediatamente anterior al período en el que se ha percibido el incentivo.

d. Financiación y gestión administrativa del sistema de incentivos de la cotización por contingencias profesionales

El sistema de incentivos regulado en el RD 404/2010 **se financia a cargo del Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social** –anteriormente denominado Fondo de Prevención y Rehabilitación– de la Tesorería General de la Seguridad Social y constituido con el 80% del exceso de excedentes de la gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (artículo 5 RD 404/2010).[44]

[44] El artículo 5 RD 404/2010 se remite al actualmente derogado artículo 73 LGSS que permitía destinar un porcentaje de las dotaciones efectuadas por cada una de las mutuas en el Fondo de Prevención y Rehabilitación "a incentivar la adopción de medidas y procesos que contribuyan eficazmente y de manera contrastable a la reducción de la siniestralidad laboral, mediante un sistema de «bonus-malus»". Tras la modificación de la LGSS en 2014 (Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se

El apartado segundo de dicho precepto establece que **las mutuas tendrán a disposición en cada ejercicio económico un máximo del 3% de los recursos del Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social**; salvo cuando dichos recursos fueran insuficientes para atender las solicitudes aceptadas, en cuyo caso la mutua podrá acordar que destina de recursos procedentes de las reservas voluntarias o parte de las reservas obligatorias correspondientes a la gestión de las contingencias profesionales en la cuantía que excede del límite reglamentario mínimo.

En cuanto a la gestión administrativa del sistema de incentivos, **las empresas que deseen optar al incentivo deberán presentar solicitud**, desde el día 1 de abril hasta el 15 de mayo, en la mutua o entidad gestora que asuma la protección de sus contingencias profesionales (artículo 7.1 RD 404/2010). Examinadas todas las peticiones y verificada la concurrencia de los requisitos, **la mutua o entidad gestora remitirá a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social informe propuesta** no vinculante en relación con la concesión o denegación del incentivo solicitado (artículo 7.2 RD 404/2010). En este último supuesto y previa remisión de dicho informe, se concederá trámite de audiencia a la empresa, así como a los delegados de prevención y se acompañarán sus alegaciones a dicho informe-propuesta.

La **Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social verificará nuevamente el cumplimiento por parte de las empresas solicitantes de los requisitos** exigidos reglamentariamente y el volumen de recursos disponibles y dictará, en su caso, resolución estimatoria, que dará traslado a la mutua o entidad gestora correspondiente y a la Tesorería General de la Seguridad Social para que ésta proceda al abono de los incentivos a las empresas beneficiarias (artículo 8 RD 404/2010). En el supuesto de resolución denegatoria, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social lo comunicará a la mutua o entidad gestora para su notificación a la empresa solicitante, al objeto de que ésta pueda formular alegaciones en el trámite de audiencia correspondiente (artículo 8.3 RD 404/2010).

Asimismo, una vez recibida la información, **la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social podrá a disposición de la Inspección de Trabajo** y Seguridad Social la información relativa a las empresas solicitantes para su comprobación y efectos procedentes (artículo 10.1 RD 404/2010). La falta de veracidad de la información consignada en la autodeclaración de la empresa dará lugar a la devolución del incentivo, en su caso, percibido, así como a la exclusión del acceso al mismo per un período igual al último período de observación y a las responsabilidades administrativas o de otra índole que pudieran corresponder (artículo 10.2 RD 404/2010).

e. Ausencia de penalización en la cotización por contingencias profesionales por incumplimiento de obligaciones sobre seguridad y salud laboral

El sistema de incentivos a la cotización a la Seguridad Social establecido en el

modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social), esta remisión debe entenderse referida al artículo 75 bis LGSS que regula los excedentes y el actual Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social.

RD 404/2010 supone, como se ha analizado en las páginas anteriores, el reembolso de una parte de la cotización por contingencias profesionales para aquellas empresas con bajos niveles de siniestralidad laboral.

No existe desarrollo normativo de la previsión del artículo 108.3 LGSS de aumentar el tipo de cotización –hasta el 10% o, en caso de reiteración, el 20%– en relación con aquellas **empresas que *"incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo"*. La incentivación a la prevención de riesgos laborales mediante al aumento de la cotización** a la Seguridad Social **no ha sido todavía implementada**.

Por ende, **no existe un aspecto penalizador en dicho sistema de incentivos** que sancione a las empresas que incumplan con sus obligaciones de prevención de riesgos laborales o excedan de determinados índices de siniestralidad laboral.

El legislador, consciente de esta limitación del sistema de incentivos, **justifica la opción legislativa** argumentando que el aspecto penalizador en materia de Seguridad Social por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud laboral se encuentra representado por medidas como las relativas al **recargo de prestaciones de la Seguridad Social, la pérdida de las bonificaciones sobre las cotizaciones a la Seguridad Social o la posible actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social** (exposición de motivos RD 404/2010).

Ciertamente existe la –nada desdeñable– responsabilidad derivada del recargo de prestaciones. Sin embargo, resulta cuestionable identificar un instrumento indemnizatorio del daño y de responsabilidad empresarial, como es el recargo de prestaciones, con un sistema de penalización en la cotización por contingencias profesionales de aquellas empresas que más contribuyen en la siniestralidad laboral en el mercado de trabajo. Más allá, mediante el recargo de prestaciones es, la elevada siniestralidad laboral en la empresa es únicamente sancionada cuando exista una reclamación por parte del trabajador accidentado o sus causahabientes y una sentencia firme que declare la responsabilidad de la empresa.

No se sanciona, actualmente, la mera existencia de una elevada siniestralidad laboral en la empresa mediante el aumento de cuotas de cotización a la Seguridad Social; desaprovechando, entendemos, una oportunidad para incentivar la prevención de riesgos laborales en la empresa.

No obstante lo anterior, el propio **RD 404/2010** incluye en su exposición de motivos el compromiso del Ministerio de Trabajo e Inmigración de realizar los estudios pertinentes para valorar la oportunidad de introducir un sistema de incremento de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas con índices de siniestralidad laboral excesivamente elevados. Y, en este sentido, **existe un compromiso del Gobierno de modificar, antes de finalizar el año 2015, el RD 404/2010 a fin de implantar *"un sistema objetivo centrado en el comportamiento de la siniestralidad"* e *"incentivar en las empresas la adopción de medidas y procesos que contribuyan eficazmente a la reducción de las contingencias profesionales de la Seguridad Social"***.[45]

[45] Disposición adicional cuarta de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

2.3.4. Conclusiones: actualización del sistema bonus-bonus e introducción de un sistema bonus-malus en la cotización por contingencias profesionales

La cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales se fundamenta, como se ha analizado en las páginas anteriores, en una doble vertiente.

- En primer lugar, existe **un sistema de cotización variable** por el cual el tipo de cotización se establece anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado **en atención al nivel de riesgos profesionales existentes en la actividad o sector económico al que pertenece la empresa**.

- En segundo lugar, el RD 404/2010 introdujo un sistema de incentivos basado en el **índice de siniestralidad laboral registrado en las empresas individualmente consideradas**. Así, las empresas que en el período de observación –de duración entre uno y cuatro ejercicios económicos inmediatamente anteriores a la solicitud– no superen los valores de siniestralidad general y extrema anualmente establecidos por el Gobierno en atención al sector o actividad económica que desarrolla la empresa tendrán derecho al **reembolso de hasta el 10% de su cotización por contingencias profesionales.**

Desde nuestro punto de vista, **la combinación del sistema de cotización variable y el sistema de incentivos del RD 404/2010 es adecuada**, por cuanto permite **superar el problema del *free riding*** generado por el sistema de cotización variable o móvil.

Como se ha apuntado anteriormente, un sistema de cotización por contingencias profesionales únicamente basado en los riesgos inherentes en un sector o actividad económica no servía de estímulo para fomentar la seguridad y salud laboral. La cotización por contingencias profesionales no reflejaba los mayores o menores índices de siniestralidad laboral en la empresa, resultando de aplicación, a todas las empresas de un mismo sector o actividad, un mismo tipo de cotización con independencia del número de contingencias profesionales en la empresa.

Mediante la aprobación del RD 404/2010 se supera –parcialmente– el problema del *free riding* del sistema de cotización por contingencias profesionales, por cuanto las empresas tienen **incentivos a invertir en prevención de riesgos laborales, reducir la siniestralidad en la empresa** y, así, recuperar parte de las cotizaciones por contingencias profesionales. Dado que la reducción del nivel de siniestralidad en la empresa beneficia directamente a la propia empresa, la teoría económica predice la generación de incentivos adecuados de las empresas para invertir en medidas y procesos de prevención de riesgos laborales y reducir así los índices de siniestralidad laboral en la empresa.

Asimismo, se **valora positivamente algunas cuestiones de la configuración del sistema de incentivos del RD 404/2010**. En este sentido:

- La **distinción del índice de siniestralidad general y extrema** denotando una preocupación por parte del legislador para prevenir no únicamente las con-

tingencias graves y muy graves, sino todo accidente de trabajo o enfermedad profesional.

- La **exclusión de las empresas sancionadas administrativamente** en materia de prevención de riesgos laborales o de Seguridad Social atribuye coherencia al sistema de incentivos, impidiendo beneficiarse del mismo a empresas sancionadas administrativamente por incumplimiento de sus obligaciones empresariales.

- La posibilidad de **configurar el período de observación de hasta cuatro años en función de la necesidad de la empresa**, permite superar una limitación propia de los sistemas de cotización variable. Así, como norma general, el cálculo de las primas de cotización en atención al nivel pasado de contingencias profesionales producidas en la empresa es insensible al esfuerzo en la adopción de medidas o procesos de prevención de riesgos laborales que pudieran adoptar las empresas en el presente. En el sistema de incentivos del RD 404/2012 también existe el riesgo que la evidencia de un nivel mínimo de siniestralidad laboral resulte "insensible" a esfuerzos empresariales de prevención. Sin embargo, la posibilidad de configurar un período de observación de hasta cuatro años permite a las empresas beneficiarse del incentivo por inversiones de prevención que, en el período de observación, han permitido reducir los índices de siniestralidad en la empresa por debajo de los valores mínimos.

No obstante lo anterior, desde nuestro punto de vista, **este sistema es insuficiente para incentivar adecuadamente la prevención de riesgos laborales en la empresa**; insuficiencia basada en (1) limitaciones o incongruencias del sistema de incentivos del RD 404/2010 (2) la ausencia de un aspecto penalizador en la cotización por contingencias profesionales de que sancione a las empresas con mayores índices de siniestralidad laboral.

En primer lugar, **existen ciertas limitaciones o incongruencias del sistema de incentivos del RD 404/2010** –algunas propias de todos los sistemas de cotización variable– que deben tenerse en cuenta a fin de garantizar un adecuado sistema de incentivos:[46]

- *Cuantía del incentivo*. El postulado de la teoría económica según la cual la **cotización variable incentiva** a la prevención de riesgos laborales por cuanto se benefician de una reducción en la cuota de cotización, es **únicamente cierto si dicha reducción refleja suficientemente su relación con la actividad preventiva y la consiguiente disminución en el índice de siniestralidad laboral**. Si las empresas no observan esta relación causa–efecto entre la actividad preventiva y la reducción en las primas de cotización, no tendrán incentivos suficientes a invertir en medidas y procesos de prevención para fomentar la seguridad y salud laboral en la empresa.

[46] En relación con esta cuestión, véase Narocki Flaminman, C., "Si «la prevención es rentable» ¿porqué no la han descubierto los empresarios? Una revisión de propuestas para políticas en salud laboral", Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 14, 1999, p. 116 y Cane, P., Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, 7ª edición, Butterworth and Co., Londres, 2006, p. 437–438.

El incentivo regulado en el RD 404/2010 es, como se ha analizado anteriormente, equivalente a la menor de las siguientes cuantías: a) el 5% del importe de las cuotas por contingencias profesionales abonadas por la empresa en el período de observación o el 10% en supuestos de períodos de observación consecutivos o b) el importe de las inversiones preventivas realizadas por la empresa puedan contribuir a la eliminación o disminución de riesgos. **Debería, a nuestro juicio, estudiarse desde un punto de vista económico la efectividad del incentivo para fomentar la prevención de riesgos laborales**.[47]

- *Los niveles de siniestralidad laboral como indicadores fidedignos.* **Los niveles de siniestralidad laboral** registrados en la empresa son únicamente un **indicador estadísticamente fidedigno de la probabilidad de contingencias futuras en empresas grandes y/o en supuestos de períodos de observación largos; no así en empresas medianas o pequeñas o en cortos períodos de observación**, donde el número de contingencias profesionales está sujeto a importantes fluctuaciones que podrían dar lugar a una desproporción elevada entre las primas de cotización aplicables y el nivel de siniestralidad real en la empresa.

  En este punto, **el diseño empleado por el RD 404/2010 adolece también de esta limitación, al permitir cortos períodos de observación o limitarlos a la no superación de la cuantía máxima de 5.000 € cotización**. No obstante lo anterior, dicho sistema de incentivos pretende reducir esta limitación mediante la distinción entre siniestralidad general y extrema: al computar separadamente las contingencias leves o poco graves de aquellas consideradas graves o muy graves, impide que un grave suceso ocurrido en la empresa de forma totalmente puntual pueda afectar desproporcionadamente al índice de siniestralidad general.

- *Empresas beneficiarias.* **Existen algunas incongruencias en los requisitos exigidos a las empresas para ser beneficiarias del incentivo**.

  Así, entendemos injustificable la **ausencia de exclusión de aquellas empresas declaradas civilmente responsables por la concurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional**. Mientras que el artículo 2.1.b) RD 404/2010 excluye aquellas empresas que hubieran sido, durante el período de observación, sancionadas en vía administrativa por comisión de infracciones graves o muy graves en materia de prevención de riesgos laborales o de Seguridad Social, no existe previsión semejante en materia de responsabilidad civil.

  Tampoco se aprecia justificable la existencia de una **cotización mínima para acceder al incentivo regulado en el RD 404/2010**, debiéndose permitir, a nuestro juicio, el acceso de todas aquellas empresas que contribuyan a me-

[47] En este sentido, Villar Cañada entiende que las cantidades del incentivo son "relativamente bajas en comparación con la inversión voluntaria a la que debe hacer frente [las empresas] si quieren recibirlas", proponiendo un conjunto de medidas contables y fiscales favorecedoras de la realización por parte de las empresas de inversiones en prevención de riesgos laborales (Villar Cañada, I. M., "Incidencia de la liberalización de los mercados de servicios en la legislación laboral: la «Ley Ómnibus», de 22 de diciembre de 2009, y el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo de 2010", Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 326, 2010, p. 51).

jorar la seguridad y salud laboral –manteniendo, no obstante, una proporcionalidad entre el nivel de cotización y la cuantía del incentivo.

La inclusión como requisito para acceder al incentivo de la previa realización de inversiones en medidas o procesos de prevención de riesgos laborales denota el interés del legislador de, más allá de garantizar el cumplimiento –legalmente exigible– de la normativa de seguridad y salud laboral, premiar aquellas empresas que favorezcan la reducción de la siniestralidad laboral. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, **la exigencia de inversiones en materia de prevención de riesgos laborales o la exigencia de actuaciones preventivas más allá de las legalmente exigidas es únicamente justificable** si va aparejada de la acreditación de su efectividad a efectos de **reducir los niveles de siniestralidad laboral en la empresa**.

Finalmente, la cotización por contingencias profesionales variable debe combinarse con medidas efectivas de inspección y control, por cuanto puede generar incentivos perversos de, por ejemplo, no declaración de contingencias profesionales para beneficiarse del incentivo en la cotización.

- *Riesgo de infradeclaración de accidentes de trabajo*. Un riesgo propio de los sistemas de tarificación es la **infradeclaración de contingencias profesionales** a fin de eludir aumentos en la cotización. Riesgo también presente en el sistema de incentivos introducido por el RD 404/2010 para acceder a la bonificación, que puede solventarse mediante medidas efectivas de inspección y control o, como propuesta de *lege ferenda* incorporada en este estudio, la **implementación de la compensación intersistemas de cotización**.

En segundo lugar, **es criticable, a nuestro juicio, la ausencia en la cotización por contingencias profesionales de un aspecto penalizador que sancione –mediante un aumento de la cotización– a las empresas** con mayores índices de siniestralidad y/o que han sido declaradas responsables por la producción de una accidente de trabajo o enfermedad profesional.[48]

El RD 404/2010 **no es, en sentido estricto, una cotización variable en atención a la siniestralidad laboral de la empresa –las primas de cotización no son calculadas en atención al número de contingencias profesionales en la empresa–, sino un sistema de devolución**.[49] Por consiguiente, resulta insuficiente para trasladar el coste de las prestaciones públicas abonadas al trabajador a la empresa causante de la contingencia y, por tanto, para alcanzar un nivel de prevención de riesgos laborales adecuado.

En la actualidad, la siniestralidad laboral en la empresa es sancionada mediante la responsabilidad empresarial por incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral –recargo de prestaciones de la Seguridad Social, responsabilidad civil, administrativa y, en su caso, penal–. No existe, no obstante, un incremento en la cotización por contingencias profesionales de

[48] En este mismo sentido, véase, Villar Cañada, I. M., "Incidencia de la liberalización de los mercados de servicios en la legislación laboral: la «Ley Ómnibus», de 22 de diciembre de 2009, y el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo de 2010", Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 326, 2010, p. 45.

[49] Lafuente Suárez, J. L., "El sistema de incentivos para la reducción de cotizaciones por contingencias profesionales. Análisis crítico de urgencia", Actualidad Laboral, nº 13, 2010, p. 3 (versión La Ley Digital).

aquellas empresas individualmente consideradas que más contribuyan en la siniestralidad laboral.

En nuestra opinión y como ya hemos analizado y defendido en otros estudios[50], la institución del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social, debería ser suprimido en su concepción actual e integrarse a modo de bonus-malus en el sistema de cotización por contingencias profesionales, como sucede en el ordenamiento jurídico francés que analizamos a continuación.

Aunque requeriría mayor estudio económico, entendemos que mediante la introducción de un sistema de cotización por contingencias profesionales que **incremente las primas de cotización de aquellas empresas que más contribuyen en la siniestralidad laboral**, permitiría una **reducción en las cuotas de cotización de aquellas empresas que, por el contrario, adoptan políticas de prevención de riesgos laborales efectivas**.

Por todo lo anterior, desde nuestro punto de vista, la propuesta de actualización de la **cotización por contingencias profesionales** (disposición adicional 4ª de la Ley 35/2014) debería incluir un sistema de cotización que: **a) premie –mediante reducciones en la cotización– a las empresas que contribuyan a la prevención de riesgos laborales y b) sancione –mediante aumentos en dicha cotización– a aquellas que superen determinados índices de siniestralidad y/o haya sido declarada su responsabilidad** por contingencias profesionales como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, a modo de acción de retorno de la Seguridad Social contra la empresa causante y responsable de la contingencia.

[50] Luque Parra, M. y Ginès i Fabrellas, A., Análisis cualitativo de las controversias judiciales más relevantes en materia de seguridad y salud laboral: propuestas de lege ferenda, de interpretación judicial y de configuración de criterios técnicos, Fundación para la prevención de riesgos laborales y Fomento del Trabajo, Barcelona, 2013; Luque Parra, M. y Ginés i Fabrellas, A., La judicialización de los conflictos en materia de seguridad y salud laboral. Fundación para la prevención de riesgos laborales y Fomento del Trabajo, Barcelona, 2012; Ginès i Fabrellas, A., Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional, La Ley, Madrid, 2012; del Rey Guanter, S. (Editor) y Luque Parra, M. (Coordinador), Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada. La Ley. Madrid, 2008.

3. EL MODELO FRANCÉS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COTIZACIÓN POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES[51]

3.1. Introducción

El modelo francés de prevención de riesgos laborales está experimentando una renovación profunda después de casi treinta años. **De una normativa inicialmente orientada a la reparación de los riesgos**, combinada con una gran cantidad de normas técnicas, **el centro de gravedad se ha desplazado progresivamente hacia la prevención de los riesgos laborales y la promoción de una auténtica política de salud en la empresa**. La vertebración del derecho ha sido, por tanto, cambiada. Ahora, el código de trabajo combina las obligaciones generales de prevención y de protección de la salud con numerosas obligaciones más específicas. L'obligation générale de sécurité de résultat joue un rôle moteur dans la construction d'une législation exigeante de prévention des risques sur le lieu de travail. Así, en Francia, **la obligación general de seguridad de resultado juega un papel de "motor" en la construcción de una legislación de prevención de riesgos laborales exigente**.

De la "higiene" y de la "seguridad", se ha pasado gradualmente a la noción, más amplia, de salud y seguridad en el trabajo. Un buen ejemplo de dicha ampliación es que el concepto de salud mental ha sido igualmente incluido en el Código de Trabajo desde 2002[52]. En efecto, si bien las incidencias relacionadas con las tensiones o los riesgos físicos se han estabilizado, si la exposición a agentes químicos y cancerígenos ya identificados ha disminuido, en cambio, la exposición a los riesgos psicosociales (carga e intensidad del trabajo, pérdida de autonomía) se está incrementando de forma clara.[52]

Es desde esta perspectiva que también en Francia se considera **el desarrollo de la prevención en la empresa, ya se tome en cuenta la extensión de su campo de aplicación, ya se considere el cambio de paradigma que impone, que implica necesariamente una reactualización de la problemática relativa al sistema de reparación de los riesgos profesionales desde el ámbito de la Seguridad Social.**

---

[51] Autores: Lucie Jubert, Alexis Larose y Lou Thomas (IRERP,Université Paris Ouest, IRERP 1 Universidad París Ouest).
Los autores agradecen a Elsa Peskine por su revisión y valiosos consejos y Dounia Benrebai por su contribución.
Traducción Raquel Serrano, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona. Secretaria General del Consell de Relacions Laborals de Cataluya (2010-2013).
[52] La evolución de los riesgos laborales en el sector privado entre 1994 y 2010: primeros resultados de la encuesta de Sumer, se atreve análisis, marzo de 2012, No. 23.

A continuación se efectúa una **breve exposición del sistema francés de seguridad y salud laboral**, incluyendo, asimismo, las conclusiones más importantes alcanzadas en el estudio publicado por Foment del Treball en relación con esta cuestión.

3.2. Delimitación del contexto del sistema francés de prevención de riesgos laborales

3.2.1. La obligación de prevención de riesgos laborales como una obligación de medios y no de resultados

Interpretando las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico francés, el Tribunal Supremo estableció en 2002, superando el concepto preexistente del papel del empresario en materia de salud y de seguridad en el trabajo, que **el empresario**, en virtud del contrato de trabajo, **asume respecto de sus trabajadores una obligación de seguridad de medios** en general, **pero de resultado** por lo que se refiere a las enfermedades profesionales contraídas por los trabajadores como consecuencia de los productos fabricados o utilizados por la empresa (Ex. Soc. 28/02/2002 n°99-18.389).

Con este nuevo apoyo, la obligación de prevenir los riesgos profesionales ha experimentado un renovado vigor.[53] Aunque originariamente contractual, esta obligación ha llegado a ser considerada por el Tribunal Supremo como una obligación legal,54 lo que permite aplicarla tanto en las relaciones entre el empleador y sus trabajadores como en relación con cualquier persona que preste sus servicios en la empresa (trabajadores temporales, proveedores, etc.), haciendo recaer sobre el empresario la obligación de desarrollar una política de prevención eficaz de los riesgos laborales (Soc. 28/01/2009, N ° 07-44.556).

De ello se desprende, por ejemplo, que el respeto de esta obligación, que le obliga a adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y proteger la salud de los trabajadores, pueda llegar a paralizar un proyecto de reorganización de una central de energía desde el momento en que los jueces constatan que esta nueva organización puede comprometer o suponer un riesgo para- la salud y seguridad los trabajadores implicados (Soc. 03.05.2008, *SNECMA,* No. 06-45888). Por lo tanto, el ejercicio del poder de dirección del empresario puede ser controlado en la medida en que presenta como límite la obligación de seguridad.

3.2.2. La vigilancia de la salud laboral

La obligación general de prevención de los riesgos laborales que pesa sobre el empleador incluye la evaluación de riesgos y de la salud de los trabajadores (L.4121-2 CT). A este respecto, **los empleadores de derecho privado tienen la obligación de establecer/disponer de un servicio de salud en el trabajo** (L.4644-1 TC), a su exclusivo cargo (L.4622-6 CT). Este servicio tiene como «*misión exclusiva evitar cualquier alteración/deterioro de la salud de*

[53] S. Bourgeot y el Sr. Blatmann, "De la obligación del empleador de la seguridad del derecho a la salud de los empleados" Dr.soc. 2006 p.653.
[54] Adjunto al artículo L. 4121-1 CT.

los trabajadores debida a su trabajo» (L.4644-2 CT). Se compone de un equipo multidisciplinar cuyos actores claves son los médicos del trabajo.

Las empresas de menos de 500 trabajadores deben adherirse a un servicio interempresas (a menudo organizado bajo la forma de una asociación (D.4622-15 CT). **Las empresas de más de 500 trabajadores pueden optar por un servicio autónomo de salud** (D.4622-5 CT).

Para el conjunto de empleados son obligatorias diversas revisiones médicas. El empleador debe asegurarse de que tales revisiones se llevan a cabo, pues, de no hacerlo, asumirá la responsabilidad que pueda derivarse. **El trabajador**, por su parte, y en virtud de la obligación general de velar por su seguridad y por la de aquellas personas de que se trate, de conformidad con las instrucciones del empleador (L.4122-1 CT), **tiene la obligación de someterse a las revisiones médicas** y cumplir las prescripciones del médico del trabajo.

El médico del trabajo procede, en particular, a **una vigilancia individual del estado de salud con ayuda de diversos reconocimientos:** reconocimiento para la contratación del trabajador a fin de determinar la aptitud del mismo para ocupar el puesto de trabajo (R.4624-10 CT); reconocimiento periódico para garantizar el mantenimiento de la aptitud del trabajador en el puesto de trabajo ocupado (R.4624-16 CT); reconocimiento médico a petición del empleador o del empleado (R.4624-17 CT); reconocimiento para la reincorporación al trabajo tras una baja por enfermedad o maternidad (R.4624-22 CT).

3.2.3. Las obligaciones de prevención en relación con las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia y los trabajadores especialmente sensibles

El médico del trabajo juega un papel central en la prevención y la preservación del estado de salud de los trabajadores.[55] En este sentido, "*tiene la facultad de proponer medidas individuales tales como cambios o modificaciones de puestos de trabajo, justificadas por motivos de edad, resistencia física o estado de salud física y mental de los trabajadores*" (L.4624-1 CT).

Por otra parte, **ciertas categorías de trabajadores se benefician de una vigilancia de la salud reforzada** (R.4624-18 CT) que puede traducirse, por ejemplo, en un mayor número de reconocimientos médicos para los **trabajadores expuestos a determinados productos**, los **trabajadores con discapacidad**, los trabajadores expuestos a factores de especial peligrosidad enumerados por decreto, para los cuales el empleador debe establecer una ficha individual de evaluación de los riesgos (L.4121-3-1 CT), o también en el caso de las **mujeres embarazadas**.

El Código del Trabajo también prevé en beneficio de éstas últimas un buen número de disposiciones especiales. Entre ellas cabe destacar la medida más drástica prevista por el artículo L.1225-29 CT, en virtud del cual un empleador no puede hacer trabajar a una trabajadora durante un período de ocho semanas antes y después del parto, ni en las seis semanas posteriores a éste. Otras disposiciones tienen como finalidad permitir a la trabajadora continuar trabajando

[55] M. Alves-Condé, K. Chatzilaou, B. Gomes, el Sr. Roussel, "La nueva medicina del trabajo se enfrenta a" RTD, 2012, p. 200.

sin poner en riesgo su salud y su seguridad. Ciertos trabajos también le están prohibidos (L.4152-1 CT). Además, el empleador debe permitir que una empleada embarazada o en período de lactancia que ocupa un puesto de trabajo que le expone a ciertos riesgos cambie temporalmente de puesto de trabajo (L.1225-7 CT). También se prevén medidas especiales para los supuestos de lactancia, tales como el derecho a disponer de una hora al día para amamantar al menor en el centro de trabajo. La falta de respeto por parte del empresario de estas diversas obligaciones le expone a una responsabilidad penal.

3.2.4. Coordinación de la actividad preventiva en supuestos de pluralidad empresarial: responsabilidad compartida de las empresas implicadas en una misma operación

La cuestión de la identidad del deudor de la obligación general de seguridad plantea una especial problemática en los casos de pluralidad de empleadores. En estos casos, que a veces se presentan de forma compleja, una cosa está clara: **todas las empresas implicadas en una misma operación comparten la responsabilidad en materia de salud y seguridad en el trabajo**. Particularmente en dos casos.

El primero se refiere al trabajo temporal en el marco de las **ETT**. La empresa usuaria que recurre al empleo temporal es responsable, durante toda la duración de la misión, de la salud y seguridad de los trabajadores temporales (L.1251-21 CT). Ella debe proporcionar, en particular, los equipos de protección individual (TC L.1251-23). Ella tiene, además, la carga de asumir la vigilancia médica reforzada cuando la actividad ejercida por el trabajador así lo requiere (CT L.1251-22). Por el contrario, corresponde a la Empresa de Trabajo Temporal asumir las obligaciones relativas a la medicina del trabajo (CT L.1251-22).

El segundo caso se refiere a la **contrata y subcontrata de obras y servicios** (descentralización productiva). En este caso, la legislación laboral impone, en materia de salud y de seguridad en el trabajo, la cooperación de las diferentes empresas implicadas en la misma operación (L.4121-5 CT).

Esta cooperación implica un mecanismo de coordinación de las diferentes acciones. **Corresponde a la dirección de la empresa principal asegurar la coordinación general de las medidas preventivas adoptadas por el conjunto de las empresas que intervienen en la operación de externalización** (R.4511-5 CT). La dirección de la empresa principal **ha de informar a la dirección de la empresa contratista de cualquier peligro grave** que pueda afectar a uno de sus trabajadores. Esta tarea de coordinación de la empresa principal no exonera a cada empresa implicada en la operación de su responsabilidad en relación con sus propios trabajadores.[56]

Un segundo ejemplo de este deber de cooperación es la necesaria **inspección previa de los lugares de trabajo**. En efecto, la dirección de la **empresa principal ha de organizar una visita a los lugares de trabajo** (R.4512-2 CT) que va a permitirle comunicar a las otras empresas (contratistas o subcontratistas) las

[56] R.4511-6 CT; Crim. 12/06/2011, N ° 10-87686, Dr. Penal de 2012. Crón. 9, No. 1, tenga en cuenta Segonds; Gas. . Pal 2012, N ° 111, cron. El derecho penal y penal, p. 27, obs. Dreyer.

consignas aplicables a todos los trabajadores que van a intervenir en la operación. Después de esta inspección, y para ciertos trabajos, se debe establecer un plan de prevención entre la dirección de la empresa principal y el conjunto de empresarios implicados en la operación.

3.2.5. La dimensión colectiva de la prevención de riesgos laborales: delegados de personal y el comité de higiene, seguridad y condiciones de trabajo

Existe en el Derecho francés una institución representativa competente en esta materia: el **comité de higiene, seguridad y condiciones de trabajo** (CHSCT),[57] que integra al empresario y a los representantes de los trabajadores y debe establecerse en aquellos centros de trabajo que alcanzan el número de 50 trabajadores. Por debajo del umbral de 50 empleados, son los **delegados de personal** los que garantizan esta misión.[58]

El CHSCT tiene una misión de prevención, control y vigilancia, en tanto contribuye *"a la protección de la salud física y mental y a la seguridad de los trabajadores del centro de trabajo"*, a la mejora de las condiciones de trabajo y vela por garantizar el cumplimiento de la ley en materia de salud y seguridad (L.4612-1 CT). A tal fin, dispone de ciertas competencias o prerrogativas:

- **Derecho de información**. Tienen acceso en particular a cualquier información relativa a la prevención y a la implementación en relación con los riesgos laborales (L.4612-2 CT) y reciben un importante número de documentos tales como el informe anual y el programa anual de prevención de riesgos (L.4612-16 CT).

- **Derecho de consulta**. En particular, con carácter previo a cualquier proyecto o decisión que comporte una modificación de las condiciones de salud y seguridad o las condiciones de trabajo de los trabajadores (L.4612-8 TC) o sobre las consecuencias para la salud de los trabajadores de un proyecto de introducción de nuevas tecnologías (L.4612-9 CT).

- **Facultad de solicitar un peritaje/evaluación experta** y recurrir a la ayuda de una persona experta cuando se constate la existencia de "un riesgo grave" para la salud y seguridad de los empleados o en caso de un "proyecto importante que comporte una modificación de las condiciones de salud y seguridad o de trabajo.[59]

- **Derecho de alerta**. Ante la constatación de un "peligro grave e inminente", los representantes alertan inmediatamente al empresario (L.4131-2 CT). Y el empresario debe llevar a cabo de forma inmediata una investigación conjunta con el representante que le haya alertado a fin de adoptar las medidas necesarias para impedir la consecución/materialización del peligro (L.4132-2 CT).

---

[57] Nota bibliográfica: PY. Verkindt, L. Pécaut-Rivolier, G. Loiseau Guía 's HSC , Dalloz, 2015.
[58] L.4611-2 CT; la representación debe estar en su lugar de 11 empleados.
[59] El concepto de "proyecto importante" Ver Soc. 08/02/2012, N ° 11,10-382, Bull. Civ. V. N° 70.

3.3. Breve descripción del sistema francés de responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral

En caso de incumplimiento de sus obligaciones en materia de salud y seguridad en el trabajo, el empresario, como se analiza a continuación, puede tener **responsabilidad tanto civil como penal**. Aunque Bien no existen sanciones específicas cuyo único propósito sea fomentar que el empresario cumpla con sus obligaciones en materia preventiva, puede observarse que la jurisprudencia, con fundamento principalmente en la obligación de seguridad de resultado del empresario, se muestra particularmente atenta/vigilante al respecto de las obligaciones de prevención de los riesgos laborales por parte de la empresa.

3.3.1. Responsabilidad civil: el dolo y la falta inexcusable de la empresa es una excepción a la reparación tasada del daño

El sistema francés de reparación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales se basa en una **responsabilidad objetiva del empresario**. En contrapartida a esta forma simplificada de reparación del daño, las víctimas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional reciben una reparación a tanto alzado o tasada de sus perjuicios.

Únicamente **el dolo o la culpa inexcusable del empresario en la producción de la contingencia permiten excepcionar este principio de reparación tasada del daño** (L. 451-1 CSS).

El **dolo**, que se caracteriza por su carácter voluntario y por la intención de su autor de causar lesiones corporales, permite al empleado que es víctima exigir al empresario responsabilidad en virtud de las reglas del derecho civil (L. 452-5 CSS). En concreto, el trabajador permanecerá sujeto a la legislación específica de accidentes de trabajo y el accidente quedará cubierto por un fondo de seguro-enfermedad (*caisse d'assurance-maladie*) (Seguridad Social), pero obtendrá de su empresario una indemnización adicional correspondiente al montante de los perjuicios que no hayan sido reparados/cubiertos por la Seguridad Social. El fondo de seguro-enfermedad (Seguridad Social) podrá, por otro lado, reclamar contra el empresario a fin de obtener el reembolso de las prestaciones que la Seguridad Social haya pagado al trabajador (reembolso de los gastos de salud, de la pérdida de días de trabajo, etc.).

La **falta inexcusable** también permite excepcionar el principio de reparación tasada del daño. Tras un cambio jurisprudencial operado en 2002, este tipo de falta se deriva del incumplimiento del empresario de su obligación de seguridad de resultado, **desde el momento en que debería haber tenido conciencia del peligro al cual estaba exponiendo la salud de su trabajador y haber tomado las medidas necesarias para preservarla** (sin haberlas tomado). Tal definición **permite con facilidad el reconocimiento de la existencia de culpa inexcusable del empresario, lo que facilita a la víctima obtener una mayor indemnización** (L. 452-1 CSS).

La concurrencia de culpa inexcusable de la empresa permite a la víctima obtener una indemnización por los daños causados por el sufrimiento psíquico y moral, por un perjuicio estético, por una pérdida de placer, por el perjuicio derivado de

la pérdida o de la disminución de sus posibilidades de promoción profesional (L. 452-3 CSS). Este listado de daños fue considerado durante mucho tiempo como numerus clausus o listado cerrado, lo que impedía a las víctimas reclamar la reparación de otros daños, hasta el momento en que el Tribunal Constitucional precisó que el artículo L. 452-3 CSS no impide que las víctimas de una falta inexcusable puedan reclamar al empresario la reparación del conjunto de daños no cubiertos por esta enumeración (Cons. 18 de junio 2010, No. 2010-8 QPC). De ello se desprende que las víctimas de una falta o culpa inexcusable del empleador pueden realmente obtener **una reparación casi integral de sus daños**, incluyendo, por ejemplo, la indemnización del perjuicio derivado de los gastos efectuados para adaptar la vivienda o el vehículo a raíz del surgimiento de una discapacidad. Por último, es necesario precisar que estas diferentes reparaciones adicionales o extraordinarias son pagadas por la Sseguridad Social (caja de seguro-enfermedad) que repite contra el empresario a fin de obtener el reembolso en forma de capital (L. 452-2 y R. 452 -1 CSS).

Más allá del supuesto en que se pone en juego la responsabilidad del empleador cuando se produce un accidente de trabajo o enfermedad profesional, la responsabilidad de aquél puede verse comprometida en diversas situaciones. Así, el empresario está obligado a cumplir la normativa legal y reglamentaria en materia de seguridad en la empresa. El mero hecho de no respetar estas reglas normativas de seguridad es suficiente, con independencia de que se produzca un accidente o enfermedad profesional, para comprometer la responsabilidad empresarial con base en el derecho común de la responsabilidad civil delictual (*sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle*) Ainsi, l›employeur est tenu de veiller au respect des textes légaux et réglementaires en matière de sécurité dans l›entreprise.Le seul fait de ne pas respecter ces règles de sécurité suffit, en-dehors de tout accident ou maladie, à engager la responsabilité de l›employeur sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle (1382 et 1383 C.civ.).(1382 y 1383 C.civ.). Por ejemplo, el derecho francés impone al empresario la obligación de vigilancia de la salud de los trabajadores. De ahí que el empresario deba garantizar a sus trabajadores un reconocimiento médico en el momento de la contratación, y la jurisprudencia ha decidido en este contexto que "*el incumplimiento de esta obligación empresarial, cuya finalidad preventiva se inscribe en el marco de su obligación de seguridad de resultado, provoca necesariamente un perjuicio al trabajador*" (Soc. 5/10/2010, n°09-40.913).(Soc. 05/10/2010, N° 09-40.913).

El empresario también tendrá responsabilidad civil si un trabajador o un antiguo trabajador sufre una patología imputable a sus condiciones de trabajo pero sin que pueda calificarse como enfermedad profesional (Soc. 10/11/1994, N° 91- 40.025). Sobre todo, el recurso al derecho común permite sancionar al empresario en materia de riesgos psicosociales, particularmente en casos de acoso moral o sexual. De este modo, se ha llegado a establecer que la obligación de seguridad que pesa sobre el empresario permite hacerle responsable sin que sea necesario demostrar la existencia de una falta por su parte, cuando se constata una situación de acoso moral en el trabajo (por ejemplo. Soc 21/06/2006, N° 05-43.914).

3.3.2. Responsabilidad penal

El empresario también puede asumir una responsabilidad penal por el incumplimiento de sus obligaciones de prevención de riesgos laborales.

El artículo L.4741-1 CT sanciona el incumplimiento del empleador de normas de salud y seguridad, al margen de que se produzca o no algún daño. Por ejemplo, se contempla el incumplimiento por el empresario de su obligación de información y de formación de los trabajadores o aquella otra de adaptación de los puestos y lugares de trabajo. En estos diferentes casos, el empresario incurre en una multa de una cuantía de 3.750 € (9.000 € en caso de reincidencia), precisándose que esta pena se aplica "*tantas veces como haya trabajadores de la empresa afectados por la o las infracciones*".

La responsabilidad penal también podrá reclamarse con arreglo a las reglas penales de derecho común, principalmente en casos de puesta en peligro de forma deliberada de la vida de otro (223-1 CP), de homicidio o de lesiones involuntarias o no intencionales. En este caso, las penas pueden ser de hasta 3 años de prisión y multa de 45.000 €.

Generalmente, son las conductas de negligencia o de imprudencia graves del empresario las que serán sancionadas. Por ejemplo, se declaró la responsabilidad penal de la empresa por no haber adoptado medidas para garantizar la coordinación entre diversos servicios en un supuesto de muerte de un electricista que estaba a punto de hacer unos empalmes en la parte superior de un depósito al mismo tiempo que trabajadores de otra empresa limpiaban dicho depósito tirando agua hirviendo sobre el electricista (13/12/1994, N°94-80.456).

3.4. El sistema francés de cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales

3.4.1. La reparación tasada del daño mediante prestaciones de la Seguridad Social y cotización a cargo exclusivo de la empresa

En el ordenamiento jurídico francés, **la reparación de los accidentes de trabajo, de las enfermedades profesionales y de los accidentes de trayecto (*in itinere*) es automática** (sin requerir probar la culpa del empleador) mediante **prestaciones de la Seguridad Social**; es, por tanto, una reparación a tanto alzado o tasada.

La reparación tasada del daño es hoy fuertemente criticada, por cuanto, por definición es una **reparación parcial y deja sin reparar numerosos daños**. El incremento de la renta y la reparación de ciertos daños en caso de falta inexcusable no resultan tampoco plenamente satisfactorios cuando se compara la situación de los accidentes de trabajo con la situación de las víctimas que reclaman una reparación sobre la base de la responsabilidad civil.[60]

En cualquier caso, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento jurídico español, la regla general en Francia es la ausencia de responsabilidad civil em-

[60] G. Lyon-Caen, "Las víctimas de accidentes de trabajo, también víctimas de la discriminación," Dr. Soc., 1990, p. 737.

presarial –salvo, como se ha apuntado anteriormente, en supuestos de dolo o falta inexcusable–, asumiendo la empresa, no obstante y en contrapartida, la financiación del sistema de reparación tasada del daño mediante un seguro obligatorio (aseguramiento público obligatorio).

Así, el régimen de cotización por contingencias profesionales es un régimen singular en el campo de la Seguridad Social: **las consecuencias financieras del riesgo profesional recaen exclusivamente sobre los empleadores** –y no en el conjunto de la colectividad– **a través de un sistema de cotización calculado en función de la siniestralidad de las empresas** (la fijación de una tarifa/tipo o sistema **bonus-malus**). Por tanto, en realidad, **la cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional se configura como un seguro de responsabilidad y no un auténtico seguro social**.[61]

La legislación profesional/laboral dispone la asunción –*prise en charge*– de los riesgos ligados al trabajo. Las enfermedades no profesionales dependen del seguro de enfermedad (*assurance maladie*). Tanto la reparación como el modo de financiación de una u otra situación son muy diferentes.

Las prestaciones en natura del seguro de enfermedad (*assurance maladie*) dejan un resto a cargo del beneficiario social en tanto que la rama profesional organiza, en principio, una verdadera atención gratuita en relación con los cuidados ligados a la enfermedad profesional (art. L. 432-1 CSS). Les prestations en espèce de l'Assurance maladie (les indemnités journalières en cas d'incapacité temporaire de travail ou les rentes en cas d'invalidité permanente) sont également plus faibles que celles versées en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle. Las prestaciones en especie del seguro de enfermedad (*assurance maladie*) (las indemnizaciones diarias en caso de incapacidad temporal para trabajar o las rentas en caso de invalidez permanente) son igualmente más reducidas que las que se conceden en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

La financiación de estas dos ramas de la Seguridad Social también es diferente. La rama enfermedad se financia con las cotizaciones sociales de los empleadores y de los trabajadores así como con diferentes impuestos y tasas o *abondements* del Estado. Por el contrario, la rama profesional se financia esencialmente con las contribuciones de los empleadores dependientes de los riesgos profesionales.[62] Así pues, esta rama permanece tendencialmente como un seguro de responsabilidad que pesa sobre los empresarios.[63] La rama accidente de trabajo/enfermedad profesional presenta superávit (excedentes), aunque sucesivos informes parlamentarios indican que estos excedentes han disminuido.

Desde un punto de vista más general, **la infradeclaración de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales impacta negativamente sobre el presupuesto del seguro de enfermedad. Por este motivo el régimen de cotización por contingencias profesionales retorna cada año al régimen de cotización**

[61] JP Chauchard J.-Y. Kerbourc'h, C. Willmann, ley de seguridad social, LGDJ, 6ª ed., 2013, p. 383.

[62] Al 97%, el resto de la financiación procedente de los ingresos fiscales, multas, productos financieros o recursos contra tercero: Informe No. 83 (2014-2015) Gérard Deriot, en nombre de la Comisión de Asuntos Sociales, presentadas 05 de noviembre 2014.

[63] JP Chauchard J.-Y. Kerbourc'h, C. Willmann, ley de seguridad social , LGDJ, 6ª ed., 2013, p. 383.

por contingencias comunes una cantidad tendente a compensar las sumas indebidamente soportadas por la colectividad (artículo L.176-1 CSS). Este pago/reembolso **ha sido fijado en un millón de euros para el año 2015** (artículo 82, III, Ley 2014-1554 de 22 de diciembre de 2014), un aumento del 26,6% en comparación con años/ejercicios anteriores. Las causas de la infradeclaración de las enfermedades son múltiples y complejas. Se refieren tanto a las víctimas como a los empleadores o a los profesionales de la salud. La estimación de este coste da una pista de la magnitud de las disfunciones de la rama accidente de trabajo y enfermedad profesional, que lucha (a la que le cuesta) por hacerse cargo de todas las enfermedades relacionadas con el trabajo.[64]

3.4.2. Concepto de contingencias profesionales: la brecha entre los riesgos laborales y las contingencias indemnizadas afecta al sistema bonus-malus

La cuestión de la **distinción entre accidente o enfermedad común**, por un lado, y **accidente enfermedad profesional**, por otro, es crucial, tanto para las víctimas, por lo que se refiere al modo y alcance de la reparación, como para los empresarios, para los que el impacto financiero en uno u otro caso va a ser muy diferente. La rama accidentes de trabajo y enfermedades profesionales tiene la vocación de asumir únicamente los riesgos profesionales: el accidente de trabajo, el accidente de trayecto (*in itinere*) y la enfermedad profesional.

El accidente de trabajo es el suceso o la serie de sucesos que se producen en una fecha determinada por el hecho o con ocasión del trabajo. **Se presume de carácter profesional cuando tiene lugar en el tiempo o en el lugar de trabajo**.[65] **Esta presunción puede ser refutada por el empleador o las cajas (*caisses*) de la Seguridad Social que demuestren que el accidente tuvo una causa totalmente ajena al trabajo**. El empresario –o la caja– tiene la carga de probar que en el momento en que se produjo el accidente, el trabajador no se encontraba ya en una situación de subordinación o bien que el accidente es fruto de la evolución de una patología anterior sin ninguna relación con el trabajo.

El **accidente de trayecto (*in itinere*)** se relaciona con el derecho laboral cuando tiene lugar en el itinerario "protegido" entre la residencia del trabajador y su lugar de trabajo o entre el lugar de trabajo y el lugar donde el trabajador habitualmente come (desarrolla sus comidas), con exclusión de los desvíos y de las interrupciones en el recorrido (L. 411-2 CSS). **El accidente de trayecto o *in itinere* se asimila, a efectos de reparación, a un accidente de trabajo, pero no genera los mismos efectos en relación con la tarificación (bonus-malus)**.

En relación con las **enfermedades profesionales**, su carácter profesional presenta un rostro más complejo con un sistema de reconocimiento basado en un **listado de enfermedades profesionales y un sistema de reconocimiento complementario.** El primero de los sistemas implica que el empleado cumple con las condiciones del listado de la Seguridad Social para que su enfermedad pueda ser reconocida como profesional y pueda ser asumida como tal. Este listado

[64] N. Diricq (Pres.), Informe del Comité establecido por el artículo L.176-2 del Código de Seguridad Social, documentación francesa, 2011.

[65] Art. CSS 411-1; para la definición judicial actual del accidente: Cass. Soc., 2 de abril de 2003, y un ejemplo reciente, Cass.Civ. Civ.2ª, 15 de abril del 2010, No. 08-21721.

presenta tres grupos de condiciones acumulativas: la definición de la enfermedad indemnizable, un plazo de asunción (*prise en charge*), así como una lista de los trabajos que implican la exposición al riesgo. La carga de probar estas condiciones recae sobre el trabajador.

Este **sistema** ha demostrado ser **muy rígido y muchas enfermedades no han podido ser asumidas por la normativa de contingencias profesionales. Por ello, en 1993, y bajo el impulso de la Comunidad Europea, se creó un sistema complementario de reconocimiento de las enfermedades profesionales mediante prueba de su origen profesional**. La víctima debe probar que su enfermedad fue causada directamente por su trabajo habitual cuando no se cumplan las condiciones relativas al plazo de asunción o de trabajos expuestos al riesgo listado (L. 461-1 al. 3 CSS). La prueba de la relación de causalidad resulta exigible cuando la enfermedad cuyo reconocimiento pretende la víctima no ha sido identificada por el listado de la Seguridad Social: la víctima debe demostrar que la enfermedad tiene como causa directa y esencial su trabajo habitual (L. 461- 1 párrafo 4 CSS).

No obstante lo anterior, **el sistema de reconocimiento de las enfermedades profesionales continúa siendo relativamente estricto y restrictivo**[66] y **las víctimas son a menudo privadas del acceso al sistema de reconocimiento complementario**, ante la necesidad de demostrar la relación de casualidad, particularmente difícil de establecer. El carácter multicausal y evolutivo de las enfermedades –relacionadas con el trabajo, pero no causadas exclusivamente por él, con múltiples repercusiones– constituye un obstáculo adicional para la asunción de estas patologías bajo el paraguas de la legislación en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El tema es particularmente sensible en relación con los riesgos psicosociales, totalmente ausentes hoy del listado de enfermedades profesionales.[67] Por un efecto inducido, la jurisprudencia ha tendido en los últimos años a hacer evolucionar la definición de accidente de trabajo para incluir ciertos casos de suicidio en el trabajo,[68] crisis nerviosas repentinas[69] o el desarrollo de patologías como resultado de la vacunación.[70]

El resultado es una confusión/interferencia de los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional en el intento de superar las deficiencias inherentes a los modos de reconocimiento de estas afecciones y a la transformación de los riesgos. Sin embargo, muchos accidentes o enfermedades que no entran en el marco estricto de la legislación de contingencias profesionales no pueden

[66] Y tanto más cuanto que las tablas son desarrollados por un comité de médicos de hospitales, médicos del trabajo y, especialmente, los representantes de las organizaciones sindicales representativas. El desarrollo de nuevas tablas como su modificación es el resultado de largas y difíciles negociaciones. Por ejemplo, la tabla sobre los trastornos musculoesqueléticos tiene casi 10 años para surgir, y todavía es relativamente pequeña teniendo en cuenta el estado del conocimiento científico como el tema.

[67] El principio de la codificación, una enfermedad profesional de burnout fue recientemente parte del proyecto de ley sobre el diálogo social y el empleo, aún en discusión en el Parlamento en el momento de la escritura.

[68] Cass.Civ. Civ. 2e, 10 mai 2007, n° 719. Segundo, 10 de mayo de 2007, N° 719.

[69] Cass.Civ. Civ.2°, 1 de julio de 2003, No. 02-30576, Bull., 2003, II, 218.

[70] Cass. Soc., 2 de abril de 2003, No. 00-21768, Bull. 2.003 V, No. 132.

ser asumidos como tales y quedan, de hecho, invisibilizados.[71] **Esta brecha entre la realidad de los riesgos laborales y las enfermedades indemnizadas por el derecho de la Seguridad Social afecta a la tarificación (sistema bonus-malus)**. Téngase en cuenta que la tarificación es calculada en función de los riesgos indemnizables y no así en función de los riesgos profesionales reales, limitando de este modo sus posibilidades de fomento de la prevención.

3.4.3. El sistema bonus-malus en la cotización por contingencias profesionales como medio para incentivar la prevención de riesgos laborales

La función principal de la cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional es **reparar el daño derivado de accidentes en el trabajo, accidentes de trayecto y enfermedades profesionales**. **El aumento del papel de la prevención en el ámbito de la salud** ha hecho aparecer y desarrollarse otra función: **fomentar la prevención en la empresa para evitar los riesgos profesionales. Este papel asignado a la tarificación (bonus-malus)** y, más en general, al sistema de reparación de los riesgos profesionales, contrasta con la vocación aseguradora originaria del sistema donde el lugar de los dispositivos punitivos o de fomento característicos de la responsabilidad era relativamente limitado (con la salvedad de la falta inexcusable).

Sin lugar a dudas, en el ordenamiento jurídico francés, el **sistema de bonus-malus** (tarificación) en función de la tasa de siniestralidad es el reflejo de esta doble función de la legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Se trata de asegurar al mismo tiempo **(1) una financiación equilibrada de esta rama de la Seguridad social** y **(2) fomentar que los empleadores adopten medidas de prevención** que deberían ser menos costosas que el incremento de su cotización, proporcional al número y la gravedad de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

a. El difícil equilibrio entre financiación equilibrada del sistema, incentivos a la prevención y no sobredimensionar la cotización por contingencias profesionales

La formulación del artículo L. 241-5 CSS es perentoria: "[l]*as cotizaciones debidas a título de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales son a cargo exclusivo de los empresarios. Estas cotizaciones se calculan sobre las remuneraciones o ganancias de los trabajadores"*. Estas cotizaciones no están sujetas a las numerosas exenciones de cotización patronal existentes,[72] constituyendo –por tanto– el grueso de los recursos financieros de la rama contingencias profesionales de la Seguridad Social.

[71] Por ejemplo, sólo 1.700 enfermedades profesionales son causadas por cáncer profesional, mientras que alrededor de 2 millones de empleados están expuestos a productos cancerígenos cada año, causando entre 5000 de 10 000 tipos de cáncer por año, según el Instituto Eva salud.

[72] Sin embargo, el 1 de enero 2015 bajo la que se modifica la financiación de la seguridad social para 2014 del 08 de agosto 2014 la Ley 2014-892, la llamada reducción "Fillon" en los bajos salarios se pueden deducir de estas contribuciones (L. 241-13 CSS). El juego de esta exención se mantiene alta: la reducción se puede cobrar las contribuciones correspondientes en materia de ATMP no sólo si supera el monto de las contribuciones de seguridad social y asignaciones familiares, las contribuciones y el final auto-contribución de Solidaridad a los que la reducción se atribuye principalmente. Además, si la reducción Fillon se puede deducir de estas contribuciones, puede ser que sin superar "una tasa establecida por orden ministerial dentro de los límites de la tasa aplicable a una empresa en la que no es un accidente laboral o enfermedad no es nunca producido."

A fin de asegurar estructuralmente el equilibro presupuestario del régimen, **las cotizaciones patronales se calculan en función de la siniestralidad, es decir, del coste de los gastos en natura y en especie asumidos por la Seguridad Social**. El carácter "asegurativo" (de seguro) del régimen conlleva una forma de mutualización (colectivización) de las cotizaciones para hacer frente a los azares de los riesgos profesionales.

A esta primera función se suma ahora un objetivo de prevención. La idea es relativamente simple: **el coste de la cotización por contingencias profesionales a cargo de los empresarios debe ser suficientemente consecuente para incitarles a prevenir por encima de la actualización de los riesgos, pero evitando *inflar* el montante de sus cotizaciones**. **Un equilibrio, sin duda, difícil de conseguir**.

Para que la incentivación sea efectiva, los costes directos (incremento de las cotizaciones) e indirectos (absentismo, desorganización de la producción...) deben ser más elevados que los costes de implementación de medidas de prevención.[73] Desde esta perspectiva la tarificación (bonus-malus) juega un papel de responsabilización de los empresarios.

El conjunto de las normas técnicas de la tarificación por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales está imbuido de este doble imperativo, a veces contradictorio: asegurar la colectivización de los fondos para garantizar la salud financiera del régimen y responsabilizar a cada empresario, haciendo recaer sobre él consecuencias financieras derivadas de la acaecimiento/actualización de los riesgos.

b. La base para el cálculo de la cotización patronal por accidente de trabajo y enfermedad profesional

La cotización por contingencias profesionales se fija sobre la base de la siniestralidad empresarial, es decir, de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales indemnizados/asumidos por el derecho de la Seguridad Social. Actualmente, **cada empresario dispone de una cuenta-empresario accesible en Internet** gracias a la cual cada empresario **puede acceder a su tipo de cotización**. Esta cuenta incluye también los datos que permiten la tarificación en el seno de la empresa, precisándose que, cuando la empresa cuenta con diversos centros de trabajo, a **cada centro de trabajo** se le asigna, en principio, un tipo específico.

Sin embargo, no todos los siniestros son tomados en consideración. Tous les sinistres ne sont cependant pas pris en compte.C'est le cas des accidents de trajet.Este es el caso de los **accidentes de trayecto (*in itinere*)**. Estos accidentes –que se producen en el marco del desplazamiento del trabajador entre su domicilio y su lugar de trabajo o entre el lugar de trabajo y el lugar donde el empleado habitualmente realiza sus comidas (L. 411-2 CSS)– **no comportan ningún coste adicional directo para el empleador**. No obstante, debe recordarse que el coste de los accidentes de trayecto es compartido (*mutualisé*) entre las empresas a través de un aumento a tanto alzado (*forfaitaire*).

[73] P.-L. Bras, V. Delahaye-Guillocheau, precios de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, Informe No. 2004-171, IGAS 2004.

Además, **entre los eventos que no incrementan el tipo de cotización individual se incluyen**, bajo ciertas condiciones, **los accidentes leves**. Estos accidentes son calificados así ya que **no comportan ni interrupción del trabajo ni cuidados/atención médica**. Los empleadores pueden, bajo ciertas condiciones, optar por registrar estos accidentes en un "registro de accidentes leves" en lugar de declararlos directamente a su caja correspondiente (L. 441-4 CSS), lo que permite a la empresa no incluirlos en el cálculo del tipo aplicable.

Además, algunas enfermedades pueden no ser tomadas en cuenta en la fijación del tipo, en las condiciones legalmente determinadas (Arr. 16 de octubre 1995). Es el caso, por ejemplo, de la enfermedad profesional que ha sido constatada en un centro de trabajo cuya actividad no implica exposición al riesgo, pero dicha enfermedad ha sido contraída en otra empresa o en otro centro de trabajo bajo el control de otra empresa que ha desaparecido o no estaba dentro del régimen general de Seguridad Social.

Por último, **cuando el accidente es en parte o en su totalidad imputable a un tercer empresario identificado, "*los importes de los costes medios correspondientes a las categorías en las que estos accidentes se clasifican son prorrateados según el porcentaje de responsabilidad establecido a cargo del tercero*"**. Del mismo modo, "*el accidente de trabajo resultante de una agresión perpetrada mediante armas o explosivos no es imputado a cargo del empresario cuando aquél es atribuible a un tercero que no ha podido ser identificado*" (D. 242-6-7 CSS).

Con estas limitaciones, la base de cálculo de la cotización patronal se esfuerza en tener en cuenta la realidad de los riesgos y daños asociados a la empresa. Obviamente, nada fácil resulta determinar el importe de esas cotizaciones. Esta cuestión de método entraña una incertidumbre/interrogante sobre la asunción por el derecho francés, desde este primer estadio, de la siniestralidad real.

c. La asunción relativa de la siniestralidad por la fijación de un tipo bruto

El importe de las cotizaciones adeudadas a título de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponde a un tipo de la masa salarial. Esta **tasa/tipo se fija en dos etapas**: **mediante la determinación de un tipo bruto primero, y después, por la aplicación a éste de cuatro incrementos**. La fijación de un tipo "normal" de cotización no resuelve, sin embargo, definitivamente la cuestión, que no puede recibir una respuesta satisfactoria más que tras el examen de los medios disponibles por la administración para alentar a los empleadores a seguir el camino de la prevención.

Hay tres modos diferentes de fijación del tipo/tarifa, en función de la plantilla total de la empresa (D.242-6-2 CSS):[74]

- Empresas de menos de 20 trabajadores: sistema de tarificación "colectiva"
- Empresas entre 20 y 149 trabajadores: sistema de tarificación "mixta"

[74] Decreto N ° 2010-573 de 05 de julio 2010 llevó a cabo una redefinición de los umbrales de la fuerza de trabajo, el aumento del número de empresas sujetas a la tasa colectiva sino también el número de empresas sujetas a la tasa colectiva. Las nuevas disposiciones también refinaron las normas relativas a la tasa combinada mezcla.

- Y empresas de 150 o más trabajadores: sistema de tarificación "individual"

La clasificación de una empresa en cualquiera de estas categorías determinará el modo de cálculo de la tarifa/tipo bruto de cotización, al cual se suman los cuatro incrementos a tanto alzado (*forfaitaires*) para obtener una tasa/tipo neto de cotización. **El impacto del número de accidentes de trabajo producidos en una empresa dependerá, así, de esta clasificación preliminar.**

- **Tarificación colectiva**

El tipo bruto de cotización de las empresas más pequeñas no se establece en función del número de accidentes realmente acaecidos en estas empresas, sino de la **clasificación** por la CARSAT del establecimiento/centro de trabajo en una **categoría de riesgo**.

Esta clasificación, que se efectúa "*en función de la actividad ejercida según una nomenclatura de los riesgos y de las modalidades fijadas por decreto/orden del ministro encargado de la Seguridad Social*" (D. 242-6-1 CSS) permite la aplicación de un tipo específico según el sector de actividad sobre la base de un baremo nacional.[75]

En suma, para aquellas **empresas con menos de 20 trabajadores, el número de accidentes de trabajo realmente producidos no tiene efecto alguno sobre la cuantía de la contribución/cotización**. Es la noción de "sector de actividad" la que resulta aquí decisiva.

- **Tarificación individual**

Es sólo para las empresas sometidas a la tarificación individual (y en menor medida, las empresas sometidas a la tarificación mixta, que constituye una combinación de los otros dos modos de tarificación) que el **número de accidentes de trabajo producidos en la empresa interviene en el cálculo del montante de la cotización debida**. De hecho, para estas empresas, **el tipo bruto de cotización es calculado sobre la base del valor del riesgo propio de cada centro de trabajo**.[76]

Este valor se obtiene mediante la **clasificación de los accidentes de trabajo producidos en los últimos tres años en categorías**, dependiendo de la duración de la baja consecutiva al accidente o, en caso de muerte del trabajador o de incapacidad permanente del trabajador, en función del grado de ésta. A cada una de estas categorías se le asigna un **coste medio** que servirá de referencia para el cálculo del tipo bruto de cotización.[77] La sustitución por el Decreto N° 2010-573 de 5 de julio de 2010[78] de este tipo medio/promedio por el tipo real aplicado an-

75 Véase la Orden de 17 de octubre de 1995 relativa a la fijación de precios de los riesgos de accidentes laborales y enfermedades ocupacionales.

76 Si el cálculo se realiza normalmente para cada institución en virtud de la legislación francesa desde 2010 el empleador la opción de un tipo único aplicable a todos los establecimientos que pertenecen a la misma categoría de riesgo (D. 242-6- 1 CSS).

77 Por ejemplo: en 2015, en el ámbito de los servicios de negocio, industrias al por menor y de los alimentos, el costo promedio de un accidente o de una enfermedad profesional que dio lugar a un cese de actividades por un período de entre 4 y 15 días se fijó en € 489 (Decreto de 27 de noviembre de 2014).

78 En este decreto y precios reforma opera, ver en particular al Sr. Del Sol, "La reforma de precios de ATMP" BSFL no 10/2010, p. 391-398.

teriormente no tiene carácter neutro. Su objetivo es, en particular, simplificar el trabajo al empleador, que puede así evaluar y prever con mayor precisión las repercusiones de un accidente de trabajo sobre sus cotizaciones.

Sobre esta base, **la fórmula de cálculo es la siguiente**:

$$\frac{\text{Coste medio por categoría x Número de siniestros centro de trabajo por categoría durante 3 años}}{\text{Masa salarial durante 3 años}}$$

La fórmula de cálculo elegida se aproxima bastante a las fórmulas utilizadas por las compañías aseguradoras, lo que permite adaptar la cuantía de las cotizaciones al riesgo de cada centro de trabajo/establecimiento. Estas diferentes formas de cálculo ponen de relieve la **dificultad que tiene el dispositivo de tarificación** para hacer conciliar las exigencias de mutualización (colectivización), y permitir a las empresas más pequeñas hacer frente a sus cotizaciones, y las exigencias de responsabilización de las empresas de un tamaño más importante.

d. La definición del tipo neto por aplicación de cuatro incrementos

El **tipo bruto** anteriormente citado es objeto de **cuatro incrementos** (D. 242-6-3 CSS). De estos cuatro incrementos, **tres son fijados en proporción** (como un porcentaje) **a los salarios**: el primero (I1) tiene como objeto la "*cobertura de los accidentes in itinere*",[79] el segundo (I2) la cobertura de "*los gastos correspondientes a las compensaciones entre regímenes*",[80] el tercero (I3) la cobertura de los gastos adicionales derivados del pase anticipado a la jubilación. Sólo el cuarto incremento (I4), que cubre principalmente los gastos de rehabilitación profesional y las cargas de gestión de los accidentes de trabajo, se calcula en proporción (*en pourcentage*) del tipo bruto, aumentado por el incremento (*majoration*) de accidentes *in itinere*.[81]

Sin lugar a dudas, **el carácter fijo/a tanto alzado de los tres primeros incrementos tiende a reducir los efectos de la toma en consideración por la tarificación individual de la siniestralidad propia de cada centro de trabajo**. En otras palabras, la parte de estos incrementos en el cálculo del tipo neto de cotización no es trivial: era, de hecho, el 61% del tipo neto medio en 2012.[82]

L'importance de ces majorations et le lissage qui en résulte imposent de relativiser la compréhension du système de tarification en tant que moyen de prévention des accidents du travail, et ce même pour les plus grandes entreprises.La importancia de estos incrementos y el "*lissage*" (suavización) que se deriva, imponen relativizar la **consideración del sistema de tarificación como medio de prevención de los accidentes de trabajo, incluso para las empresas más grandes**. Es por ello que, a título de excepción, la administración puede implementar una serie de mecanismos de fomento de la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

[79] 0,25% para el año 2015: Decreto de 24 de diciembre 2004.
[80] 0,61% para el año 2015.
[81] 55% para el año 2015.
[82] 10,9% 21,5% M1 y M2, 27,7% y 0,8% para M3 a M4; CNAMTS estadísticas nacionales tecnológicas AT-MP – 2012 valores redondeados.

e. Más allá del tipo de cotización: incentivos a la prevención

Para reforzar el carácter preventivo de la legislación sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, **el legislador quiso establecer un sistema de incentivos a la prevención ligados a la cuantía de las cotizaciones**. El actor principal de este sistema es el fondo (*caisse*) de seguro de jubilación y de la salud en el trabajo (CARSAT), que puede **aplicar descuentos o bonificaciones al empresario diligente o imponer cotizaciones adicionales al empresario negligente o refractario** (L. 242 -7 CSS). Incluso, el CARSAT puede, en algunos casos, conceder anticipos o incluso subvenciones (L. 422-5 CSS). Un Decreto de 9 de diciembre de 2010 establece las condiciones de ejercicio de los diferentes dispositivos.

(i) El poder de modulación de la cuantía de las cotizaciones

La CARSAT puede decidir **bonificaciones (minoraciones) o incrementos del tipo de cotización**, al término de procedimientos que implican tanto a la administración como a los interlocutores sociales. Estas modulaciones deben ser vistas como un medio privilegiado para situar el objetivo de prevención en el centro de la política de las empresas en materia de contingencias profesionales. En todo caso, conviene no perder de vista que **estos dispositivos fueron concebidos como excepciones al sistema**: como testimonio de ello hay que citar el tope/límite del montante global de los descuentos/bonificaciones o el carácter "excepcional" del riesgo cuya existencia puede dar lugar a una penalización.

- Descuento o bonificaciones en la cotización

Los descuentos o bonificaciones pueden ser atribuidos "*a los establecimientos/centros de trabajo que han hecho un esfuerzo de prevención sostenido y que en este sentido han adoptado medidas susceptibles de disminuir la frecuencia o gravedad de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*".

Para poder beneficiarse de un **descuento o bonificación**, un establecimiento debe: estar al corriente en el pago de sus cotizaciones[83] y haber satisfecho regularmente tales cotizaciones durante los últimos doce meses.

Además, los establecimientos concernidos son (los referidos) a los que se aplica la tarificación colectiva (**empresas de menos de 20 trabajadores**) o la tarificación mixta (**empresas de 20 a 149 trabajadores**) en la parte colectiva de aquélla. Esta restricción se debe a la falta de incentivación a la prevención que supone la aplicación de un tipo de cotización uniforme, mientras que la determinación, para los establecimientos/centros de trabajo más grandes, de un tipo dependiente de la siniestralidad real (tarificación individual) tiene a favorecer a los que tienen de hecho un número de contingencias profesionales poco elevado.

La CARSAT decide, sobre la base del informe de su Servicio de Prevención, por iniciativa propia o a petición del empresario, otorgar un descuento o bonificación. Sin embargo, otros actores intervienen en el proceso de decisión. En

[83] A título de accidentes de trabajo: lettre min. 26 de junio de 1956, Bull. Jur. Pour pouvoir bénéficier d›une ristourne, un établissement doit être à jour de ses cotisations (au titre des accidents du travail: Lettre min. 26 juin 1956, Bull. jur. UCANSS 56-39) et avoir acquitté régulièrement celles-ci au cours des douze derniers mois.UCANSS 56-39.

efecto, **la concesión del descuento sólo puede tener lugar tras consulta de la instancia representativa del personal encargada de la higiene, seguridad y condiciones de trabajo** (CHSCT en la práctica o, en su defecto, los delegados de personal), **tras consulta favorable del comité técnico regional competente y tras información del director regional de las empresas, del consumo, de la competencia, del trabajo y del empleo** (DIRECCTE). Por otra parte, **sólo tras un nuevo examen realizado por este comité podrá prolongarse el plazo máximo de un año por el que fue acordado el descuento**.

El **mecanismo de asignación de descuentos**, aunque pueda parecer de entrada muy importante, resulta, sin embargo, subsidiario: evidencia de ello es el doble tope/límite del importe de los descuentos o bonificaciones. **No puede exceder, en primer lugar, el 25% del montante de las cotizaciones** debidas por un establecimiento. En segundo lugar, la CARSAT sólo puede conceder descuentos dentro del **límite del 0,40% del importe de las cotizaciones por contingencias profesionales en su distrito/circunscripción durante el último año**.

Un **descuento especial** también puede ser concedido por el CARSAT tras consulta favorable de DIRECCTE sobre el incremento I2 sobre los accidentes *in itinere*, por un período máximo de un año. Esta reducción, cuyo tipo está comprendido entre el 25% y el 87,7%, pretende **recompensar al empleador que ha "*tomado medidas para disminuir la frecuencia y gravedad de los accidentes in itinere*"**.[84] Para poder beneficiarse de tal descuento, el empresario debe estar al corriente en el pago de sus cotizaciones durante los últimos 12 meses. Además, no puede haberse registrado/constatado ningún "riesgo excepcional" (ver más adelante) durante este período.

- Incrementos o cotizaciones adicionales

Por el contrario, la **CARSAT** puede, previa opinión favorable del comité técnico regional competente,[85] imponer **cotizaciones adicionales** a fin de **ejercer presión sobre el empresario cuyas explotaciones presenten "riesgos excepcionales"**, que son evidenciados principalmente a través de una infracción que haya sido objeto de un proceso verbal por parte del inspector de trabajo o resultante de un incumplimiento de las medidas de prevención prescritas por la CARSAT (generalmente a través de unos riesgos excepcionales que son revelados por un delito particular que es el tema de un informe del inspector de trabajo o como consecuencia de la inobservancia de las medidas preventivas previstas por CARSAT (generalmente por medio de un apercibimiento).

El montante de esta **cotización adicional no puede ser inferior al 25% de la cotización normal y podrá ser elevado al 50% o al 200% en ausencia de corrección de la falta/incumplimiento o en caso de reincidencia.**

No obstante, **su efecto cesa con la aplicación de las medidas preventivas necesarias y el pago de la cantidad mínima**.

[84] Orden de 19 de septiembre de 1977, sobre la asignación de los dividendos en el aumento a tanto alzado correspondiente a la cobertura de los accidentes de trayecto, sección 1.

[85] Comité Técnico Nacional (CTN) son las instituciones conjuntas (compuestas en partes iguales de representantes de las organizaciones profesionales de trabajadores y empleadores) establecidos por la CARSAT para ayudar en la gestión de ATMP (L. 215-4 CSS).

(ii) La promoción de dispositivos específicos de prevención

Junto a todo ello, el legislador también ha pretendido promover mecanismos o dispositivos específicos de prevención, mediante el establecimiento de facilidades financieras.

El Derecho francés promueve ciertos dispositivos específicos de prevención. El cumplimiento de ciertos procedimientos da lugar, si van acompañados de resultados efectivos, a la **concesión de anticipos o subvenciones**. Estos procedimientos específicos están destinados a un público particular: las pequeñas y medianas empresas, que son las más susceptibles de necesitar la ayuda de la administración para llevar a cabo acciones preventivas.

Por lo tanto, la CARSAT podrá acordar **anticipos a empresas de menos de 200 empleados**, que estén al corriente en el pago de sus cotizaciones y que las hayan pagado regularmente durante los últimos 12 meses, que hayan suscrito un convenio de objetivos con la CNAM o la CARSAT, que fije un programa específico de acciones de prevención en un sector de actividad, y concluido con la *caisse* un contrato de prevención de los accidentes de trabajo, que constituye la declinación/variación individual. Estos avances/anticipos son adquiridos por la empresa que respete sus compromisos, según las modalidades previstas por el convenio.

El CARSAT puede finalmente proporcionar **subvenciones** de **hasta una cuantía máxima de 25.000 € a las empresas con menos de 50 empleados en el marco de programas de prevención** establecidos por la CNAM o la CARSAT, tras consulta/opinión del comité técnico regional competente. **La concesión de tales subvenciones está subordinada a la prueba de la puesta en práctica de medidas de prevención previstas por el programa de prevención**, las cuales deben haber sido consultadas con las instituciones representativas del personal (CHSCT – Comité de higiene, seguridad y condiciones de trabajo). Además, la empresa debe estar al corriente de estas cotizaciones y no debe haber estado obligada por la aplicación de un contrato de prevención durante los dos años precedentes.

f. El impacto de la culpa inexcusable del empleador

Para acabar, es preciso plantearse el impacto que tiene una conducta incumplidora del empresario en el momento del acaecimiento del accidente o enfermedad profesional. No se trata aquí de promover la prevención de los siniestros, sino de garantizar la financiación de las indemnizaciones incrementadas de las víctimas en tales situaciones. **Cuando el accidente de trabajo ocurre por culpa inexcusable del empresario, la víctima o sus causahabientes reciben en efecto un incremento en sus indemnizaciones** (L. 452-2 CSS). **Esta indemnización adicional es pagada por el CPAM, *"que recupera el capital del empleador"*** (L. 452-2 al.6 CSS).

Antes de la Ley 2012-1404 de 17 de diciembre de 2012, el artículo L. 452-2 al. 6 CSS preveía que el incremento de la indemnización era financiado por medio de una cotización complementaria fijada por acuerdo entre la CARSAT y el empresario o, en su defecto, por vía contenciosa, no siendo exigible el reem-

bolso en forma de capital más que en caso de cesión o de cierre de la empresa (L. 452–2 al. 8 CSS antiguo). La generalización de este último modo de recuperación, que tiene como objetivo hacer más eficaz la recuperación por las *caisses* de las sumas pagadas, finalizó con la adopción del decreto 2014–13 de 8 de enero de 2014, el cual inserta en el código de la Seguridad Social un artículo D. 452–1. Este artículo indica las condiciones de evaluación y de recuperación del citado "capital representativo".

Desde el 1 de abril de 2014, fecha de entrada en vigor del decreto, **el reconocimiento de falta inexcusable ya no tiene consecuencias en cuanto al montante de las cotizaciones debidas por el empresario a título de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.**

3.4.4. Conclusiones del sistema francés de incentivación en la cotización por contingencias profesionales

Conclusion Del estudio presentado, tres son las conclusiones principales que hemos alcanzado:

1. Los límites inherentes al sistema de tarificación

Como se ha expresado, el sistema de tarificación es el vector esencial del vínculo entre la reparación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la prevención de riesgos en la empresa en el Derecho de la Seguridad Social. El objetivo de la reforma de la tarificación de 2010 era reforzar este vínculo. El tipo de cotización calculado anualmente iba a permitir un reporte más rápido de los costes reales de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales sobre las cotizaciones, evitando así el efecto de *lissage* (suavizado) a lo largo de diversos años que no incita a la toma de conciencia del impacto de estas afecciones. Sin embargo, el modo de cálculo de los incrementos a tanto alzado parece que va a seguir teniendo este efecto de suavizado durante varios años.

Con el mismo objetivo, la reforma, modificando los umbrales de los que se hacen depender los modos de tarificación, se ha esforzado en conciliar la dificultad para las pequeñas empresas de hacer frente a su siniestralidad y la necesidad para las empresas más grandes de ver a la tarificación jugar su papel de incentivo. Ahora bien, es precisamente **la mutualización completa o parcial del coste de los riesgos –de la prima de riesgo– por sector de actividad** la que **puede ser criticada**. **La imputación de cargas indiferenciadas a las empresas sometidas a un tipo colectivo o a un tipo mixto limita el efecto de su siniestralidad sobre su tipo de cotización**. En otros términos, el coste de la siniestralidad es absorbido por el tipo calculado en el sector de actividad, limitando fuertemente el papel incentivador de las cotizaciones por contingencias profesionales sobre la prevención. Un informe público subraya a este respecto que cabe temer que las empresas que favorecen las medidas de prevención sean económicamente desfavorecidas en relación con aquellas que las incumplen o descuidan.[86]

[86] N. Diricq (prados.) Informe del Comité establecido por el artículo L.176–2 del Código de Seguridad Social, documentación francesa, 2011.

2. Los efectos inducidos del sistema de tarificación: contenciosos e infra-declaración

La reforma de 2010 también tuvo por objeto disminuir la litigiosidad ligada a la tarificación y el grado de infradeclaración de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. **Las empresas sometidas a un tipo individual ven su cotización directamente proporcional al número de siniestros profesionales y a su gravedad**. Este sistema entraña una contestación/impugnación masiva –incluso sistemática– del tipo de tarificación, favorecida por las múltiples vías de recurso abiertas a los empresarios.

La cuestión de los recursos efectuados por los empresarios en materia de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales no debe ser ocultada. Ante todo, conviene precisar que el derecho francés se caracteriza por un principio de independencia de las relaciones entre la caja (*caisse*) de Seguridad Social –empresario y la caja (caisse) de recaudación de la víctima.[87] Esto significa que **si el empleador se opone a la calificación del accidente o enfermedad, este accidente o enfermedad no entrará en el descuento de la empresa y no será por tanto tenido en cuenta en el cálculo del tipo de cotización, si bien quedará cubierto por la Seguridad Social según las reglas específicas de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales**. En este contexto, las objeciones del empresario pueden versar sobre el grado de incapacidad permanente o sobre la duración de la incapacidad temporal padecida por el trabajador. Aquí también, una vez más, el objetivo perseguido por el empresario es el de limitar el impacto de estos acontecimientos sobre la tarificación aplicable a la empresa o al centro de trabajo. En todas estas situaciones, el nivel de asunción (de cargas) del trabajador no cambia. Por el contrario, el montante de las cotizaciones pagadas por el empresario no se incrementará o menos de lo previsto. De todo ello se puede derivar un **riesgo evidente que los empresarios sean menos proclives a implantar una política de prevención costosa, en la medida en que saben que los numerosos recursos que tienen a su alcance les pueden permitir, en última instancia, no soportar el coste de los siniestros imputables a la empresa**.

Del mismo modo, **este sistema de tarificación tiene la dificultad añadida de que se produzca un número elevado de infradeclaración de las enfermedades profesionales** (la notificación de los accidentes de trabajo se hace por la propia víctima, a diferencia de las enfermedades profesionales). Las causas del fenómeno de la infradeclaración son complejas y múltiples. Sin embargo, los efectos directos de la declaración y del reconocimiento de las enfermedades profesionales sobre el tipo de cotización de contingencias profesionales pueden empujar a los empleadores a tratar de reducir este porcentaje al no declarar ciertas enfermedades.[88]

3. Los límites de la doble función de la tarificación: entre financiación de la rama y fomento de la prevención

En un estudio comparado como el presente, no vamos a ocultar que estos fenómenos combinados de mutualización o colectivización del coste de la

[87] P. Morvan, Ley de Bienestar Social, LexisNexis, 6ª edición, 2013, p.126 126.
[88] N. Diricq (Pres.), el informe antes citado, Documentación francesa, 2011.

siniestralidad, de alta litigiosidad y de infradeclaración de las enfermedades afectan a la reparación de las víctimas y a la financiación de la rama de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como a la prevención en la empresa. **La siniestralidad de la empresa puede ser**, en cierta medida, **artificialmente reducida**. Por ello, **la tarificación puede no estar representando de manera absolutamente fiel el nivel de riesgo en cada empresa.** A ello se suma que **la legislación de contingencias profesionales presenta numerosos "ángulos muertos"**, principalmente en materia de riesgos psicosociales.

Con todo, ni el derecho de la Seguridad Social ni los procesos de reparación están totalmente desprovistos de eficacia en el campo de la prevención. La tarificación por sí sola no es una herramienta suficiente, pero existen ya ciertos dispositivos para completarla. Así, una sanción pecuniaria que viene a aumentar las cuentas de la rama de contingencias profesionales se impone a las empresas que emplean un cierto número de trabajadores en situación de penosidad y que no hayan adoptado ninguna medida de prevención.[89] Este tipo de medidas, entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social, podrían permitir garantizar un vínculo más efectivo entre la reparación y la prevención. Más allá del ámbito financiero, es a través de la multiplicación de los efectos, en Derecho del Trabajo, sobre las obligaciones del empresario de los perjuicios reconocidos por el Derecho de la Seguridad Social, como la reparación podrá constituir una palanca eficaz de prevención.

[89] El apartado 3 del artículo L. 241-5 CSS afecta a la financiación de la rama AT-MP del producto de la pena prevista en el artículo L. 4163-2 del Código de Trabajo, que viene pena de sanción la ausencia de un convenio colectivo o un plan de acción para la prevención de dificultades en algunas empresas.

4. EL MODELO ALEMÁN DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COTIZACIÓN POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES[90]

4.1. Introducción

El **sistema de prevención de riesgos laborales** en la República Federal **Alemana** contiene un **ingente marco normativo interrelacionado**, que exige para su comprensión, no sólo analizar la norma propia de prevención, sino que ésta debe ser estudiada en perspectiva con lo fijado por la norma de Seguridad Social y las normas civiles para poder entender cómo reacciona el sistema ante un incumplimiento de la norma de prevención.

Ello nos aboca a describir en un primer momento el sistema de fuentes en el que se fijan las obligaciones de prevención, para –posteriormente– analizar las consecuencias del incumplimiento en el ámbito del derecho privado y del derecho público, no sin antes partir del concepto de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, así como de la evolución estadística de ambas contingencias.

En efecto, en el ordenamiento jurídico alemán, **las empresas se hayan obligadas a informar a la entidad que gestiona las contingencias profesionales, en caso de que ocurra un accidente de trabajo que tenga como resultado la ausencia del trabajador, por lo menos, durante tres días de su puesto de trabajo**, conforme al § 193 I SGB VII; y no sólo de accidentes del trabajo en sentido estricto, según el § 8 Abs. 1 SGB VII, sino también de los accidentes in itinere por mor del § 8 Abs. 2 SGB VII[91].

Asimismo las empresas están obligadas a informar acerca de las enfermedades profesionales, caso de que concurra la sospecha de que una determinada patología pueda deberse al desempeño de la actividad laboral (§ 193 II SGB VII). Por ello en las estadísticas se ofrecen datos sobre las situaciones de enfermedad comunicadas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y a las Aseguradoras para el Sector Público, por ser "sospechosas" de constituir enfermedad profesional, y aquellas que definitivamente se confirman como tales.

[90] Autores: Javier Molina Vega (ocio, Cuatrecasas Gonçalves Pereira), Lukas Bo Voelkel y Georg August (Universität Göttingen, Alemania), Maria Pilar Bover Castaño (Abogada, Cuatrecasas Gonçalves Pereira) y Inmaculada Martinez Otero (Paralegal, Cuatrecasas Gonçalves Pereira).
[91] DGUV Statistik 2013, p. 11.

Con todo, la evolución estadística[92] arroja en los últimos años una reducción de la siniestralidad laboral en Alemania, como puede observarse:

	Accidentes de Trabajo		Número de trabajadores[93]		Tasa siniestralidad (cada 1.000 trabajadores)	
	Mutuas accidentes de trabajo	Aseguradoras accidentes de trabajo sector público	Mutuas accidentes de trabajo	Aseguradoras accidentes de trabajo sector público	Mutuas accidentes de trabajo	Aseguradoras accidentes de trabajo sector público
2010	840.848	113.611	31.800.544	5.140.625	26	22
2011	833.965	85.060	32.338.580	5.137.011	26	17
2012	802.553	82.456	32.857.103	5.099.910	24	16
2013	790.287	84.227	33.678.283	5.195.661	23	16

Así como un mantenimiento o ligero incremento en las bajas derivadas de enfermedades profesionales:

	Número enfermedades comunicadas por posibilidad de constituir enfermedades profesionales	Número total enfermedades profesionales reconocidas	
		Total	Núm. prestaciones por incapacidad
2010	70.277	15.461	6.123
2011	71.269	15.262	5.407
2012	70.566	15.291	4.924
2013	71.579	15.656	4.815

El concepto de **accidente de trabajo** abarca aquellos accidentes que sufran los trabajadores asegurados como resultado del desempeño de su actividad (§ 8 I SGB VII). En este sentido los accidentes –separando dicho concepto respecto al de enfermedad profesional– tienen como resultado un daño cuya duración en el tiempo es limitada y que son producidos por un agente externo, que afecta negativamente a la salud del trabajador o que tiene como resultado su muerte. La gravedad de los efectos del accidente sobre la salud del trabajador resulta irrelevante para la calificación como accidente de trabajo, ya que basta el mínimo daño psíquico o físico, producido por un agente externo, para calificarlo como tal[94].

[92] Las estadísticas se pueden encontrar en http://www.dguv.de/de/Zahlen-und-Fakten/Arbeits-und-Wegeunfallgeschehen/index.jsp

[93] Téngase en cuenta que esta cifra no se calcula sobre el número total de trabajadores asegurados, si no que se produce a una totalización por jornada anual del total de trabajadores asegurados. Así En 2010 el parámetro para el recuento se situaba en 1.600/trabajador, en 2011 en 1.590 horas/trabajador, en 2012 en 1.580 horas/trabajador y en 2.013 en 1.550 horas/trabajador.

[94] Holstraeter, Reinhard in Knickrehm/Kreikebohlm/Waltermann. Kommentar zum Sozialrecht, 4 Auflage, Beck 2015 SGB VII § 8 Rn. 2; BSGE 15, 41, 45.

Así las cosas los riesgos ordinarios que conlleva el desempeño de la actividad laboral (por ejemplo, la picadura de un insecto)[95] pueden calificarse de igual manera como accidentes del trabajo, al igual que una situación traumática para el trabajador u otros hechos que revistan mayor gravedad[96].

Tomando la definición legal que proporciona el § 8 I SGB VII debe existir un nexo entre el accidente de trabajo y el daño corporal en el trabajador. Por daño corporal se entiende cualquier patología, bien de tipo físico o psicológico.

Asimismo el accidente debe producirse en el contexto del desempeño de una actividad asegurada. **La simple conexión espacio-temporal no es suficiente para afirmar la existencia de dicho nexo, pues debe existir un nexo causal o interno entre accidente y ejercicio de la actividad desarrollada**, lo que en Alemania se denomina "Betriebsdienlichkeit"[97]. Por ello, en el caso concreto, la cuestión más relevante a resolver a la hora de determinar si se ha producido o no un accidente es el objetivo (profesional o personal) de la tarea desempeñada por el trabajador en el momento del accidente.

En el marco de la definición del accidente de trabajo, ofrecida por el § 8 II SGB VII, **los accidentes in itinere** comprenden a aquellos accidentes que se produzcan en los desplazamientos realizados por el trabajador asegurado entre los lugares enumerados en el § 8 II Nr. 1-4 SGB VII, y que se producen hacia o desde el lugar de prestación de servicios. En especial se hayan asegurados los desplazamientos en transporte público o en el propio vehículo entre la residencia del trabajador y su lugar de trabajo[98]. En este sentido, según el § 7 II SGB VII, **la conducta negligente en la conducción que entrañe determinados riesgos no determina, "per se", la exclusión de la existencia de accidente de trabajo**, en tanto en cuanto se presupone la existencia de un interés empresarial. No obstante, el § 101 II 1 SGB VII **permite reducir la cuantía de las prestaciones devengadas con razón de un accidente in itinere en el cual se haya cometido un delito contra la seguridad vial por parte del trabajador**.

Finalmente, bajo el concepto de **enfermedad profesional** se exige un **nexo causal** entre la patología y la actividad desempeñada por el trabajador. Dada la dificultad para determinar dicho nexo, el legislador alemán optó por la solución de **determinar de manera reglamentaria una serie de enfermedades como profesionales, en base a riesgos investigados y determinados por la comunidad científica**. Por ello, como enfermedad profesional, el § 9 II SGB VII entiende aquellas enfermedades que se encuentren recogidas en el reglamento de enfermedades profesionales ("Berufskrankheitenverordunung")[99], cuya aparición se dé como consecuencia del desempeño de una actividad profesional asegurada.

En el reglamento de enfermedades profesionales, las patologías listadas se califican como enfermedades profesionales en tanto en cuanto la Medicina ha

[95] Holstraeter, Reinhard in Knickrehm/Kreikebohlm/Waltermann. Kommentar zum Sozialrecht, 4 Auflage, Beck 2015 SGB VII § 8 Rn. 2; BSG 29.11.2011 – B 21 U 3 23/10

[96] En este sentido: LSG BE/BB 17.12.2009 – L 2 U 1014/050; 26.1.2012 – L 3 U 329/09

[97] Holstraeter, Reinhard in Knickrehm/Kreikebohlm/Waltermann. Kommentar zum Sozialrecht, 4 Auflage, Beck 2015 SGB VII §8 Rn 6, 8 y siguientes; BSGE 63, 273.

[98] Holstraeter, Reinhard in Knickrehm/Kreikebohlm/Waltermann. Kommentar zum Sozialrecht, 4 Auflage, Beck 2015 SGB VII §8 Rn 123

[99] http://www.gesetze-im-internet.de/bkv/BJNR262300997.html

demostrado que las mismas, debido a su origen, afectan en mayor grado a personas que desempeñan una determinada actividad en comparación con el resto de la población, conforme contempla el § 9 I 2 SGB VII.

Asimismo, **las propias Mutuas de Accidentes de Trabajo y las Aseguradoras para el Sector Público son responsables de clasificar aquellas patologías cuyo origen se determine ligado al desempeño de una determinada actividad, fruto de nuevas investigaciones médicas**. Esta facultad viene dada con el objetivo de evitar posibles perjuicios para los trabajadores, ya que el listado del reglamento de enfermedades profesionales resulta en ocasiones obsoleto ante la aparición de nuevas patologías.

El presupuesto de hecho es la enfermedad del trabajador con origen o causa en su actividad laboral. Al igual que en el accidente de trabajo, la gravedad de la patología resulta irrelevante.

El aseguramiento comprende, con independencia de la situación del asegurado, desde el primer momento en que se confirma la concurrencia de la enfermedad, ya que a partir de dicho momento se confirma de manera médica la existencia de la misma. Es irrelevante que en el momento en que se produzca dicho diagnóstico se desempeñe la actividad que ha resultado origen y causa de la patología. Por ello, los trabajadores asegurados pueden obtener las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional, en especial cuando por razón de los avances científicos se pueda valorar en mayor profundidad la existencia de riesgos y agentes patógenos en la actividad desarrollada en su momento.

Asimismo se hace necesaria la existencia de un nexo causal entre actividad desempeñada y enfermedad, si bien es cierto que la inclusión de una enfermedad en el listado reglamentario citado conlleva la presunción de la existencia de dicha causalidad con relación a la profesión, puesto de trabajo o condiciones de trabajo para las que se prevea.

4.2. Delimitación del contexto del sistema alemán de prevención de riesgos laborales

4.2.1. Introducción

El sistema jurídico alemán viene afrontado la prevención de riesgos laborales desde hace al menos 150 años[100], con la aprobación de la **Orden Imperial para la Industria de 17.1.1845**[101].

A fin de poder comprender adecuadamente el sistema de prevención de riesgos laborales, lo analizaremos desde las perspectivas del derecho público y privado, si bien observaremos que como es tradición en los países europeos, la materia de prevención de riesgos ha padecido una regulación segmentada a la par de aviónica.

[100] Lorenz, Martin. Arbeitssicherheit. Neuwied; Kriftel: Luchterhand, 2000, pag.3.
[101] Preußischen Allgemeinen Gewerbeordnung vom 17.1.1845.

Desde la perspectiva del derecho privado se afrontan los derechos y obligaciones que el empresario tiene frente al trabajador en el marco de la relación laboral (contemplado de forma genérica en los **§ 618 y 619 del BGB**[102]).

Y desde el derecho público, la prevención de riesgo pivota sobre el derecho constitucional a la vida e integridad corporal fijado en el art 20 Abs.1 de la Constitución (*Grundgesetz*, en adelante GG).

En este ámbito se han integrado bajo la esfera de la prevención de riesgos[103], la regulación de colectivos especialmente sensibles (como madres, menores, inválidos, y parcialmente trabajadoras del hogar familiar), del tiempo de trabajo104 (en lo relativo a la jornada de trabajo y al derecho de vacaciones), los aspectos más técnicos de la prevención, en los que se contempla la regulación de los lugares de trabajo (*Arbeitsstätten*), los equipos de trabajo (*Geräte und Angelegesnsicherheit*) así como la regulación desde un punto de vista organizacional (*Sicherstellung des ArbSch*).

a. Desde la perspectiva del derecho privado sustantivo

El § 618 BGB regula en el ámbito del derecho privado, la protección del trabajador ante cualquier riesgo que pueda incidir en su vida, salud o integridad física, independientemente de que se trate de un trabajador por cuenta ajena o autónomo.

Este precepto es calificado por la doctrina como vehículo por el que el derecho público de la prevención de riesgos laborales extiende sus efectos jurídicos en la esfera privada de las relaciones contractuales[105]; no obstante, tras la regulación efectuada por la Ley General de Seguridad Social (en adelante, SGB VII) la aplicación del § 618 BGB a los accidentes de trabajo tiene una aplicación marginal[106.]

En este sentido, el genérico deber de protección ha sido causalizado y contextualizado por normas específicas, que han ampliado, sobre todo, en la esfera de la relación laboral dichas obligaciones, valga por todas la Ley de Protección del Trabajo ("*Arbeitschutzgesetz*", en adelante ArbSchG o Ley de Protección del Trabajo*)* que analizaremos más adelante.

Asimismo y como trataremos más adelante, el empresario que incumple la obligación de proteger al trabajador acorde con la normativa de prevención deberá resarcir los daños en el ámbito del derecho privado, al igual que éste podría dirigirse contra el trabajador que haya incumplido la norma de prevención,

[102] BGB Bürgeliches Gesetzbuch (Codigo Civil alemán).
[103] Wank, Rolf. Deutsches und europäisches Arbeitsschutzrecht. Eine Darstellung der Bereiche Arbeitsstätten, Geräten und Anlagensicherheit, Gefahrstoffe und arbeitsorganitation mit Abdruck der einschlägigen EG-Ritlinien. München: Beck, 1992, p. 1.
[104] Baeck, Ulrich und Deutsch, Markus. Kommentar der Arbeitszeitsgesetze. München: Beck, 2004, p. 44. Los autores integran en su comentario la referencia a la prevención de riesgos laborales, ya que la regulación del tiempo de trabajo debe garantizar el derecho fundamental a la vida y a la integridad física.
[105] Von Staudingers, J. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse §§ 616-619. Oetker: Sellier & Co, 1997, p. 189.
[106] Soergel. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 4/1. Stuttgart: Kohlhammer, 1998, p. 2163.

sancionando con incluso el despido[107], siempre que éste hubiese sido apercibido previamente.

b. Desde la perspectiva del derecho público sustantivo

En el ámbito público, la prevención de riesgos laborales se analiza desde una doble perspectiva, a saber: desde una **regulación estatal que activa sus propios mecanismos de control** y desde una **perspectiva autónoma** (*Autonomes Recht*) en la que se regula las competencias de los operadores especializados en prevenir accidentes y enfermedades profesionales: las **Mutuas de Accidente de Trabajo**.

Esta doble perspectiva de la prevención de riesgos laborales, ha sido cuestionada por su inefectividad[108] a la par de ser contraria a la regulación que desde el 30 de julio de 2002 contiene la Ley de Protección del Trabajo109 que exige una mayor cooperación entre el sistema estatal y el autónomo, lo que ha provocado la incorporación de preceptos legales que coadyuvan a ésta (§ 21 ArbSchG*).*

En este sentido, el sistema público autónomo de prevención de riesgos laborales tiene su regulación en la Ley General de Seguridad Social *(Sozialgesetzbuch*[110] *VII –SGB VII–)*, donde se concretan las competencias de las **Mutuas de Accidente de Trabajo** *(Berufsgenossenschaften*), las cuales están obligadas a proteger a los trabajadores de accidentes y enfermedades profesionales. Por ello, el § 15 SGB VII les autoriza para[111]:

- **Dirigir, ordenar e imponer las medidas para que los empresarios protejan de forma eficaz a los trabajadores de los accidentes y enfermedades profesionales.**
- **Inspeccionar que dichas medidas se llevan a cabo.**
- **Reconocimiento médico** de los trabajadores que son ocupados por sus asociados.
- **Imponer las medidas a fin de que el empresario cumpla con las obligaciones fijadas por Ley sobre médicos de empresa, ingenieros de seguridad y otros especialistas en seguridad en el trabajo**[112] (*Arbeitssicherheitsgesetz –AsiG–).*

A dicho fin **se les autoriza a dictar normas de Prevención de Accidentes** (*Unfallverhütungsvorschriften*) en este ámbito, las cuales tienen naturaleza autónoma–pública ya que sólo afecta y vincula a los asociados a la Mutua[113]. Dichas normas autónomas contienen referencias a medios, procedimientos y acciones

[107] Soergel. Kommentar, p. 2166.
[108] Kittner, Michael und Pieper, Ralf. Arbeitschutzrecht. Kommentar für die Praxis. Frankfurt am Main: Bund–Verlag, 2006, p. 47.
[109] Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutsches der Beschäftigten bei der Arbeit (ArbScR), 07.08.1996.
[110] Ley General de Seguridad Social.
[111] Lorenz, Martin. Arbeitssicherheit, p. 11.
[112] Gesetz über Betriebärzte, Sicherheitsingenieure uns andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit (AsiG), 12.12.1973.
[113] La adhesión a la Mutua es obligatoria, y se produce respecto al sector de actividad donde se desarrolle la Actividad.

de trabajo, los cuales contienen unos requerimientos/exigencias muy concretos[114].

No obstante, como antes hemos referido **desde el año 2002 se activó el debate sobre si la efectividad y eficacia de este doble sistema no provocaba una mayor burocracia**, lo que ha incidido en distintas modificaciones de la norma que seguidamente analizamos.

(i) Ley de protección del trabajo (ArbSchG)

La **ArbSchG ha sido señalada por la doctrina[115] como la norma fundamental en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, por aglutinar una visión más conjunta de esta materia y trasponer la Directiva 89/3911 CEE** acorde con el mandato impuesto por el aquel entonces art 118 a) del Tratado de la Unión Europea.

En su ámbito subjetivo sólo están excluidos el trabajo en el hogar familiar, los trabajos en barco y en minas[116], *sensu contrario* expresamente están incluido los trabajadores dependiente e independientes, autónomos dependientes, funcionarios, jueces, soldados y minusválidos.

El § 3.1 ArbSchG de la referida norma impone al empresario específicas obligaciones, tales como:

- La puesta a disposición de los medios necesarios para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.
- Vigilar y controlar la eficacia de los mismos, ya sea mediante controles[117] regulares (controles anuales de la con riegos biológicos, conforme al § 8 *BioStoffV*) o excepcionales (cada vez que se produce un accidente de trabajo).
- Actualizar y optimizar las medidas preventivas[118], bien por una modificación en la evaluación de riesgos, a fin de mejorar las posibilidades de protección aplicando nuevas técnicas o por la modificación de la exposición a nuevos riesgos.
- La planificación, ejecución y cumplimento se integra dentro del concepto de mejora continua de la prevención de riesgos laborales en el seno de la empresa.
- En lo relativo a la planificación[119], el empresario tiene libertad a la hora de priorizar las acciones necesarias, salvo en aquellos supuestos en los que exista

[114] Según su denominación contemplan distintas materias: VBG ,1 contiene exigencias generales; VGB, 100 exigencias relativas a la medicina del trabajo; VGB, 122 exigencias de seguridad o relacionado con cuestiones técnicas fijadas por el ingeniero de seguridad; y VGB, 123 exigencias establecidas por médico de empresa.

[115] Heilmann, Joaquin und Auhauser Rudolf. Arbeitschutzkommentar: Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 13; Kollner, Norbert. Das neue Arbeitsschutzgesetz: Darstellung der neuen Rechtslage für Arbeitgeber, Beschäftigte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit. München: Beck, 1997, p. 9.

[116] § 1.2 ArbSchG.

[117] Kollner, Norbert. Arbeitschutzgesetz mit Arbeitsschutzveordnungen. Kommentar. München: Beck, 2005, pag. 170. und Fachkräfte für Arbeitssicherheit. München: Beck, 1997, p. 170.

[118] Kollner, Norbert. Das neue Arbeitsschutzgesetz: Darstellung der neuen Rechtslage für Arbeitgeber, Beschäftigte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit. München: Beck, 1997, p. 26.

[119] Kollner, Norbert. Arbeitschutzgesetz ..., p. 173.

una obligación legal en la ejecución de la medida (configuración de las salidas de emergencia). No obstante, en lo relativo al cumplimiento de las medidas éstas se configuran no para ser planificadas sino como principio para ser realmente realizadas.

En este sentido, conforme al § 3.2 ArbSchG, para llevar a cabo la planificación, ejecución y cumplimiento de la obligación de prevención, se tendrá en cuenta el número de trabajadores y el sector de actividad, y se materializará mediante una organización adecuada de medios materiales y humanos[120], sobre los que más adelante profundizaremos en el apartado 5.2.2 de este apartado.

Junto a estas obligaciones, el empresario debe **documentar** la actividad preventiva, la cual tiene una especial relevancia a fin de acreditar las actuaciones producidas ante los cambios de riesgos y su gestión optimizada[121]. La documentación referida en el § 6.1 *ArbSchG* actuará como documentación básica para sectores como el de la construcción, al que le es exigible otra documentación que, en muchos supuestos, no tiene como fin prioritario la seguridad e higiene de los trabajadores[122].

Por otro lado, en el ámbito de la norma general concurre, en el sistema jurídico alemán, una excepción al deber de documentación contemplado por el § 6 ArbSchG, ya que aquellas **empresas que ocupen 10 o menos trabajadores[123] no tendrán la obligación de llevar a cabo dicha documentación**, sin que ello suponga ninguna suspensión respecto al resto de obligaciones[124] en materia de prevención de riesgos.

No obstante, esta excepción puede alterarse bien por exigencia legal (así por ejemplo toda empresa debe tener documentados los Manuales de Instrucciones conforme al § 20 Abs.1 GefStoffV) o en actividades calificadas como peligrosas, o bien por así exigirlo la autoridad competente o las mutuas de accidente de trabajo que, en supuestos de riesgos, pueden imponer dicha obligación.

(ii) Ley General de Seguridad Social (SGB VII)

El libro séptimo de la Ley General de Seguridad Social contiene los aspectos jurídicos del aseguramiento de los accidentes (*Gesetzliche Unfallversischerung*), y parte de dos principios básicos: principio de protección social y principio de subrogación en la responsabilidad prestacional. Merced a los cuales, dicha norma genera una protección del trabajador de tal suerte que las indemnizaciones que le pudieran corresponder en el ámbito civil son en este ámbito abonadas[125], salvo los daños que puedan haberse producido sobre sus pertenecías personales.

La Mutuas de Accidentes de Trabajo[126] son las únicas responsables de este

[120] Heilmann, Joaquin, Arbeitschutzkommentar, p. 57.
[121] Heilmann, Joaquin, Arbeitschutzkommentar, p. 82.
[122] Kollner, Norbert. Arbeitschutzgesetz..., p. 238.
[123] Los trabajadores a tiempo parcial se cuenta de la siguiente manera, si el trabajador realiza una jornada de trabajo inferior o igual a 20 horas semanales se calcula como 0,5 trabajador, si el trabajador realiza una jornada de trabajo inferior o igual a 30 horas semanales se calcula como 0,75 trabajador, si la jornada es superior a 30 horas semanales se cuenta como 1.
[124] Heilmann, Joaquin und Auhauser Rudolf. Arbeitschutzkommentar ... p. 82.
[125] Fuchs Maximilian und Preis Ulrich. Sozialversicherungsrecht, Praxis-Lehrbuch. Köln:, Dr. Otto Schmitt, 2005.
[126] Sólo existen 41: 35 son sectoriales, 10 son Länder y 1 específica para empleados públicos.

aseguramiento y conforme al § 14 SGB VII, tienen el cometido de llevar a cabo cuantas acciones fueran necesarias para evitar los accidentes de trabajo, las enfermedades profesionales, las condiciones de trabajo que fueran peligrosas, y prestar un efectiva asistencia de emergencia (*Erste Hilfe*), cuyo fin se les autoriza a dictar *normas autónomas,* a las que antes nos hemos referido.

Dado que tienen la condición de Autoridad administrativa[127], las Mutuas cuentan con Inspectores (*Aufsichtspersonen*) cuyo cometido se centra en el asesoramiento, inspección y vigilancia de las condiciones de seguridad en las empresas.

4.2.2. La organización de la prevención: aspectos sustantivos y colectivos

En este ámbito concurre un mosaico de normas de distintos aspectos técnicos de la prevención, tales como las condiciones de seguridad en el puesto de trabajo (ArbStättV) hasta la regulación de las sustancias peligrosas (GefStoffV) pasando por las condiciones de seguridad de los equipos de trabajo (BetrSichV).

A nuestros efectos hemos querido centrarnos en la Ley sobre médicos del trabajo, ingenieros de seguridad y otros especialistas en seguridad laboral (en adelante, ASiG)[128] ya que la misma tiene un especial significado en lo relativo a la organización de la prevención en el seno de la empresa.

A dicho fin, esta norma obliga al empresario a someterse al asesoramiento de éstos, con la peculiaridad de que el sometimiento a esta norma no dependerá del tamaño de la empresa, pues una empresa con un único trabajador estaría sometida a dicha obligación[129.]

No obstante, la casuística que se puede producir respecto a esta cuestión, ha sido desarrollada por las normas (UVV) dictadas por las Mutuas de Accidentes[130] y,subsidiariamente, por la dictadas por el Ministerio de Trabajo; considerándose que esta descentralización ayuda a afrontar de forma más específica y por sectores los riesgos laborales, debe adecuarse a determinadas reglas131 y en la que se distinguen distintas fórmulas para afrontar el papel de los especialistas dependiendo del número de trabajadores: Hasta 10, de 11 a 50 y de 50 en adelante en plantilla.

En la práctica, **en la mayoría de las pequeñas y medianas empresas existe una adhesión a contratos con empresas de prevención** que colman las exigencias legales impuestas al empresario en concreto para el sector de la construcción mediante la asociación a la Mutua de Accidente de la Construcción (*Bau-Berufsgennosenschaft*). No obstante, en términos generales, la responsabilidad de

[127] Véase el § 210 Abs 1 SGB VII, que le reconoce tal condición en los términos fijados por el § 36 Abs.1 de la Ley de Infracciones (OrdnungswidrigkeitGesetz).
[128] Gesetz über Betriebärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit vom 12.12.1973.
[129] Wank, Rolf. Deutsches und europäisches Arbeitsschutzrecht..., p. 52.
[130] Existen distintas normas dictadas por las mutuas de accidentes de trabajo, que concretan un número de horas de dedicación del servicio de prevención, que fluctúa dependiendo de la actividad y de la plantilla. Por ejemplo en el sector de la Industria Química, conforme VGB 122, para una plantilla de 1300 trabajadores exige una actividad preventiva de al menos 3.000 horas.
[131] Kittner, Michael und Pieper, Ralf. Arbeitschutzrecht..., p. 782. La reformulación se ha concretado en la UVV BGV A6/A7 Betriebärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit.

la ejecución del deber de prevención no puede ser delegada en los médicos del trabajo, ingenieros de seguridad y otros especialistas en seguridad laboral.

La vinculación de estos especialistas con las empresas puede formalizarse mediante un contrato de trabajo, mediante un contrato de prestación de servicios directamente con éstos, o mediante un contrato con una sociedad profesional (contemplado en el § 19 ASiG); si bien en el supuesto de que el empresario opte por contratar laboralmente a estos, deberá asumir los costes de su formación, así como el tiempo que éstos inviertan en la misma[132].

La contratación laboral de estos especialistas, que en España se denominan Servicio de Prevención Propios (art 31 LPRL y 14 RSP), sólo se produce en grandes empresas o cuando la carga horaria anual del profesional supera las 800 horas[133].

Acorde con el tenor literal de la norma § 2 Abs.1 y 5 Abs. 1 ASiG, la contratación debe realizarse por escrito especificando las materias objeto de la prestación en atención a:

- La actividad empresarial y la exposición a determinados riesgos.
- El número de trabajadores y la composición de los mismos.
- La organización empresarial, en relación a las personas y, en especial, teniendo en cuenta el número de personas con responsabilidad en materia de prevención y la modalidad preventiva implantada.
- Los conocimientos y capacitación del empresario o de aquellos mandos intermedios que, sin pertenecer al Comité de Dirección, asumen competencias de dirección en la producción y en los turnos de trabajo.

Estos especialistas formarán parte del Comité de Seguridad (*Arbeitsschuztausschluß*) junto con el empresario, dos miembros del Comité de Empresa, y el encargado de seguridad del Comité, siempre que la empresa cuente con más de 20 trabajadores[134].

En relación con la figura clave del **encargado de seguridad** (*Sicherheitsbeauftragte*), conviene concretar que se encuentra regulado en el § 22 SGB VII, **y es exigible para empresas que cuenten regularmente con más de 20 trabajadores, o con una plantilla inferior cuando se desarrollen actividades peligrosas conforme a las normas autónomas**.

El cometido principal de éste es **ayudar al empresario** en la dirección de las medidas de prevención de riesgos, **sin competencias de vigilancia o de control** de la aplicación de las mismas. Ello no obsta para que tenga una posición activa en lo relativo a la prevención de accidentes en el seno de la empresa, ya que de-

[132] Aufhauser, Rudof und Brunhöber, Hanna. Arbeitssicherheitsgesetz. Baden-Baden: Nomos,2000, p. 50.
[133] Kittner, Michael und Pieper, Ralf. Arbeitschutzrecht, p. 784.
[134] Para el cálculo de los trabajadores a tiempo parcial véase el pié de página 23 y la visión crítica de la doctrina en Anziger, Rudolf und Bieneck, Hans Jürgen. Kommentar zum Arbeitssicherheitsgesetz. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1998, p. 280.

sarrolla una doble función como responsable de la prevención y como protector de los trabajadores[135].

La formación de los mismos está reglada por las autoridades de los Länder, y su contratación y despido debe ser comunicada a los representantes de los trabajadores, quienes no tienen derecho a vetar la contratación pero si a identificar las competencias y cometidos del mismo en el marco del derecho de cooperación (*Mitwirkungsverfahren*).

A diferencia de lo regulado en España, además de ser exigible una titulación, y que que no formen parte de los representantes de los trabajadores, resulta relevante que el mismo no tiene ningún tipo de garantía frente a su despido[136], aun cuando el § 22 Abs. 3 SGB VII concreta que no debe ser perjudicado por su cometido.

4.2.3. Protección de trabajadores especialmente sensibles

Siguiendo con el mandato establecido en el § 4 Abs. 6 de la ArbSchG el empresario está obligado a vigilar los riesgos que pudiesen surgir en los puestos de trabajo ocupados por trabajadores especialmente sensibles, o, como los ha denominado el legislador alemán, **"trabajadores merecedores de una mayor protección"**.

El colectivo de trabajadores merecedores de una mayor protección se haya formado, entre otros, por **los menores, las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia, los trabajadores que padezcan algún tipo de discapacidad, trabajadores temporales, inmigrantes y trabajadores extranjeros**[137].

a. Trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia

En relación con las especiales medidas a adoptar respecto a trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia, es necesario acudir a la *Mutterschutzgesetz* de 2002 (en adelante, MuSchG) o Ley de protección para la Maternidad. En la misma, la protección de este colectivo pivota sobre tres ejes fundamentales, la adaptación del puesto de trabajo (§ 2 MuSchG), la prohibición general de prestación de servicios (§3 MuschG) y la prohibición especial para determinados puestos de trabajo que entrañen riesgos más elevados o pudieren resultar más nocivos para la mujer (§ 4 MuSchG).

En primer lugar, el § 2 MuSchG contiene un mandato dirigido a las empresas, las cuales deben proceder a **adaptar el puesto, herramientas e instalaciones de trabajo para garantizar la efectiva protección de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia**. Este precepto abarca múltiples aspectos relacionados con el puesto de trabajo. Así, por ejemplo, se deberá adaptar el ritmo, la planificación de turnos, la jornada y el sistema de pausas o recesos en la

[135] Hauck/Noftz. Sozialgeseztbuch Gesamtkommentar. Berlin: Erick Schmidt Verlag, 2005. SGB VII 1.Band § 22, p. 7.
[136] Hauck/Noftz. Sozialgeseztbuch Gesamtkommentar. Berlin: Erick Schmidt Verlag, 2005. SGB VII 1.Band § 22, p. 9.
[137] Kohte en Kollmer/Klindt/ Arbeitsschutzgesetz, 2 Auflage 2011, Ar§ 4 Rn. 53f; § 4 Rn. 36 con referencia al estudio de la Agencia Europea de Seguridad en el trabajo: „workforce diversity and risk assessment", (http://osha.europa.eu/en/publications/reports /TE7809894ENC); (KJP–Koll § 4 Rn. 17).

actividad. En este sentido, el precepto es incluso más concreto, incluyendo una previsión por la cual en aquellos puestos donde se presten servicios de pie, la empresa deberá planificar pausas adicionales durante las cuales la madre tenga ocasión de sentarse, y viceversa, en puestos de trabajo que requieren que la trabajadora pase largos periodos sentada se deberán planificar pausas durante las cuales la misma tenga ocasión de pasear y realizar ejercicios.

En segundo lugar, el § 3 MuSchG contiene una prohibición general, en virtud de la cual las trabajadoras embarazadas **no podrán prestar servicios si mediante informe médico se determina que el desarrollo de la actividad puede resultar nocivo para la madre o el feto. Asimismo, se establece un plazo de seis semanas previas al parto durante las cuales las trabajadoras no pueden prestar sus servicios, con independencia del grado de peligro que entrañe su actividad laboral**. Esta prohibición es, sin embargo, disponible, ya que la propia trabajadora tiene la opción, prevista legalmente, de solicitar a la Empresa que se le permita seguir con su actividad, si bien el empresario no se encuentra obligado a aceptar dicha solicitud, pudiendo rechazarla por motivos fundamentados[138]. Mientras el § 3 regula el tiempo previo al parto, el § 6 de la MuSchG contiene una prohibición general de prestar servicios en las 8 semanas siguientes, las cuales se pueden alargar hasta llegar a las 12 semanas, en el caso de parto múltiple. En el supuesto del § 6 MuSchG, y al contrario de lo que ocurre con la prohibición previa al parto contenida en el § 3 MuSchG, la solicitud de la madre para reincorporarse al puesto de trabajo no tendrá ningún efecto, ya que la prohibición es absoluta.

Por último, el § 4 MuSchG recoge, en un amplio catálogo, ulteriores prohibiciones a la prestación de servicios por parte de trabajadoras embarazadas. A diferencia del § 2 de la MuSchG, el cual realiza una previsión más general, este precepto recoge, de forma específica y según las características del puesto, una prohibición más estricta. Por ejemplo, y como curiosidad, en el § 4 Abs. 5 MuSchG se prohíbe que las embarazadas, que descortecen árboles en el marco de su prestación de servicios sigan con su actividad durante el tiempo en el cual se encuentren encinta. Menos extraña resulta la prohibición de ocupación de las embarazadas en aquellos puestos donde exista un elevado riesgo de caídas. Cabe señalar que estas prohibiciones afectan igualmente a las trabajadoras durante su periodo de lactancia[139].

b. Trabajadores con discapacidad

Las medidas concretas a adoptar respecto a los trabajadores con discapacidad, los cuales son merecedores de una mayor protección junto a otros colectivos, en consonancia con lo previsto en el § 4 Abs. 6 de la MuSchG, se encuentran, en su mayoría, recogidas en el SGB IX, es decir, el Libro noveno del Código Social alemán, el cual se ocupa de la rehabilitación e integración de las personas con discapacidad.

Así, por ejemplo, se encuentran preceptos tales como el § 84 del SGB IX, donde se recogen previsiones especiales en materia de prevención de riesgos aplica-

[138] Schlachter, Monika en Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 15. Auflage Beck, München 2015. MuschG § 3 Abs. 12

[139] Schlachter, Monika en Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 15 Auflage Beck, Múnchen 2015, MuSchG. § 4 Abs. 2

bles sobre el colectivo de trabajadores con discapacidad. De tal manera que, en el caso de que un trabajador con una discapacidad grave padezca una incapacidad temporal durante más de seis semanas en el período de un año, el empresario, junto con el comité de integración interno, en caso de contar con uno, deberá adoptar medidas concretas para evitar una nueva situación de incapacidad temporal. En este sentido, si fuese necesario adaptar el puesto de trabajo, el empresario tiene la opción de contactar con los servicios públicos y la Administración de Integración, la cual puede facilitar medios económicos que permitan dicha adaptación[140].

4.2.4. Pluralidad empresarial y la coordinación de la actividad preventiva

En todo caso, en el ordenamiento jurídico alemán, **las obligaciones en materia de coordinación de actividades se regulan de forma simple**, exigiendo –según lo establecido en el art. 8 ArbSchG– la **obligatoriedad de la información y coordinación mutua entre las diferentes empresas que desarrollen sus actividades en un mismo centro de trabajo**.

En los casos de trabajadores externos, que acometen ciertas actividades en el seno de una empresa, existe además la **obligatoriedad de asegurarse que éstos han recibido las instrucciones adecuadas en relación con los potenciales riesgos de la actividad para su salud y seguridad**.

Dado que existe, en principio, una corresponsabilidad de todos los empresarios concurrentes, para el supuesto de producirse un daño a un trabajador, conforme a los § 618 y 823 Abs. 2 BGB, resulta del todo necesario llevar a cabo una documentación material a fin de acreditar el cumplimiento del deber de cooperación[141] (resulta curioso que el término coordinación sólo se utiliza en el ámbito de la obra de construcción).

4.3. Breve descripción del sistema alemán de responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral

4.3.1. Prestaciones sociales y responsabilidad civil

El sistema de la Mutua de Accidente de Trabajo tiene una triple función: Se-financia por los empresarios (como un seguro), siempre se garantiza liquidez para las prestaciones y a través de la responsabilidad civil limitada se evitan conflictos laborales entre compañeros de trabajo (paz interna en la empresa).

Merced a lo cual, a través de la Mutua de Accidente de Trabajo (*Berufsgenossenschaft*) se garantiza al accidentado una prestación/indemnización independientemente de las causas o culpabilidades que este haya incurrido, ya que **el empresario sólo responderá si el accidente tiene su origen en una actuación dolosa del mismo**.

Por ello, los §§ 104–107 de la Ley General de Seguridad Social (SGB VII) establecen una limitación considerable de las responsabilidades contractuales (§§ 611,

[140] Rolfs, Christian en Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 15. Auflage Beck, München 2015, SGB IX § 84 Abs. 2
[141] Kittner, Michael und Peter, Ralf. ArbSchG. Basiskommentar mit Betriebssicherheitsveordnung. 3 Auflage Hanau/Dortmund: Bund–Verlag, 2002, p. 117.

282, 280 I, 618, 823 sig., 842–846 BGB) y delictivas (§§ 823 sig., 842–846., 253 II BGB) del empleador y de otros trabajadores que por sus actuaciones puedan haber causado el accidente.

En los demás casos, el accidentado está limitado a las prestaciones de la Mutua de Accidente de Trabajo, independientemente que el trabajador no estuviese afiliado a la Seguridad Social.

Dichas prestaciones, como analizaremos más adelante, no se determinan según los daños y perjuicios efectivamente incurridos que serían (i) gastos de asistencia médica y de rehabilitación (según §§ 249 sig. BGB), (ii) gastos causados por necesidades elevadas a consecuencia del accidente (§ 843 BGB), (iii) daños morales (§ 253 II BGB) y (iv) daños causados por la muerte (entierro y derechos de alimentos, § 844 BGB) o la incapacidad permanente parcial o total del afectado que le impiden seguir trabajando de la misma manera que antes del accidente (§ 842 BGB) sino que en el marco de lo establecido por la SGB VII, estamos ante una liquidación del siniestro sujeto a criterios propios[142].

Mientras algunos daños se indemnizan según su coste real[143], por otra parte, en caso de pensiones por incapacidad permanente o por viudedad y orfandad, se está sujeto a determinados porcentajes (fijados por ley) del último sueldo anual del accidentado que, a su vez, dan derecho a prestaciones temporales o indefinidas cuya cantidad dependerá del grado de incapacidad permanente que alcanza del afectado[144].

Las prestaciones sólo compensan los daños personales y resultantes de ellos, sin incluir ni daños morales ni materiales. A pesar de que dicha liquidación en ciertos casos individuales pueda perjudicar al accidentado por recibir menos de lo que le hubiera correspondido en caso de una acción directa contra el empleador por vía civil/laboral, el Tribunal Constitucional en su decisión de fecha 7 de noviembre 1972[145] declaró la constitucionalidad de esta norma puesto que el sistema de prestaciones generalmente no es menos desfavorable que la compensación según las normas del derecho privado, y ello por cuanto se acceden al derecho de prestaciones en cualquier caso, incluyendo supuestos de culpa propia total o parcial del trabajador que, de otra manera, en extremo pudiera dejar al afectado sin compensación alguna.

Además los afectados tienen garantizadas sus prestaciones, sin que tengan que correr el riesgo de insolvencia de su empleador. Evaluando los riesgos sociales que puedan resultar de dichos supuestos, deben prevalecer los intereses del colectivo ante los intereses individuales. La exclusión de la acción civil del trabajador no vulnera el Derecho Fundamental de Igualdad de Trato (Art. 3 *GG*), ni el Principio del Estado Social (Artículos 2 y 20 *GG*).

---

[142] Vease §§ 26 a 103 SGB VII.
[143] Gastos de asistencia médica y de rehabilitación y gastos causados por necesidades elevadas a consecuencia del accidente (§§ 26 a 55 SGB VII).
[144] Daños causados por la muerte o la incapacidad permanente parcial o total del afectado que le impiden seguir trabajando de la misma manera que antes del accidente (§§ 56 a 80 SGB VII).
[145] BVerfG 1 BvL 4 y 17/71 y BvR 355/71, NJW 1973, p. 502 y siguientes.

a. Las prestaciones sociales como límite a las acciones de responsabilidad civil

Según §§ 104–107 SGB VII **quedan excluidas las responsabilidades contractuales** (§§ 611, 282, 280 I, 618, 823 sig., 842–846 BGB) **y delictivas** (§§ 823 sig., 842–846., 253 II BGB) **del empleador y de los empleados que en ejercicio de su prestación efectiva de servicios para el empleador causen un accidente de trabajo de otro empleado del mismo centro de trabajo** (incluyendo trabajadores de otras empresas o de una ETT si trabajan en el mismo centro), **siempre y cuando se trate de daños personales, salvo que estos hayan causado dicho accidente de forma dolosa y culpable o el accidente haya ocurrido en el camino de ida o vuelta al trabajo**.

Dicha exclusión de responsabilidad incluye gastos de asistencia médica y de rehabilitación (según §§ 249 sig. BGB), **gastos causados por necesidades que sean consecuencia del accidente** (§ 843 BGB**), daños morales** (§ 253 II BGB) **y daños causados por la muerte** (entierro y derechos de alimentos, § 844 BGB) o la incapacidad permanente parcial o total del afectado que le impidan seguir trabajando de la misma manera que antes del accidente (§ 842 BGB). **La exclusión produce efectos tanto para el accidentado como para sus familiares o parientes** y tiene su causa y justificación, como ya hemos visto, en las prestaciones de la Mutua de Accidente de Trabajo.

La exclusión de la responsabilidad de los §§ 104–107 SGB VII no es de aplicación para daños materiales que por su escasa importancia no tienen mucha relevancia en el caso que nos ocupa.

De igual manera no quedan excluidas por la regla de los §§ 104–107 SGB VII los llamados daños de choque de los familiares y parientes que puedan ocurrir cuando se les notifica un accidente grave o la muerte de un ser querido.

En conclusión, **en el marco de la prevención de riesgos laborales la única acción relevante a la que puede verse expuesto el empleador es la del accidentado por daños personales en el supuesto de que el accidente tuviese su origen en una acción dolosa del empresario**. Sin embargo, las concurrencias de actuaciones dolosas son difíciles de acreditar, ya que la norma no sólo exige dolo y culpabilidad en la actuación u omisión del empleador que cause el accidente, sino también dolo y culpabilidad respecto al resultado (siniestro).

Es decir, la infracción dolosa y culpable de las normas en materia de prevención por sí sola no es suficiente, si el empleador no tiene por lo menos *dolus eventualis* respecto al siniestro. Es por ello que **dicha acción del accidentado en la práctica tiene una escasa relevancia**. Además, en cualquier caso, se le descuentan de la cuantía que ha de pagar el empleador los importes ya recibidos por el trabajador o sus familiares o parientes de la Mutua de Accidente de Trabajo, tal y como establece el § 104 III SGB VII.

b. La responsabilidad civil por la vía del derecho de regreso de las Mutuas de Accidente

Mucho mayor relevancia en este ámbito tiene la **acción de las Mutuas de Accidente de Trabajo y de las demás instituciones de la Seguridad Social** que es-

tablecen los §§ 110 y 111 SGB VII **frente al empleador y/o sus empleados cuando hayan causado el accidente de forma dolosa y culpable o con negligencia grave**. En estos casos, por las cuantías que puedan resultar de la acción de recurso contra el **empleador**, éste, por regla general, **tiene contratado un seguro de responsabilidad que cubre los daños en el caso de recurso.**

Si la Mutua de Accidente de Trabajo de acuerdo con las previsiones de los §§ 104–107 SGB VII tiene que responder con sus prestaciones frente al accidentado, no existe traspaso de la acción que pueda haber tenido el accidentado sin las reglas de los §§ 104–107 SGB VII contra el empleador a la Mutua y las demás instituciones de la Seguridad Social. **La acción contra el empleador tiene dos límites importantes:**

1. Los §§ 110 y 111 SGB VII establecen como **máximo** y tope de la acción de la Mutua y las demás instituciones de la Seguridad Social **los importes que ellos hayan tenido que pagar a causa del accidente**. Esta prestación es determinada previamente en un proceso propio de la mutua, siendo recurrible por parte del trabajador ante los Tribunales de lo Social. Es importante destacar que de acuerdo con los §§ 112 y 108 SGB VII es vinculante una decisión administrativa o sentencia firme para el proceso de recurso de los §§ 110 y 111 SGB VII.

2. **La antedicha cuantía a su vez está limitada por el importe que ficticiamente hubiera podido reclamar el accidentado al empleador por la vía civil** (sin la exclusión que establecen los §§ 104–107 SGB VII), si este último importe fuera menor que el anterior mencionado tope máximo. Calculando la cuantía que ficticiamente hubiera podido reclamar el accidentado al empleador por la vía civil, y teniendo en cuenta el grado de culpabilidad propia (§ 254 BGB – *Mitverschulden*) del accidentado **se podrá disminuir el importe total del daño ficticio por el porcentaje que corresponde a esa culpabilidad**.

Es importante destacar que dicha limitación no es de aplicación en caso de que el trabajador no se encuentre de alta en Seguridad Social (*Schwarzarbeit).*

Los requisitos necesarios para que prospere la acción contra el empleador, se limitan según los §§ 104–107 SGB VII a que se pruebe la culpabilidad del empleador de forma dolosa o con negligencia grave. Es importante destacar que, en este caso, el dolo o la negligencia grave sólo se refiere a la actuación u omisión del empleador en materia de prevención, pero no, como en el caso de los §§ 104–107 SGB VII, al resultado del accidente. Por lo tanto, el trabajador en la mayoría de los supuestos acciona contra la Mutua de Accidente de Trabajo y de las demás instituciones de la Seguridad Social.

Sin embargo, el supuesto más problemático en la mayoría de los casos no es la infracción objetiva de las normas de prevención por sí misma sino el elemento subjetivo que ha de concurrir con dicha infracción. Según la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*)[146] existe **negligencia grave** en materia de prevención de riesgos laborales cuando concurran infracciones

[146] BGH, 12.01.1988 VI ZR 158/87, VersR 1988, 474 sig.; 18.10.1989 VI ZR 15/88, NJW–RR 1989, 339 sig.; 30.01.2001 VI ZR 49/00, NJW 2001, 2092 sig.

objetivas de las normas de prevención (*Unfallverhütungsvorschriften*–UVV) que sitúen al empleado frente a peligros especialmente graves para su vida e integridad física; **ésta concurre si el empleador reiteradamente ha infringido la norma.**

Igualmente litigioso en el pasado, la cuantía límite que deben abonar las Mutuas de Accidente de Trabajo (por el cual sin los §§ 104–107 SGB VII hubiera tenido que responder el empleador) debe incluir los daños morales (§ 253 II BGB–*Schmerzensgeld*)[147]. En este punto, el Tribunal Supremo, en su reciente decisión de fecha 27 de junio 2006[148], finalmente ha optado por dictaminar que dentro de la indemnización límite se encuentran incluidos los daños morales.

Una vez efectuado el pago al trabajador, la Mutua puede dirigirse mediante la acción de regreso al empresario para que le abone las indemnizaciones de forma mensual o de un pago único que se determina mediante capitalización (§ 110 I 2 SGB VII). Dado que es práctica habitual (aunque no obligatoria**) en Alemania se asegura ese riesgo con una compañía aseguradora**. Prácticamente en todos los supuestos se optará por la capitalización que entonces ha de producirse según el § 843 III BGB y de acuerdo con las previsiones generales establecidos para dicha capitalización por el Tribunal Supremo[149].

Existe escasa jurisprudencia sobre las reclamaciones contra el empleador. Esto, a primera vista y al amparo de la situación que se conoce de España, puede resultar extraño, pero se explica fácilmente al analizar la **práctica habitual de llevanza de gestión de dicha reclamación entre la Mutua y las demás instituciones de la Seguridad Social y las compañías aseguradoras en Alemania**[150].

Las negociaciones entre las partes nunca se limitan a un único accidente sino que se tratan siempre de varios supuestos que entran en la masa de negociación. Dentro de ella se analizan entre las partes los presuntos riesgos procesales de cada uno en cada uno de los supuestos. El recurso entonces se produce de tal forma que en algunos casos se satisfacen o incluso se superan las exigencias de una parte mientras en otros casos, al cambio, pasa lo contrario.

Aparte de los presuntos riesgos procesales, es también determinante para la fijación de las cuantías el grado de infracción del empleador, la expectativa de vida del accidentado y la presunta edad de entrada en la pensión y –como criterio totalmente ajeno– la limitación de los poderes del negociador de la aseguradora respecto a la cuantía a acordar en cada caso.

Hay que indicar que tanto la Mutua como la Seguridad Social pagarán sus prestaciones (de las que en este ámbito sobre todo interesa la pensión) de forma independiente de la otra y sólo teniendo en cuenta sus criterios propios. La pensión que está obligada a pagar la mutua al accidentado y/o a sus

---

[147] Con inclusión del daño moral: OLG Köln, 30.5.2005 – 21 U 22/04, Recht und Schaden 2005, 306 sig.; Korves, Recht und Schaden 2002, 309 sig.; Schaub/Koch, Arbeitsrechtshandbuch § 109, n° 79; sin inclusión: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrechtskommentar, § 110 SGB VII, n°6; y § 116 SGB X, n° 11 sig. y 21; Rolfs en Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 110 SGB VII, n° 7.

[148] BGH, 27.06.2006 – VI ZR 143/05

[149] BGH, 8.1.1981 – VI ZR 128/79, NJW 1981, 818 sig.; 12.7.1983 – VI ZR 176/81, NJW 1984, 115 sig.

[150] Berufsgenossenschaft der Bauwirtschaft (Mutua de Accidente de Trabajo del Sector de la Construcción)

familiares/parientes se determina según los criterios establecidos por los §§ 56 a 80 SGB VII, y puede llegar hasta 2/3 del último sueldo anual que percibió el accidentado hasta el suceso. Por contra, la prestación por incapacidad que se recibe por la Seguridad Social se determina según las normas del *Sozialgesetzbuch* VI (SGB VI) dependiendo su importe de la cuantía y duración de la cotización efectivamente realizada.

Finalmente resulta necesario concretar que **la cuantía de la indemnización total percibida por trabajador puede ser superior entre un 10 y un 15% a la pensión que le correspondería**, sin que exista una incompatibilidad entre la prestación que le corresponda y la indemnización por daños.

Dicho resultado ha sido ya objeto de análisis por las fuerzas políticas y el legislador a fin de limitar la prestación que se reciba a causa de un accidente laboral en su totalidad a los ficticios importes que serían de aplicación en caso de una acción civil del empleado contra el empleador, siempre garantizando, como mínimo, las prestaciones actuales de la Mutua. Hasta la fecha no hay acuerdo político sobre este tema entre los partidos que forman el gobierno nacional de Alemania y por lo tanto no se prevén cambios por el momento.

c. Competencia judicial

Mientras los Juzgados *Sozialgericht*[151], conocen de la acción del accidentado contra la Mutua de Accidente de Trabajo (§ 51 I Nr. 3 *Sozialgerichtsgesetz*–SGG) y de las demás instituciones de la Seguridad Social (§ 51 I Nr. 1, 2, 5, 6 y 7 SGG), en caso de desacuerdo con la fijación del derecho a las prestaciones, son competentes los Juzgados de lo Civil para conocer del recurso de la Mutua de Accidente de Trabajo y de las demás instituciones de la Seguridad Social contra el empleador. A pesar de tratarse de una acción de instituciones de la Seguridad Social, por su contenido presenta vínculo principal con la relación jurídica–civil entre el lesionador y el lesionado, por lo que no tiene carácter público–administrativo[152].

4.3.2. Responsabilidad administrativa

a. Aspectos sancionadores contenidos en la ArbSchG

Los aspectos sancionadores de la ArbSchG vienen recogidos en el capítulo V de la misma, al identificar a la autoridad competente, sus competencias, y las consecuencias de la actuación inspectora.

No obstante, la norma no es ajena a las Mutuas de Accidentes de Trabajo, ya que éstas también llevan a cabo su propia actividad inspectora (véase el apartado 3.3.2) y por ello permite en el § 21 Abs. 4 la **posibilidad de suscribir acuerdos entre las Mutuas y la Autoridad laboral con el fin de llevar a cabo inspecciones** en ambos ámbitos, lo cual optimiza[153] la concepción del deber de prevención.

[151] Los Juzgados de lo Social que no se corresponden con nuestros Juzgados de lo Social, ya que la jurisdicción alemana distingue los Juzgados de lo Social (Sozialgericht) de los Juzgados de Trabajo (Arbeitsgericht).
[152] Bundesarbeitsgericht, 19.12.1967 – 1 AZR 185/67, NJW 1968, 908.
[153] Heilman, p. 149.

El procedimiento sancionador fijado por los § 21 a 26 ArbSchG, se caracteriza por ser muy ejecutivo, imponiendo al empresario y a los trabajadores principalmente obligaciones de hacer. Así, a la vista de las competencias que ostenta la Autoridad Laboral en esta materia, y ante la detección de la falta de medidas de prevención, la misma requerirá al empresario para que un plazo discrecionalmente fijado por ésta resuelva la contingencia constatada. En caso de que se detecte un riesgo directo para la vida o integridad de los trabajadores, los empresarios deberán adoptar las medidas necesarias para eliminar de inmediato la contingencia detectada[154].

En el supuesto de que no se cumpla dicho requerimiento, la Autoridad laboral puede suspender la actividad donde concurra el riesgo (§ 22Abs 3 ArbSchG) a la par de activar medidas sancionadoras coactivas (*Zwangsmittel*) que seguidamente analizaremos.

El procedimiento sancionador administrativo de cada *Länder* se activa por el incumplimiento de la medida impuesta, y puede derivar[155]: en la imposición de una multa coercitiva y en la obligatoriedad de cumplimentar la medida, adoptarse, en el abono del coste de dichas medidas o en el caso que no cualquier otra medida coercitiva.

En el supuesto de que se produzca una reiteración en la conducta omisiva, el § 25 concreta que **tanto al empresario como el trabajador podrán ser objeto de una sanción que para el trabajador puede ascender a 5.000 € y para el empresario a 25.000 €**.

La ArSchG tiene un efecto comunicante en el derecho sancionador, ya que el resto de normas técnicas se refieren a ésta para conceptuar lo que se entiende como infracción y sus consecuencias económicas; no obstante, en cada norma técnica se especifican los tipos que por su reiteración pueden ser objeto de sanción, valga como ejemplo:

- La Orden sobre seguridad, protección de la salud en las obras de construcción (*Baustellenverodnung*, en adelante BaustellV[156]), concreta en su § 7, que serán infracciones administrativas en el sentido de lo fijado por el § 25 ArbSchG cuando el plan de seguridad no contempla el incremento de cualquier riesgo por la concurrencias de varias contratas.

- La Orden sobre seguridad, protección de la salud para actividades con riesgo biológico (*Biostoffveordnung,* en adelante BioStoffV), concreta en su § 18 Abs. 1 el tipo de infracción.

- La Orden sobre seguridad de equipos de trabajo *(Betriebssicherheitsverordnung*, en adelante BetrSichV*)* concreta en su § 25 Abs. 1 el tipo de infracción.

b. Aspectos sancionadores de la SGB: ausencia de recargo de prestaciones

En el marco de su actividad, **a los inspectores de la Mutuas de Accidente** (*Aufsichtpersonen)* **se les autoriza a controlar la debida aplicación de las normas**

[154] Das neue..., p. 87
[155] Kollner, p. 546.
[156] Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz auf Baustellen de 10.06.1998.

por los empresarios, lo que no se orienta exclusivamente a identificar las deficiencias existentes, sino también y sobre todo a la evitación del peligro/riesgo[157], de tal suerte que no concurriendo en ese momento se adopten decisiones sobre los que pueden concurrir en un futuro.

Adicionalmente, pueden dictar órdenes dirigidas tanto al empresario como a los trabajadores, que éstos deben acatar de acuerdo con el § 19 SGB VII. En el supuesto que se produzca un incumplimiento de forma culposa o dolosa, de cualquiera de las exigencias concretadas en el § 209 SGB VII podrán ser sancionados con multa de:

- Hasta 10.000 €, por la infracción de las normas autónomas fijadas en el § 15. Abs. 1.1 y 2, por el incumplimiento de órdenes dadas por las Aufsichtpersonen en el marco del § 17 o cuando no se permite la inspección en los términos fijados por el § 19 Satz 2.
- Hasta 2.500 € para el resto de los incumplimientos.

Las sanciones impuestas y recaudadas por las Mutuas se incorporan al patrimonio de las mismas, y no en la del Estado o *l*änder.

Por otro lado, resalta que la norma no fije sanciones para el incumplimiento de los empresarios autónomos[158].

Aun cuando no existe un recargo de prestaciones, las conductas reiteradas de incumplimiento de la norma de prevención con daños a la salud, es sancionable indirectamente mediante el bonus-malus que analizaremos más adelante.

4.3.3. Responsabilidad penal

A diferencia de la legislación española en el Código Penal alemán (*Straffgesetzbuch*, en adelante StGB) **no existe un concreto delito contra la seguridad de los trabajadores**.

En el ámbito penal alemán, las consecuencias de un accidente laboral son analizadas desde la perspectiva del delito contra la integridad corporal, regulado en concreto en los § 222 y 223 StGB en relación con el § 230 del mismo cuerpo legal.

En relación con estos delitos de resultado, se establece expresamente que, quien por imprudencia produjera la muerte o lesionara a un tercero será castigado con pena de libertad de **hasta 5 años.**

Asimismo, existe un **delito de puesta en peligro en la obra de construcción**, regulado en el § 319 StGB, pero que no identifica a los trabajadores como sujeto jurídico protegido sino que los integra dentro del colectivo que puede ser objeto de daños[159], tales como peatones, vecinos, inquilinos, y también trabajadores que estén en la obra. Esto significa que todos aquellos que pudieran estar en

[157] Hauck/Noftz. Sozialgeseztbuch Gesamtkommentar. Berlin: Erick Schmidt Verlag, 2005. SGB VII § 17 p. 3.
[158] Kollner, Norbert. Arbeitschutzgesetz..., p. 898.
[159] Kindhäuser, Neummann, Paeffgen. Straffgesetzbuch Band 2. Baden Baden: Nomos, 2005, p. 5483.

peligro como consecuencia de una planificación, dirección y ejecución de una obra que se lleva a cabo contrariamente a las reglas técnicas de la construcción, podrán ser sancionados con una pena de libertad de **hasta 3 años.**

No obstante, en el ámbito de la prevención de riesgos, encontramos disposiciones penales que identifican conductas que son reprochables desde el punto de vista penal. Es como si antes de la reforma de la Ley de Infracciones y Sanciones española, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no sólo incluyera las infracciones de la norma y sus consecuencias, sino que además determinadas infracciones fueran constitutivas de delito.

En este sentido, por su especial relevancia, y por remitirse a ella la mayoría de las normas técnicas, debemos destacar la *ArbSchG* en cuyo § 26 contempla como tipo delictivo con **hasta un año de privación de libertad o multa pecuniaria**, los **supuestos de reincidencia en la conducta infractora, o en los supuestos en los que dolosamente la infracción ponga en peligro la vida o la salud del trabajador.**

A dicha norma básica se remiten la mayoría de las normas técnicas a fin de sancionar como delito una infracción de la misma. Así por ejemplo:

- BaustellV, concreta en su § 7, que serán constitutivos de delito las infracciones en el sentido de lo fijado por el § 26 ArbSchG cuando dolosa o culposamente se ponga en peligro la vida o la salud de los trabajadores, con las consecuencias fijadas por aquella.
- BioStoffV, concreta en su § 18 Abs. 3 los términos antes expuestos.
- BetrSichV concreta en su § 26 Abs. 1 los términos antes expuestos.

4.3.4. Responsabilidad laboral

En lo relativo a las **obligaciones del trabajador** conviene destacar la obligación de cumplir la normas de seguridad, no sólo por una cuestión de autoprotección sino también respecto a la protección de sus compañeros e incluso terceros (por ejemplo, clientes) a la hora de realizar su actividad laboral[160].

En caso de incumplimiento de la conducta de seguridad exigible, puede ser **despedido disciplinariamente**, siempre que su proceder sea reiterado y previamente hubiese sido apercibido. **Asimismo, en el supuesto de haber causado un daño a un tercero, será exclusivamente responsable del mismo, pudiendo ser merecedor adicionalmente de una sanción administrativa de hasta 5.000 €** para el supuesto que haya infringido una orden dada por la Autoridad Laboral, conforme al § 25 Abs. 1.2 b) y 2 ArSchG.

El § 13 ArSchG identifica junto al empresario un **conjunto de personas que pueden ser responsables** del incumplimiento de esta norma, bien porque la norma pública o autónoma los identifique como destinatarios de la misma, o bien por estar facultados por el empresario para tal menester, por su posición en la compañía o por sus conocimientos técnicos[161].

[160] Heilmann, Joaquin und Auhauser Rudolf. Arbeitschutzkommentar..., p. 125.
[161] Kollner, Norbert. Arbeitschutzgesetz..., p. 325.

Esta delegación exige una aceptación por el tercero, el cual debe estar cualificado en este ámbito. Un ejemplo típico para situar esta delegación es la contratación de los médicos de empresa o ingenieros de seguridad, los cuales llevan a cabo una labor colaboradores y asesores del empresario, conforme contempla el § 13 Abs. 2[162].

Adicionalmente la norma identifica como terceros a la Dirección General, así como a aquellos directivos que están en el marco del Comité de Dirección; por otro lado, la norma de forma indirecta corresponsabiliza junto al empresario a aquellos mandos intermedios que sin pertenecer al Comité de Dirección asumen competencias de dirección en la producción, en los turnos de trabajo, así como a los encargados.

Esta referencia a la corresponsabilidad de terceros concurre también, aun cuando de una forma distinta, en la Ordenanza de obras de construcción, en el § 4 BaustellV que concreta que se podrá encargar a un tercero la planificación de la realización del proyecto de construcción y la asunción de la coordinación en la obra.

4.4. El sistema alemán de cotización por contingencias profesionales y el sistema de bonus

4.4.1. Introducción

De forma temprana, y tras la aprobación la orden Imperial para la Industria de 1845, durante los inicios del Gobierno de Otto von Bismarck, el legislador alemán procuró dotar a la sociedad de un cuerpo de normas con el objetivo de crear diversos seguros así como entidades aseguradoras, que protegiesen a los trabajadores respecto a las contingencias de enfermedad, accidentes, incapacidad permanente y vejez. En concreto**, a partir del año 1883 se inició una labor legislativa que tuvo como objetivo asentar las bases del seguro de enfermedades, un seguro de accidentes y un seguro de jubilación**, independientes entre sí[163]. Salvo algunas modificaciones, dicho sistema **se ha mantenido intacto hasta la actualidad**.

Por tanto, la diferencia más destacable respecto a otros ordenamientos europeos, en especial el español, es **que en Alemania no hay un sistema de Seguridad Social unitario**, no existe, por tanto, un organismo público centralizador, encargado de canalizar aspectos tales como el cobro de cotizaciones, el pago de prestaciones y la asistencia sanitaria. Se trata por tanto de un sistema atomizado, en el que el pago de cotizaciones se canaliza a través de distintos entes, según el tipo de contingencia a asegurar.

De este modo, respecto a las contingencias de desempleo y jubilación la Agencia de Trabajo (*Bundesagentür für Arbeit*) y el Seguro de Jubilaciones alemán (*Deutsche Rentenversicherung*) ejercen una centralización de carácter de cuasi monopolio. Distinto resulta respecto a los **seguros de enfermedad y accidentes, cuyo aseguramiento se atomiza en numerosas aseguradoras, de distinta naturaleza jurídica, ya que conviven las aseguradoras de tipo público con otras de carácter exclusivamente privado**.

[162] Kittner, Michael und Pieper, Ralf. Arbeitschutzrecht..., p. 173.
[163] Gesetz betreffend die Krakenversichererung de Arbeiter, RGBI. 1883 I 73.

Por lo curioso de este funcionamiento, resulta necesario enfatizar acerca de la naturaleza jurídica de las mencionadas aseguradoras para el sector público. Éstas son entidades autónomas de derecho público con capacidad de autorregulación, y poseen por tanto un estatus jurídico similar al de las universidades públicas alemanas.

Asimismo resulta destacable la diferencia que realiza el legislador alemán entre aseguramiento obligatorio o voluntario. La gran mayoría de los trabajadores se encuentran asegurados, por mandato legal, de forma obligatoria. No obstante, existen excepciones, tales como el seguro sanitario, que resulta voluntario en el caso de los trabajadores autónomos (tal y como se prevé en el § 5 V del 5º libro del Código Social alemán, *Sozialgesetzbuch*).

El complejo sistema arriba descrito implica que el control y la fiscalización sobre el sistema de cotizaciones hayan dado lugar a una legislación voluminosa y en ocasiones de elevado nivel técnico. Así se explica la ingente cantidad de normas que componen el corpus legal social en Alemania.

4.4.2. El seguro de accidentes de trabajo en Alemania

El seguro de accidentes de trabajo es objeto de regulación en el séptimo libro del Código Social (SGB VII). Esta institución es, junto al seguro de enfermedad y el seguro de jubilación, una de las que cuenta con mayor tradición en la legislación social alemana.

El objetivo de dichos seguros es la prevención, mediante todos los medios adecuados, de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; y si dicha prevención falla, el seguro de accidentes velará por el restablecimiento del status económico y sanitario del accidentado o enfermo. Finalmente, si dicha recuperación no fuese posible, se garantizará, a través del seguro, una compensación económica, tal y como prevé el §1 del Libro VII del Código Social alemán.

El concepto del seguro de accidentes de trabajo debe, por tanto, quedar delimitado respecto al Seguro privado de accidentes, cuya regulación se encuentra contenida en la ley de contrato de Seguros (*Versicherungsvertragsgesetzes*).

El seguro de accidentes de trabajo resulta esencial, en tanto en cuanto supone la desaparición de la responsabilidad civil del Empresario respecto a los trabajadores asegurados que sufriesen algún tipo de accidente de trabajo[164]. Sin embargo, como ya hemos indicado en el apartado de responsabilidades, esta exoneración no es absoluta. Así, establece el § 104 I SGB VII que **los empresarios solo responderán frente a los trabajadores en el caso de aquellos accidente en cuya producción medie dolo o culpa del empresario o de terceros trabajadores** o en el caso de accidentes *in itinere*. Dicha exclusión de la responsabilidad civil opera asimismo respecto al resto de trabajadores de la empresa (§§105 f del SGB VII).

Por lo tanto, **la reclamación vía judicial de la responsabilidad civil del empresario en el caso de un accidente laboral está abocada, en la mayoría de**

[164] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 150 SGB VII. Rn 4 y siguientes.

los casos, al fracaso. Los tribunales civiles están obligados a desestimar las demandas que pudieren interponerse en este sentido, y esperar hasta la decisión de las aseguradoras, las cuales determinarán, de forma vinculante, si el accidente laboral se encuentra dentro del abanico de situaciones aseguradas o no (§ 108 SGB VII). El objetivo de este sistema es lograr la paz social en las empresas y la consecución de un sistema solidario en el cual la totalidad de las empresas respondan de forma conjunta ante los riesgos implícitos en el trabajo. Es por ello que el seguro de accidentes, que como hemos visto sustituye la responsabilidad civil (obviamente, no a la responsabilidad penal, ni a la administrativa) del empresario, se financia, exclusivamente, a través de las propias empresas. Consecuentemente, se trata de un modelo en el cual se hace frente a la responsabilidad de forma cooperativa y asociativa, canalizándola a través de las Mutuas de Accidentes de trabajo.

a. Mutuas de Accidente de Trabajo

El seguro de accidentes de trabajo se canaliza, por lo tanto, a través de las Mutuas de Accidentes de Trabajo (*Berufsgenossenschaften*) **y las Aseguradoras para el sector público**. Ambas son responsables de la organización del seguro así como de su financiación y pago de prestaciones.

La Diferencia entre las Mutuas de Seguro y las Aseguradoras para el sector público se debe sobre todo a disparidades en sus ámbitos funcionales, tal y como se tratará más adelante.

b. Ámbito funcional del seguro de accidente de trabajo

Uno de los principios rectores del Seguro de accidentes de Trabajo es la obligación de todas las empresas, sea cual sea su actividad, de encontrarse cubiertas por un seguro de esta naturaleza. En contra de lo que se pudiese pensar, el término Empresa en este ámbito hace referencia a todo tipo de compañías, Administraciones P*úblicas, organizaciones, trabajo autónomo y actividades de cualquier tipo, no* solo a sociedades mercantiles *strictu sensu*, tal y como determina el § 121 I SGB VII. Es por ello que el Seguro de Accidentes de Trabajo abarca cualquier actividad que se desarrolle de forma regular, planificada, por un plazo de tiempo considerable y con un fin determinado, con independencia del ámbito y de la naturaleza jurídica que se haya adoptado para desarrollar dicha actividad[165]. Es por ello que instituciones tales como la Iglesia, administraciones públicas, organizaciones sociales, escuelas y universidades se hayan incluidas igualmente en el ámbito de aseguramiento[166].

c. Las Mutuas de Seguros de Accidentes de Trabajo y las aseguradoras para el sector público

Como hemos visto en el apartado anterior, el seguro de accidentes de Trabajo se lleva a cabo bien a través de las Mutuas o de las Aseguradoras para el sector público. La división de las empresas (empresa en sentido amplio, tal y como ya se ha tratado) entre un tipo u otro de institución se realiza siguiendo el principio "regla/excepción". Según el §121 I SGB VII **las Mutuas de Accidentes de Traba-**

[165] BSGE, III; BSGE 14,4.
[166] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII, §122 SGB VII.Rn.10.

jo son competentes para canalizar el Seguro de Accidentes de Trabajo en la totalidad de las empresas, en tanto en cuanto no exista norma especial que determine la competencia de las Mutuas Agrarias o de las Aseguradoras para el sector público.

Las mencionadas Aseguradoras para el sector público son instituciones administradas directa e indirectamente por la Administración Estatal o Federal, según los casos. Dentro de las Aseguradoras para el sector público se encuentran ejemplos tan representativos como la Aseguradora de Accidentes de Trabajo para el sector Ferroviario y la Administración Estatal, que según el § 125 del SGB VII, deben asegurar, entre otras, a instituciones tales como la Agencia de Empleo Estatal o la Administración Federal de Ferrocarriles.

A nivel local y federal se encuentran las Aseguradoras de la Administración Pública de cada estado federado, las Aseguradoras de la Administraciones Locales o las Aseguradoras de cada Cuerpo de Bomberos, las cuales pueden cooperar en distintos niveles territoriales, tal y como permite el § 117 I SGB VII.

Asimismo, por razones históricas, existen algunas excepciones respecto al aseguramiento a través de las Aseguradoras para el sector público de las Administraciones Públicas. De tal modo que, por ejemplo, la Aseguradora de Accidentes de Trabajo para el sector Ferroviario y la Administración Estatal sigue cubriendo la contingencia de Accidentes de Trabajo en la empresa ferroviaria Deutsche Bahn AG, la cual está constituida en la actualidad como una sociedad mercantil de tipo privado, si bien antes fue monopolio estatal (§ 125 II Nr. 2 SGB VII). Un ejemplo parecido se encuentra asimismo respecto a la Aseguradora Pública de Correos y Telecomunicaciones, la cual sigue siendo competente respecto a la Deutsche Telekom AG (Empresa Alemana de Telecomunicaciones) y el Deutsche Post AG (Empresa Alemana de Correos y Telégrafos), las cuales, a pesar de ser sociedades mercantiles de tipo privado, son las sucesoras de antiguos monopolios estatales (§ 127 I Nr. 2 SGB VII).

Salvo estas excepciones, que no son típicas en el modelo alemán, se establece, tal y como se ha tratado, que **para todas las empresas (en sentido amplio) de carácter privado, la competencia está en manos de las Mutuas de Accidente de trabajo, con la única especialidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo para el sector Agrario**, competentes para las Empresas del Sector Agrícola, Ganadero y pesquero.

Por tanto, para el resto de empresas son competentes las Mutuas de Accidentes de trabajo § 121 IM II SGB VII cuyo ámbito funcional debe ser concretado, al contrario de lo que sucede con las Mutuas de Accidentes de Trabajo para el sector agrícola, el cual ya posee un ámbito muy delimitado. Para ello, establece el § 122 I SGV VII que el ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales será competente para determinar el ámbito funcional y territorial de las distintas Mutuas. A pesar de ello, el Ministerio nunca ha hecho uso de esta capacidad, ya que según el § 122 II SGB VII se aboga por una continuidad en la competencia de las distintas Mutuas en sus respectivos ámbitos, lo que genera no pocas confusiones[167].

[167] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 121 Rn 4 Auflage C.H Beck Verlag.

En la actualidad **existen nueve Mutuas distintas de accidentes de trabajo**. El origen de este número es la disparidad del Seguro de Accidentes de Trabajo según actividades económicas. Así, **se produce una agrupación de las empresas cuya actividad entraña riesgos y peligros comparables, lo que debe derivar en una protección efectiva de los trabajadores y una específica colaboración solidaria entre las distintas Empresas**. En este sentido, y de forma primigenia, **existían 55 mutuas de trabajo** distintas, que en la actualidad, como se ha dicho, se han **reducido a nueve**. A modo de ejemplo, **no existen ya Mutuas de Accidentes de Trabajo a nivel territorial, sino solo a nivel estatal**, por lo que el debate sobre la competencia territorial de las mismas ha quedado prácticamente obsoleto.

Sin embargo, **el ámbito funcional de las distintas Mutuas sigue entrañando grandes problemas, ya que no se halla regulado** en el SGB VII. Únicamente, y según el artículo 4 § 1 de la Ley de Seguros de Accidentes de Trabajo, el ámbito funcional debe regirse por principios de continuidad, en tanto en cuanto se deben respetar los ámbitos que se delimitaron en el 1885 en la regulación primigenia del sector. Así las cosas, y como norma general, **se puede decir que el ámbito funcional de las Mutuas queda delimitado por el sector de actividad de las empresas aseguradas**. De tal manera que si el objeto social de una compañía varía durante su existencia o su actividad evoluciona de forma significativa, deberá quedar asegurada por aquella Mutua que histórica y estructuralmente le corresponda, tal y como se ha pronunciado el Tribunal Social Estatal (Bundessozialgericht) en su jurisprudencia.

4.4.3. Financiación

La financiación de las prestaciones derivadas del Seguro de Accidentes de Trabajo se lleva a cabo mediante un sistema contributivo, según el cual, las Empresas abonan las respectivas cotizaciones, las cuales deben cubrir el coste de las prestaciones. Dicho proceso se rige por el principio de cobertura de la necesidad presupuestaria futura[168]. De acuerdo con el § 152 I SGB VII las cotizaciones se determinarán transcurrido el año en el cual surge la obligación del pago de cuotas, durante el proceso de recaudación, mediante el cual se debe cubrir la necesidad presupuestaria del año de referencia.

La prestación de servicios por parte de un asegurado para una empresa en un año fundamentan una obligación de pago de cuotas por una cuantía indeterminada, la cual quedará fijada en el año siguiente en función de la necesidad presupuestaria del año anterior, es decir, del año donde surgió la obligación del pago de las mismas (§ 153 I SGB VII). Las prestaciones del año corriente deben cubrirse, por lo tanto, con las cotizaciones abonadas durante el año anterior, ya abonadas.

Para evitar problemas de financiación, la necesidad presupuestaria se debe determinar de acuerdo a lo establecido en el § 152 I SGB VII. En este sentido, deben tenerse en cuenta las aportaciones a realizar para crear reservas (§ 172 a SGB VII), así como los fondos de disponibilidad inmediata, los cuales

[168] Schmitt, Jochem en Schmitt SGB VII 4 Auflage, 2009 SGB VII §152 Rn. 9; Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 152 Rn. 2.

deben emplearse para cubrir las necesidades corrientes así como para compensar los posibles desequilibrios que puedan surgir entre ingresos y gastos (§ 81 SGB VII). Según el § 172 II 1 SGB VII, la cuantía de dichos fondos de disponibilidad inmediata deben ascender a la cuantía necesaria, de acuerdo con las previsiones de ingresos y gastos a corto plazo. Del mismo modo y según el § 172 a I 1 SGB VII las Mutuas de Accidentes de Trabajo y las Aseguradoras para el Sector Público están obligadas a disponer de reservas a largo plazo que estabilicen el pago de cuotas y que aseguren la capacidad de dichas instituciones para afrontar el pago de prestaciones, de forma prioritaria en el caso de que el desequilibrio en el balance de ingresos y gastos no pueda ser compensado con los fondos de disponibilidad inmediata (§ 82 SGB VIII). En resumen, el sistema de recaudación se regula a través de las necesidades de financiación a medio y largo plazo de las Mutuas y Aseguradoras para el Sector Público. Asimismo existe la posibilidad de la recaudación anticipada de cotizaciones.

a. Cálculo del pago de cotizaciones a abonar por cada una de las empresas aseguradas

La recaudación, en puridad, se produce sobre la cifra total de aportaciones realizadas por las Empresas aseguradas, lo que definirá el llamado *suelo presupuestario*. El prorrateo entre las empresas aseguradas, queda descartado, lógicamente, ya que cada una de ellas cuenta con un tamaño distinto de plantilla. En este sentido el importe de la cuota se determinará atendiendo a las características de cada empresa. El § 153 I SGB VII nombra las características que resultarán determinantes para calcular el importe de la cuota: la remuneración de los trabajadores asegurados y el grado de riesgo de la actividad desempeñada por la empresa.

El proceso concreto de cálculo se recoge en el § 167 I SGB VII. La cuota final a pagar se calcula a partir de la remuneración de los trabajadores, el tipo de riesgo de la actividad así como el *Beitragsfuß* (tratado más adelante). Para las Mutuas de Accidentes de Trabajo del sector agrario así como para las aseguradoras del sector público se aplican ligeras modificaciones a este sistema (§§ 182 y siguientes SGB VII) que por razones de espacio se omitirán en el presente estudio.

b. Salario de los trabajadores

El salario es toda remuneración, directa o indirecta, prorrateada o de pago único, que se percibe como pago a una prestación de servicios, con independencia de nomenclatura y forma de pago (§ 14 SGB IV). Para el cálculo de la cuota se tendrán en cuenta todos los pagos realizados por la empresa a sus trabajadores por el trabajo prestado en el año a tener en cuenta, obteniendo así la base de cotización[169].

Para los autónomos y los empresarios, en virtud del art. 83 SGB VII, será el salario anual percibido[170].

[169] Para un estudio más profundo de todos los elementos que componen la base de cotización: http://www.dguv.de/medien/inhalt/versicherung/dokum/arbeitsentgeltkatalog.pdf
[170] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 154 Rn. 2.

Normalmente, **la cuota no se determina según el tamaño de la plantilla en una empresa, sino en relación con la remuneración percibida por el total de la plantilla**. Solo en casos excepcionales, pueden los estatutos modificar el cálculo de las cuotas según el número de asegurados, de tal suerte que se tengan en cuenta los riesgos (*Gefährdungsrikisen*) (§ 155 SGB VII)[171]. **La ausencia de cuota por trabajador se explica por la imprevisibilidad de los posibles gastos médicos**. El número de los posibles asegurados no permite extraer una conclusión acerca de los gastos futuros. No obstante este precepto no se aplica con respecto a determinadas prestaciones contributivas. Por ejemplo, la pensión de viudedad es, según el § 65 II nr. 1 SGB VII, asciende, en los primeros tres meses, a dos tercios de lo percibido anualmente por el fallecido. Precisamente, es sobre la base de lo percibido por el trabajador se pueden anticipar los costes del riesgo.

Dicha retribución anual se calculará, tomando como referencia máxima el doble de la cuantía marcada según el § 18 I SGB IV en el momento de generarse la prestación, y como cuantía mínima, al menos el 60% de dicha cifra, según lo establecido por el § 85 II SGB VII y el § 85 I SGB VII, respectivamente. Por consiguiente tomar como referencia única la nómina sería perjudicial para aquellas empresas con salarios altos, ya que los salarios percibidos, no serían tenidos en cuenta al calcular las prestaciones contributivas[172].

Por esta razón, según el art. 153 II, III SGB VII, los salarios de los asegurados deberán ser estimados sólo hasta el tope del máximo del Salario Anual percibido. La normativa también puede estipular los ingresos mínimos anuales como la suma mínima asegurar (art. 153 III SGB VII).

c. Tarificación del riesgo

Los salarios, sin embargo, sólo dan información sobre la cuantía que asumen las Aseguradoras de Accidentes en relación con la responsabilidad civil, pero no en relación con la probabilidad o la severidad de los posibles accidentes que se puedan producir en una empresa. Los diversos riesgos asegurables, encuentran entrada en el cálculo de las cuotas a través de la tarifación del riesgo y los principios consagrados en las clases de peligro.

Según el art. 157 I SGB VII, **cada Aseguradora de Accidentes, deberá fijar la tarifación del riesgo, siendo esto un derecho autónomo**. Esta tarifación del riesgo esta subdividida en partidas. El objetivo de estas partidas es la formación de "comunidades de riesgo" dentro de las Aseguradoras de Accidentes.

Empresas, en las cuales sus asegurados, producen aproximadamente los mismos costes, ya sea por pertenecer al mismo sector o debido a la realización de las mismas actividades, deberán –de forma solidaria y en el mismo grado– aportar a la financiación. Para ello las empresas son agrupadas en partidas y se les asigna una tarifación de riesgo conjunta. Obviamente cuanto más aumente el riesgo, más aumenta la tarifación del riesgo y con ello la contribución.

[171] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 155 Rn. 2ff
[172] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 153 Rn. 4f.

A causa del "principio de seguro", se determina la correspondiente "clase de peligro", pero no en relación con el riesgo individual de cada empresa, sino de acuerdo con el riesgo medio de las "comunidades de riesgo agrupadas". Ya que las diversas Tarifas actúan como garantía del justo reparto de las contribuciones según el tipo de riesgo, el encuadre en la Tarifa errónea no tendrá más consecuencias que un reparto injusto de la carga contributiva respecto a las cuotas abonadas por las diversas empresas aseguradas[173].

d. Composición de las diversas Tarifas

La clasificación en una Tarifa de riesgo determinada, se puede llevar a cabo bien atendiendo al sector de actividad de la empresa o atendiendo a las actividades concretas que en la misma se desarrollan. En este sentido, es perfectamente posible combinar ambos criterios para obtener las llamadas "Tarifas mixtas"[174].

Así, si la tarificación de riesgo se lleva a cabo teniendo en cuenta el sector de la empresa, habrá que atender a la rama de actividad de la misma, la cual indicará la Tarifa concreta. Por ejemplo, dentro de la tarificación de riesgos en la Mutua de Accidentes de Trabajo del Sector Comercio y Logística, existen diversas ramificaciones según el tipo de producto con el cual se comercie, el cual resultará decisivo para determinar el tipo de riesgo, así: el comercio de productos alimenticios se debe clasificar en la Tarifa número 1, el comercio de combustibles, cereal, semillas, abonos, y productos molidos debe ser clasificado en la Tarifa 7.

Si **la tarificación se llevara a cabo teniendo en cuenta la actividad concreta**, se realizaría con base un **cálculo individualizado por cada trabajador asegurado**, dependiendo de la actividad concreta desempeñado por los mismos. Debido a la complicación administrativa que conlleva el cálculo individualizado, el empleo de esta fórmula se suele limitar a aquellas empresas que por razón del riesgo de la actividad desempeñada puedan diferir en gran medida con otras empresas del sector. Es aquí cuando se elaborarán las Tarifas mixtas antes mencionadas**. Así, por ejemplo, según la Mutua de Accidentes de Trabajo del Sector de la Construcción, las empresas de demolición deben situarse en la Tarifa 300 (Índice de riesgo de 20,74), sin embargo las actividades administrativas que en dicha empresa se desarrollen se situarán en la Tarifa 90** (índice de riesgo de 0,44)[175]. Asimismo, y por mandato legal según lo dispuesto en el § 157 IV SGB VII en la tarificación se debe diferenciar el índice de riesgo de la actividad principal y el de aquellas actividades complementarias.

Para que el proceso de recaudación se lleve a cabo en directa correlación a los riesgos existentes, resulta esencial que la clasificación de las empresas en las diversas Tarifas se realice de la forma lo más ajustada a la realidad, para lograr la llamada "Comunidad de riesgo". Por norma general, las aseguradoras para el Sector Público y las Mutuas de Accidentes de Trabajo pueden realizar esta clasificación de forma autónoma. En cualquier caso, deben respetar el principio de solidaridad, ya que este ha sido proclamado por el TJUE como uno de los aspectos

[173] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 2.
[174] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 9; BVerfG SozR 4 –2700 § 157 Nr. 3.
[175] http://www.bgbau.de/mitglieder/untern/gefahrtarife/downloads/2-gt-erlaeuterg.pdf

esenciales del Seguro de Accidentes de Trabajo, de acuerdo con la normativa europea[176].

En la tarificación por sector de actividad de la empresa los riesgos de la actividad laboral deben ser comparables, ya que las condiciones en las cuales dicha actividad se desarrolla son similares[177]. En función con los factores de riesgo relevantes se pueden crear Tarifas que sean más o menos exhaustivas178. Así, la Tarifa de riesgo de la Mutua de Accidentes de Trabajo del Sector Servicios179 realiza una relación bastante generalista según las ramas de actividad, por ejemplo, diferenciando las actividades de Ingeniería y empresas de arquitectura (Tarifa 2) de los centros educativos (Tarifa 4). La tarifa de riesgo de la Mutua de Accidentes de Trabajo para el sector maderero y del metal realiza una diferenciación mucho más exhaustiva: por ejemplo, los fabricantes de vehículos ferroviarios y sus componentes se enmarcan en la Tarifa 2, los productores de muebles tapizados, en la Tarifa 3, y los productores de automóviles en la Tarifa 4.

En la tarificación atendiendo al tipo de actividad concreta desempeñada por los trabajadores encontramos un fenómeno parecido: la Mutua de Accidentes de Trabajo para el sector servicios diferencia entre los jugadores de fútbol de las ligas profesionales (Tarifa 16.1, índice de riesgo 54,05), futbolistas con remuneración especial (Tarifa 16.1, índice de riesgo 51,80) así como otros deportistas cuya actividad simplemente está remunerada (Tarifa 16.2; índice de riesgo 50,44).

Por otro lado, en la creación de las diversas Tarifas se hace necesario contar con un determinado tamaño del sector de actividad e interrelación entre las distintas actividades comprendidas en la misma, para poder cumplir el principio de efectivo aseguramiento. **La tarificación del riesgo correspondiente debe ser, por lo tanto, un reflejo del riesgo medio de la actividad desarrollada por la "comunidad de riesgos" asegurada. Por lo tanto, a la hora de elaborar las correspondientes Tarifas se deben evitar fluctuaciones casuales**, lo que requerirá de un tamaño mínimo del sector, el cual no está definido por ley. Ello conlleva al agrupamiento de diversos sectores de actividad en una misma Tarifa, con el fin de alcanzar dicho tamaño[180].

e. Cálculo del índice de riesgo

La correcta elaboración de la Tarifa de riesgo garantiza que aquellas Empresas cuya actividad entrañe riesgos similares soporten una carga parecida en el cobro de cotizaciones. La medida en que dicha carga, soportada por cada empresa, resulta proporcionada, depende del correcto cálculo del índice de riesgo. Así las

[176] Holstraeter in Knickrehm/Kreikebohlm/Waltermann. Kommentar zum Sozialrecht, 4 Auflage, Beck 2015 SGB VII 9 a, EuGH

[177] Zur zulässigkeit: BSG v 11.4.2013 – B2 U 8/12 R, BSGE 113/192

[178] Holstraeter in Knickrehm/Kreikebohlm/Waltermann. Kommentar zum Sozialrecht, 4 Auflage, Beck 2015 SGB VII 9 a, EuGH

[179] http://www.vbg.de/SharedDocs/Medien-Center/DE/Faltblatt/Mitgliedschaft_Beitrag/Gefahrtarif_2011_Dritter_Nachtrag.pdf

[180] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn 11f, con referencia a Schulz, Der Gefahrtarif der gewerblichen Berufsgenossenschaften, Schriftenreihe des HVBG (jetzt DGUV), März 1999, Ziff. 1.2.

cosas, **el índice de riesgo se debe calcular para cada Tarifa a través de la comparación entre las prestaciones devengadas y abonadas como resultado del aseguramiento y las cotizaciones abonadas por las empresas aseguradas**. De esta división resulta la llamada el **coeficiente de carga o *Belastungsziffer*** que redondeada viene a ser el índice de riesgo. Para facilitar el manejo de estos datos, algunas Mutuas de accidentes usan un multiplicador, el cual es irrelevante para el resultado, al ser el empleado de forma unánime en todas las Tarifas. Viene a ser[181]:

Índice de riesgo ≈ coeficiente de carga = (Prestaciones abonadas Tarifas/ Cotizaciones ingresadas Tarifas) x 1000

Como se observa en la fórmula superior, las prestaciones abonadas y las cotizaciones ingresadas resultan determinantes. Estos parámetros deben medirse en un periodo de observación determinado, el cual será fijado por las Mutuas de accidentes. Dicho período debe ser seleccionado de tal forma que se eviten posibles influencias aleatorias o casuales, tales como un accidente en masa, para evitar una alteración anormal en el cálculo. En consonancia con la exigencia de revisar el índice de riesgo cada seis años (§ 157 V SGB VII) **se establece un período de observación de seis a diez años**[182].

Dado que el índice de riesgo se calcula por separado para cada Tarifa, el mismo determinará el corte a realizar en las contingencias aseguradas y tenidas en cuenta para la determinación de la Tarifa: así, cualquier prestación que deban abonar las Mutuas de accidentes de Trabajo a los asegurados, con motivo bien de un accidente de trabajo o por enfermedad profesional, se computa en la Tarifa de estas empresas.

Sin duda, **es controvertido en qué medida las prestaciones devengadas como resultado de un accidente *in itinere* deben ser tenidas en cuenta para la determinación de la Tarifa, ya que las mismas representan un riesgo vital homogéneo para todos los asegurados, y no un riesgo concreto de la actividad**[183]. Así, el índice de riesgo variará según la Tarifa que se deba emplear. Por ejemplo, en los índices de riesgo establecidos por la Mutua de Accidentes del Trabajo para el sector servicios se realiza una división por sectores o ramas de actividad, mientras que en la Mutua de Accidentes de Trabajo de Comercio y Logística la división es más exhaustiva, abarcando subsectores. Esto mismo ocurre a nivel regional. El factor determinante es si la Mutua de Accidentes de Trabajo opera a nivel federal o en todo el país184. Dada la inexistencia de Mutuas de Accidentes de Trabajo del Sector Industria a nivel regional, en estos casos el índice de riesgo se calcula necesariamente a nivel federal, tomando en cuenta el importe abonado en concepto de prestaciones para cada tarifa.

[181] bspw. http://www.bghm.de/unternehmer/gefahrtarif/allgemeines-zum-gt.html#c3131
[182] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 14.
[183] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 13; Schulz Rn. 2 zu 1.4 sowie BG 1985, 704.
[184] BGHM Link.

En la cuota de riesgo se puede observar la relación entre los pagos realizados por las empresas aseguradas, de acuerdo con la tarifa aplicable, y las prestaciones abonadas. Con motivo de esta dependencia del nivel de remuneración media, la cuota de riesgo no puede expresar el riesgo en concreto de una actividad o de un determinado sector industrial sobre el aseguramiento de un trabajador en concreto, de forma individual. Lo determinante no es el número de accidentes de los concretos asegurados, como tampoco se puede realizar una comparación entre el índice de riesgo de las distintas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Aseguradoras del Sector Público. En otras palabras, el alto índice de riesgo de los jugadores profesionales de fútbol de las ligas profesionales (situado en el 54,05) resulta de la cuasi certeza de que un grupo de los trabajadores asegurados, los cuales perciben remuneraciones en ocasiones multimillonarias, padecerán algún tipo de lesión susceptible de ser calificada como accidente del trabajo. De lo elevado de dicho índice, no se debe deducir, por tanto, que su actividad resulte casi 15 veces más peligrosa que la desempeñada por los operarios en una planta siderúrgica, los cuales cuentan con un índice de riesgo del 3,54[185].

f. Beitragsfuß

La consideración de la necesidad de financiación de la Mutua de Accidentes del Trabajo y de las Aseguradoras para el Sector público se lleva a cabo a través del llamado *Beitragsfuß*. Para hallar dicho coeficiente, y según lo previsto en el § 167 II SGVB VII, **se divide el importe del suelo presupuestario de la aseguradora entre las unidades de contribución de todas las empresas aseguradas** (Resultante de multiplicar la remuneración por la cuota de riesgo). El peso de la remuneración de los trabajadores según la cuota de riesgo pretende equilibrar las aportaciones realizadas a la llamada "comunidad de riesgo" incluida en una misma tarifa. Si no fuese así aquellas tarifas que prevean una cuota de riesgo mayor, y que conlleven por lo tanto una mayor carga para las empresas, resultarían desproporcionadas[186]. Por lo tanto, el parámetro del *Beitragsfuß* tiene en cuenta tanto la cuota de riesgo calculada sobre la remuneración abonada a los trabajadores así como la necesidad presupuestaria de la aseguradora[187].

g. Cálculo de la cuota

El cálculo de la cuota se llevará a cabo teniendo en cuenta los parámetros anteriormente indicados, si bien la forma concreta en la cual el mismo se llevará a cabo se deberá establecer en los estatutos de la aseguradora, de acuerdo con el principio de autonomía que rige el gobierno de las mismas. Por lo general, se aplica la siguiente fórmula:

Cuota = Remuneración total de los trabajadores x *Beitragsfuß* x Cuota de riesgo

---

[185] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 4; ;

[186] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 4; ; Schlaeger, Beck´scher Online Kommentar SGB VII, 38 Auflage § 167 m.w.N.; Schmitt, Jochem en Schmitt SGB VII 4 Auflage, 2009 SGB VII § 167 Rn. 7.

[187] Vgl. Schmitt, Jochem en Schmitt SGB VII 4 Auflage, 2009 SGB VII § 167 Rn. 6; Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 167 Rn. 4; Schlaeger Beck´scher Online Kommentar SGB VII, 38 Auflage §167 m.w.N.

En un hipotético modelo se podría hallar la cuota de contribución de una empresa, cuya actividad esté clasificada en la Tarifa 2, y que cuente con una remuneración total a sus trabajadores de 500 Millones de Euros, y teniendo en cuenta el Suelo presupuestario así como las remuneraciones abonadas a los trabajadores y la evolución del pago de prestaciones, de la siguiente manera:

1. Evolución de las cuotas cobradas y del pago de prestaciones en un tiempo de referencia de 8 años:

	Partida 1		**Partida 2**		**Partida 3**	
	Prestación	**Retribución**	**Prestación**	**Retribución**	**Prestación**	**Retribución**
Año 1	0,2 Mio.	550 Mio.	0,8 Mio.	800 Mio.	1 Mio.	300 Mio.
Año 2	0,4 Mio.	550 Mio.	1,2 Mio.	900 Mio.	2 Mio.	400 Mio.
Año 3	0,4 Mio.	600 Mio.	0,8 Mio.	1000 Mio.	2 Mio.	500 Mio.
Año 4	0,6 Mio.	550 Mio.	1 Mio.	1100 Mio.	1 Mio.	600 Mio.
Año 5	0,3 Mio.	550 Mio.	1,6 Mio.	1200 Mio.	1,5 Mio.	700 Mio.
Año 6	0,7 Mio.	450 Mio.	1,2 Mio.	1300 Mio.	1,5 Mio.	600 Mio.
Año 7	0,8 Mio.	400 Mio.	1 Mio.	900 Mio.	2 Mio.	500 Mio.
Año 8	0,6 Mio.	400 Mio.	0,4 Mio.	800 Mio.	1 Mio.	400 Mio.
TOTAL	4 Mio.	4.000 Mio.	8 Mio.	8.000 Mio.	12 Mio.	4.000 Mio.

2. Cálculo de la cuota del índice de riesgo según el cuadro anterior

	Partida 1	**Partida 2**	**Partida 3**
Tarifación del riesgo	(4/4000) x 1000 = 1,0	(8/4800) x 1000 = 2,0	(12/4000) x 1000 = 3,0

3. Cálculo del *Beitragsfuß*

Suelo presupuestario		**Retribución en el Año de Contribución**	
Financiación necesaria	30 Mio.	Partida 1	400 Mio.
Otros Ingresos	6 Mio.	Partida 2	800 Mio.
Suelo presupuestario	24 Mio.	Partida 3	400 Mio.
Beitragsfuß	24 Mio. / (400 Mio. X 1,0 + 800 Mio. X 2,0 + 400 Mio. X 3,0) = 0,0075		

4. Cálculo final de la cuota

Contribución	3,5 Mio x 0,0075 x 2,0 = 0,525 Mio = 525.000

h. Descuentos e incrementos en la cuota

Las tarifas de riesgo no contemplan ningún aumento o disminución en las cuotas de riesgo para empresas concretas, aun cuando por razones inherentes a la propia empresa exista una probabilidad mayor de riesgo. Viceversa, cuando

la probabilidad del riesgo sea menor no se prevén descuentos concretos en la tarifa aplicada a otras empresas[188].

Así, a través de la cuota de riesgo solo se tiene en cuenta, de forma general, el riesgo concreto de la empresa. Un cálculo más concreto, en función de los riesgos de cada empresa, se puede establecer de acuerdo al § 162 SGB VII al menos en el ámbito de las Mutuas de Accidentes de Trabajo del sector Industrial. Las mismas deben establecer un sistema de incrementos o descuentos en la cuota atendiendo al número de accidentes comunicados por cada empresa. Están obligadas, por lo tanto, a establecer un **sistema de bonus-malus e**n la recaudación de cuotas, que penalice con un incremento en las cuotas a aquellas empresas en las cuales acaece un mayor número de accidentes, y que premie con descuentos en dichas cuotas a aquellas empresas cuyo número de accidentes sea menor. Asimismo, se prevén incentivos para la implementación de medidas adicionales en materia de PRL, tal y como se tratará a continuación.

4.4.4. Sistema de Bonus

La regulación concreta del sistema de bonus-malus se diferencia entre las distintas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Aseguradoras para el sector público, ya que las mencionadas instituciones tienen capacidad para autorregular dicho sistema a través de sus estatutos. Por ello, resulta difícil realizar un estudio que abarque, de forma general, el funcionamiento del mismo en todo el territorio alemán[189].

a. Deber de informar de los accidentes

Aquellos accidentes de trabajo sobre los cuales no recae la obligación de informar a la mutua o aseguradora, por **no causar incapacidad durante más de tres días**, resultan, en principio, **irrelevantes para el cálculo de los posibles incrementos o descuentos en las cotizaciones**. No obstante, y dada la capacidad de las mutuas de regular estos aspectos mediante sus propios estatutos, las mismas pueden establecer que los accidentes sobre los que no pese la obligación de información sean tomados en cuenta a la hora de valorar la siniestralidad y, por lo tanto, los posibles incrementos o descuentos en las cotizaciones de las empresas. Cabe señalar, que a pesar de la obligación de comunicar **los accidentes *in itinere***, éstos **no pueden ser tenidos en cuenta para fundamentar incrementos en la cotización** por la contingencia de accidentes de trabajo, ya que como fundamenta la ley, en concreto el § 162 I 2 SGB VII, al acaecer el accidente en espacios de circulación públicos hace que el número de los mismos pueda resultar indicativo de un mayor riesgo concreto de la actividad desempeñada[190].

La responsabilidad del empresario en la producción del accidente resulta irrelevante, por norma general, para el sistema de bonus-malus. Así, los accidentes de trabajo por causas de fuerza mayor o provocados por terceros ajenos a la empresa pueden ser no tenidos en cuenta por las Mutuas de accidentes

[188] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 16.
[189] Schmitt, Jochem en Schmitt SGB VII 4 Auflage, 2009 SGB VII § 162 Rn. 6; BSG SozR 3 – 2200 § 725 Nr. 2 mwN.
[190] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 § 162 Rn. 5.

de trabajo, siendo ésta una posibilidad de la cual las mismas disponen, no una obligación[191], según el § 162 I 2 SGB VII.

No obstante, se puede afirmar que en la base de todos los sistemas vigentes de bonus-malus en las distintas instituciones aseguradoras alemanas, se encuentra la obligación del empresario de informar acerca de los accidentes de trabajo que tengan como consecuencia la incapacidad del trabajador durante más de tres días (§ 193 I SGB VII) así como sobre las enfermedades sobre las que recaiga la sospecha de poder ser calificadas como profesionales (§ 193 II SGB VII). A través de dicha información, cuya transmisión es obligatoria, las Mutuas de Accidentes de Trabajo pueden tener una visión exacta sobre la siniestralidad laboral de la Empresas aseguradas, y en base a la misma, puede proponer incrementos o rebajas en el pago de cuotas por parte de la empresa.

b. Libertad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo en el incremento de las cotizaciones ante empresas con alta siniestralidad

La libertad de establecer un propio sistema de bonus-malus encuentra sus límites en el principio de solidaridad, no obstante **la jurisprudencia ha admitido incrementos hasta del 60% en las cuotas de cotización por accidentes de trabajo**[192]. Los incrementos y los descuentos en las cuotas se podrán calcular teniendo en cuenta factores tales como el número o gravedad de los accidentes comunicados (§ 132 I 4 SGB VII). A pesar de la previsión legal de dichos parámetros, los mismos podrán ser aplicados libremente por las Mutuas de accidentes de trabajo a la hora de dirimir si efectivamente se produce un descuento en un aumento de cuota inicialmente previsto, y también podrán delimitar su relevancia a la hora de determinar dicho aumento o disminución en la cuota.

En definitiva, a la hora de confeccionar su propio sistema de bonus-malus, las Mutuas de Accidentes de Trabajo deben tener presente el sector concreto en el cual operan las empresas por ellas aseguradas. En este sentido, se debe tener en cuenta que todos los incrementos y los descuentos que se apliquen en la cuota de una empresa en concreto tendrán consecuencias directas en la necesidad de financiación de la propia Mutua, y por lo tanto, en la cuantía de las cuotas a pagar por el resto de asegurados. Así, los incrementos, contabilizarán como ingresos extraordinarios, reduciendo la aportación que corresponda al pago de cuotas para satisfacer las necesidades financieras de la Mutua.

Viceversa, las reducciones en la cuota de una determinada empresa determinarán el incremento en las mismas para el resto de empresas aseguradas. Por lo tanto no es necesario que los propios Estatutos de la Mutua prevean los incrementos y descuentos, ya que el efecto indirecto entre reducción e incremento garantiza que se cumplan los requisitos de solidaridad que deben regir todo el sistema.

Con motivo de este nexo entre descuentos e incrementos aplicados a una empresa en concreto y sus consecuencias en la cuantía de las cuotas del resto de aseguradas, **se distinguen dos procedimientos distintos de cálculo**:

[191] BSGE 42, 129; Ricke KK § 162 Rn. 2, 7.
[192] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 162 Rn. 6; BSG SozR 2200 § 75 Nr. 10; BSG NZS 1986, 623; BSG SozR 3- 2200 §725 Nr. 2.

- En el cálculo del incremento sobre el año en curso se van teniendo en cuenta las prestaciones devengadas como resultado de los accidentes que se van produciendo a lo largo del año de referencia.

- Alternativamente, el incremento se puede calcular sobre el total de accidentes producidos en el año de referencia, es decir, el año anterior a aquel en el cual se produce el cargo de cuotas. En este método de cálculo se establece un porcentaje de "corte" respecto a los factores de medición (gravedad de los accidentes, número total de los mismos) que de ser sobrepasado por las concretas empresas aseguradas supondrá la imposición del aumento de cuotas. Al contrario, si la empresa asegurada se encuentra por debajo de dicho porcentaje de corte en alguno de los parámetros de cálculo (gravedad, número) se podrán aplicar descuentos. Por lo tanto, en este método, se evalúan, totalizan y compensan los diversos incrementos y descuentos en la cuota. Este tipo de procedimiento es el empleado, por ejemplo, por la Mutua de Accidentes de Trabajo del Comercio y distribución de Mercancías.

Por lo tanto, la medición entre el aumento y la disminución en las cuotas se puede llevar a cabo de manera conjunta, pues una empresa determinada puede tener un alto grado de cumplimiento en uno de los parámetros (por ejemplo, gravedad media leve en los accidentes) pero encontrarse por debajo de la media en otro (por ejemplo, gran número de siniestros)[193].

c. Incentivos de prevención

Tanto las Mutuas de Accidentes de Trabajo como las Aseguradoras para el Sector Público tienen la posibilidad, más allá de los incrementos o las disminuciones en la cuota, de establecer los llamados incentivos a la prevención, que tienen como objetivo **premiar a las empresas por la implementación de medidas relativas a la prevención de riesgos laborales**. En este sentido, no existe una norma general y las Mutuas de Accidentes y las Aseguradoras para el Sector Público cuentan con un amplio grado de libertad para establecer y en su caso regular estos incentivos[194]. Con este tipo de incentivos no se busca premiar o potenciar la simple implementación de las medidas previstas en la Ley, sino apoyar a aquellas empresas que hayan ido más allá en el cumplimiento de lo previsto legal o reglamentariamente, estableciendo medidas adicionales de prevención de riesgos.

d. Pago de cuotas

El monto total a pagar se suele comunicar, por norma general, por parte de la Mutua o de la Aseguradora para el sector público a través de la comunicación escrita para el pago de cuotas, tal y como prevé el § 168 I SGB VII[195]. Esta comunicación no supone el nacimiento del derecho de la Mutua o de la Aseguradora para el sector público al cobro de cuotas. Este derecho nace, ope legis vía § 22 SGB IV con el cumplimiento de los requisitos legales para apreciar la obligación de suscribir un seguro de accidentes de trabajo. No obstante la

[193] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 162 Rn. 11.
[194] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 162 Rn. 20f.
[195] Ricke, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 168 Rn. 2 y siguientes.

comunicación tiene efectos sobre el vencimiento de los plazos de pago. El plazo ordinario abarca, con regla general, hasta el día 15 del mes siguiente a aquel en el que se realizó la comunicación del pago de cuotas. Si hasta dicha fecha no se ha producido el ingreso, el § 24 I SGB IV prevé el cobro con intereses del 1% sobre el valor de la cuantía debida, por cada mes de retraso en el pago de cuotas, siendo dichos intereses acumulables. El vencimiento del plazo de pago ordinario supone asimismo el inicio del cómputo de la prescripción, que comprende cuatro años. No obstante, respecto a las cuotas que se han dejado de pagar de forma intencionada, el legislador prevé un plazo de prescripción de 30 años, según lo dispuesto en el § 25 SGB VII.

La comunicación de pago es un acto administrativo tal y como establece el § 31 SGB X, y según lo establecido por el § 66 SGB, las obligaciones de pago recogidas en la misma son ejecutables según las leyes de ejecución administrativa estatales y regionales. El cobro de las cuotas debidas no requiere de ningún título ejecutivo. De acuerdo con lo establecido en la § 3 I BVwVG la orden de ejecución emitida por la Mutua de Accidentes de Trabajo o la Aseguradora para el sector público bastaría[196]. Esta orden de ejecución puede ser emitida a partir del transcurso de una semana tras el vencimiento del periodo ordinario de pago. No obstante, en la práctica habitual se suele optar por la remisión de un mandamiento de pago previo a la empresa deudora, dándole de plazo una semana. Si este mandamiento no surte efectos, se puede proceder a la ejecución, la cual se lleva cabo observando lo dispuesto en el Abgabenordnung. En este sentido se pueden ejecutar tanto bienes muebles (§§ 281 y siguientes AO) como inmuebles (§§ 322 y siguientes AO). Normalmente se suele proceder al embargo de las cuentas bancarias de la empresa deudora (§§ 309 ff AO).

Ya que el impago de cuotas tiene consecuencias enormemente negativas sobre el resto de empresas aseguradas por la Mutua de accidentes de trabajo[197], las medidas anteriormente descritas suelen llevarse hasta sus últimas consecuencias198. Por esta razón resulta inusual que se produzcan dichos impagos. Adicionalmente, la condición de deudor de cuotas puede suponer la pérdida de la licencia de comercio para la Empresa. Ulteriormente, dicho impago, si se produce mediando dolo, puede suponer, según el § 266 a II *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán) penas de privación de libertad o multas de hasta cinco años, y para casos especialmente graves se prevé la pena de privación de libertad de seis meses hasta diez años. Si la deuda se ha contraído mediando dolo, se podrá condenar asimismo a la empresa al pago de elevadas multas destinadas a la Mutua de Accidentes de Trabajo o Aseguradora para el sector público, según corresponda.

4.4.5. Conclusiones

A la vista de la descripción efectuada alcanzamos las siguientes conclusiones:

[196] Nótese que a nivel regional se aplica este precepto junto a lo establecido por la Ley de Protección del Trabajo. Por lo tanto ambas regulaciones son comparables pero no equiparables.

[197] En Este sentido, ver lo señalado acerca del suelo presupuestario y el descuento en el pago de cuotas.

[198] Sobre la proporcionalidad del embargo inmediato de cuentas bancarias: BFH, Urteil vom 18.7.200 – vii r 101/98; sobre la exigencia del pago de cuotas: http://www.welt.de/wirtschaft/article106217757/Krankenkassen-jagen-Beitragsschuldner-mit-Inkasso.html

1. La dimensión de la empresa influyen en las exigencias documentales, que no de aplicación de la norma de prevención de riesgos laborales.

2. Las competencias de las Mutuas de Accidente de Trabajo, tales como ordenar o imponer medidas preventivas, inspeccionar y ejecutar decisiones incumplidas por los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales, generan unas importantes sinergias en el control de gasto de prestaciones.

3. Las Mutuas de Accidente de Trabajo afrontan tanto las prestaciones como las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo y/o enfermedad profesional.

4. En materia de responsabilidad civil, la única posibilidad de que ésta alcance al empleador es que el accidente tuviese su origen en una acción dolosa, o negligencia grave del empresario en el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos.

Sin embargo, las concurrencias de actuaciones dolosas son difíciles de acreditar, ya que la norma no sólo exige dolo y culpabilidad en la actuación u omisión del empleador que cause el accidente, sino también dolo y culpabilidad respecto al resultado.

5. En el marco de su actividad, a los inspectores de la Mutuas de Accidente se les autoriza a controlar la debida aplicación de las normas por los empresarios, lo que no se orienta exclusivamente a identificar las deficiencias existentes, sino también y sobre todo a la evitación del peligro/riesgo, de tal suerte que no concurriendo en ese momento se adopten decisiones sobre los que pueden concurrir en un futuro.

Adicionalmente, pueden dictar órdenes dirigidas tanto al empresario como a los trabajadores, que estos deben acatar de acuerdo con el § 19 SGB VII. En el supuesto que se produzca un incumplimiento de forma culposa o dolosa, de cualquiera de las exigencias concretadas en el § 209 SGB VII podrán ser sancionados con multa. Aun cuando no existe un recargo de prestaciones, las conductas reiteradas de incumplimiento de la norma de prevención con daños a la salud, es sancionable indirectamente a través, del bonus-malus.

6. Hay ciertos parámetros relacionados con la siniestralidad de una empresa que pueden dar lugar a un incremento en la cuota de la misma. En este sentido, tal y como se ha visto, la propia Mutua puede decidir que parámetros, dentro de los ofrecidos por la Ley, se emplean para calibrar un posible incremento en la cuota de una determinada empresa. Así, puede que una determinada Mutua castigue a una empresa con menor índice de siniestralidad, pero donde los accidentes acaecidos, aunque menores en número, sean de gran gravedad, frente a otra cuyo número de siniestros sea mayor, pero donde los mismos hayan sido de tipo leve.

7. Las Mutuas pueden y establecen un sistema de incrementos o descuentos en la cuota atendiendo al número de accidentes comunicados por cada empresa. Están obligadas, por lo tanto, a establecer un sistema de bonus-malus en la recaudación de cuotas, que penalice con un incremento en las cuotas

a aquellas empresas en las cuales acaece un mayor número de accidentes, y que premie con descuentos en dichas cuotas a aquellas empresas cuyo número de accidentes sea menor, que a pesar de la obligación de comunicar los accidentes *in itinere*, éstos no pueden ser tenidos en cuenta para fundamentar incrementos en la cotización por la contingencia de accidentes de trabajo.

8. Por último, y como aspecto positivo del sistema alemán, cabe destacar la iniciativa de las mutuas para fomentar la innovación y la iniciativa en la adopción de medidas de seguridad y salud. No se premia el mero cumplimiento de lo dispuesto legalmente, si no que aquellas empresas que desarrollen e implementen sistemas adicionales y medidas extras en cuanto a prevención verán recompensados sus esfuerzos mediante la disminución en las cuotas. Ello es loable, toda vez supone que el propio empresario tome la iniciativa en desarrollar un sistema extra de protección, el cual no redundará únicamente en su beneficio, si no en la seguridad del total de la plantilla.

5. CUADRO COMPARATIVO DEL SITEMA ESPAÑOL, FRANCÉS Y ALEMÁN

A continuación se adjunta un cuadro comparativo[199]de los sistemas español, francés y alemán de prevención de riesgos laborales y de cotización por contingencias profesionales y el sistema bonus; cuadro resumen del estudio publicado por Foment del Treball en relación con el sistema francés y español complementado con el estudio derecho comparado del ordenamiento jurídico alemán incluido en el presente trabajo:

[199] Autores: Dra. Anna Ginès i Fabrellas (ESADE-Universitat Ramón Llull) y Dr. Manuel Luque (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona).

5.1. Cuadro comparativo sobre el sistema de prevención de riesgos laborales

Materia		España	Francia	Alemania
Norma interna básica que transpone la Directiva Marco		Ley 31/1995, de 20 de noviembre (LPRL)	Ley 91–14°4 de 31/12/1991, libro 1 de la parte 4ª del Código de Trabajo.	Ley de protección del Trabajo (ArbSchG)
¿La prevención de riesgos laborales se configura como una obligación de medios o de resultados?		Medios	Medios; salvo enfermedades profesionales: resultado	Medios
El accidente producido en lugar y tiempo de trabajo ¿se presume accidente de trabajo?		Sí	Sí	No, se requiere probar la relación de causalidad
¿El modelo prevalente de gestión de la prevención es interno o externo?		Externo	Interno	Interno/Encargado de seguridad en empresas de más de 20 trabajadores
¿El reconocimiento médico se conceptúa como una medida común y obligatoria para el trabajador?		No	Sí	Sí
¿Existe un derecho del trabajador especialmente sensible a que su puesto o condiciones de trabajo se adapten?		Sí	No	Sí
¿Qué tipo de obligaciones se prevén con relación a las situaciones de pluralidad empresarial?		Muchas y complejas: información (empresario titular), coordinación (empresarios concurrente) y vigilancia (empresario principal)	Pocas y simples. Las empresas contratantes y contratadas deben visitar conjuntamente y con carácter previo al inicio de la contrata el lugar de trabajo "compartido" para determinar las consignas aplicables a todos los trabajadores que van a intervenir en la operación.	Obligación de información y coordinación entre las diferentes empresas que desarrollen sus actividades en un mismo centro de trabajo.
¿Se reconocen derechos informativos y de consulta a los representantes de los trabajadores?		Sí	Sí	Sí
Responsabilidades	Recargo de prestaciones	Sí	No	No
	Civil	Sí	No, salvo dolo o falta inexcusable del empresario	No, salvo dolo o error inexcusable del empresario

5.2. Cuadro comparativo sobre el sistema de cotización en materia de Seguridad Social por contingencias profesionales y el sistema de bonus

Materia		España	Francia	Alemania
Caracterización general	Para minimizar efectos de la infradeclaración de contingencias profesionales, ¿se prevé algún sistema de compensación intersistemas de cotización?	No	Sí	No
	¿Los accidentes de trabajo leves computan en el sistema de bonus-malus?	Sí	No	No
	Con carácter general, los accidentes in itinere tienen incidencia en el sistema de bonus-malus	Sí; aunque no computan.	No	No
	Con carácter general, ¿cuál es el espacio temporal de análisis?	1-4 años	3 años	4-6 años
	¿El tamaño de la empresa es un factor prevalente en la configuración del sistema?	No, lo es la cuantía cotizada	Sí	No
	Los datos de siniestralidad ¿se computan por empresa o por centro de trabajo?	Empresa	Centro de trabajo	Como regla general, empresa
Incentivos	Los datos de siniestralidad ¿se computan por categoría profesional?	No	Sí	Sí, se diferencia entre tarificación para actividad principal y complementarias
	Cuantía	Máximo 10%	Máximo 25%	Libertad Mutuas de accidente para su establecimiento
Sistema de penalización		No. Aunque, posibilidad desarrollo legal (máximo 20%) + recargo de prestaciones (30-50%)	Sí. 25%-50%-200%	Sí. Libertad, se ha admitido en algún caso hasta el máximo 60%, aunque la RG es que el máximo se mueva en el 30%

6. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA A LA LUZ DEL ESTUDIO COMPARADO[200]

En el presente estudio se ha realizado un análisis comparado de los aspectos básicos del sistema de prevención de riesgos laborales y de la configuración del sistema de cotización por contingencias profesionales con base a la siniestralidad de las empresas en el ordenamiento jurídico español, francés y alemán. El objetivo ha sido analizar de qué manera dichos ordenamientos jurídicos han intentado aunar (i) el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social, (ii) el fomento de la prevención de riesgos laborales, (iii) la adecuada protección de las situaciones de necesidad de los trabajadores y (iv) unos niveles de costes empresariales que no resten competitividad.

Una primera conclusión del estudio comparado es: **ninguna de las tres configuraciones –española, francesa o alemana– del sistema de cotización por contingencias profesionales es totalmente satisfactoria**, pues mientras la regulación española implementada parcialmente desde el RD 404/2010 adolece de importantísimas carencias de configuración eficiente con relación a (a) nuestro concreto tipo de empresas (incidencia mínima de la dimensión de la empresa), (b) siendo más un sistema de descuentos que de incentivos y (c) sin integrar la institución del recargo de prestaciones a modo de bonus-malus; el sistema francés y alemán, también está puesto en duda por ser mejorable, básicamente, en lo relativo a las pequeñas y medianas empresas.

No obstante lo anterior, lo cierto es que **tanto el sistema francés como el alemán de tarificación de contingencias profesionales tienen numerosas virtudes en su comparación con el sistema español** y, a pesar de las dudas actuales sobre aspecto de su regulación, se le reconoce su **capacidad real de ser eficaces en el campo de la prevención, de la reparación y de conseguir**, finalmente, **el equilibrio financiero del sistema**.

Llegados a este punto, a continuación se presentan las **10 propuestas de *lege ferenda*** que tratan de configurar un nuevo sistema de cotización por contingencias profesionales basado en la prevención de riesgos laborales, aprovechando aquello que de bueno o positivo tiene los analizados modelos francés y alemán de tarificación. Propuestas de *lege ferenda* derivadas del estudio de derecho comparado del sistema francés y español publicado por Foment del Treball y complementado con el estudio derecho comparado del ordenamiento jurídico alemán incluido en el presente trabajo.

[200] Autores: Dra. Anna Ginès i Fabrellas (ESADE-Universitat Ramón Llull) y Dr. Manuel Luque (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona).

1. Reformulación de las cuantías base del sistema de cotización por contingencias profesionales

Entendemos que una buena manera de hacer atractivo el objetivo principal que defendemos, como es la introducción del bonus-malus a la par de lo que sucede en Francia o en Alemania, pasaría por una reducción inicial de los tipos de cotización por contingencias profesionales. Y es que la introducción de un sistema de cotización por contingencias profesionales que incremente las primas de cotización de aquellas empresas que más contribuyen en la siniestralidad laboral, permitiría una reducción en las cuotas de cotización de aquellas empresas que, por el contrario, adoptan políticas de prevención de riesgos laborales efectivas.

Además consideramos que deberían revisarse algunas disfunciones actualmente existentes a la hora de establecer el tipo de cotización, por cuanto se hace prevalecer en exceso la actividad principal de la empresa y no tanto el factor, que consideramos, prevalente de la concreta función o actividad a la que pertenezca cada trabajador cuando la actividad principal de la empresa es una diferente.

2. Transformación de la responsabilidad del recargo de prestaciones de la Seguridad Social en una medida de incremento de las cotizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional (bonus-malus)

Aunque técnicamente cualquier propuesta sobre el incremento de las cotizaciones en función de la elevada siniestralidad de la empresa debería tratarse en cuarto o quinto puesto entre las propuestas de *lege ferenda*, por la entidad y calado de la que ahora presentamos, hemos considerado oportuno ponerla en una posición prioritaria.

Como hemos expuesto en este trabajo, *a priori*, la incentivación a la prevención de riesgos laborales mediante al aumento de la cotización a la Seguridad Social para aquellas empresas que incumplan con sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral no ha sido todavía implementada. Según la exposición de motivos del RD 404/2010, el aspecto penalizador en materia de Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales se encuentra representado en el ordenamiento jurídico español mediante medidas como el recargo de prestaciones de la Seguridad Social, la pérdida de bonificaciones a la Seguridad Social y la posible actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Ahora bien, el propio RD 404/2010 incluye en su exposición de motivos el compromiso del Ministerio de Trabajo e Inmigración de realizar los estudios pertinentes para valorar la oportunidad de introducir un sistema de incremento de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas con índices de siniestralidad laboral excesivamente elevados. Y, en este sentido, existe un compromiso del Gobierno de modificar, antes de finalizar el año 2015, el RD 404/2010 a fin de implantar "*un sistema objetivo centrado en el comportamiento de la siniestralidad*" e "*incentivar en las empresas la adopción de medidas y procesos que contribuyan eficazmente a la reducción de las contingencias profesionales de la Seguridad Social*".[201]

[201] Disposición adicional cuarta de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Pues bien, somos contrarios a la institución del recargo de prestaciones se sume a un sistema de bonus-malus a modo incremento de las cotizaciones por contingencias profesionales para aquellas empresas cuya siniestralidad sea, en comparación con la de su sector, elevada. Esta opción no haría más que incrementar el sistema de sanciones públicas en materia de prevención de riesgos laborales (penal, administrativa, recargo y, ahora, bonus-malus); un sistema de respuesta pública sin parangón, como hemos constatado, en otros países del entorno.

Así, en función de la configuración del sistema de tarificación tanto francés como alemán, abogamos por la supresión del recargo en su concepción actual, integrándolo a modo de bonus-malus en el sistema de cotización por contingencias profesionales.

Mientras que el recargo máximo de cotizaciones en Alemania puede alcanzar hasta un 60%, en el ordenamiento jurídico francés el montante de esta cotización adicional no puede ser inferior al 25% de la cotización normal y podrá ser elevado al 50%, y después al 200% en ausencia de corrección de la falta/incumplimiento o en caso de reincidencia. Un incremento fundamental, cuyo efecto cesa con la aplicación de las medidas preventivas necesarias y el pago de la cantidad mínima.

3. Implementación de la compensación intersistemas de cotización

Como segunda propuesta de *lege ferenda* pero, ciertamente, la primera de calado básico en la configuración del sistema, consideramos sumamente importante de cara a conseguir el equilibrio del sistema de cotización por accidente de trabajo o enfermedad profesional la previsión francesa en base a la cual existe una compensación anual de la rama común de cotizaciones a la profesional.

En efecto, conocedores que es difícil o casi imposible evitar que se produzca una infradeclaración de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para evitar el impacto negativo que dicha realidad tiene sobre el equilibrio financiero del sistema profesional de cotizaciones, el régimen francés de cotización por contingencias profesionales retorna cada año al régimen por contingencias comunes una cantidad tendente a compensar las sumas indebidamente soportadas por la colectividad (artículo L.176-1 CSS). Este pago/reembolso ha sido fijado en un millón de euros para el año 2015 (artículo 82, III, Ley 2014-1554 de 22 de diciembre de 2014), un aumento del 26,6% en comparación con años anteriores.

4. Configuración de un sistema de tarificación permeable a la dimensión de la empresa

Un espacio común en la crítica al modelo francés y español –que no en el alemán– de cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional es la carencia de instrumentos suficientes con relación a la pequeña y mediana empresa para incentivar su actuación preventiva, por cuanto –en ambos sistemas, si bien por diferentes motivos– se termina por socializar el riesgo o por no dotarse de elementos claramente identificadores de la actuación de cada empresa. Sin

embargo, lo cierto es que ése es un factor clave en cualquier configuración de un sistema de tarificación que busque (i) una financiación equilibrada de esta rama de la Seguridad Social y (ii) fomentar que los empleadores adopten medidas de prevención de riesgos laborales.

Desde esta perspectiva, consideramos inadecuado o claramente insuficiente que nuestro ordenamiento jurídico vertebre el sistema en base a las cuantías mayores o menores ingresadas como cotización por contingencias profesionales y no, como sucede en Francia, la dimensión de la empresa. Una carencia especialmente relevante en un país, como el nuestro, en el que el peso de la pequeña empresa y de la mediana es tan relevante.

Siendo así, podrán discutirse los escenarios diferenciadores pero, para empezar y como modelo, consideramos que la distribución que se hacen en Francia puede ser más que suficiente: empresas de menos de 20 trabajadores; empresas de 20 a 149 trabajadores y empresas de 150 a más trabajadores. Lo anterior no quiere decir que el sistema francés de tarificación dispuesto para cada una de dichas situaciones (colectivo, mixto e individual, respectivamente) deba igualmente recepcionarse en nuestro país, pues son muchas las críticas que recibe el modelo dispuesto en Francia para los dos primeros tipos de empresa.

5. Configuración de un sistema de tarificación para la pequeña empresa y mediana empresa que prime la prevención y no la socialización del riesgo

Más allá de reconfigurar nuestro sistema en base a un parámetro diferente al montante de las cotizaciones, haciéndolo recaer en la dimensión de las empresas (pequeñas, medianas y gran empresa) (propuesta 3), lo cierto es que el modelo francés ya organizado de esta manera es criticado por ser un sistema que con relación a las pequeñas y medianas empresas está pensado en la colectivización del riesgo. Y, por tanto, en obtener un adecuado equilibrio del sistema y no complicar aún más la compleja gestión del sistema de tarificación. Por consiguiente, el peso de la actuación preventiva de cada empresa es, no inexistente, pero sino menor.

Así, deberíamos configurar un sistema en su integridad parecido al de tarificación individual francés para todo tipo de empresa y no sólo para, como ocurre en Francia, aquellas que tengan al menos 150 trabajadores. Obviamente, los costes de gestión administrativa serían elevados, pero optar por no tener en cuenta con carácter prevalente actuaciones preventivas eficaces de pequeñas y medianas empresas en un país donde son el tipo de empresas absolutamente mayoritarias sería, en nuestra opinión, un gran error.

6. La tarificación individual como parámetro vertebrador básico de un nuevo modelo de cotización por contingencias profesionales

Por mucho que se nos puede decir que en España ya se prevé en la actualidad un sistema parecido al de tarificación individual francés o alemán, lo cierto es que

las diferencias entre el nuestro y los otros dos son suficientemente relevantes, como se verá en esta propuesta y en las tres siguientes (6 a 8).

Así, en primer lugar, el parámetro temporal de referencia en Francia son los últimos 3 años, en Alemania los últimos 4 o 6 años, mientras que en España puede oscilar entre 1 y 4 años. De igual manera, existe un importante esfuerzo tanto en Francia como en Alemania por tener en cuenta factores tan relevantes como la duración de la baja consecutiva al accidente, la muerte del trabajador o el grado de incapacidad permanente del trabajador. De tal manera que, de seguirse el modelo francés, a cada una de estas categorías se le asigna un coste medio que servirá de referencia para el cálculo del tipo bruto de cotización.

Sobre esta base, en Francia Sur cette base, la formule de calcul est la suivante : la fórmula de cálculo es la siguiente:

$$\frac{\text{Coste medio por categoría x Número de siniestros centro de trabajo por categoría durante 3 años}}{\text{Masa salarial durante 3 años}}$$

En realidad, la fórmula de cálculo elegida se aproxima bastante a las fórmulas utilizadas por las compañías de seguros, lo que permite adaptar la cuantía de las cotizaciones al riesgo de cada centro de trabajo. Estas diferentes formas de cálculo ponen de relieve la dificultad que tiene el dispositivo de tarificación para hacer conciliar las exigencias de mutualización (colectivización), permitir a las empresas más pequeñas hacer frente a sus cotizaciones y las exigencias de responsabilización de las empresas de un tamaño más importante.

7. Neutralidad de los accidentes y enfermedades leves y de los accidentes de trabajo in itinere

En un país como el nuestro en el que todo el sistema de prevención de riesgos laborales parece fundamentarse más en la sospecha que en la confianza de quienes intervienen en él (empresas, trabajadores...), lo cierto es que la adopción de la propuesta que ahora presentamos sería una prueba evidente de que, a nuestro entender, hemos madurado en el camino de entender la seguridad y salud laboral como algo a prevenir, a incentivar.

En efecto, el sistema de tarificación francés no tiene en cuenta los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales leves a los efectos de calcular la siniestralidad de la empresa y, por tanto, la eficacia o ineficacia de sus medidas preventivas. Tampoco en Alemania computan los accidentes cuya baja no supere los 3 días.

Por consiguiente, abogamos por un sistema de tarificación que no tenga en cuenta los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que no deriven en un período de baja laboral.

Por otra parte, es cierto que, con carácter general, la regulación española actual no tiene en cuenta los accidentes de trabajo *in itinere* que se produzcan en la empresa a los efectos de calcular su nivel de siniestralidad, pero también lo es que la implementación por parte de la empresa de medidas que prevengan di-

chos accidentes es uno de los pocos factores tenidos en cuenta para poder tener acceso a las devoluciones en materia de cotización.

Pues bien, consideramos que los accidentes de trabajo *in itinere* no deberían tener incidencia alguna en nuestro sistema de tarificación, bonificación o incremento de cotizaciones, tal y como sucede en el modelo francés y en el alemán. El tema es que, como hemos analizado en algún otro estudio, nuestro país está dando cada vez más pasos en la línea de incorporar el accidente de trabajo *in itinere* como un aspecto de actuación preventiva por parte de la empresa[202].

8. Incorporación del parámetro responsabilidad compartida en la modulación del incremento de la cotización

Aunque la incorporación de esta propuesta puede generar problemas importantes relativos a su gestión administrativa, lo cierto es que en el ordenamiento jurídico francés su previsión no está en duda.

Así, en el sistema de tarificación francés cuando el accidente es en parte o en su totalidad imputable a un tercer empresario identificado, "los importes de los costes medios correspondientes a las categorías en las que estos accidentes se clasifican son prorrateados según el porcentaje de responsabilidad establecido a cargo del tercero".

9. Incorporación del parámetro responsabilidad civil en la modulación del incremento de la cotización

Completando lo dicho en la primera propuesta de *lege ferenda*, consideramos igualmente interesante –en términos preventivos– analizar la virtualidad de la toma en consideración de los supuestos en los que el daño irrogado al trabajador sea debido a una actuación negligente del empresario, como ocurre tanto en Francia como en Alemania.

En otras palabras, mientras que los datos objetivos sobre mayor siniestralidad comportan en Francia o en Alemania un incremento de las cotizaciones, si –además– concurre el elemento de la actuación negligente del empresario, aquél incremento de las cotizaciones puede aumentarse de manera significativa, pudiendo alcanzar –por ejemplo– en el caso francés hasta un 200%.

10. Previsión de ayudas e incentivos para promover la prevención de riesgos empresariales

Tanto en el Le droit français fait la part belle à certains dispositifs spécifiques de prévention.derecho francés como en el alemán, se promueven ciertos dispositivos específicos de prevención. Le respect de certaines procédures donne ainsi lieu, si elles s'accompagnent de réalisations effectives, à l'attribution d'avances ou de subventions.El cumplimiento de ciertos procedimientos da, así, lugar, si van acompañados de resultados efectivos, a la concesión de anticipos

[202] Sobre esta cuestión, véase Luque Parra, M. y Ginès i Fabrellas, A., Análisis cualitativo de las controversias judiciales más relevantes en materia de seguridad y salud laboral: propuestas de lege ferenda, de interpretación judicial y de configuración de criterios técnicos, Fundación para la prevención de riesgos laborales y Fomento del Trabajo, Barcelona 2013.

o subvenciones.Ces procédures spécifiques s›adressent à un public particulier, les petites et moyennes entreprises, qui sont les plus susceptibles de nécessiter le concours de l›administration pour mener à bien une action de prévention. Estos procedimientos específicos están destinados a un público particular, las pequeñas y medianas empresas, que son las más susceptibles de necesitar la ayuda de la administración para llevar a cabo acciones preventivas.

9 788460 834984