

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ



TESIS DOCTORAL

**EL TRATO PRIVILEGIADO DE LAS PRESTACIONES DE ORIGEN
PROFESIONAL RESPECTO DE LAS CONTINGENCIAS COMUNES EN LA
SEGURIDAD SOCIAL**

José Antonio González Martínez

Director: Dr. D. Francisco Javier Fernández Orrico

Departamento de Ciencia Jurídica

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Elche, 2015

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ



TESIS DOCTORAL

**EL TRATO PRIVILEGIADO DE LAS PRESTACIONES DE ORIGEN
PROFESIONAL RESPECTO DE LAS CONTINGENCIAS COMUNES EN LA
SEGURIDAD SOCIAL**

José Antonio González Martínez

Director: Dr. D. Francisco Javier Fernández Orrico

SUMARIO

ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COBERTURA POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES	17
1. ORÍGENES DE LA PROTECCIÓN POR ACCIDENTES DE TRABAJO... 17	
1.1. Política preventiva y vertiente reparadora: Ley de 30 de enero de 1900 sobre Accidentes de Trabajo	17
1.1.1. El origen de las normas preventivas y reparadoras sobre accidentes de trabajo	18
1.1.2. Primeras medidas legislativas sobre los riesgos profesionales: la responsabilidad patronal civil por culpa o negligencia (1873-1900)	24
1.1.3. La responsabilidad patronal por riesgo objetivo, al margen de la culpa o negligencia.....	27
1.2. Tratamiento de los accidentes de trabajo por la legislación emanada en el periodo 1900-1963	38
1.2.1. El aseguramiento voluntario de la responsabilidad del empresario desde 1900 hasta 1931	39
1.2.2. El aseguramiento obligatorio de la responsabilidad objetiva a partir de la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria de 1932.....	43
2. LEY 193/1963, DE 28 DE DICIEMBRE, DE BASES DE SEGURIDAD SOCIAL: EL PRINCIPIO DE LA CONJUNTA CONSIDERACIÓN DE CONTINGENCIAS.....	46

2.1. El trasvase desde los seguros sociales a la Seguridad Social	47
2.2. El trato indiferenciado entre causas profesionales y comunes: un intento fallido	52
2.2.1. La protección deficiente otorgada por la LBSS y su disociada vigencia .	53
2.2.2. La necesidad de reformas de la LBSS ante su limitada eficacia protectora	57
3. EL SISTEMA JURÍDICO VIGENTE.....	60
3.1. El modelo de previsión social propugnado por la Constitución	60
3.1.1. El modelo constitucional de Seguridad Social	61
3.1.2. La configuración de la Seguridad Social a partir del artículo 41 CE: un modelo mixto	64
3.1.3. Presencia indirecta de la Seguridad Social en la Constitución	69
3.1.4. Contenido esencial del artículo 41 CE y su emplazamiento constitucional	71
3.1.5. El principio constitucional de igualdad en la Seguridad Social: el régimen de tutela de las contingencias profesionales	77
3.2. Del periodo inmediatamente posterior a la Constitución a la actualidad	80
3.2.1. Medidas tendentes a garantizar la viabilidad futura del Sistema (1978-1994)	80
3.2.2. La refundición operada en 1994 y su evolución hasta la actualidad	83

CAPÍTULO II. EL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA ENFERMEDAD PROFESIONAL: DELIMITACIONES CON LAS CONTINGENCIAS COMUNES

1. LA CONTINGENCIA COMO ELEMENTO DIFERENCIAL: CONCEPTO Y CLASES.....

1.1. Aproximación al concepto	89
-------------------------------------	----

1.2. Clases de contingencias	93
2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	100
2.1. El concepto jurídico de accidente de trabajo	100
2.1.1. Definición legal	100
2.1.2. La extensión del concepto	103
2.2. Elementos del accidente de trabajo: lesión corporal y fuerza lesiva, trabajo por cuenta ajena, y relación de causalidad trabajo-lesión	107
2.2.1. La existencia de una lesión corporal y de una fuerza lesiva.....	107
2.2.2. La condición de trabajador por cuenta ajena en la persona que sufre la lesión	111
2.2.3. La relación de causalidad entre lesión y trabajo.....	117
3. LA AMPLIACIÓN LEGAL DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO	121
3.1. Presunción de laboralidad	121
3.1.1. Alcance de la presunción.....	121
3.1.2. Tiempo y lugar de trabajo.....	123
3.1.3. Aplicación de la presunción	127
3.2. El accidente <i>in itinere</i>	129
3.2.1. Requisitos específicos.....	133
3.2.2. Diferencias con el accidente de trabajo en misión	142
3.3. Otros supuestos considerados como accidente de trabajo	145
3.3.1. Los accidentes que sufra el trabajador por el ejercicio de actividades representativas	145
3.3.2. Los ocurridos por la realización de trabajos de distinta categoría profesional en interés del buen funcionamiento de la empresa	147

3.3.3. Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo	148
3.3.4. Las enfermedades de trabajo no tipificadas como enfermedades profesionales	149
3.3.5. Efectos de la culpabilidad del empresario o de un tercero	153
3.4. Exclusiones legales del concepto de accidente de trabajo, por ruptura de la relación de causalidad	155
3.4.1. Fuerza mayor extraña al trabajo	155
3.4.2. Dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado	156

4. LA ENFERMEDAD PROFESIONAL COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA DELIMITACIÓN ENTRE CONTINGENCIAS PROFESIONALES Y CONTINGENCIAS COMUNES..... 160

4.1. Consideraciones previas	160
4.1.1. Delimitación con el accidente de trabajo.....	161
4.1.2. Distinción de contingencias afines: enfermedad común y accidente no laboral.....	164
4.1.3. Problemas de delimitación entre enfermedad común y accidente no laboral	166
4.2. Los diferentes sistemas de reconocimiento de las enfermedades profesionales	167
4.3. La regulación de la enfermedad profesional en las normas nacionales	169
4.4. La definición legal de enfermedad profesional y los requisitos establecidos	172

CAPÍTULO III. LA COBERTURA DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL SEGÚN LA CONTINGENCIA DE ORIGEN..... 177

INTRODUCCIÓN..... 177

1. PARTICULARIDADES DE LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA DERIVADA DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES..... 179

- 1.1. El reflejo del trato privilegiado en la asistencia sanitaria 179
- 1.2. Especialidades de la asistencia sanitaria derivada de riesgos profesionales . 186
 - 1.2.1. Sujetos protegidos..... 187
 - 1.2.2. Cuadro de prestaciones 189

2. LA COBERTURA POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL..... 192

- 2.1. Controversias en el trato privilegiado derivado de su origen común o profesional 193
- 2.2. Particularidades más significativas 196
 - 2.2.1. Figuras peculiares de las contingencias profesionales como formas de acceso a la prestación 197
 - 2.2.2. La determinación de la base reguladora y el porcentaje aplicable 200
 - 2.2.3. La vinculación del nacimiento de la protección al riesgo originario y su duración 205
 - 2.2.4. Tramitación y control: las declaraciones de baja y alta tras el Real Decreto 625/2014 210
 - 2.2.5. Las interrelaciones con el desempleo y su trato diferenciador 211
 - 2.2.6. La determinación de responsabilidades en la gestión y la obligación del pago de la prestación 214
 - 2.2.7. El periodo de observación por enfermedad profesional 217

3. LA PROTECCIÓN DE LOS RIESGOS PROFESIONALES EN LA INCAPACIDAD PERMANENTE 219

- 3.1. Cuestiones de base: su configuración legal 219
 - 3.1.1. La relevancia de la noción de profesión habitual 222
 - 3.1.2. Los grados de incapacidad permanente 226

3.2. Acceso prestacional condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos	230
3.2.1. La calificación de la situación de la incapacidad	231
3.2.2. El requisito de estar afiliado y en alta o situación asimilada.....	232
3.2.3. El requisito del periodo mínimo de carencia en la enfermedad común y en las situaciones de no alta en la Seguridad Social.....	238
3.2.4. El acceso a la pensión de los mayores de 65 años por causa profesional.....	239
3.3. Sistemas de cálculo de la cuantía: determinación de la base reguladora de las pensiones de incapacidad derivada de contingencias profesionales	242
3.4. El recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo	244
3.4.1. Aproximación conceptual.....	245
3.4.2. Su debatida naturaleza jurídica.....	246
3.4.3. Requisitos constitutivos del recargo	249
3.4.4. Reconocimiento, cuantía y sujeto responsable del pago	250
3.4.5. Compatibilidad	252
3.4.6. Prohibición de aseguramiento del recargo.....	253
3.5. Particularidades de la invalidez derivada de enfermedad profesional	254
3.6. El proceso especial de reclamación judicial en materia de contingencias profesionales y su tratamiento procesal	256
3.7. Indemnización por lesiones permanentes no invalidantes	257
4. LAS ESPECIALIDADES EN LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA CAUSADAS POR RIESGOS PROFESIONALES	260
4.1. La consideración de alta de pleno derecho y la presunción de fallecimiento por riesgo profesional	261
4.2. Inexigencia de un previo periodo mínimo de cotización	264
4.3. Base reguladora calculada sobre salarios reales	266

4.4. Responsabilidad empresarial por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene	268
4.5. Indemnización especial a tanto alzado	268

5. LAS PRESTACIONES EXCLUSIVAS POR RIESGOS PROFESIONALES **271**

5.1. Riesgo durante el embarazo	271
5.1.1. Situación protegida y beneficiarias.....	272
5.1.2. Cuantía de la prestación económica	274
5.1.3. Nacimiento, duración y extinción de la prestación.....	274
5.1.4. Reconocimiento, gestión y pago.....	275
5.2. Riesgo durante la lactancia	277
5.2.1. Situación protegida	277
5.2.2. La prestación.....	279
5.2.3. Análisis jurisprudencial sobre la existencia o inexistencia del riesgo....	280

6. EL ENRAIZAMIENTO DEL SISTEMA EN EL SEGURO DE ACCIDENTES **282**

CAPÍTULO IV. LOS RIESGOS PROFESIONALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA **285**

1. LA PROTECCIÓN DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN LAS NORMAS INTERNACIONALES **285**

1.1. Ámbito universal: la Organización Internacional del Trabajo	285
1.1.1. El convenio 102 de la OIT relativo a la Seguridad Social (Norma Mínima)	286
1.1.2. El Convenio 121 de la OIT relativo a las prestaciones por riesgos profesionales	293

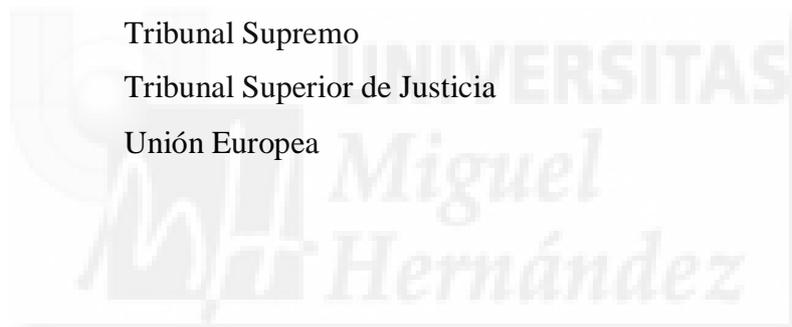
1.2. Ámbito regional: normas sobre riesgos profesionales del Consejo de Europa	298
1.2.1. Las declaraciones de derechos sociales en forma de Cartas.....	298
1.2.2. Los niveles mínimos en materia de riesgos laborales en el Código Europeo de Seguridad Social de 1964	303
1.2.3. El Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972.....	306
2. LA COORDINACIÓN COMUNITARIA DE LOS RIESGOS PROFESIONALES	307
2.1. La justificación del trato preferente de los riesgos profesionales en los sistemas europeos de Seguridad Social	307
2.2. La Seguridad Social europea en los Reglamentos Comunitarios	312
2.2.1. Evolución del funcionamiento de la Seguridad Social europea hasta la coordinación de legislaciones nacionales	313
2.2.2. Principios esenciales de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social	316
2.2.3. Los riesgos profesionales como parte integrante del ámbito material de aplicación de los Reglamentos	323
2.2.4. Particularidades en las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional	326
2.2.5. Determinación de la normativa aplicable en caso de enfermedad y accidente de trabajo	331
3. LOS RIESGOS PROFESIONALES EN LAS NORMAS CONVENCIONALES	336
3.1. Los Convenios Bilaterales de Seguridad Social	336
3.1.1 Validez y conexión con la normativa comunitaria	336
3.1.2. La regulación homogénea de las prestaciones económicas por riesgos profesionales como parte integrante de su contenido	340

3.2. El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social	343
3.3. El traslado del trabajador a un país sin normativa legal ni convencional	346
4. EL CONCEPTO DE ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL.....	348
4.1. Instrumentos jurídicos de la OIT que reglamentan la enfermedad profesional	348
4.2. La enfermedad profesional en la normativa de la Unión Europea	353
ANEXO I. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN HOLANDESA: LA AUSENCIA DE TRATO DE FAVOR EN LAS PRESTACIONES DE ORIGEN PROFESIONAL	357
ANEXO II. EXAMEN COMPARATIVO DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y DE LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES EN ALGUNOS PAÍSES DE LA UE	362
CONCLUSIONES	381
BIBLIOGRAFÍA	385

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
<i>cit.</i>	Citado/a anteriormente
Coord (s).	Coordinador (es)
Dir (s).	Director (es)
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ET	Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento jurídico
<i>Ibidem</i>	En el mismo lugar
INSERSO	Instituto Nacional de Servicios Sociales
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IP	Incapacidad permanente
IPC	Índice de Precios al Consumo
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
ISM	Instituto Social de la Marina
IT	Incapacidad temporal
LAT	Ley de Accidentes de Trabajo
LBSS	Ley de Bases de la Seguridad Social
LGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
MATEP	Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales
núm.	número
OIT	Organización Internacional del Trabajo
pág. (s)	página (s)
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional

RTCT	Repertorio del Tribunal Central de Trabajo
SNS	Sistema Nacional de Salud
SOVI	Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez
ss.	siguientes
SS	Sentencias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea



INTRODUCCIÓN

Al afrontar el estudio analítico, doctrinal y jurisprudencial de las contingencias profesionales, y acudir a sus raíces, nos damos cuenta en seguida que la normativa sobre la misma, parte de la necesidad de proteger tanto la integridad física como la integridad corporal del trabajador, mediante el establecimiento de normas, y de dar cabida a aquellas situaciones de necesidad que aparecían en el ámbito laboral. En este sentido, el tratamiento jurídico de los riesgos profesionales incide en las dos formas de tutela pública contra los riesgos laborales, la tutela preventiva y la tutela reparadora, y ambas van de la mano.

Las prestaciones en los supuestos de accidente de trabajo son históricamente las primeras en aparecer, cuando el desarrollo de la industria y de la minería provocan una peligrosidad de tal calado, que el fallecimiento o la incapacidad causadas como consecuencia de un accidente de trabajo, suponen una de las primeras causas de empobrecimiento de la clase trabajadora en la segunda mitad del Siglo XIX.

Desde este enfoque, el objetivo primordial del presente trabajo se orienta en la investigación de la tutela de los riesgos profesionales, desde una perspectiva más reparadora que preventiva, teniendo en cuenta que la tutela pública específica de los riesgos profesionales, es la que está establecida en el sistema de Seguridad Social. Para ello se procede a abordar todo el marco legal sobre la materia, a la vez que vamos realizando una reflexión jurídico-crítica del mismo. Pretendemos un acercamiento entre contingencias, para ello realizamos un análisis minucioso y exhaustivo de cuáles son los orígenes de este tratamiento diferenciado, y las causas por las cuales no han prosperado los escasos intentos legales que propiciaban su indiferenciación.

La finalidad y los objetivos propuestos son ambiciosos. Este trabajo pretende llevar a cabo un tratamiento riguroso y de orientación jurídico-práctica, realizando un análisis pormenorizado de la norma, incorporando un estudio exhaustivo de las elaboraciones doctrinales y de la jurisprudencia respecto de cada materia abordada. Y todo ello en aras a resolver correctamente los arduos problemas interpretativos y aplicativos que sobre este tema se plantean.

Por otro lado, se hace necesario precisar, dada la amplitud que ofrece el tratamiento integral del trato privilegiado que las contingencias profesionales tienen sobre las comunes, que el objetivo específico del presente trabajo versa sobre el estudio que esta discutible diferenciación, afecta a los trabajadores encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social. Y a pesar de ello, aunque de forma tangencial, hemos realizado una referencia obligada a otros regímenes especiales de la Seguridad Social y Sistemas especiales del Régimen General, cuando lo hemos estimado conveniente si algún aspecto, sobre la cuestión relacionada, era digno de mencionar.

Procurando no perder nunca de vista el objetivo propuesto, se ha empleado una metodología jurídica, combinando las interpretaciones doctrinales más relevantes, con las jurisprudenciales. Se deja muestra expresa en el presente trabajo de que se ha optado por indagar en la línea seguida por nuestro Alto Tribunal, en todos y cada uno de aquellos aspectos en los que se precisaba una interpretación de la norma jurídica, por lo que hemos limitado a la mínima expresión las citas de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, que hemos acudido a ellas cuando nos han parecido sumamente esclarecedoras o ante una eventual ausencia de sentencias del Tribunal Supremo.

Comenzamos el presente trabajo haciendo una perspectiva histórica de la Seguridad Social en España, la cual atraviesa, según el estudio de investigación llevado a cabo, distintas fases o etapas: a) Una primera etapa que abarca todo el siglo XIX, durante la cual la idea de la cobertura de los riesgos sociales conectados con el trabajo es algo impensable; es una fase de inexistencia de regulación donde las sociedades de socorros mutuos y otras iniciativas gremiales de la época son meros antecedentes remotos; b) Una fase incipiente de los seguros sociales, que comienza con la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, la cual imputa al empresario una responsabilidad objetiva en el caso de accidentes laborales, y donde van apareciendo seguros sociales aislados, establecidos para contingencias específicas y por razones coyunturales; c) En esta tercera etapa se crea un verdadero sistema de Seguridad Social como tal, que contempla integradamente los distintos riesgos, los requisitos generales, las formas de financiación y el régimen jurídico (todo ello a nivel contributivo, relacionado con la actividad profesional), en la cual aparece la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963, que recoge el principio de conjunta consideración de las contingencias, que señalaba a la contingencia acaecida como merecedora de la protección, con independencia del momento en el que el evento hubiera

ocurrido y del riesgo del cual derivara; d) Desde 1980 comienza una etapa de crisis y apuntalamiento del sistema, donde el crecimiento del desempleo, el envejecimiento de la población española, y el incremento notable de las prestaciones, conducen al Sistema a una situación de incertidumbre en cuanto a su futura viabilidad económico-financiera; y e) Pesimismo generalizado en la doctrina sobre la viabilidad del sistema público de Seguridad Social español, que pivota sobre la Ley General de Seguridad Social.

El citado estudio nos permite tener una visión pormenorizada del circuito integral de protección, desde la prevención y reparación inicial de los riesgos laborales como eslabón inicial de la cadena protectora, hasta el actual sistema de Seguridad Social español. Y observando desde el primer momento como el accidente de trabajo ocupa un papel primordial, pues la calificación profesional o común del riesgo, determinaba la existencia o no de protección.

Somos partidarios de tender hacia una noción unitaria de la acción protectora (independientemente del origen o naturaleza del riesgo causante, común o profesional), de defender la idea de que un moderno sistema de Seguridad Social, para que se diferencie de un mero sistema de previsión social (o de seguros sociales), tiene que estar definido por dos grandes principios: el principio de uniformidad de las prestaciones ante un mismo evento, y el principio de conjunta consideración de las contingencias.

Para poder ofrecer respuestas y plantear el acercamiento entre contingencias, se acude al origen del porque se discrimina la protección de la necesidad en atención a su causa productora, superando la propia necesidad, que en definitiva es el exceso de gastos o defecto de ingresos. Para ello, se hace un estudio sobre la problemática que envuelve a las dos contingencias profesionales, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

De todos es sabido que la regulación del accidente de trabajo es el antecedente de nuestra Seguridad Social, por lo que realizamos un análisis de la inamovilidad de su concepto y de la elasticidad de los elementos constitutivos de su definición legal, observando como poco a poco se tiende a dilatar dicho concepto, celosamente guardado a lo largo de más de un siglo, y que va más allá del ámbito laboral, dando lugar a mucha confusión y a continuos cambios doctrinales y jurisprudenciales. Para ello, se incorporan una selección exhaustiva de sentencias del Tribunal Supremo, la mayoría de ellas con una cita o reproducción parcial de las mismas. Por otro lado, se realiza un estudio de la

enfermedad profesional y sus peculiaridades en este tema, diferenciándola no sólo del accidente de trabajo, sino también de las contingencias comunes.

Queremos resaltar que se ha puesto especial esmero en citar la referencia del repertorio jurisprudencial para localizar con mayor facilidad la sentencia señalada en cada momento. Para ello, se ha intentado realizar un estudio en profundidad de las sentencias, y no un mero análisis superficial de las mismas, hasta la actualidad, ofreciendo una visión clara y sencilla del tratamiento ofrecido a nivel jurisprudencial.

Posteriormente, se hace un análisis de la cobertura de las prestaciones de Seguridad Social según la contingencia de origen, tomando como punto de referencia las particularidades que cada prestación ofrece según que el origen del riesgo sea común o profesional. Se aborda la materia conjugando continuas referencias doctrinales y jurisprudenciales, tomando como soporte de referencia el tratamiento de cada una de ellas si la contingencia deriva de riesgos profesionales, y su comparativa con los comunes.

Finalmente, se ofrece una visión general de la protección de los riesgos profesionales en los ámbitos internacional y europeo, y como se aborda en los mismos el trato privilegiado de los mismos frente a las contingencias comunes. En este caso observamos que la pereza del legislador internacional y/o europeo se ha salvado por la doctrina, y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por lo que incorporamos las sentencias más relevantes al respecto.

Hemos optado por esta estructura porque entendemos que es la mejor forma de poder entender como están reguladas las contingencias profesionales en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social, el porqué de su trato privilegiado frente a las contingencias comunes, y la necesidad imperiosa de un acercamiento entre las mismas en aras a simplificar y unificar el Sistema; y todo ello dentro del marco dinámico que caracteriza a todo sistema de Seguridad Social moderno.

En último término, se indican las principales conclusiones que hemos extraído del presente trabajo. En las mismas, intentamos adoptar una posición crítica en aras a fomentar un avance legislativo en este tema, por lo que en ocasiones nos atrevemos a hacer propuestas de mejora, que quizás algún día puedan llegar a ser una realidad.

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COBERTURA POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES

1. ORÍGENES DE LA PROTECCIÓN POR ACCIDENTES DE TRABAJO

Se puede afirmar con propiedad que no cabe hablar de Seguridad Social en sentido estricto hasta mediados del siglo XX, pero los sucesos acontecidos a finales del siglo XIX, donde la revolución industrial originada en Inglaterra y extendida posteriormente por toda Europa, marcaría una gran transformación social apareciendo nuevas clases obreras, como el proletariado urbano, capaces de reivindicar sus derechos ante los nuevos problemas que iban surgiendo en el ámbito laboral, como la situación de pobreza o la precariedad de los obreros, y que supondría el nacimiento de una figura clave como es el accidente de trabajo.

1.1. Política preventiva y vertiente reparadora: Ley de 30 de enero de 1900 sobre Accidentes de Trabajo

El accidente de trabajo nació, como concepto jurídico, en la incipiente legislación de seguros sociales de la mayoría de los países de nuestro entorno, incluido España, apareciendo en una Ley de 1900, en la que se regula la responsabilidad objetiva y asegurable del empresario frente al trabajador para indemnizar a las víctimas de accidentes en el trabajo. Años más tarde, aparece el concepto preventivo que ya se apuntaba en la citada Ley, concepto vinculado a la exigencia por la Administración Laboral de responsabilidades a los empresarios que incumplían sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. En España estos dos sistemas normativos (preventivo y reparador), aunque inciden sobre una misma realidad social, no llegan a ser unidos armoniosamente, como tendremos ocasión de examinar en el presente trabajo.

1.1.1. El origen de las normas preventivas y reparadoras sobre accidentes de trabajo

Partimos del análisis del modo en que surge históricamente el concepto de accidente de trabajo y de la forma en que éste fue modelándose, mediante sucesivas reformas normativas y diferentes interpretaciones jurisprudenciales, como tendremos posibilidad de analizar, al tiempo que evoluciona el propio sistema español de Seguridad Social. El desarrollo histórico de este concepto, que va unido a la evolución de la culpa, ya sea del empresario, del trabajador o de terceros, explica cómo queda configurado el mismo en la actualidad. Al principio, previamente a la aparición del concepto jurídico de accidente de trabajo, la responsabilidad era empresarial, pues es el empresario el que está detrás de lo que suceda en la empresa, si bien en el concepto actual de accidente de trabajo pierde relevancia la culpa empresarial para aproximarse a la responsabilidad objetiva.

La evolución de la protección del accidente de trabajo es una historia de encuentro y desencuentro entre las políticas preventivas y reparadoras: las primeras vienen constituidas por todo el conjunto de medidas encaminadas a prevenir los siniestros laborales, y el entramado normativo e institucional de la política preventiva tiene por finalidad específica la evitación o minimización de los riesgos susceptibles de causas de siniestralidad laboral; las segundas, que parten del concepto de accidente de trabajo en materia de Seguridad Social, intentan garantizar una protección integral frente a todos los riesgos profesionales o comunes, pasando por la asistencia sanitaria, el abono de prestaciones económicas y la rehabilitación física y psíquica del trabajador; por tanto, en el círculo integral de protección¹. En definitiva, se trata de formas de tutela pública contra los riesgos laborales (tutela preventiva y tutela reparadora)².

En este sentido, entendemos en la línea de la discutible diferenciación protectora entre las situaciones de necesidad en atención a las causas, profesional o común, que las ha provocado, abogamos por la idea de tratar de suprimir o al menos mitigar de alguna

¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006, pág. 3.

² MONEREO PÉREZ, J. L., “Prologo”, *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 13.

forma estas discriminaciones protectoras por razón de la causa, lo que implica una redefinición no solo de la política reparadora, sino también de la preventiva.

En la actualidad, las políticas de Seguridad Social pueden definirse como el conjunto de acciones de política social que el Estado asume y que tienen por finalidad atender la situación de necesidad generada por el siniestro laboral, otorgando prestaciones económicas, sanitarias y de rehabilitación necesarias. Se trata, en definitiva, de proporcionar en cada caso la mejor respuesta posible para combatir eficazmente un fenómeno de consecuencias tan diversas y complejas como es la siniestralidad laboral, tanto en su vertiente humana, como en la económica y social, velando por mejorar la salud laboral de los trabajadores. En el plano constitucional, la vertiente reparadora, o el derecho a la protección de Seguridad Social se reconoce en el artículo 41 de la Constitución como norma básica con el nivel de garantías mínimo, que prevé la obligación del Estado de mantener un sistema público de Seguridad Social, para atender a los ciudadanos con prestaciones suficientes en situaciones de necesidad. Así pues, el mecanismo público de aseguramiento de estas contingencias se ubica en la modalidad contributiva del sistema de la Seguridad Social, con prestaciones sustitutivas de las rentas en activo (“rentas de sustitución”) y prestaciones no dinerarias que constituyen una tutela reparadora de los daños causados en la salud o la integridad física del trabajador accidentado³.

La conceptualización y particular cobertura otorgadas históricamente al accidente de trabajo han sido elementos fundamentales en el origen de la Seguridad Social. La propia caracterización del accidente de trabajo explica que el esfuerzo legislativo correspondiente a los momentos considerados embrionarios de la Seguridad Social refiriera a este tipo de riesgo la primera cobertura social que surgió históricamente. Efectivamente, en comparación con las contingencias comunes, cuya asunción estatal resultaba demasiado onerosa en esta primera etapa, el accidente de trabajo tenía una incidencia numéricamente menor, que le hacía más asequible en los primeros momentos de la intervención estatal en el riesgo social⁴.

³ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, pág. 3.

⁴ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 52.

Aunque la finalidad preventiva constituye la misión básica del sistema de seguridad y salud laboral, y la finalidad reparadora la del sistema de Seguridad Social, lo cierto es que la función preventiva debe actuar también como criterio de legitimidad social del régimen específico de la tutela del accidente de trabajo dentro de la política de Seguridad Social. Todo ello dentro del concepto más amplio de “política social”, de la que serían políticas específicas, y que atienden conjuntamente a la prevención del accidente de trabajo y a la tutela del trabajador accidentado. Ambas políticas se han desarrollado en paralelo (junto con las específicamente laborales y de empleo), llegando incluso a fusionarse en ciertos momentos históricos-normativos determinados; pero la relación no siempre ha sido idílica⁵.

El accidente de trabajo aparece como un riesgo que asume el trabajador al desarrollar su trabajo. Así se entiende que el accidente de trabajo y la enfermedad profesional son situaciones que alteran en ocasiones la salud del trabajador, son acontecimientos consustanciales al trabajo cuyo origen deriva de la propia actividad laboral. Del mismo modo que se asume que la realización de una tarea laboral lleva unida una exposición al riesgo, debe proporcionarse al trabajador algún tipo de compensación por el daño sufrido en la empresa al desarrollar su tarea. La idea de tratar de proteger al trabajador ante el accidente laboral, comenzó como una necesidad social en la revolución industrial (si bien antes, en las sociedades preindustriales, los gremios crearon ciertas medidas de protección para proteger a los accidentados, proporcionando a estos, cierta compensación cuando alguno sufría un siniestro dañoso).

Los cambios que produjo la entrada de la máquina en el sistema productivo provocaban un gran número de accidentes de trabajo. La preocupación por el aumento de la siniestralidad laboral fue en aumento, al generalizarse la transformación del proceso de producción en todos los sectores con la introducción de las máquinas, las duras condiciones laborales y la mayor concentración de mano de obra; hecho que hasta la fecha no había sido tenido en cuenta por los responsables políticos.

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, pág. 3.

Los orígenes de la protección por accidente de trabajo han de buscarse en las consecuencias sociales que la revolución industrial, el liberalismo⁶ y el método de producción capitalista tienen en las clases obreras. Los cambios en el modo de producción que permitían los avances tecnológicos, terminaron con la pérdida de cualificación profesional de los trabajadores, convertidos en mano de obra de fácil sustitución, pero necesaria para la producción en masa o a gran escala. El criterio de la rentabilidad económica y la minimización de costes implicaban salarios de miseria, técnicas de trabajo intensivo y extrema división del trabajo⁷. Al generalizarse el trabajo en la fábrica cambia el enfoque, entendiéndose el accidente como un hecho vinculado a la producción, a la actividad empresarial y, por tanto, responsabilidad del patrono.

La conjunción de estos factores dio lugar a la aparición de la “cuestión social obrera”⁸. En los primeros tiempos de la industrialización⁹ el trabajo se desarrolló en durísimas condiciones para los trabajadores (incluidas mujeres gestantes y lactantes, y niños de todas las edades), tanto en lo referente al tiempo de trabajo como en relación a las condiciones de seguridad, salubridad y medioambientales de los centros de trabajo. Las condiciones de seguridad e higiene en el lugar de trabajo eran inexistentes, tampoco el trabajador recibía formación, jornadas agotadoras, y medio ambiente laboral caracterizado por el hacinamiento, suciedad, humedad, falta de ventilación e iluminación y la falta absoluta de medidas de protección¹⁰.

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra (Seguridad Social), 2008, pág. 63, señala que “la instauración de los modelos contemporáneos de protección social pública suponen en el marco de la construcción del Estado social, una crítica a la concepción que el liberalismo originario tenía del individuo antes de su deriva democrático-social hacia lo que se daría en llamar propiamente “liberalismo social” y con él se defendería junto a otras direcciones de pensamiento reformista (la construcción de un Estado intervencionista capaz de garantizar los derechos sociales de la ciudadanía)”.

⁷ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, pág. 4.

⁸ REGA RODRÍGUEZ, A. L., “Ley de accidentes de trabajo de 8 de octubre de 1932”, en AA.VV., *Legislación histórica de previsión social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 111.

⁹ Sobre esta cuestión, puede profundizarse en MONTROYA MELGAR, A., “Sobre los orígenes del seguro social en España”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 80, 1996, págs. 961-968.

¹⁰ A este respecto, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, pág. 4, señalan que “la situación de los trabajadores llega a ser tan extrema que finalmente provoca la reacción de los poderes públicos, no porque se afrontara la situación desde una perspectiva solidaria sino por motivos interesados; la media de vida en las clases desfavorecidas es considerablemente baja a consecuencia de estas

Es ya tónica la afirmación de que la industrialización de la producción, en la sociedad europea del siglo XIX, produjo, entre otros efectos, los siguientes: a) La utilización generalizada de las máquinas, cada vez más complejas y movidas por fuerzas cada vez más peligrosas, sobre todo en su primera etapa de experimentación y perfeccionamiento sobre la marcha; b) El número creciente de accidentes en el trabajo, con fallecimiento o mutilación de las víctimas, y la conexión de tales adversidades con el manejo de dichas máquinas; c) La separación cada vez más radical, entre la propiedad de los medios de producción y el trabajo a prestar con dichos medios. Maquinismo, accidente de trabajo y asalariados se presentan unidos en el modelo de la sociedad industrial¹¹.

Aunque las primeras investigaciones sanitarias y las referencias a la seguridad de los trabajadores y las repercusiones del trabajo sobre salud se remontan a épocas bastantes lejanas, no será hasta la revolución industrial cuando encontraremos los primeros esfuerzos para afrontar una regulación de los aspectos relacionados con la protección de la seguridad y salud de los obreros. Frente a ella se produce una doble reacción: por un lado el movimiento obrero, cuya principal manifestación es la articulación de fórmulas colectivas privadas de previsión en la forma de las Sociedades de Socorro Mutuo, Hermandades, Cofradías, etc., donde es función del Estado atender la situación de necesidad derivada del accidente de trabajo, y que sería el germen de nuestro sistema público de Seguridad Social; por otro lado, aparecen las primeras normas proteccionistas del trabajo, debido a la presión de las Internacionales obreras y la influencia de la doctrina social de la Iglesia Católica. Estas primeras intervenciones legislativas implicaban una limitación a la autonomía de la voluntad en la relación de trabajo, que se traducían en una cierta erosión del poder empresarial por exigencia de la tutela del trabajador¹².

El origen de las normas preventivas, se sitúa temporalmente al mismo tiempo que surge de manera rudimentaria la regulación de las condiciones de trabajo industrial asalariado y las primeras normas de Seguridad Social, entre el final del siglo XIX y el

circunstancias, con escasas medidas de protección frente a los riesgos cada vez mayores de la actividad laboral”.

¹¹ BORRAJO DACRUZ, E., “Fundamento en la protección por accidentes de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)”, en AA.VV., *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, pág. 81.

¹² En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, págs. 4-5.

primer tercio del siglo XX. El desarrollo del maquinismo y la utilización de sustancias perjudiciales, trajo consigo la multiplicación de accidentes en los lugares de trabajo, así como la aparición de enfermedades, que tenían relación de causalidad con el trabajo. Fueron precisamente dos hechos: el incremento de muertes de trabajadores y el freno a la productividad, los elementos que impulsaron decisivamente el movimiento legislativo en torno a los accidentes laborales y su prevención¹³.

Dos acontecimientos se producen en la consolidación de los derechos sociales de los trabajadores. Por un lado la internacionalización de la seguridad y salud en el trabajo y la protección de Seguridad Social del accidentado como exigencia frente al Estado, que tiene su hito fundamental en la creación de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) por el Tratado de Versalles 1919, con reconocimiento de este tipo de derechos como fuente primaria de inspiración de la creación de esta organización internacional, y como objeto de especial atención por la normativa derivada de la misma; la OIT cuenta con una prodigiosa capacidad de creación de normas laborales y de Seguridad Social que han abarcado la mayor parte de los temas del campo de aplicación material del Derecho del Trabajo, entre ellos, las prestaciones en el caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, como tendremos ocasión de comprobar¹⁴. De otro lado, también la constitucionalización de derechos sociales (manifestación precursora es la Constitución de Weimar de 1919), determina una decidida atribución de derechos sociales a los trabajadores que culminaran en la consolidación de los sistemas de protección social como el Sistema de Prevención de Riesgos Laborales y de Seguridad Social tal como los conocemos en la actualidad¹⁵.

¹³ SOTO CARMONA, A., *El trabajo industrial en la España contemporánea (1874-1936)*, Anthropos, Barcelona, 1989, pág. 632.

¹⁴ Véase el epígrafe 1. La protección de las contingencias profesionales en las normas internacionales, del capítulo IV, de la presente investigación.

¹⁵ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, pág. 5.

1.1.2. Primeras medidas legislativas sobre los riesgos profesionales: la responsabilidad patronal civil por culpa o negligencia (1873-1900)

Las primeras manifestaciones legislativas se centran en la protección corporal del obrero, atendiendo originariamente a colectivos como mujeres y niños, pero irá progresivamente expandiéndose al conjunto de trabajadores, en cuanto al ámbito subjetivo; y en cuanto al ámbito material comienza a atenderse la seguridad económica del trabajador (originariamente a través de los seguros sociales y después con el sistema de Seguridad Social). Esta intervención normativa se articula publicando un espacio hasta entonces ocupado por el Derecho común. En nuestro país, esta intervención inicial se produce con cierto retraso respecto a otros países occidentales más industrializados¹⁶.

Partiendo de la base del tardío nacimiento de la legislación laboral en España, entre las primeras manifestaciones normativas, cabría señalar la Ley de 24 de julio de 1873 (Ley Benot, así denominada porque se dictó a iniciativa de este Ministro) sobre regularización del trabajo de menores en fábricas, talleres, minas y fundiciones. Prohibía el acceso al trabajo de niños y niñas menores de 10 años, y para los mayores de esta edad establecía diversas jornadas según una escala de edades. Imponía a las empresas ciertos deberes de asistencia médica y la habilitación de botiquines, e incluso, a determinadas empresas, les imponía la carga de sostener escuelas de instrucción.

Esta Ley es considerada por parte de la doctrina como “la primera de las leyes obreras española en sentido estricto”¹⁷. Es la norma iniciadora de la legislación social, el punto de partida de nuestro Derecho Laboral. Por el contrario, otro sector doctrinal

¹⁶ Hasta 1868 en España no se inicia una resistencia obrera frente al capitalismo a través de organizaciones de clase, tanto en su vertiente política (partidos obreros), como en su vertiente económica (sindicatos y sociedades de resistencia). Es en este momento cuando se inicia la formación de una conciencia obrera. En este sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho sindical español*, 5ª edición revisada, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 57, afirma que “el origen de la Seguridad Social va ligado a la regulación del accidente de trabajo en varios países europeos como en Alemania con la Ley de accidentes de trabajo de 1884, en Gran Bretaña con la Ley de accidentes de 1897, o en Francia con la Ley de accidentes de trabajo de 1898. Gran parte de estas leyes consagran la teoría del riesgo profesional superando las interpretaciones primitivas de los Códigos Civiles, conforme a las cuales la responsabilidad del empleador frente a los accidentes de trabajo había estado sucesivamente fundada en la demostración de su culpa”.

¹⁷ DE LA VILLA GIL, L. E., “Nacimiento del derecho obrero en España”, en AA.VV., *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1970, pág. 556. En igual sentido, Montoya Melgar se refiere a “la primera Ley laboral en sentido propio” (MONTROYA MELGAR, A. y PIZA GRANADOS, J., *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, 2ª edición, McGrawHill, Madrid, 2000, pág. 24).

entiende que el derecho obrero en España no comienza con la promulgación de la Ley Benot¹⁸. Incluso determinados autores la definen como una norma episódica, paternalista e inorgánica, que no responde a una orientación de política social definida, sino a un vago sentimiento de piedad y caridad hacia el más débil¹⁹.

A la Ley Benot, le siguió la Ley de 26 de julio de 1878, de trabajos peligrosos de los niños, que no fue propiamente una Ley con talante industrial, pues afectaba a los trabajos peligrosos, de los niños, de equilibrio, fuerza, dislocación de los profesionales del circo; pero fue significativa, pues prohibía o restringía de estas actividades a los menores de 16 años en el caso de que no fueran descendientes, o 12 años en el caso de descendientes, y prohibía también dedicar a los menores a la mendicidad.

En 1883, se crea la Comisión de Reformas Sociales, con competencias para promover la legislación en materia de “Política, higiene, y salubridad de los talleres” y, aunque no tuvo el apoyo necesario para llevar a buen término sus propuestas, fue el organismo público encargado de afrontar la cuestión social en los primeros años de la Restauración. Es conocida sobre todo por haber llevado a cabo una tarea de información y sensibilización sobre las condiciones de vida y de trabajo de las clases obreras, constituyendo un punto de ruptura en la política abstencionista que hasta entonces había imperado en el ámbito normativo estatal. La creación de esta institución marca un hito histórico en la medida en que supone el nacimiento del primer instrumento institucional que se establece para desarrollar la política de intervención social del nuevo Estado²⁰.

Con ella se inicia una labor preparatoria de estudio e investigación, así como de documentación e información, que precede a la acción estatal normativa y que se denomina intervencionismo científico en las relaciones de trabajo²¹. Así pues, fue una manifestación destacada del intervencionismo del Estado en materias laborales, que tuvo

¹⁸ MARTÍN GRANIZO, L. y GONZÁLEZ ROTHVOSS, M., *Derecho Social*, 2ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1932, pág. 26.

¹⁹ SALA FRANCO, T. y otros, *Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 55. En el mismo sentido, Borrajo Dacruz señala que “esta Ley fue inspirada por la literatura lacrimógena del siglo XIX, con su horror típicamente burgués al nomadismo y a la explotación infantil” (BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 13ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 111).

²⁰ REGA RODRÍGUEZ, A. L., “Ley de accidentes de trabajo de 8 de octubre de 1932”, *cit.*, pág. 109.

²¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del trabajo e ideología*, 4ª edición revisada, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 62.

por objeto el estudio de las cuestiones que interesan a la mejora de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales²².

Es unánime el sector doctrinal²³ que considera a la Comisión de Reformas Sociales como el origen de la legislación social española, al establecer un catálogo de reformas legislativas que influyeron decisivamente en la formación de esta rama del ordenamiento jurídico. Constituyó, asimismo, la primera medida de política social adoptada por el liberalismo español y la aplicación concreta de la investigación sociológica empírica que tenía en la encuesta su instrumento de análisis de la realidad social²⁴.

Fruto de la actividad de la Comisión de Reformas Sociales, surgen algunos proyectos que podemos considerar precedentes a la Ley de 1900 de Accidentes de Trabajo. El primer Proyecto de Ley que aborda de modo global la problemática que plantean los accidentes de trabajo, es el presentado el 5 de marzo de 1888 por el Ministro de Gobernación, José Luis Albareda, que sigue las bases establecidas por la Comisión, y que no recogía el principio de responsabilidad industrial ni de riesgo industrial. El mismo proyecto fue reproducido por Sagasta en posteriores legislaturas (1888-1889 y 1889-1890)²⁵.

Entre 1893 y 1894, Alberto Aguilera, liberal, y Ministro de Gobernación en el Gobierno de Sagasta, presentó un proyecto sobre responsabilidad industrial en caso de accidentes, que se opone al seguro obligatorio de accidentes, pero que tampoco llegó a cuajar. Se basaba en los principios de riesgo profesional y de responsabilidad industrial, y vincula el accidente profesional al riesgo profesional, que es independiente de la buena voluntad preventiva del empleador y a la nueva maquinaria, respondiendo siempre la

²² La Comisión, creada por Real Decreto de 5 de diciembre de 1883, siendo Ministro de Gobernación Don Segismundo Moret, tenía como objeto estudiar todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora y bienestar de las clases obreras tanto agrícolas como industriales y que afecten a las relaciones entre capital y trabajo.

²³ Entre otros, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del trabajo e ideología*, cit., pág. 62; y MARTÍN VALVERDE, A., “La formación del derecho del trabajo en España”, estudio preliminar en AAVV, *La legislación social en la historia de España de la Revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. XLVIII.

²⁴ DE LA CALLE VELASCO, M. D., “La Comisión de Reformas Sociales: de la represión al análisis de la conflictividad social”, *Studia histórica. Historia contemporánea*, núm. 4, 1984, pág. 13.

²⁵ MONTERO GARCÍA, F. “La polémica sobre el intervencionismo y la primera legislación obrera en España: 1890-1900 (parte II): El debate político parlamentario”, *Revista de Trabajo*, núm. 61-62, 1981, pág. 38.

empresa de este riesgo. Esta responsabilidad contractual o responsabilidad patronal por culpa no aseguraba definitivamente la indemnización a favor del obrero, si el accidente se producía por caso fortuito o por una falta exclusiva de él, pudiendo invocar el empleador en estos casos una causa legal de exoneración de responsabilidad.

Por tanto, hasta el año 1900 regirá el principio de responsabilidad patronal civil por culpa o negligencia, salvo caso fortuito o culpa del trabajador. La responsabilidad se articulaba únicamente con los mecanismos civiles y quedaba asociada al principio de carga de la prueba, que correspondía al trabajador. Así, producido el daño, el trabajador debía probar que éste tenía su origen en la actuación del empresario (culpa como sustentadora de la responsabilidad patronal). Era de aplicación la doctrina general prevista en los artículos 1101 y 1107 del Código Civil (en adelante, CC) sobre la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por dolo o negligencia. En el artículo 1908 CC se habla de responsabilidad de los propietarios por los daños causados por la explosión de máquinas que no hubieran sido colocadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.

1.1.3. La responsabilidad patronal por riesgo objetivo, al margen de la culpa o negligencia

Con la promulgación de la Ley de 30 de enero de 1900, sobre Accidentes de Trabajo²⁶ (en adelante, LAT) se inicia en la legislación social española las primeras etapas reales del derecho obrero²⁷. La LAT de 1900, o Ley Dato, supone dentro de la historia de la legislación social en España el punto de inflexión entre lo que se ha denominado fase de emergencia de la legislación de trabajo y su fase de crecimiento y consolidación²⁸. Otro sector doctrinal enmarca a esta Ley dentro de lo que se ha calificado como etapa filantrópica de la legislación laboral y que abarca los años comprendidos entre 1873 y 1917²⁹.

²⁶ Gaceta de 31 de enero.

²⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del trabajo e ideología*, cit., pág. 67.

²⁸ MARTÍN VALVERDE, A., “La formación del derecho del trabajo en España”, cit., pág. LIV. En el mismo sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, F., *Derecho del Trabajo*, 4ª edición, UNED, Madrid, 1986, pág. 102.

²⁹ MONTOYA MELGAR, A., “La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica”, *Revista de Trabajo*, núm. 54, 1976, pág. 11.

La doctrina científica³⁰ ha coincidido en señalar la importancia de la LAT en la posterior evolución de la legislación social española, suponiendo esta norma una profunda innovación en nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, se la ha considerado como “la base de sustentación del edificio de la legislación obrera en España”³¹. Algún sector doctrinal la ha calificado, con notorio exceso, como la primera norma española de Seguridad Social³².

La Ley de 30 de enero de 1900 forma parte de lo que se ha denominado “episodios cruciales iniciales del régimen moderno de Seguridad Social en España”, y configuró el riesgo de accidente de trabajo como responsabilidad del empresario, abstracción hecha de su culpa o negligencia³³. En principio, puede considerarse una Ley reguladora de condiciones laborales, pero es también la primera norma de previsión, pues autorizaba a los patronos a cubrirse de los gastos ocasionados por sus nuevas obligaciones, traspasándolas a compañías aseguradoras o a mutuas patronales de seguros, autorizadas por el Gobierno³⁴. Con todo, resulta indudable que 1900 es una de las fechas cruciales iniciales del régimen moderno de Seguridad Social en España³⁵.

Consta de una Exposición de Motivos y de 21 artículos sin división alguna por materias, desigualmente extensos y de enjundia jurídica muy heterogénea³⁶. Ya en la Exposición de Motivos se hace evidente la frustración social y la muy limitada capacidad de respuesta de los mecanismos jurídicos existentes frente a los accidentes de trabajo con anterioridad a la Ley de 1900³⁷. Por ello, en la misma Exposición se adelanta cual va a ser la principal aportación de la norma: la instauración de la doctrina del riesgo

³⁰ HERNAINZ MÁRQUEZ, M., *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, pág. 68.

³¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del trabajo e ideología*, cit., pág. 67.

³² ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 34.

³³ ALONSO OLEA, M., “La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, en AA.VV., *Cien Años de la 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, pág. 177.

³⁴ MARTÍNEZ QUINTEIRO, E., “El nacimiento de los Seguros Sociales, 1900-1918”, en AA.VV., *Historia de la acción social pública en España*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, págs. 263-264.

³⁵ ALONSO OLEA, M., *Instituciones de Seguridad Social*, 9ª edición revisada, Civitas, Madrid, 1983, pág. 31.

³⁶ GARCÍA NINET, J. I. y otros, *Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 39.

³⁷ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “El accidente de trabajo en la legislación española de los últimos cien años”, en AA.VV., *Jornadas Conmemorativas del Centenario de la Ley Dato*, Fremap, Madrid, 2001, pág. 29.

profesional. En este sentido, abandonando la concepción de la responsabilidad patronal por accidentes basada en la culpa, se configura la doctrina de la responsabilidad objetiva basada en el principio de que las consecuencias económicas del accidente de trabajo son uno de los gastos de la producción, a cargo, naturalmente, del empresario o patrono, lo que constituye una verdadera revolución jurídica³⁸.

La LAT y el Real Decreto de 28 de julio de 1900 dictado para su aplicación, introducen una serie de nociones jurídicas de gran acierto técnico y que han venido siendo mantenidas en la legislación posterior hasta nuestros días. Entre otros, quedan delimitados los conceptos de accidente de trabajo, patrono y operario en su primer artículo. Conceptos que han influido notablemente en conceptos básicos de Derecho del Trabajo como salario, contrato de trabajo, derecho laboral irrenunciable y justicia gratuita, entre otros³⁹.

Define al accidente de trabajo en su artículo 1 con una acertada fórmula, clásica en nuestro ordenamiento jurídico, como “toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. Esta definición tiene un antecedente poco conocido, el Real Decreto de 11 de junio de 1886, aprobatorio del nuevo Pliego de Condiciones para la Contratación de Obras Públicas en el que se hacía la distinción entre “accidentes que dependan del trabajo o estén relacionados con él”⁴⁰.

Al comentar este artículo, SEMPERE NAVARRO afirma que “(...) el contar con una referencia estable, clara y segura, constituye una bocanada de aire fresco intelectual para nosotros. ¡Un concepto legal que pervive durante toda una centena de años! Nada más que por eso, sin duda, la Ley de 30 de enero estaría entronizada como ejemplo de concisión y precisión técnica”⁴¹.

³⁸ GARCÍA ORMAECHEA, R., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Previsión sobre Accidentes de Trabajo: 1902-1934*, Sucesores de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1935, pág. 7.

³⁹ En este sentido, ver DE LA VILLA GIL, L. E. “La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español”, en AA.VV., *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, págs. 3-35.

⁴⁰ MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje de las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 53-54.

⁴¹ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Virtualidad de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900”, *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 59.

Por patrono, según el artículo 1 LAT, se entiende “el particular o Compañía, propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste”. Esta definición recogida en la Ley, es ampliada en el Real Decreto de 28 de julio de 1900, aprobatorio del Reglamento para la aplicación de la LAT (Gaceta de 1 de septiembre), cuyo artículo 1 establece, que “(...) se considerará como patrono al contratista, subsistiendo siempre la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria (...). El Estado, las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos quedan equiparados (...) a los particulares y Compañías”. El concepto legal de patrono empeoró considerablemente el del Proyecto de Ley⁴², que entendía por patrono toda persona, razón social, compañía o entidad por cuya cuenta, bajo cuya dirección o por cuyo mandato o encargo se realizan trabajos⁴³, el concepto del proyecto se adecuaba más a la figura, pues precisa que el ejercicio de la profesión o trabajo que realiza el operario se realiza en beneficio del patrono.

En relación al concepto de operario, la LAT lo define como “todo el que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena”. Por tanto, se requiere que el trabajo sea habitual, manual, por cuenta ajena, y que se desarrolle fuera del ámbito del domicilio del obrero. Su inclusión, según aclara el Reglamento de 28 de julio de 1900 en su artículo 2, es independiente de que trabajen con remuneración o sin ella, a salario o a destajo, o en virtud de contrato verbal o escrito.

Esta Ley garantiza la protección del obrero manual⁴⁴ accidentado, mediante la imputación al patrono del daño sufrido, ya que se considera que es el beneficiario del

⁴² Esto es, el Proyecto de Ley de indemnización a los obreros que se inutilizan en el trabajo, presentado el 5 de marzo de 1888 por el Ministro de Gobernación, José Luis Albareda.

⁴³ DE LA VILLA GIL, L. E., “La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español”, *cit.*, pág. 8. En palabras de SEMPERE NAVARRO, “la identificación de la categoría de empleador con tintes dominicales (“propietario de la obra, explotación o industria”) concuerda con las concepciones de la época, luego separadas jurisprudencial y normativamente, al igual que la tácita exclusión de las Administraciones Públicas del campo aplicativo; sin embargo, este último supuesto es luego repescado por el artículo 13. Pero muy por encima de tales restricciones, si es que se contemplan por comparación con el régimen actual, hay que resaltar que la denominada “Ley Dato” rompe con la actitud de ignorancia legislativa hacia el accidente de trabajo” (SEMPERE NAVARRO, A. V., “Virtualidad de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900”, *cit.*, pág. 60).

⁴⁴ A este respecto, señala SEMPERE NAVARRO: “obsérvese la tendencia propia de la política social de la época a centrar su atención sobre el “obrero industrial manual” con preferencia, excluyendo, aunque con deseo de incluir, otros sectores vinculados a actividades tradicionales como minas, metalurgia, construcción o energía” (SEMPERE NAVARRO, A. V., “Virtualidad de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900”, *cit.*, pág. 63).

trabajo realizado por el trabajador accidentado y creador de la situación de riesgo que provocó el accidente. Se trata de una responsabilidad de carácter “objetivo”, originada por un evento derivado de la actividad productiva y no imputable o vinculada a la culpa de nadie⁴⁵. Para ejercitar una pretensión de indemnización basada en esta responsabilidad por riesgo no se precisa demostrar la culpa o la comisión de un acto ilícito.

La LAT configura definitivamente en el Derecho Social español el principio de responsabilidad patronal por riesgo objetivo (responsabilidad objetiva, que sustituye a la anterior responsabilidad civil por culpa). En su segundo artículo, establece que “el patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio la profesión que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor”. Hasta la promulgación de la LAT, nuestro ordenamiento jurídico no tenía técnicas o figuras normativas eficaces que permitieran a los trabajadores exigir responsabilidad al patrono cuando se incapacitaban a consecuencia de accidentes laborales. Hasta ese momento, la responsabilidad derivada de un accidente de trabajo se trataba de justificar siguiendo diferentes teorías o construcciones jurídicas:

- Teoría de la culpa extracontractual: Se basa en que patrono y obrero son responsables recíprocamente, siempre que intervenga en cualquiera de ellos culpa o negligencia. Esta doctrina era la que se aplicaba en España antes de la vigencia de la LAT, demostrándonos la escasa jurisprudencia existente en relación a este particular la “ausencia de toda idea acerca de la sustantividad del problema”⁴⁶. La responsabilidad del patrono era hasta 1900 de tan difícil justificación, que en toda la jurisprudencia civil española desde 1838 hasta 1900, sólo hay un fallo del Tribunal Supremo (en adelante, TS), de fecha 14 de diciembre de 1894, en el que se planteó esa cuestión, resuelta a favor de los familiares de un obrero que perdió la vida por ausencia de medidas de seguridad achacables a la empresa⁴⁷.

⁴⁵ Por otra parte, desde la perspectiva preventiva, la responsabilidad por culpa tenía sus límites, pues incentiva la prevención, pero la incentiva solamente hasta el nivel de diligencia normal exigible. En este sentido, véase DESDENTADO BONETE, A., “El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario”, *Seguridad Social. Una perspectiva histórica*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 276.

⁴⁶ En este sentido, ver GONZÁLEZ REBOLLAR, H., *Ley de accidentes del trabajo. Estudio crítico a la española de 30 de enero de 1900*, Imprenta de Calón, Salamanca, 1903, págs. 177 y ss.

⁴⁷ GARCÍA ORMAECHEA, R., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Previsión sobre Accidentes de Trabajo: 1902-1934*, cit., pág. 8.

- Teoría de la falta contractual: El patrono viene obligado por efecto del contrato de arrendamiento de servicios a reparar los daños sufridos por el obrero en el tiempo de su duración. Se pretendía fundamentar esta obligación en el mismo convenio, porque arrendado el servicio de un operario por tiempo cierto “el arrendador debe garantizar a aquél, mientras el contrato dure, la integridad corporal indispensable para la realización del trabajo”⁴⁸.

La única causa de exención de la responsabilidad patronal por accidente de trabajo vendrá dada cuando el accidente sea causado por fuerza mayor extraña al trabajo. Debe entenderse que existe fuerza mayor ajena al trabajo “cuando esta es de tal naturaleza que ninguna relación ni conexión guarda con el ejercicio o profesión de que se trata”⁴⁹.

La LAT, inspirada en el modelo francés⁵⁰ (contenido en la Ley de Accidentes de Trabajo francesa, de 9 de abril de 1898), es la primera norma específica en relación a la vertiente reparadora del accidente de trabajo, aunque la misma y su Reglamento de desarrollo, de 28 de julio de 1900 contenían también normas relativas a la previsión de los accidentes de trabajo. Subyace en ella un nuevo principio ordenador de la responsabilidad del patrono por el accidente de trabajo, al margen de su culpa o negligencia (establece la novísima doctrina de la teoría del riesgo profesional). Hasta ese momento, la jurisprudencia nacional se había limitado a establecer cierta presunción *iuris tatum* de responsabilidad empresarial en los accidentes ocurridos en el trabajo⁵¹, pero dicha responsabilidad admitía prueba en contrario y no aseguraba una cobertura fiable.

⁴⁸ OSSORIO Y GALLARDO, A., *Accidentes del Trabajo*, Ricardo Rojas, Madrid, 1902, pág. 5.

⁴⁹ FERNÁNDEZ DE CASTRO, R., “Comentarios a la Ley de 30 de enero de 1900 sobre los accidentes de trabajo”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Tomo 16º, 1910, pág. 347.

⁵⁰ Sobre el contexto político y económico que rodea la promulgación de la Ley, véanse entre otros: BORRAJO DACRUZ, E., “El nacimiento del Derecho del Trabajo: el debate ideológico y la situación social en España de 1902”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2002, pág. 165; MARTÍNEZ QUINTEIRO, E., “El nacimiento de los Seguros Sociales, 1900-1918”, *cit.*, págs. 243 y ss.; VELARDE FUERTES, J., “El nacimiento de la Seguridad Social con Dato en 1900: Panorama político, social y económico que lo rodeó en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 24, 2000, págs. 13-19. El efecto más novedoso de la Ley francesa es la propuesta de inversión de la carga de la prueba en el supuesto de accidente laboral, al no corresponder al trabajador probar que el patrono es el responsable del accidente, sino al patrono que el accidente es debido a la culpa de la víctima. En este sentido, PIC, P., *Estudio crítico de la Ley de Accidentes de Trabajo francesa de 9 de abril de 1898*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, pág. 20, puntualiza que “la teoría de la responsabilidad objetiva aplicada a los accidentes de trabajo, dio paso a la teoría del riesgo profesional, que se constituyó en el eje central de la Ley de Accidentes de Trabajo francesa de 9 de abril de 1898”.

⁵¹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *El accidente in itinere*, Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 8.

Por tanto, junto a las clásicas teorías jurídicas sobre responsabilidad civil derivada de un contrato, por daños de terceros, o por causa de fuerza mayor, surge la teoría del riesgo profesional, según la cual el empresario es responsable de los riesgos que sufra el trabajador que tiene a su servicio, sin necesidad de probar la existencia de culpa o hecho de fuerza mayor. Nace, de este modo, la responsabilidad del empresario ante accidentes acaecidos en el trabajo y la subsiguiente obligación empresarial de asistencia sanitaria e indemnización económica, según proceda, al trabajador. Surge una protección del trabajador por cuenta ajena directamente unida al contrato de trabajo y al salario, que se asemeja a la técnica del seguro. Se origina inicialmente en Alemania a finales del siglo XIX, con el canciller Otto von Bismarck, y en España tiene su primera expresión en la LAT⁵².

El proyecto de Eduardo Dato reitera el criterio de “responsabilidad industrial”⁵³, entendiéndolo que los accidentes de trabajo eran un gasto de producción a asumir por el empresario, el cual es el responsable económico del trabajo y el propietario del producto del trabajo realizado por el trabajador. Este proyecto del Gobierno se vería alterado por el dictamen de la Comisión del Senado, que introduce y desarrolla los aspectos preventivos, considerando que la ausencia de las medidas preventivas en las fábricas eran un agravante que incrementa la indemnización del accidentado⁵⁴. Se pretendía de esta manera concienciar al patrono para que adoptara las medidas preventivas necesarias, evitando así buena parte de los accidentes de trabajo⁵⁵. Se configura así una responsabilidad empresarial de carácter objetivo, que tiene como únicas posibilidades de exención el dolo del trabajador y la fuerza mayor.

⁵² ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J. M., “Los servicios sociales: sistema público de protección social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151, 2011, págs. 672-673. El 17 de noviembre de 1881, el Canciller Bismarck anuncia en el Parlamento alemán la creación de los seguros sociales, en concreto los seguros de enfermedad, de accidente de trabajo, y de vejez e invalidez.

⁵³ Así la llamo el Proyecto de Ley presentado por Sanromá en 1890 en la Comisión de Reformas Sociales. Curiosamente el sistema de responsabilidad personal y directa del patrono fue defendido por Sanromá, frente al de seguro social, por estimarlo más barato y más incentivador de la prevención de los accidentes. Véase, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Seguridad Social, riesgo profesional y accidente de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2000, pág. 3.

⁵⁴ MONTERO GARCÍA, F., “La polémica sobre el intervencionismo y la primera legislación obrera en España: 1890-1900 (parte II): El debate político parlamentario”, *cit.*, pág. 40.

⁵⁵ GARCÍA ORMAECHEA, R., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Previsión sobre Accidentes de Trabajo: 1902-1934*, *cit.*, pág. 12.

La protección que establece la LAT consiste en facilitar la asistencia médica y farmacéutica al obrero hasta que se halle en condiciones de volver al trabajo, y el abono de una indemnización en caso de incapacidad⁵⁶. El patrono debe pagar la cantidad total que corresponda, asumiendo el pago directamente o concertando un seguro a su costa a favor del obrero, en una sociedad de seguros debidamente constituida que sea de las aceptadas para este efecto por el Ministerio de la Gobernación, pero siempre a condición de que la suma que el obrero reciba no sea inferior a la que correspondiera con arreglo a la Ley⁵⁷. Así pues, el aseguramiento previsto en la LAT no se estableció obligatorio sino meramente voluntario⁵⁸ y privado, pues posibilita al empresario la opción de asegurar facultativamente su responsabilidad, según hubiera contratado o no con alguna institución aseguradora.

Fue sorprendente la rápida tramitación parlamentaria que tuvo la LAT y la ausencia de resistencia fuera y dentro del Parlamento, oposición que en principio parecía previsible debido a la importancia de los cambios que originaba el proyecto en cuanto al establecimiento del criterio de responsabilidad industrial⁵⁹. Con todo, las dificultades que

⁵⁶ Artículo 4º LAT: “Los obreros tendrán derecho a indemnización (...) si el accidente hubiese producido una incapacidad temporal (...) igual a la mitad de su jornal diario desde el día en que tuvo lugar el accidente hasta el que se halle en condiciones de volver al trabajo. Si el accidente hubiese producido una incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo, (...) indemnización igual al salario de 2 años; pero sólo será la correspondiente a 18 meses de salario, cuando la incapacidad se refiera a la profesión habitual, y no impida al obrero dedicarse a otro género de trabajo. Si el accidente hubiese producido una incapacidad parcial, (...) con igual remuneración a otro trabajo compatible con su estado, o a satisfacer una indemnización equivalente a un año de salario a elección del patrono”. Como se puede observar, se acoge un concepto profesional de la incapacidad, de manera que las mismas dolencias pueden generar diversas consecuencias o calificación, puesto que hay que poner en conexión las secuelas padecidas por el trabajador con su profesión habitual. En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A. V., “Virtualidad de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900”, *cit.*, pág. 65.

⁵⁷ “Aquí ya tenemos configurados tres de los rasgos que la Mutua Patronal (hoy denominada, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social) va a mantener hasta nuestros días, bien que con diversos matices, puesto que la incorporación a ella de los empresarios es voluntaria, poseen naturaleza privada y han de ser expresamente autorizadas para intervenir en la cobertura de estas contingencias”. En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A. V., “Virtualidad de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900”, *cit.*, pág. 72.

⁵⁸ El aseguramiento obligatorio por accidentes de trabajo no se producirá hasta la Ley de Accidentes de Trabajo de 1932.

⁵⁹ MONTERO GARCÍA, F, *Los seguros sociales en la España del siglo XX. Orígenes y antecedentes de la previsión social*, tomo I, Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Universidad de Salamanca, Madrid, 1988, pág. 146.

surgieron para obtener la aprobación de la Ley en el seno del partido conservador y en la misma comisión parlamentaria constituyen un amplio anecdotario⁶⁰.

El éxito de la promulgación de la LAT se debe atribuir a la habilidad de Dato en la presentación de los proyectos y al carácter abierto con el que se afrontan las enmiendas, unido al consenso político, fruto en buena medida de la labor previa desarrollada en el seno de la Comisión de Reformas Sociales, en relación a la necesaria legislación social. Son estas razones las que nos explican, en última instancia, el rápido proceso de aprobación del proyecto en Cortes y su escasa oposición parlamentaria⁶¹.

La protección de los accidentes de trabajo que disponía la Ley Dato era aplicable para todos los trabajadores asalariados sin diferencia de sexo o edad, lo cual suponía la ruptura del dogma liberal de la igualdad de los contratantes en el arrendamiento de servicios, optando el legislador por la configuración de un Derecho nuevo construido sobre la base del contratante débil⁶².

Sin embargo, no fue este el enfoque que desde la óptica liberal se quiso dar a la norma. Se entendía que la protección de los accidentes de trabajo que regulaba la Ley Dato no era sino una norma más dentro del nuevo enfoque que en el ordenamiento jurídico se había dado a la responsabilidad por daños. Esta norma no afectaba según los ideólogos abstencionistas de la época al orden liberal, sino que se limitaba a constatar la existencia de nuevos factores de peligro en la civilización industrial⁶³.

Fueron muchos los elementos de esta primera regulación del accidente de trabajo que conformaron los pilares de nuestro actual sistema de Seguridad Social que se han mantenido, aunque sea parcialmente, así: 1) La generalidad de la aplicación de la responsabilidad objetiva a todos los sectores de actividad; 2) La conceptualización de las

⁶⁰ ESPUNY TOMÁS, M. J., “Eduardo Dato y la legislación obrera”, *Historia Social*, núm. 43, 2002, pág. 4.

⁶¹ En este sentido, MONTERO GARCÍA, F. “La polémica sobre el intervencionismo y la primera legislación obrera en España: 1890-1900 (parte II): El debate político parlamentario”, *cit.*, pág. 42.

⁶² MARTÍN VALVERDE, A., “La formación del derecho del trabajo en España”, *cit.*, pág. LXIV.

⁶³ *Ibidem*, pág. LXV.

incapacidades; y 3) La competencia jurisdiccional especial, mediante Tribunales industriales a partir de 1908⁶⁴.

Así pues, se le considera un texto capital en la evolución histórica del Derecho español porque la Ley, en palabras de ALONSO OLEA, “es no la primera de Seguridad Social, sino una de las primeras modernas importantes del Derecho del Trabajo de nuestro país”⁶⁵.

Por otro lado, la necesidad de una mayor protección de las clases obreras, no sólo en los aspectos estrictamente laborales como son las condiciones de trabajo, sino también en la ayuda que necesitan para los momentos de inactividad laboral, hará que la protección por riesgos profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) se extienda a las contingencias comunes, es decir, a las derivadas de enfermedad común o accidente no laboral. Se adoptará también para ellas la técnica del seguro o de la previsión social, en virtud de la cual se asegurarán previamente, durante la vida laboral del trabajador las posibles adversidades o desprotecciones que le pueden acaecer.

Dicho aseguramiento, cuando se trata de contingencias comunes, y a diferencia de las contingencias profesionales, no correrá únicamente a cargo del empresario, sino que las cotizaciones previas serán efectuadas por el empresario y por los trabajadores, sin perjuicio de las aportaciones que realiza el Estado. No estamos, por consiguiente, ante la gratuidad característica de la beneficencia, sino ante una técnica novedosa, la previsión social aseguradora⁶⁶.

Es un hecho histórico irrefutable que el Derecho de la Seguridad Social está íntimamente ligado con la tutela de las contingencias profesionales y la propia insuficiencia del Derecho común para su tratamiento reparador; su nacimiento se conecta precisamente con el aseguramiento de tales riesgos⁶⁷. El contenido originario de la noción de riesgo social venía referido a todos los riesgos que podrían obligar a un obrero a cesar

⁶⁴ A este respecto, PALACIO MORENA, J. I., *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924). La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, págs. 32 y ss.

⁶⁵ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 53.

⁶⁶ ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J. M., “Los servicios sociales: sistema público de protección social”, *cit.*, pág. 673.

⁶⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, núm. 19, 2008, BIB 2008/3064, edición digital en westlaw.es, pág. 10.

en su trabajo, temporal o definitivamente, de manera que la noción de riesgo social venía indirectamente determinada por el ámbito mismo de la legislación obrera⁶⁸.

Desde la LAT, los riesgos cubiertos se fueron extendiendo, pasando a cubrir las “contingencias comunes” que sufrieran los trabajadores ya en 1942⁶⁹, en una línea de tendencia que situaba el eje protector no tanto en el origen sino en el resultado: la pérdida de la capacidad de trabajar y la consiguiente pérdida del salario (actualización del riesgo). Por tanto, en este momento la protección social es estrictamente profesional (si bien se comienzan a cubrir las contingencias comunes, comenzando por la enfermedad): sólo se protege a los trabajadores; es el tiempo de los llamados “seguros sociales”.

Posteriormente vendrá la Seguridad Social, que se diferencia de los seguros sociales por un principio universalista (protección no estrictamente profesional, sino vinculada a toda la población vinculada al *status* de ciudadanía social), y de uniformidad en atención a situaciones de necesidad con independencia de su origen (el riesgo social no consiste solamente en la pérdida del empleo por diferentes causas, sino también, en la disminución del nivel de vida de un trabajador)⁷⁰.

Con la progresiva extensión objetiva de la protección se viene produciendo un fenómeno de desplazamiento de la originaria atención al concepto de riesgo social hasta centrar la atención en la protección de los estados de necesidad, que se corresponde mejor con una Seguridad Social de corte más asistencial frente al principio de contributividad predicable de los más rudimentarios sistemas de previsión social.

Ello implica una ampliación de la noción de riesgo social a favor de personas que se encuentran en situación de dependencia económica y socialmente débiles para

⁶⁸ En este sentido, véase DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, págs. 719-726.

⁶⁹ La Ley de 24 de diciembre de 1942, por la que se crea el Seguro Obligatorio de Enfermedad (BOE de 27 de diciembre), en sus artículos 16-18, establece una asistencia médica-farmacéutica (desde el día de la afiliación de cada asegurado para éste, su cónyuge y sus hijos, y para los demás familiares no comenzará hasta pasados 6 meses); y una indemnización, si se cumplen unas condiciones (a) Aseguramiento mínimo de 6 meses; b) Recibir asistencia sanitaria del Seguro; c) Estar incapacitado para el trabajo; d) No haber provocado ni mantener intencionadamente la enfermedad), que será del 50% de la última cotización (sin perjuicio de seguir percibiendo las demás prestaciones de seguros sociales hasta el seguro de paro) y abonada en las enfermedades de duración mínima de 7 días y a partir del quinto día de la enfermedad, hasta 26 semanas como máximo.

⁷⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 10.

procurarse por sí mismos esa garantía contra los riesgos que puedan afectarles.

En los sistemas modernos de Seguridad Social, la protección contra los riesgos, profesionales o no, “tiende a otorgarse a todas las personas que ejercen una actividad profesional e, incluso, a todos los que se encuentran en la imposibilidad de realizar un trabajo como consecuencia de circunstancias ajenas a su voluntad”⁷¹.

1.2. Tratamiento de los accidentes de trabajo por la legislación emanada en el periodo 1900-1963

En nuestro país, al igual que en la mayor parte de los sistemas jurídicos de nuestro entorno, la protección de los accidentes de trabajo se ha centrado en la responsabilidad empresarial. Su evolución implica la sucesión de cuatro modelos con tratamiento diferenciado sobre la misma: inicialmente, la respuesta en la etapa del liberalismo viene dada por la responsabilidad por culpa propia del régimen civil común, y a partir de la Ley Dato de 1900 se pasó a una responsabilidad objetiva por el riesgo profesional, como hemos tenido ocasión de analizar. Seguidamente, en 1932 el sistema pasa a ser de aseguramiento obligatorio, mientras que, por último, a partir de 1963, se produce la integración en el sistema de Seguridad Social.

En síntesis, desde un punto de vista histórico, en España se distinguen dos etapas en el nacimiento y desarrollo de los seguros sociales: una etapa inicial, hasta 1936 donde principalmente se crean el Retiro Obrero (1919), el Seguro de Maternidad (1929) y el Seguro de Accidentes de Trabajo (1932); y una etapa posterior, hasta 1963, donde se reordenan dichos seguros sociales.

⁷¹ DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, cit, págs. 719-726.

1.2.1. El aseguramiento voluntario de la responsabilidad del empresario desde 1900 hasta 1931

En el plano institucional, junto a la aparición de la Comisión de 1883, en 1903 se crea el Instituto de Reformas Sociales⁷², abriéndose un periodo de proliferación normativa que afectaría a la seguridad e higiene en el trabajo. Y en 1908 se crea el Instituto Nacional de Previsión, por Ley de 27 de febrero de 1908⁷³, al que se le asignaron entre otras las siguientes funciones: a) Difundir e inculcar la previsión popular, en especial en forma de pensiones de retiro; b) Administrar la mutualidad de asociados que se crease; y c) Asumir la gestión directa de la protección establecida como obligatoria contra diversos riesgos⁷⁴. Se establecen así medidas reales de protección social que serán precursoras de la actual Seguridad Social. Destaca la puesta en práctica de un régimen de libertad subsidiada, que pretendía encontrar el equilibrio entre la libertad de concertar un seguro por parte de los asegurados y la responsabilidad de cobertura de los riesgos por parte del Estado⁷⁵.

Conviene tener presente que en el año 1919 se produce un acontecimiento histórico de consecuencias capitales para el Derecho del Trabajo, la creación de la OIT, que facilitará la internacionalización en materia de protección y tutela de las necesidades individuales y colectivas de los ciudadanos a escala universal. Junto al objetivo genérico de “asegurar la paz permanente en el mundo y alcanzar de forma urgente la mejora de las condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para

⁷² RD de 23 de abril de 1903, por el que se crea el Instituto de Reformas Sociales (Gaceta núm. 120, de 30 de abril). Sobre esta figura véase, con mayor amplitud, entre otros, MONTOYA MELGAR, A., “El Reformismo Social en los orígenes del Derecho del Trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 1 (ejemplar dedicado a Derecho del trabajo: Centenario del Instituto de Reformas Sociales), 2003, págs. 81-108; ALONSO OLEA, M., “Los Proyectos de Ley de Contrato de Trabajo del Instituto de Reformas Sociales (en especial en cuanto a los privilegios salariales)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 1 (ejemplar dedicado a Derecho del trabajo: Centenario del Instituto de Reformas Sociales), 2003, págs. 109-114; y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., “El Instituto de Reformas Sociales en el origen de la Inspección de Trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 1 (ejemplar dedicado a Derecho del trabajo: Centenario del Instituto de Reformas Sociales), 2003, págs. 119-140.

⁷³ La Ley de 27 de febrero de 1908 (Gaceta de 29 de febrero), recogía sustancialmente el contenido de un proyecto que, curiosamente, fue presentado por dos veces ante las Cortes, la primera con fecha de 1 de noviembre de 1906 (Gaceta de 3 de noviembre) y la segunda con fecha de 24 de enero de 1908 (Gaceta de 25 de enero). Su acción protectora ubicaba la previsión en la voluntad de los particulares, aunque con el incentivo de los poderes públicos. La acción protectora permitía la protección de ciertas contingencias comunes.

⁷⁴ ALONSO OLEA, M., “La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, *cit.*, pág. 177.

⁷⁵ El Instituto Nacional de Previsión se constituyó como ente autónomo, con personalidad y financiación independiente del Estado.

gran número de seres humanos que causan descontento que constituye una amenaza para la paz y la armonía universales”, aparece un objetivo concreto y específico cual es “la protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes de trabajo”⁷⁶.

En 1919 se crea el Retiro Obrero Obligatorio⁷⁷, gestionado por el Instituto Nacional de Previsión, y destinado con carácter obligatorio a asalariados entre 16 y 65 años cuya retribución no superaba un cierto límite, y en el que se protegía la vejez por considerarla una invalidez por razones de edad. Supone el primer seguro social obligatorio de nuestro país, un hito normativo clave para el establecimiento de los seguros sociales en España, pues otorgaba una protección de carácter contributivo, y que alcanzaba a quienes percibían salarios inferiores a un determinado límite. La financiación del seguro era bipartita, participando tanto las empresas como el Estado. Uno de los mayores logros de este seguro ha sido el compromiso del Estado de una aportación económica en cuantía equivalente al tercio de la cotización empresarial.

Por tanto, se empiezan a desarrollar en España los primeros seguros sociales obligatorios, germen de la actual Seguridad Social. Se les llamará “seguros” porque responden a la técnica de previsión; “sociales” por la finalidad de protección social que persiguen; y “obligatorios” porque sólo su carácter obligatorio, si están ligados estrechamente al contrato de trabajo y al salario, podía hacerlos efectivos. Tenían carácter público, eran gestionados por una entidad pública, el Instituto Nacional de Previsión, y se implantarán de manera progresiva para cubrir las distintas contingencias⁷⁸.

Como suele suceder con todas las instituciones jurídicas, el proceso de configuración de la jubilación⁷⁹ no puede entenderse adecuadamente sin acudir al

⁷⁶ En este sentido, véase COLINA ROBLEDÓ, M., “La protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en las normas internacionales de ámbito universal: la Organización Internacional del Trabajo”, en AA.VV., *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, pág. 93.

⁷⁷ Gaceta de 12 de marzo (Real Decreto-ley de 11 de marzo de 1919).

⁷⁸ ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J. M., “Los servicios sociales: sistema público de protección social”, *cit.*, pág. 673.

⁷⁹ “La venerable denominación de “Retiros obreros”, que aparece en el título del Real Decreto de 11 de marzo de 1919 y se repite en su articulado (y en el título y articulado del prolijo Reglamento aprobado por Real Decreto de 21 de enero de 1921) alude, evidentemente, a la cesación del jubilado en el trabajo”. Citando a MONTOYA MELGAR, A., “Sobre los orígenes del seguro social en España”, *cit.*, págs. 961-968.

desarrollo de las diversas formas de protección social, debido a que cada una de las contingencias protegidas es fruto de su época, y porque cada uno de sus elementos estructurales aparece y prevalece en un momento determinado. En los antecedentes de la jubilación en nuestro derecho se encuentran, por lo tanto, algunas de las claves explicativas de su regulación actual, y su evolución permite comprobar que constituye un concepto histórico, resultado de un largo proceso de maduración, a través del cual se han ido formando y perfilando cada uno de sus elementos configuradores. Uno de esos antecedentes es desde luego el seguro de retiro obrero, que inicia sus pasos con la creación del Instituto Nacional de Previsión en el año 1908 y se intensifica, precisamente, mediante este Real Decreto-ley de 11 de marzo de 1919⁸⁰.

A pesar de la importancia de la LAT en el avance de la normativa laboral, su eficacia real fue limitada, de ahí que se aprobaran varias normas posteriores que amplían su protección y coberturas a ciertos sectores concretos que se ven excluidos de la protección que la norma establece sobre la responsabilidad empresarial⁸¹, pues reclaman cambios en su articulado pues entienden que sólo tiene en cuenta al sector obrero industrial, que sólo da protección ante el uso de la maquinaria en los accidentes de trabajo producidos en las nuevas fábricas de la naciente industria, y en los pocos campesinos que realizan alguna tarea agrícola mecanizada.

La etapa republicana resultaría muy fructífera en materia de protección social estando entre sus avances, tanto la extensión de los seguros sociales, como la generalización de la protección o, al menos, el intento de unificación de los distintos sistemas de protección, buscando garantizar una protección real a todo el proletariado (se intenta revisar el ámbito de aplicación de la protección por accidente).

Durante la Dictadura de Primo Rivera se abre una etapa de intervencionismo estatal autoritario y corporativo que se centró especialmente en los aspectos reparadores,

⁸⁰ DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 544.

⁸¹ La protección dispensada por la LAT se extiende pronto a otros ámbitos: Real Decreto de 26 de marzo de 1902, aprobatorio del Reglamento para la aplicación al ramo de Guerra de la Ley de 30 de Enero de 1902 acerca de los Accidentes del Trabajo (Gaceta de 21 de abril); Real decreto de 2 de julio de 1902, aprobatorio del Reglamento para la aplicación al ramo de Marina de la Ley de 30 de Enero de 1900 acerca de los Accidentes del trabajo (Gaceta de 6 de julio); y Decreto de 12 de junio de 1931, aprobando las Bases, que se insertan, para la aplicación a la Agricultura de la Ley de Accidentes del Trabajo (Gaceta de 13 de junio).

apareciendo la Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922⁸², que incluiría la imprudencia profesional en el concepto de accidente de trabajo, y su Reglamento del 29 de diciembre de 1922 (ambas normas se codificarían en la formación del Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926). Esta LAT de 1922 (Ley Matos) mantiene el sistema de aseguramiento originario, pero permite a los patronos contratar un seguro a su costa a favor del obrero que cubriera todos los riesgos, y que podía realizar en una sociedad de socorro mutuo o en mutualidades patronales (antecedente de las actuales Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social). Por tanto, no impone el aseguramiento obligatorio, que continúa siendo opcional para el empleador, pero ya propicia el mismo. Y establece también que la imprudencia profesional, consecuencia del ejercicio habitual del trabajo, no exime al patrono de responsabilidad. Se crea el Fondo de Garantía de la Caja Nacional del Seguro, como importante instrumento de garantía, para hacer frente al impago de las indemnizaciones, en el caso de que los obligados (empresarios, mutualidades, compañías de seguros) no pudieran pagarlas, atendiendo así a las demandas obreras relativas a la solicitud de garantías en caso de insolvencia empresarial⁸³.

España ratifica, tras la III Conferencia Internacional del Trabajo de 1921, el nuevo Convenio de la OIT sobre la indemnización por accidentes de trabajo en la agricultura (que establece la obligación de extender a todos los asalariados agrícolas el beneficio de las leyes y Reglamentos cuyo objeto sea indemnizar a las víctimas de accidentes sobrevenidos por el hecho del trabajo o con ocasión del trabajo). Con dicha ratificación nuestro país asume el compromiso de introducir modificaciones en la legislación española para realizar su adaptación al convenio firmado (Decreto de 9 de mayo de 1931 de ratificación del Convenio OIT sobre la protección de los accidentes de trabajo en la agricultura)⁸⁴. Recién proclamada la República de 1931, España ratificó el Convenio (núm.) 12 sobre indemnizaciones de los accidentes del trabajo en la agricultura, procediendo al mes siguiente con el Decreto de 12 de junio de 1931, a la fijación de las

⁸² Gaceta de 11 de enero de 1922.

⁸³ A los efectos expuestos, el artículo 28 de la Ley de 10 de enero de 1922 establece la creación de un Fondo Especial de Garantía cuyos fondos habían de obtenerse a través de una contribución de 0,10 pesetas añadidas a cada contribuyente por Contribución Industrial o de Comercio o impuestos similares, si bien el reglamento de la Ley no desarrolló la previsión legal por cuyo motivo no llegó a entrar en funcionamiento.

⁸⁴ Gaceta de 11 de mayo de 1931, en la que se publica el Decreto ratificando el Convenio adoptado por la tercera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra en Octubre de 1921, por el cual se establece la obligación de extender a todos los asalariados agrícolas el beneficio de las leyes y Reglamentos, cuyo objeto sea indemnizar a las víctimas de accidentes sobrevenidos por el hecho del trabajo o con ocasión del mismo.

llamadas “Bases para la aplicación a la agricultura de la Ley de Accidentes de Trabajo”, completada por el Reglamento aprobado por Decreto de 25 de agosto de 1931.

Dicha Ley de Bases sigue en esencia la filosofía de la LAT, pues mantiene el aseguramiento voluntario del riesgo de accidente estableciendo la protección del trabajador y su derecho a la asistencia médica y farmacéutica y a percibir una indemnización a tanto alzado en caso de inutilidad temporal o permanente para el trabajo. En la parte inicial del Decreto identifica la figura del patrono y del obrero a efectos de esta norma aunque los perfiles de ambos se fijan de modo más completo en el Reglamento.

1.2.2. El aseguramiento obligatorio de la responsabilidad objetiva a partir de la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria de 1932

Los seguros sociales obligatorios van experimentado un importante crecimiento a lo largo del siglo XX. Con la nueva regulación de junio de 1931 se integran en un solo Seguro de Accidentes de Trabajo las precedentes ramas de industria, agricultura y el mar, ofreciendo una protección de carácter obligatorio para todos los riesgos derivados de accidentes de trabajo⁸⁵. Así se irá configurando un sistema de seguros sociales obligatorio que va tomando cuerpo consistente a lo largo de los años para convertirse en el primer indiscutible núcleo del sistema de protección social público en nuestro país. La llegada de la II República genera un nuevo clima que viene acompañado de factores de cambio que apuestan por la mejora del sistema de protección. Se espera que la reforma de la normativa permita madurar al sistema y consiga la consolidación de un verdadero seguro social frente al accidente en España.

Por su parte, por Real Decreto de 22 de marzo de 1929⁸⁶ se creó el Seguro de Maternidad para todas las obreras y empleadas inscritas en el régimen obligatorio de retiro

⁸⁵ REGA RODRÍGUEZ, A. L., “Ley de accidentes de trabajo de 8 de octubre de 1932”, *cit.*, pág. 121. Se ponía de manifiesto cómo los objetivos del programa ministerial se centraban en establecer una política laboral intensa que limitara la radicalización de los trabajadores asalariados, mientras que, por otra parte, se planteaba la extensión de los seguros sociales en un doble sentido, avanzando hacia la unificación actuarial y hacia el aseguramiento masivo de la población trabajadora.

⁸⁶ Gaceta del 24 de marzo.

obrero, a las que se reconoció el derecho a asistencia médica y farmacéutica y al cobro de indemnizaciones durante el periodo de descanso obligatorio.

Durante la breve etapa republicana (1931-1936), en la vertiente preventiva, cabe destacar la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria de 1932 (Texto Refundido aprobado por Decreto-Ley de 8 de octubre), que convierte en obligatorio el seguro de accidentes y da entrada plena a las Mutuas Patronales, estableciendo de esta forma que “todo obrero comprendido en la Ley se considerará de derecho asegurado, aunque no lo estuviera el patrono”. Conviene señalar también la creación del Consejo Nacional de Sanidad (1934); y la creación de la Inspección de Seguros Sociales (1935), a la que se le atribuyen facultades de investigación e información, correctivas, de apremio y contenciosas.

En la vertiente reparadora, el exceso de controversias judiciales en la aceptación del accidente de trabajo ha sido un importante límite de su sistema de protección, pero ello es consecuencia de los límites intrínsecos de un sistema de cobertura basado en la “responsabilidad individual” del empleador, que perduró aunque corregido y completado por la imposición de la obligatoriedad del aseguramiento privado de esa responsabilidad.

Aparece así en nuestro país el tercer sistema de tutela resarcitoria del accidente de trabajo: responsabilidad objetiva asegurada obligatoriamente. Con la Ley de 1932 se establece el “seguro obligatorio de la responsabilidad empresarial en los accidentes de trabajo”. Se trata de un seguro que funciona bajo los esquemas del aseguramiento privado, es decir, el empresario puede elegir una aseguradora mercantil, una Mutua o una aseguradora pública: la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo del Instituto Nacional de Previsión⁸⁷. De ese modo, se trata de soslayar los problemas de falta de protección derivados de situaciones de insolvencia empresarial. Este aseguramiento obligatorio acentuó la desprotección de los trabajadores en ciertos aspectos, pues las compañías de seguro (o entidades aseguradoras) trataron de liberarse en lo posible de cargas económicas derivadas de accidentes de trabajo, negando la consideración de accidente de trabajo al sufrido por el reclamante. La negativa sistemática de las compañías aseguradoras a aceptar la responsabilidad del empresario que las mismas cubrían, la frecuente necesidad del accidentado de acudir a los Tribunales, y el peligro de tener que aceptar soluciones

⁸⁷ DESDENTADO BONETE, A., “El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario”, *cit.*, pág. 277.

transaccionales, provocó que la jurisprudencia fuera reduciendo progresivamente los espacios de exclusión de la responsabilidad patronal, o lo que es lo mismo, haciendo una lectura más objetiva de la conexión del trabajo con el accidente que ocasiona la lesión. Lo que se asegura es una responsabilidad empresarial objetiva (el riesgo profesional). Tales sistemas se fundan en la premisa de que el empleador es responsable de cualquier lesión personal que puedan sufrir sus asalariados y que se presente como una expresión de los riesgos que implica el proceso de ejecución del trabajo⁸⁸.

La protección al accidente de trabajo en esta etapa siguió fiel al viejo principio de la responsabilidad patronal directa, aunque el aseguramiento obligatorio fuese posible en una compañía mercantil, en una Mutua Patronal, o bien en la Caja Nacional de Accidentes de trabajo del Instituto Nacional de Previsión⁸⁹.

Se crea el sistema de seguros sociales unificados, que incluían: a) Por un lado, el Seguro Obligatorio de Enfermedad, creado por Ley de 24 de diciembre de 1942⁹⁰, y destinado “a todos los productores económicamente débiles”, que es gestionado por el Instituto Nacional de Previsión, y organizado sobre un sistema de reparto, abonándose sus primas a partes iguales entre empresarios y trabajadores, y que desapareció con la inclusión de la asistencia sanitaria en la acción protectora de la Seguridad Social; b) Por otro lado, el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez de 1947 (en adelante, SOVI, que proviene del antiguo Retiro Obrero Obligatorio de 1919)⁹¹.

⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, págs. 9-10.

⁸⁹ GARCÍA PADILLA, M., “Historia de la acción social: Seguridad Social y asistencia”, en AA.VV., *Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y Previsión*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 408.

⁹⁰ BOE de 27 de diciembre. Concedía prestaciones médicas y farmacéuticas en caso de enfermedad y maternidad, indemnizaciones compensatorias de la pérdida de retribución, e indemnización de gastos funerarios en caso de fallecimiento.

⁹¹ La Ley de 1 de septiembre de 1939 sustituyó el régimen del Retiro Obrero Obligatorio de 1919 por el subsidio de vejez, también gestionado por el Instituto Nacional de Previsión a través del Servicio Nacional de Vejez (sustituye el régimen de capitalización del Retiro Obrero por el de pensión fija, aumentando la pensión y convirtiendo las Cajas Colaboradoras en Delegaciones del Instituto Nacional de Previsión, de modo que con cargo a cuotas patronales proporcionales a los salarios, se concedían pensiones a quienes acreditaran el cumplimiento de la edad de 65 años, sin perjuicio de las mejoras voluntarias que pudieran establecerse con cargo a la legislación vigente). Este régimen se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor del Decreto de 18 de abril de 1947, que creó el SOVI, administrado por el Instituto Nacional de Previsión a través de la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez.

Durante el largo periodo franquista se produce una ruptura con la evolución política y social experimentada en el periodo republicano. Existía un compromiso, expresado en el Fuero del Trabajo (declaración III) de velar por la justicia de las condiciones de trabajo. Sin embargo, la nueva concepción paternalista de las relaciones laborales propicia el avance normativo en la regulación de los riesgos laborales, dando lugar a la primera norma preventiva de carácter general: el Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1940 (aprobado por Orden de 31 de enero de 1940), que estuvo vigente hasta la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971.

En relación a las normas de seguridad e higiene de carácter general destacan el Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo, y su Reglamento, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, refundiéndose la prolija normativa existente, manteniendo la protección de los riesgos profesionales, pero con notables aportaciones: la superación de la desigualdad histórica entre los trabajadores del campo y los de la industria, comenzando a regir las mismas disposiciones en relación a los accidentes de trabajo; o la necesidad de ofrecer cobertura a aquellos supuestos de lesiones de consideración, que no obstante no alcanzan la consideración de lesiones invalidantes para el trabajo⁹².

2. LEY 193/1963, DE 28 DE DICIEMBRE, DE BASES DE SEGURIDAD SOCIAL: EL PRINCIPIO DE LA CONJUNTA CONSIDERACIÓN DE CONTINGENCIAS

En la primera parte del presente capítulo se ha analizado la evolución de la protección por accidentes de trabajo en sus seis primeras décadas de existencia en España, como el principio de responsabilidad industrial contenido en la Ley Dato de 1900. También se ha examinado la evolución posterior materializada en primer lugar por la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922, cuyo valor central se ubica en la integración de la

⁹² Su Exposición de Motivos contempla con un criterio de valoración “esencialmente humano y no puramente económico” la obligación de indemnizar en aquellos supuestos en que no originando una incapacidad permanente, ni tan siquiera en grado mínimo de parcial, se produjeran deformaciones o mutilaciones. Por esta Ley, se constituyó el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, cuyas funciones principales eran actuar de responsable de garantía, sustituyendo las obligaciones de los empresarios, y responder de las insolvencias que pudieran afectar a las entidades colaboradoras.

imprudencia profesional dentro del concepto de accidente de trabajo y, más tarde, en la Segunda República, la Ley de 4 de julio de 1932 impone a los empresarios la constitución de un seguro obligatorio de responsabilidad civil extendiendo la cobertura a todos los trabajadores. Pues bien, en esta segunda parte veremos como en la Ley de Bases de Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963 se afronta el paso decisivo de los seguros sociales a la Seguridad Social, dando lugar así a un sistema público de protección que integra la protección por accidente de trabajo, y que partía, en su declaración de intenciones, el intentar hacer perder a las contingencias profesionales la especialidad que les viene de origen.

2.1. El trasvase desde los seguros sociales a la Seguridad Social

Un hito histórico se produce con la Ley de Bases de Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963 (en adelante, LBSS), cuyo texto articulado se produce por la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, y posteriormente por el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, que supuso una trasmigración de las normativas de seguridad e higiene, hasta entonces reguladas desde la perspectiva de la relación individual de trabajo, hacia el campo normativo de la Seguridad Social. Fenómeno explicable por la profunda imbricación de las vertientes preventiva y reparadora en la tutela del accidente de trabajo⁹³. Esta Ley supuso un gran avance pues se ocupó de ordenar de forma sistemática la normativa existente, creando (al menos en teoría) un verdadero sistema de Seguridad Social frente a la gran variedad de seguros sociales existentes hasta la fecha.

La protección contra accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores asalariados no necesitó para implantarse sino utilizar las técnicas que, desde un determinado punto de vista privatista y patrimonialista ofrecía el Derecho Común clásico, esto es, las técnicas acerca de la responsabilidad contractual y sus posteriores derivaciones. La afirmación y la extensión de las fórmulas protectoras de esos riesgos evolucionaron hacia la formulación de la tesis de la responsabilidad profesional, simple

⁹³ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, pág. 11.

desgajamiento de la responsabilidad objetiva. La Ley de Accidentes de Trabajo y su Reglamento, vigentes hasta 1966 operaban en efecto con base en esos principios tradicionales y se mantenían real y jurídicamente fieles a las fórmulas del seguro de responsabilidad empresarial⁹⁴, aunque introdujeran mecanismos distintos (el Fondo de Garantía del Instituto Nacional de Previsión) y alteraran -bien en puntos no esenciales- esa mecánica típica aseguradora⁹⁵.

Esta LBSS, más que consolidar el sistema anterior, pretendía crear un auténtico sistema de Seguridad Social donde antes solo había un conjunto asistemático de seguros sociales, por tanto no partía de la nada. Se trataba de crear un conjunto armónico y ordenado que no mire a riesgos ni a situaciones determinadas aisladas, sino a la totalidad de las que son objeto de cobertura⁹⁶. Pero bien es cierto que los sistemas de previsión social hasta entonces existentes se juzgaban insuficientes (tan solo cubrían a los que realizaban una actividad profesional, a determinados trabajadores por cuenta ajena), dispersos (no se protegen todos los riesgos y no se llega a superar el esquema de seguro privado), y desiguales (la pluralidad de regímenes existentes, como los seguros profesionales a cargo de la Mutualidades Laborales, seguros de empresa, y seguros nacionales gestionados por el Instituto Nacional de Previsión), generaron una protección dividida según la rama de actividad y el riesgo sufrido.

Con la LBSS se produce una sustantiva modificación en la protección del riesgo profesional, que trata de socializar los riesgos cubiertos y neutralizar la responsabilidad que, de ser directamente imputable al empresario, pasaría a ser imputada a la comunidad⁹⁷. VIDA SORIA consideraba que “la teoría del riesgo profesional, el principio

⁹⁴ VIDA SORIA, J., “Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de la Seguridad Social”, en AA.VV., *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, pág. 44.

⁹⁵ VIDA SORIA, J., “Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *Revista de Trabajo*, núm. 31, 1970, pág. 8.

⁹⁶ ALONSO OLEA, M., “Las bases de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964, pág. 463.

⁹⁷ GONZALO GONZÁLEZ, B., LÓPEZ CUMBRE, L., “Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de Seguridad Social”, en AA.VV., *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, pág. 134.

de responsabilidad empresarial objetiva como motor del aseguramiento de accidentes de trabajo, habían sido superados por la nueva legislación”⁹⁸.

El cambio cualitativo en la protección de los accidentes de trabajo, se produce en los años sesenta, momento en que se trata de reaccionar mediante la eliminación del seguro lucrativo privado, concebido como una necesidad frente a las dificultades que encontraban los accidentados para obtener de las compañías de seguro la reparación por los accidentes de trabajo. No obstante, no pudo imponerse entonces una sola Entidad Gestora pública o caja única, pues la presión del sector de seguros forzó a mantener una cierta libertad de escoger entidad aseguradora pública o privada, ésta no lucrativa (las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo)⁹⁹.

Ahora bien, si en la gestión se avanzó notablemente hacia su publicación y la erradicación del lucro mercantil en la misma, el problema técnico-jurídico fundamental de base, y que todavía parece irresuelto, es acertar si la cobertura de accidentes de trabajo, efectuada por la LBSS y su posterior Texto Articulado con la Ley de Seguridad Social de 1966 conserva los rasgos del seguro (aseguramiento de una responsabilidad empresarial) o adquiere los del servicio público (como derecho a una determinada tutela frente a una situación de necesidad)¹⁰⁰.

Su Exposición de Motivos establece las diversas directrices de la Ley en el tránsito que se propone de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social, y entre las mismas destacamos la que hace referencia a la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas, donde se prevé que la protección proclamada lo sea en términos de efectos y no de causas, de forma que se atienda no tanto al origen de la situación de necesidad, sino a ella misma. En este sentido conviene reproducir, por afectar muy directamente al objeto de nuestra investigación, el número 6 de la Justificación y directrices de esta Ley, que dice así: “La Ley, superando la regresiva noción de riesgos singulares atendida su causa, delimita situaciones y contingencias

⁹⁸ VIDA SORIA, J., “Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *cit.*, pág. 26.

⁹⁹ RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M., “Seguridad Social, riesgo profesional y accidente de trabajo”, *cit.*, pág. 7.

¹⁰⁰ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, págs. 11-12.

susceptibles de protección para la consideración conjunta de las mismas en vista de sus efectos. Semejante consideración conjunta, ofrece dos proyecciones claramente apreciables, individual y colectiva: individualmente¹⁰¹ se trata de que las situaciones o contingencias, definidas con carácter general, se entienden unívocamente sin que circunstancias de lugar o de tiempo determinen variaciones esenciales reflejadas en la desigualdad de las prestaciones, como venía ocurriendo hasta ahora; colectivamente¹⁰² se pretende evitar la constitución de categorías privilegiadas de personas y se tiende a conseguir, en la medida máxima posible, que el trato dado a las mismas no presente diferencias notables, cualquiera que sea el sector económico en que trabajen o la naturaleza de su actividad específica”.

Esta idea de inexistencia de diferencias basadas en la distinta causa u origen de la situación de necesidad de que se trate, pretendiendo establecer un nivel protector igualitario aplicable tanto en los casos en que esa situación se deriva de riesgos comunes, como cuando la misma tiene origen en riesgos profesionales, es clave en un sistema evolucionado de Seguridad Social¹⁰³. En ese sentido, una de las cuestiones fundamentales que deberemos dilucidar en la presente investigación será si se le ha dado cumplimiento,

¹⁰¹ Sobre la perspectiva individual (principio de consideración conjunta de la Ley) de la consideración conjunta de las contingencias que menciona la Ley, cabe señalar la STC 268/1993, de 20 de septiembre (RTC 1993, 268), la cual argumenta que “sin necesidad de precisar si el modelo constitucional de Seguridad Social debe ser tendencialmente universal, aun sin excluir la opción legal por criterios contributivos ligados a las disponibilidades y previsiones de los poderes públicos, lo relevante en el juicio de igualdad que nos ocupa es que no cabe comparar aisladamente el marco jurídico de prestaciones de distintos Regímenes, olvidando otros aspectos propios de las características contributivas de algunas instituciones y su coexistencia normativa con rasgos de tipo asistencial”.

¹⁰² Sobre la perspectiva colectiva (principio constitucional de igualdad) de la consideración conjunta de las contingencias que menciona la Ley, de acuerdo con la STC 184/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 184), “la presencia de una misma situación de necesidad derivada de una contingencia invalidante (en el Régimen General) no basta para estimar lesionado el principio de igualdad. Ciertamente, el artículo 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales”.

¹⁰³ De acuerdo con la STC 114/1987 (RTC 1987, 114), “no puede excluirse que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento. Los artículos 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho”.

y en qué medida, a este aspecto tan importante que se refiere a la consideración conjunta de contingencias plasmado en esta directriz 6, de la Ley de Bases.

El resto de directrices hacen referencia, entre otras, a la participación de los interesados en el gobierno de los órganos gestores (la tradición mutualista genera el optimismo en torno a la participación de los interesados en la gestión: en una misma dinámica se inscribe la confianza en la solvencia de las empresas en la colaboración en determinadas materias); la tendencia a la unidad (eliminación de las situaciones de complejidad legislativa, de la pluralidad de órganos gestores y de la duplicidad de protección: la unidad ha de excepcionarse en los supuestos en que razones de conveniencia técnica y política lo aconsejen, como por ejemplo cuando haya que garantizar los medios de vida de las generaciones futuras o, la salvaguarda del principio de igualdad entre ciudadanos de toda España); la supresión del posible ánimo de lucro en la configuración de la Seguridad Social (optimización de la protección ya que los intereses privados se subordinan al fin general último que interesa la reforma, y que pasa por la exclusión de las compañías mercantiles de la gestión¹⁰⁴); la transformación del régimen financiero, a través de un sistema de reparto y corregido con fondos de reserva¹⁰⁵; la acentuación de la participación del Estado en el sostenimiento del Sistema (el Estado debe redistribuir la renta con fondos presupuestarios a través de sus Presupuestos Generales); y la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación de los incapaces: se concibe la recuperación en sentido amplio como un derecho y un deber de la persona.

La reestructuración de la Seguridad Social española operada en 1963 con la LBSS, volvió a poner en primer término la cuestión de la vigencia de los principios de responsabilidad, riesgo profesional y aseguramiento en materia de accidentes de trabajo. Como se anticipó, entre los principios político-sociales de los que partía, destaca la denominada, “conjunta consideración de las contingencias” protegidas, que traía como

¹⁰⁴ Conforme al número 5 de la Justificación y Directrices de esta Ley se dice que: “Una de las causas que explica más satisfactoriamente, no sólo la gestión pública de la Seguridad Social, sino también la pervivencia y esplendor a través de los siglos del fenómeno del aseguramiento mutualista, incluso dentro de esquemas de seguros sociales obligatorios, es la inexistencia de ánimo de lucro como móvil de su actuación”.

¹⁰⁵ Sobre esta figura, la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, señala que “una exigencia institucional para el sistema de la Seguridad Social ha sido el establecimiento de fondos especiales de estabilización y reserva para atender necesidades futuras en materia de prestaciones contributivas, originadas por desviaciones entre ingresos y gastos de la Seguridad Social”.

corolario, según se decía en la Ley, la superación de la “regresiva noción de riesgos singulares” y la posibilidad de prestar mayor atención al infortunio padecido (la situación de necesidad sobrevenida) que a las causas que lo hubiera provocado. El corolario de este principio debiera haber sido la igualdad absoluta -o la uniformidad máxima- en el tratamiento de las situaciones unívocas de necesidad social, haciéndose desaparecer al accidente laboral, la enfermedad profesional, la enfermedad común y el accidente no laboral como conceptos legales diferenciados¹⁰⁶.

Se da pie así, a un cambio cualitativo en el sistema de protección del accidente de trabajo. De entrada se eliminan las entidades de seguro lucrativo privado avanzando de esta forma, como hemos visto, hacia la publicación de la gestión. Se ofrece a partir de ese momento la facultad de la empresa para concertar los riesgos profesionales bien con la entidad aseguradora pública o bien privada (a través de Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, sin ánimo de lucro). El seguro de accidentes, a partir de la LBSS, deja de conservar los rasgos del seguro de responsabilidad empresarial, y adquiere los rasgos del servicio público, como derecho a una determinada tutela frente a las situaciones de necesidad. Conviene recordar aquí que el seguro social de responsabilidad empresarial por daños fue efectivamente propiciado por la Ley de 1900, pero solo se inauguró al establecerse con carácter obligatorio en la Ley de 1932, desarrollándose con posterioridad, con la LBSS 1966 el sistema de cobertura pública del riesgo social. Comienza así una Seguridad Social que sucede a los seguros sociales.

2.2. El trato indiferenciado entre causas profesionales y comunes: un intento fallido

No es ningún descubrimiento afirmar que en realidad, la Ley no ha llegado a implantar ese principio de consideración conjunta de las contingencias, sino todo lo más, limar las diferencias existentes en la situación anterior. La Ley articulada presentaba numerosas y muy significativas limitaciones y derivaciones, hasta el punto de que puede decirse que el accidente de trabajo, la enfermedad profesional y en algunos casos -muy pocos- el accidente común, son objeto de su tratamiento diferenciado que constituye un

¹⁰⁶ GONZALO GONZÁLEZ, B., LÓPEZ CUMBRE, L., “Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de Seguridad Social”, *cit.*, pág. 152.

régimen jurídico y económico singular, claramente privilegiado, en franca discriminación con las situaciones de necesidad nacidas de la enfermedad común¹⁰⁷.

2.2.1. La protección deficiente otorgada por la LBSS y su disociada vigencia

La principal medida para obtener el objetivo de la tutela igualitaria consistía en la indiferenciación de las causas comunes o profesionales que determinan las situaciones de necesidad protegidas. La LBSS establecía el principio de conjunta consideración de contingencias y situaciones objeto de cobertura (Base Primera. 1). En puridad, según el principio de “conjunta consideración de las contingencias” una misma situación de necesidad (incapacidad temporal, en adelante IT, incapacidad permanente, en adelante, IP, muerte o supervivencia) debe disponer de igual protección, con independencia de cuál haya sido su causa determinante, o la naturaleza profesional o común del riesgo que la haya producido¹⁰⁸; ello no significa que no se tengan en cuenta las causas que dan lugar a las contingencias, sino que se pone el acento en las propias contingencias protegidas, y no en los riesgos que las originan, como sucedía en los regímenes asegurativos de previsión social¹⁰⁹.

¹⁰⁷ VIDA SORIA, J., “Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 45.

¹⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, pág. 12. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 52, señala que “el corolario de la situación citada debería haber sido la igualdad absoluta, o la mayor uniformidad en el tratamiento de situaciones que se reconocen como unívocas, dándose lugar conforme había indicado la doctrina a una situación en la que el accidente de trabajo, la enfermedad profesional y el accidente común fueron objeto de un tratamiento diferenciado (régimen jurídico y económico singular), claramente privilegiado en relación a las situaciones de necesidad derivadas de la enfermedad común”.

¹⁰⁹ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, *cit.*, págs. 11-12. Señalan además, que este principio “implica que las contingencias son las que aglutinan las necesidades sociales protegidas, para dedicarles una misma atención protectora, y que el objeto de cobertura no son los riesgos, que separaban en diversos regímenes asegurativos las mismas necesidades protegidas. Es decir, si en el mecanismo de la previsión social las medidas protectoras se hallaban compartimentalizadas en seguros sociales con base en los riesgos, de manera que la misma contingencia era contemplada y protegida según el diverso régimen asegurativo, al producirse la desaparición de tales regímenes asegurativos, las necesidades procedentes de la misma contingencia son contempladas y protegidas bajo el mismo compartimento, constituido por la contingencia protegida”.

El principio no tuvo la repercusión esperada sobre el régimen jurídico de la protección contra accidentes. Su implantación efectiva hubiera conllevado que el concepto mismo de accidente de trabajo habría dejado de tener relevancia, y las especialidades de su protección habrían de desaparecer, pues ambos elementos se situarían en clara pugna con aquel principio¹¹⁰.

Con este nuevo paso la protección del accidente de trabajo debía entrar de lleno, plenamente, en la gestión de la Seguridad Social. Esto trataba de lograrse a través de dos medidas: En primer lugar, se instaura el principio de la supresión del ánimo de lucro mercantil en la gestión de la Seguridad Social, con la prohibición de la actuación de las aseguradoras privadas en el ramo de los accidentes de trabajo. De esta forma, al menos formalmente, desaparecía el seguro de accidentes de trabajo y la protección de éstos se integró en la Seguridad Social. En segundo lugar, la Ley consagra en la configuración general de la acción protectora el principio de conjunta consideración de las contingencias con el objetivo de conseguir en la medida de lo posible la uniformidad de las prestaciones ante un mismo evento¹¹¹.

Nada de esto sucedió, la gestión mantuvo importantes elementos privatistas, el accidente de trabajo mantuvo un tratamiento diferenciado, y la idea de responsabilidad empresarial sigue siendo un juego importante en la fundamentación y dinámica de los mecanismos de tutela. Las reformas de la Seguridad Social española que a partir de aquí se sucedieron apenas modificaron esa original tensión centrífuga de los riesgos profesionales, erigidos, al propio tiempo, en el epicentro del Sistema. Sin más operaciones la aliviaron o robustecieron según su acomodación al talante y a los objetivos reformadores, entre los que, de ordinario, los riesgos profesionales ni se contaban, resultando derivadamente afectados por las correcciones introducidas¹¹².

Si se sintetiza la evolución en la vertiente reparadora, el sistema normativo implantó los seguros sociales obligatorios, obligatoriedad que no se generalizó para el de

¹¹⁰ VIDA SORIA, J., “Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *cit.*, pág. 5.

¹¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, pág. 12.

¹¹² CASAS BAAMONDE, M. E., “La reforma de la protección de los riesgos profesionales”, *Revista Laboral*, núm. 9, 1990, pág. 54.

accidentes de trabajo hasta la Ley republicana de 4 de julio de 1932 y para las enfermedades profesionales hasta el final de aquel periodo, con la Ley de Bases de enfermedades profesionales de 13 de julio de 1936 y, decisivamente, cuando superada esa etapa clásica que entre nosotros recibió el nombre de previsión social, en su maduración posterior caminó hacia la universalización de la protección y alumbró un ambicioso sistema de Seguridad Social¹¹³.

Como desde la LAT se engloba en el concepto de riesgo profesional tanto al accidente de trabajo como la enfermedad profesional, ésta no tenía una regulación específica, de forma que la cobertura específica de la misma es posterior a la del accidente de trabajo, del que, en cierta medida, se fue independizando con base a razones técnicas, financieras y del tratamiento preventivo¹¹⁴, ampliándose la identidad inicial entre accidente de trabajo y enfermedad profesional. Con la citada Ley de Bases de enfermedades profesionales de 13 de julio de 1936 se trató de dar una regulación específica a las enfermedades profesionales, listando un total de 21 enfermedades, como consecuencia de la ratificación por España del Convenio (núm.) 18 de la OIT de 1925, sobre indemnización por enfermedades profesionales¹¹⁵.

En la vertiente reparadora, la evolución del Sistema no ha seguido la delineación establecida por la LBSS, sino que se ha ido difuminando, de manera que la protección por accidentes, aunque se encuentra dentro del sistema global de la Seguridad Social y comparte gran parte de sus instituciones y mecanismos, y mantiene enormes particularidades. La privatización en las técnicas de gestión empleadas se ha ido acentuando, como también se han acentuado las especificidades del sistema de protección por accidentes. En una fase de crisis financiera del Sistema y de puesta en práctica de políticas reduccionistas en los niveles de cobertura, las contingencias profesionales han mantenido sus niveles de tutela siendo en efecto las contingencias que han experimentado

¹¹³ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, págs. 12-13.

¹¹⁴ DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 344.

¹¹⁵ Adoptado en Ginebra, en la 7ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo de 10 de junio de 1925, con entrada en vigor el 1 de abril de 1927. Ratificado por España por Ley de 8 de abril de 1932, publicado en la Gaceta núm. 105, de 14 de abril.

mayores grados de privatización dentro del Sistema. Además, su nivel de protección se ha convertido en paradigma de referencia a alcanzar por el resto de contingencias¹¹⁶.

Después de aprobada la LBSS, entre el 28 de diciembre de 1963 y el 21 de abril de 1966, las partes interesadas en la polémica, conociendo que una LBSS sin textos articulados sería papel mojado sin su desarrollo, tratan de evitar la promulgación de los textos articulados, mediante campañas de prensa y el recurso a la vía jurisdiccional. Si para principios del año de 1966, se encontraba prevista la entrada en vigor de las normas de desarrollo de la LBSS, sin embargo, las citadas dificultades impidieron que para la fecha estuvieran publicados los textos articulados de la Ley, por lo cual el Decreto-ley 1/1966, prorroga el plazo que había señalado la LBSS, que finalizaba el 31 de diciembre de 1965, hasta el 30 de abril de 1966.

El resultado de este proceso sería el Decreto 907/1966 de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la LBSS que fue publicado el 22 de abril de 1966, y comenzó su vigencia el 23 de abril de 1966. El legislador, sin embargo, disoció la vigencia, de la aplicabilidad de la Ley, en la medida en que establece que esta Ley de Seguridad Social comienza a tener efectos desde el 1 de enero de 1967. El lapsus entre el 23 de abril y la fecha del 1 de enero de 1967, no es, contrariamente a lo que podría entenderse, un periodo de *vacatio legis*. No se ha diferido la entrada en vigor, sino que se ha diferido el momento en el que ha de surtir efectos la Ley. Efectividad solo referida a las manifestaciones externas de las normas que contiene la Ley. Más concretamente, la entrada en vigor supone que el legislador (en sentido amplio, porque no se puede obviar el papel normativo que el Gobierno, y el Ministro de Trabajo han de desempeñar en el desarrollo del sistema que configura la Ley de Seguridad Social, tal y como les faculta la Disposición final tercera de la Ley de Seguridad Social) está vinculado por el texto publicado, de forma que ha de procurar cumplir con las remisiones al desarrollo reglamentario que el texto hace en las denominadas normas temporalmente incompletas o provisionalmente incompletas. Como consecuencia de su carácter dinámico, desde 1966 esta Ley de Seguridad Social fue objeto en los años 70 de reformas de diverso calado, entre las que conviene destacar dos: la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y

¹¹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, *cit.*, pág. 14.

Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General; y el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre.

2.2.2. La necesidad de reformas de la LBSS ante su limitada eficacia protectora

La Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General, trató de alcanzar los siguientes objetivos: satisfacer las exigencias de justicia distributiva, a través de criterios más realistas en materia de cotizaciones, que habrían de permitir un perfeccionamiento de la acción protectora; adaptar las cotizaciones a los salarios reales de los trabajadores, suprimiendo el sistema de bases tarifadas¹¹⁷; alcanzar la suficiencia de las prestaciones de cuantía variable; y dentro del perfeccionamiento de la acción protectora se dulcificaron algunos requisitos de acceso a las prestaciones, se amplió relativamente el cuadro de prestaciones y se establecieron reglas de la dinámica prestacional favorables a los beneficiarios.

Como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 24/1972, creada pues para sanear financieramente la Seguridad Social y subsanar las lagunas existentes, se hizo necesario aprobar el primer Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, que fue aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo¹¹⁸, precedente inmediato del actual texto refundido. Sus características más relevantes son: a) Fijar el derecho de los españoles a la Seguridad Social como un derecho público subjetivo fundamental; b) Establecer una protección adecuada en las contingencias y situaciones de necesidad establecidas y elevar progresivamente el nivel de vida en los órdenes sanitario, económico

¹¹⁷ El mantenimiento en el tiempo del antiguo sistema de cotización sobre bases tarifadas provocó la no actualización de las bases y, por tanto, el alejamiento de las cotizaciones a los salarios reales de los trabajadores; ello junto a la ausencia de garantía de revalorizaciones periódicas, conllevó la insuficiencia de la cuantía de las prestaciones.

¹¹⁸ BOE de 20 de julio. En este sentido estimamos que era necesaria dicha norma ante la gran dispersión normativa. El citado Decreto refundió la Ley de Seguridad Social de 1966, la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de 1972 y otras normas relacionadas con otros aspectos más concretos de la Seguridad social (como dos Decretos-Leyes de 1966 y 1968 sobre prestaciones familiares, y un Decreto-Ley de 1971 sobre ordenación de los servicios sanitarios). También tuvo en cuenta otras leyes no específicas de Seguridad Social, pero que influían en esta materia, como la Ley General de Educación de 1970, que deslegalizó la regulación del Régimen Especial de Estudiantes, la Ley de protección a las familias numerosas de 1971, y la Ley de Emigración de 21 de julio de 1971.

y cultural; c) Atribuir la gestión especializada de la Seguridad Social (ordenación, jurisdicción e inspección) al Estado, sin perjuicio de que la gestión ordinaria se realice por Entidades Gestoras con personalidad jurídica propia, pero de carácter público, bajo la dirección, vigilancia y tutela del Estado; d) Diferenciar entre un Régimen General y varios regímenes especiales; e) Limitar el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social a los afiliados; f) Establecer una financiación del sistema dual, con aportaciones estatales y aportaciones mediante cotizaciones de empresa y trabajadores. La Ley de 1974 introduce como reforma más destacada la de consagrar la tendencia a que las bases de cotización, en lugar de ser tarifadas como hasta la fecha, se aproximen a los salarios reales, con la consiguiente aproximación entre prestaciones e ingresos salariales reales del trabajador.

Así pues, el Texto Articulado de la Ley de Bases de 1966 fue modificado, manteniendo sustancialmente su estructura, por la Ley 24/1972, y ambas, refundidas en la Ley de Seguridad Social de 1974, de 30 de mayo. El nuevo texto legislativo, carente de reglamentos propios, obligó en la práctica a recurrir a la ingente producción reglamentaria que procedía de la norma sustituida en todo aquello que no se opusiera a la nueva regulación. Las nuevas modificaciones legislativas que se siguen produciendo y que afectan básicamente a la gestión de la Seguridad Social desembocan en reformas extensas y asistemáticas y hacen necesario un nuevo texto refundido que vino a derivar en el nuevo Texto Refundido de 1994, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio¹¹⁹.

En estos dos nuevos textos legales, que no aportan modificaciones sustanciales a la regulación del accidente de trabajo, el tratamiento diferenciado -y privilegiado- que se le otorga no solo se mantiene sino que se agrava, prolongándose su crónica segregación y privilegiada protección¹²⁰.

En suma, la evolución peculiar que ha experimentado en nuestro sistema de Seguridad Social la protección contra accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores asalariados: inicialmente supuso la primera medida de política social, de lo que, con el tiempo, se denominaría “previsión”, después “seguridad” y por último, aunque de forma

¹¹⁹ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 41.

¹²⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, cit., pág. 54.

poco definida, “política de protección”. Todo el camino trazado ha ofrecido en el devenir de los tiempos un régimen jurídico privilegiado -en comparación con el resto de prestaciones- que se traduce en la ausencia de periodos de carencia, la automaticidad radical del derecho a prestaciones o las especialidades en el cálculo de prestaciones¹²¹.

Y respecto al Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, por el que se modifica la Gestión Institucional del Sistema de Seguridad Social, conviene señalar que rediseñó el esquema de la gestión de las prestaciones, en el contexto de los Pactos de la Moncloa de 1977. Con esta norma, el Servicio de Empleo y Acción Formativa y el de Higiene y Seguridad en el Trabajo, pasan de la Seguridad Social al Estado, y lo que es más importante, se crearon nuevas entidades gestoras, como el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS), el Instituto Nacional de Servicios Sociales (en adelante, INSERSO) y el Instituto Nacional de la Salud (en adelante, el INSALUD). Como organismos autónomos especializados se crean la Administración Institucional de la Sanidad Nacional y el Instituto Nacional de Asistencia Social¹²². Como servicios comunes subsisten el Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo, y el Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, y se consolidó la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS). Además, se trasladaron al Estado funciones que se consideraban ajenas a la Seguridad Social, de ahí la creación del Instituto Nacional de Empleo (en adelante, INEM). Como consecuencia de la creación de estas nuevas entidades, y la reasignación de funciones, se decretó la extinción de algunos organismos, como el Instituto Nacional de Previsión, los Servicios de Mutualismo laboral, de recuperación y rehabilitación de minusválidos, de asistencia a pensionistas, de empleo y acción formativa, de universidades laborales, de higiene y seguridad en el trabajo, las Mutualidades Laborales, y los Fondos de Garantía de accidentes de trabajo y de Pensiones.

¹²¹ VIDA SORIA, J., “Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 37.

¹²² Conocidos, respectivamente, como AISNA e INAS (organismo autónomo del Estado, que se ocupa la gestión de servicios de asistencia social del Estado, complementarios a los del Sistema).

3. EL SISTEMA JURÍDICO VIGENTE

El modelo de Seguridad Social que se planteó en 1978 era mucho más ambicioso que el modelo vigente, si bien la voluntad del legislador constitucional fue mantener el anterior mecanismo de protección de Seguridad Social. De hecho, la Seguridad Social es una institución concreta que ya existía en el momento de la promulgación de la Constitución¹²³. Su entrada en vigor ofreció la base político-jurídica para el replanteamiento sistemático de la Seguridad Social en todos sus regímenes y, a la vez, para su integración armónica en un adecuado sistema de protección social¹²⁴. Institución que consiste en un sistema técnico-jurídico destinado a proteger a determinadas colectividades de personas frente a determinados riesgos o contingencias, que provocan en ellas situaciones de necesidad, sea por defectos de rentas o exceso de gastos¹²⁵.

3.1. El modelo de previsión social propugnado por la Constitución

Desde una perspectiva solidaria, la previsión social constituye un conjunto de medidas o instrumentos protectores de necesidades sociales que el Estado pone a disposición de (o impone a) los individuos para atender las necesidades sociales de éstos, con la finalidad de cumplir la función estatal de liberar a los individuos de las necesidades sociales¹²⁶. Con gran razón se ha afirmado que la Seguridad Social es uno de los conceptos que más se resisten a su juridización, poniendo de relieve que se sabe lo que es seguridad y se sabe lo que es social, pero no hay acuerdo para expresar un contenido jurídico con la unión de ambos vocablos, básicamente por la diferente perspectiva, política y jurídica, desde la que se observa la Seguridad Social¹²⁷.

¹²³ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 21ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 603.

¹²⁴ DE LA VILLA GIL, L. E., “Estudio preliminar”, *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 38.

¹²⁵ MONTOYA MELGAR, A., “Estudio preliminar”, *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, en AA.VV., Sempere Navarro, A. V. (Dir.), Ediciones Laborum, Murcia, 2003, pág. 35.

¹²⁶ ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 43.

¹²⁷ *Ibidem*, pág. 71.

3.1.1. El modelo constitucional de Seguridad Social

La Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) supuso un drástico cambio en nuestro sistema de relaciones laborales. Se sostiene que la función perseguida con la tutela para los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales no es la de asegurar a los empleadores por sus responsabilidades en tales materias y tanto menos la de resarcir los daños. Ello implica el abandono de la idea de responsabilidad empresarial o su difuminación en una responsabilidad colectiva o general, asumida plenamente por una “función del Estado” por mandato constitucional.

La idea de que el sistema de Seguridad Social, en cuanto a la protección de los accidentes de trabajo, responde a un sistema de aseguramiento de una responsabilidad individual del empleador no se coherente con la concepción actual más solidaria de la protección social que resulta de los instrumentos internacionales, y tampoco sería plenamente compatible con las exigencias de un régimen público de Seguridad Social que impone el artículo 41 CE¹²⁸, en el que ha de incluirse ineludiblemente la protección social del accidente de trabajo¹²⁹. El sistema de responsabilidad patrimonial del empresario responde a una concepción de la protección social incompatible con nuestra Constitución, a cuya luz se impone la superación de la doctrina de la responsabilidad del empresario por riesgo profesional¹³⁰.

Desde esta perspectiva constitucional, el fundamento de la tutela del accidente de trabajo tiene su apoyo en la solidaridad colectiva impulsada por el Estado de forma genérica, a favor de quien está en una situación de necesidad, otorgando, para superarla, prestaciones suficientes para atender esa situación de necesidad. Esa vinculación genérica del accidente de trabajo puede merecer una atención particular por la Seguridad Social para tener en cuenta el origen profesional del accidente manteniendo una tutela

¹²⁸ El artículo 41 CE centra su atención a las situaciones de necesidad y, dentro de las mismas, se encuentra sin lugar a dudas el accidente de trabajo. El régimen de tutela del accidente de trabajo, a nivel constitucional, cúspide de todo el cuerpo legislativo, no es ya la responsabilidad civil del empresario, sino la atención de la salud del trabajador.

¹²⁹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, cit., pág. 76.

¹³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Seguridad Social, riesgo profesional y accidente de trabajo”, cit., pág. 8. Concreta el autor que el dato de que al diseñar la protección se siga teniendo en cuenta el origen profesional del accidente como riesgo específico del trabajador no equivale en absoluto a que ese riesgo opere como criterio de imputación de responsabilidad.

diferencial, preferencial y diversificada del accidente de trabajo dentro del sistema público de Seguridad Social¹³¹.

La existencia de un régimen jurídico diferenciado en cuanto a las condiciones de acceso a las prestaciones, o incluso la existencia de prestaciones específicas o de mayor nivel al previsto para otras formas de tratamiento de las situaciones de necesidad, no puede considerarse que se justifiquen y concedan en referencia al principio del riesgo profesional, pues no hay ninguna referencia expresa en tal sentido. La consecuencia es que si se decide por motivos de política jurídico-social mantener un régimen diferenciado por el origen del riesgo, puede hablarse de riesgo profesional para delimitar las contingencias en función de su origen, pero no para justificar la específica tutela del accidente de trabajo o la enfermedad profesional. En palabras de Persiani: “no como justificación de la tutela específica de las contingencias profesionales, sino solamente como criterio para individualizar el evento protegido, y, por consiguiente, el ámbito objetivo y subjetivo de la propia tutela”¹³².

La CE no contiene un modelo preciso y terminante de Seguridad Social, por ser una materia cuya regulación jurídica es muy cambiante, pero que se resiste a la tentación de hacer tabla rasa de todo lo anterior y partir de cero. No cuestiona, por tanto, el sistema anterior de Seguridad Social, con independencia de cualquier otra consideración acerca de la legitimidad del régimen en que se desarrolló, y apuesta por su mantenimiento y perfeccionamiento¹³³. Es el de la Constitución un modelo abierto y flexible de Seguridad Social, sin ruptura esencial respecto del anterior a ella, puesto que su ruptura sería un ataque a la Constitución¹³⁴. Una norma que destruyera las pautas básicas de la actual

¹³¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, cit., pág. 76.

¹³² MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “El sistema jurídico-positivo vigente. Análisis del modelo normativo”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006, pág. 22. A este respecto señalan los autores que “el texto constitucional consagra en su artículo 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, siendo así que la protección de los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad se considera una “función del Estado”, que supera la técnica del seguro privado con una función protectora de titularidad estatal”.

¹³³ CAVAS MARTÍNEZ, F., “El modelo constitucional de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 28 (noviembre), 1993, pág. 76.

¹³⁴ Sobre esta cuestión, véase SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995.

cobertura del régimen público, aunque incentivara el libre juego de las prestaciones complementarias libres, sería inconstitucional¹³⁵; como lo sería un sistema público que, con olvido de la suficiencia exigida por el artículo 41, sólo otorgara prestaciones tan deficientes o raquíticas que hiciera imprescindible un aseguramiento complementario privado¹³⁶.

La evolución del sistema de Seguridad Social español llevó a expandir sus fronteras y no quedarse únicamente dentro del carácter contributivo con el que había nacido. Los motivos fueron muchos, pero ha de señalarse como el principal de ellos la definición que la CE dio al régimen público de Seguridad Social. Se contempla como un régimen universal para todos los ciudadanos, que ha de garantizar la asistencia ante situaciones de necesidad.

En ese sentido, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que estableció las prestaciones no contributivas en el sistema de la Seguridad Social, puso en práctica el desarrollo, no sólo del mandato constitucional del artículo 41 CE, sino también de la mayoría los citados artículos. Así, se puede afirmar que estamos hablando de contenidos propios de Seguridad Social, pese a no figurar dicho término en tales preceptos constitucionales¹³⁷ o, encontrarse en secciones separadas, pues carecería de sentido que la Seguridad Social no otorgara protección a tales situaciones de necesidad. Por otro lado, tampoco se especifica en aquellos preceptos constitucionales, que los colectivos formados por las familias, los minusválidos y los ancianos, deban ser protegidos de forma exclusiva a través de medidas de Seguridad Social, permitiendo así al Estado actuar en favor de los mismos mediante otro tipo de medidas, de carácter asistencial, incluso fiscal por ejemplo, que otorgan una más amplia protección que si se considerara tan sólo a la Seguridad Social¹³⁸.

¹³⁵ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 15 (julio-septiembre), 1982, pág. 86.

¹³⁶ MESO LLAMOSAS, I., “Situación actual y perspectivas de la Seguridad Social”, AA.VV., *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Seguridad Social, núm. 17, 1997, pág. 323.

¹³⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”, *Pensiones no contributivas*, Colección Seguridad Social, núm. 1, 1991, pág. 154.

¹³⁸ ALARCON CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, cit., pág. 45; en el mismo sentido, ALARCÓN CARACUEL, M. R., *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 50, y CAVAS MARTÍNEZ, F., “El modelo constitucional de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes”, cit., pág. 78.

3.1.2. La configuración de la Seguridad Social a partir del artículo 41 CE: un modelo mixto

El artículo 41 CE al referirse a la Seguridad Social dispone: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. Este mandato constitucional se lleva a cabo, en parte, mediante la promulgación de la Ley de prestaciones no contributivas, y así ha quedado finalmente configurado el sistema de protección de la Seguridad Social a través de dos modalidades o niveles: una modalidad contributiva y una modalidad no contributiva. A estos dos niveles de carácter público y obligatorio hay que añadir un tercer nivel complementario de carácter libre, constituido principalmente por la previsión social privada.

Por tanto, hay un compromiso y obligación del Estado para mantener un régimen público de Seguridad Social totalmente irrenunciable dentro de un Estado Social de derecho, lo que significa la constitucionalización del sistema público de Seguridad Social, al menos tal como se ha concebido históricamente¹³⁹. Conviene recordar, para comprender mejor la referencia expresa de la Constitución a la modalidad no contributiva, que su origen se encuentra en la voluntad del poder público de luchar contra las necesidades sociales¹⁴⁰.

Como se puede observar, el artículo 41 CE no rompe el modelo preexistente pero sí contrasta con anteriores artículos constitucionales más particularizados y cerrados, como el artículo 28 del Fuero de los Españoles de 1945¹⁴¹, o el artículo 46.2 de la Constitución republicana de 1931¹⁴². Y a pesar de no romperlo, sí lo modifica

¹³⁹ BLASCO LAHOZ, J. F., y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 44-45.

¹⁴⁰ ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, cit., pág. 40.

¹⁴¹ Este artículo preceptúa lo siguiente: “El Estado Español garantiza a los trabajadores la seguridad de amparo en el infortunio y les reconoce el derecho a la asistencia en los casos de vejez, muerte, enfermedad, maternidad, accidentes del trabajo, invalidez, paro forzoso y demás riesgos que pueden ser objeto de seguro social”.

¹⁴² Su tenor literal es el siguiente: “La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección

sustancialmente¹⁴³. El artículo 41 CE consagra un régimen público de Seguridad Social cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible para el legislador, de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. El alcance de esta garantía impide hablar de un modelo único de Seguridad Social como conforme a ella, y mucho menos de una norma que resuma de una vez y para siempre el contenido del mandato constitucional: la garantía institucional y el carácter público del Sistema no quedan cuestionados por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora del Sistema¹⁴⁴.

No es posible partir de la consagración constitucional de un único modelo de Seguridad Social con base en el artículo 41 CE. La Constitución, y más cuando se trata de una materia como la Seguridad Social, no pretende imponer un único modelo. Consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades que supongan una efectiva evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar. En suma, la Constitución consagra la garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social, y lleva

a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación, la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”.

¹⁴³ “Sin romper con el modelo preexistente, pero modificándolo sustancialmente, ya que (...) el carácter de régimen público de la Seguridad Social su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad implica que las prestaciones de la Seguridad Social (...) no se presenten ya como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual. El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que éste se configure como un régimen legal, en tanto que las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca” (STC 65/1987, de 21 de mayo [RTC 1987, 65]).

¹⁴⁴ En este sentido, véase la STC 37/1994, de 10 de febrero (RTC 1994, 37) la cual argumenta que “el artículo 41 CE consagra un régimen público de Seguridad Social cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible para el legislador, de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

aparejado el carácter público del mencionado sistema; y dentro de tales límites son constitucionalmente admisibles distintos modelos.

El esquema del sistema de la Seguridad Social se estructura en dos niveles, modalidades o subsistemas, uno de ellos lo constituye la modalidad contributiva, en la que se integran el Régimen General de la Seguridad Social y los Regímenes Especiales; el otro lo constituye la modalidad no contributiva, que denominamos de asistencia social básica de Seguridad Social (pensiones no contributivas)¹⁴⁵. Como complementaria a ambas modalidades se encuentra la asistencia social “interna”, que supone una ayuda o complemento para aquellos casos en que el beneficiario de Seguridad Social se encuentre, pese a la prestación percibida, en situación de necesidad¹⁴⁶.

La LBSS fue precursora de alguna de las notas instauradas por la Constitución, pues ya en su Preámbulo habla de la asistencia social interna que actuará para paliar o eliminar los estados de necesidad en que puedan incidir las personas incluidas en el campo de aplicación de la Ley¹⁴⁷. El verdadero precedente de las pensiones no contributivas, y por tanto, del perfil de la Seguridad Social que se quiso instaurar en España, se encuentra en la LBSS, pues no sólo se refiere a la generalización de la protección de la población activa, sino que también contempla las situaciones de necesidad social, sobre la base de la solidaridad nacional. En definitiva, la propia LBSS reconoce que parece llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de

¹⁴⁵ En palabras de OJEDA AVILÉS, A., “Sobre el concepto de asistencia social y el principio de caja única en la distribución de competencias en materia de protección social”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 8-9, 2003, págs. 52-61, “valorar la asistencia social como un complemento económico de la Seguridad Social simplifica el sentido que la primera tiene y condiciona sobremanera el papel de la segunda”.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La modalidad asistencial básica de Seguridad Social desarrollada en España: las pensiones no contributivas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 34, 2002, pág. 97.

¹⁴⁷ Apartado III del Preámbulo de la LBSS: “La Seguridad Social, entendida como sistema de superación de los esquemas clásicos de previsión y seguros sociales, exige inexcusablemente un régimen complementario de asistencia social. Dentro de la Seguridad Social, la asistencia se configura por la Ley como un sistema complementario, en casos límite, de la protección dispensada por la primera; pero no se trata tanto de un régimen complementario de la Seguridad Social como sistema, cuanto de un régimen complementario de sus prestaciones. De este modo la asistencia social actuará para paliar o eliminar los estados de necesidad en que puedan incidir las personas incluidas en el campo de aplicación de la Ley cuando no se acredite el derecho a las prestaciones o se haya agotado el tiempo máximo previsto para su disfrute, incluidas las prórrogas, o resulten insuficientes para la satisfacción de las necesidades que las determinan”.

Seguridad Social¹⁴⁸. Pero es en 1990 cuando se crea la modalidad, rama, nivel o pilar de protección universal, que ampara situaciones de necesidad tipificadas para quienes carecen de rentas hasta el umbral de la pobreza.

En consecuencia, se puede postular la vigencia de un modelo mixto de Seguridad Social que integra tanto el nivel contributivo (dependiente en general de las cotizaciones del protegido y/o de su empresario en el Régimen General de la Seguridad Social) como el no contributivo. Ese modelo es el que rige en la actualidad en España, de forma que se garantiza una “cobertura de ingresos mínimos a las personas sin recursos y una relativa conservación del nivel de rentas profesionales en las situaciones pasivas”¹⁴⁹.

En cuanto al nivel contributivo de base profesional, cabe pensar que el modelo histórico de tipo contributivo tiene cabida en el sistema constitucional. En este nivel no es fácil precisar en el texto constitucional qué alcance tendría ni que prestaciones comprendería. Además otros preceptos también aluden a derechos, prestaciones o servicios que históricamente habían sido abordados por la Seguridad Social. Aunque no quepa establecer un contenido claro de la suficiencia del nivel público más allá de los mínimos señalados, debe quedar claro que el modelo constitucional no está vacío, no siendo el alcance de la acción protectora de determinación legal y que por ello las prestaciones no pueden ser mínimas, sino que deben ser “suficientes” y “adecuadas” (artículo 50 CE), esto es, estar lo más próximas posibles a los salarios de activo, y por tanto con el más elevado grado de desmercantilización de los derechos de protección social¹⁵⁰.

La Seguridad Social, como derecho social “desmercantilizador”, hace tiempo que dejó ser una cobertura subsidiaria y excepcional, ya que está llamada a intervenir cada vez más para suplir permanentemente las carencias del mercado (desempleo, reconversión profesional, etc.) y atender a la emergencia de nuevas situaciones de necesidad (señaladamente las derivadas del fenómeno de la exclusión social)¹⁵¹.

¹⁴⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La modalidad asistencial básica de Seguridad Social desarrollada en España: las pensiones no contributivas”, *cit.*, pág. 99.

¹⁴⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R., *La Seguridad Social en España*, *cit.*, pág. 42.

¹⁵⁰ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 45.

¹⁵¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 7, señalan, además, que “la Seguridad Social, en su atención a las transformaciones sociales, debe intensificar su carácter mixto, articulando la doble presencia del

Respecto al nivel no contributivo la Constitución, como una importante novedad, viene a reconocer un nivel de Seguridad Social de tipo asistencial, financiado por el Estado por vía fiscal de acuerdo con el ideario de Beveridge¹⁵² y las declaraciones internacionales de derechos humanos (Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de la Organización de Naciones Unidas). No obstante, el artículo 41 no precisa mucho más acerca de lo que se entiende por este nivel de Seguridad Social, pero concreta las contingencias que operan como selectores de necesidades (asistencia sanitaria, jubilación, invalidez e hijo a cargo).

Esta modalidad no contributiva, no es un nivel básico para todos los españoles, ni está diseñada como un nivel subsidiario en una composición estructural, ni constituye un nivel universal y mínimo abierto a fórmulas complementarias de protección de distinta naturaleza, sino que se configura como una ordenación singular, cerrada y excluyente. En este orden, las modalidades contributiva y no contributiva son fórmulas de protección yuxtapuestas sin comunicación alguna, y sometidas a mecanismos de ordenación diferentes e independientes¹⁵³.

En cuanto al nivel complementario en el marco constitucional es algo residual, voluntario, para los de rentas más elevadas, a añadir a los dos anteriores, al asistencial y al contributivo o incluso en solitario, y estaría amparado por la expresión “la asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. Se trata de un nivel, que contempla prestaciones aisladas, que se pueden añadir a un diseño público, que ha de ser suficiente; es de carácter no sustitutivo, voluntario y privado. Tal nivel, no obstante, no sería

componente profesional (contributivo) y asistencial (no contributivo), para proteger a las categorías ausentes del mercado de trabajo (la precarización del empleo), que introducen una inestabilidad tanto para el individuo para la colectividad, aunque esta intensificación no ha modificado el carácter prevalentemente profesional de los sistemas de Seguridad Social en Europa”.

¹⁵² Se mantiene la postura de que, en lugar de un sistema mixto, sería más exacto decir que el sistema de seguros sociales de Bismarck se asume y se trasciende en el sistema de Seguridad Social de Beveridge. Es decir, que el sistema de Beveridge no excluye el de Bismarck, sino que lo completa. No parece que exista gran diferencia entre esta explicación y la consideración mixta del modelo de Seguridad Social. En definitiva, según el modelo de Beveridge, los beneficiarios de la Seguridad Social no son sólo los trabajadores cotizantes, sino con carácter universal todos los ciudadanos. Véase, DE LA VILLA GIL, L. E., “Las pensiones sociales: problemas y alternativas”, en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Seguridad Social, núm. 18, 1999, pág. 7.

¹⁵³ TORTUERO PLAZA, J. L., “La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 44, 2003, pág. 35.

estrictamente Seguridad Social, sino protección social privada, aunque también cabría una Seguridad Social pública de tipo complementaria¹⁵⁴, como las mejoras voluntarias.

3.1.3. Presencia indirecta de la Seguridad Social en la Constitución

La CE utiliza la expresión “Seguridad Social” de forma expresa en cuatro artículos, si bien resulta paradójico que en ninguno de ellos se hace referencia expresa a las contingencias profesionales como tales, y ninguno de ellos (salvo en el artículo 41 CE, que se refiere a la prestación por desempleo) señala en que consiste el contenido concreto de la misma: el artículo 41 es la carta de presentación del nuevo orden que se implanta con la CE y que abordaremos a continuación. El segundo precepto que alude a la Seguridad Social, es el artículo 149.1.17 CE que incluye la legislación básica¹⁵⁵ y el régimen económico de la Seguridad Social entre las materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.). Por tanto, las CC.AA. pueden asumir en sus estatutos la ejecución de sus servicios, compartiendo así la competencia global estatal de ejecución sobre la materia, como en efecto lo han hecho algunos de los estatutos promulgados¹⁵⁶. Conforme al artículo 129.1 CE, esa legislación que corresponde al Estado debe establecer las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social. Y una cuarta y última referencia a la Seguridad Social se contiene en el artículo 25.2 CE cuando, al referirse a los derechos del condenado a pena de prisión, declara que “en todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social”.

¹⁵⁴ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social, cit.*, págs. 45-46.

¹⁵⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F., “La protección social en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2007, BIB 2007/836, edición digital en westlaw.es, pág. 5. En este interesante estudio, CAVAS MARTÍNEZ descarta que “legislación básica” sea expresión equivalente a “Ley de bases” (artículo 82.2 CE), “habrá de entenderse que la legislación básica de la que habla el artículo 149.1.17^a CE alude a las leyes, tanto ordinarias como delegadas, y reglamentos, cuyo contenido se refiera a aspectos fundamentales de la Seguridad Social. Con criterio finalista, el TC entiende por legislación básica aquella que debe ser común y uniforme para todo el Estado (SSTC 32/1981 [RTC 1981, 32], 25/1983 [RTC 1983, 25], 102/1995 [RTC 1995, 102], etc.). En Seguridad Social, podrían entenderse como básicas las normas reguladoras de las siguientes materias: reglas de acceso al sistema y de permanencia en el mismo (campo de aplicación), actos de encuadramiento, cotización y recaudación, las contingencias cubiertas, las clases de prestaciones, los requisitos para su reconocimiento, sus caracteres y cuantía, la gestión, el régimen financiero y el régimen sancionador”.

¹⁵⁶ ALONSO OLEA, M., “La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, *cit.*, pág. 187.

Ahora bien, las líneas maestras de la Seguridad Social trazadas por la Constitución no se reducen a los cuatro artículos que acabamos de citar. El núcleo central de la Seguridad Social en la Constitución es el artículo 41 CE, pero no es el único precepto constitucional relacionado con la Seguridad Social. Hay que mencionar también otros artículos constitucionales en los que se establecen diversos mandatos a los poderes públicos para que atiendan a diversas situaciones de necesidad que se producen en diferentes grupos sociales (principios específicos, relacionados con los principios constitucionales del Estado social, de igualdad real y de igualdad ante la Ley). La Constitución se refiere en estos preceptos a distintas acciones de política social, cuya puesta en práctica puede hacerse bien por medio de la Seguridad Social, o bien por medio de otras fórmulas o instrumentos de protección:

- El artículo 39.1 CE impone a los poderes públicos la protección social de la familia, pues concretamente dice que: “los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia”.
- La protección a la infancia, cuyo artículo 39.2 CE señala que: “Los poderes aseguran, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación”. Y también el artículo 39.4 CE indica que: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.
- El artículo 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud.
- El artículo 49 CE ordena la realización de una política pública de tratamiento y rehabilitación en favor de los disminuidos físicos: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran”.
- El artículo 50 CE garantiza la suficiencia económica para todos los ciudadanos de la tercera edad: “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Así mismo, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

- Y el artículo 42 CE regula la protección de los derechos económicos y sociales de los emigrantes y retornados, al afirmar que: “El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno”.

De todos estos preceptos cabe resaltar la globalidad con la que alude a los sujetos responsables, a quienes la Constitución encomienda actuar en cada uno de los ámbitos enunciados (seguridad, salud, servicios sociales, etc.), al hablar de los poderes públicos y no sólo del Estado¹⁵⁷. Dicho en otras palabras, la Constitución quiere una interacción entre los poderes públicos del Estado compuesto por ella diseñado a la hora de constituir y respaldar una red de protección social, y en primer término la actuación combinada de los dos principales poderes territoriales, el Estado y las CC.AA.¹⁵⁸.

3.1.4. Contenido esencial del artículo 41 CE y su emplazamiento constitucional

El modelo profesional-contributivo siempre sintió (como tendencia) la llamada universalista, esto es, la “universalización personal de la cobertura” haciendo bueno el derecho de toda persona a la Seguridad Social, que proclama el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sin embargo la llamada universalista no puede cristalizarse desde el modelo profesional-contributivo¹⁵⁹. El modelo por su propia configuración esencial tiene un techo de cobertura que nunca puede coincidir con la universalidad, por mucho que ésta se reclame como principio, o dicho de otra forma su consecución es inalcanzable salvo que el modelo se desnaturalice hasta hacerlo irreconocible¹⁶⁰.

La llegada de la CE, y en particular su artículo 41, impuso a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, siendo éste el denominado “núcleo duro” de la Seguridad Social. Sin embargo, lo cierto es que hasta doce años más tarde no se realizó una legislación de pensiones no

¹⁵⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F., “La protección social en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *cit.*, pág. 2.

¹⁵⁸ OJEDA AVILÉS, A., “Sobre el concepto de asistencia social y el principio de caja única en la distribución de competencias en materia de protección social”, *cit.*, pág. 54.

¹⁵⁹ TORTUERO PLAZA, J. L., “La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista”, *cit.*, págs. 34-35.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pág. 35.

contributivas que formara parte integrante del Sistema¹⁶¹, cumpliéndose el pronóstico de que las previsiones establecidas en el artículo 41, referidas a la extensión de la Seguridad Social para todos los ciudadanos iban a tardar mucho tiempo en verse cumplidas¹⁶².

El artículo 41 CE establece el deber de los poderes públicos de mantener una determinada estructura protectora de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad y marca las líneas que han de orientar el desarrollo evolutivo de aquélla y, aun, de su régimen jurídico presente. Sin embargo, no es un precepto apto para atribuir o distribuir competencias, ni para decantarse en favor de unos o de otros centros de decisión entre cuantos integran el modelo de articulación del Estado diseñado en el Título VIII de la Constitución. Es por ello un precepto neutro que impone los compromisos a que se ha hecho referencia a los poderes públicos, sin prejuzgar cuáles puedan ser éstos, simplemente porque no es tal su función¹⁶³.

La “llamada universalista” es la que recoge la CE, en el artículo 41, a través de las referencias a “todos los ciudadanos” y a los “estados de necesidad”. La Constitución, lejos de pretender la transformación o desnaturalización del modelo existente (algo impensable en un constituyente conocedor y beneficiario de un único modelo, el de carácter profesional contributivo en construcción desde 1900), incorpora los elementos necesarios para avanzar, esto es, para que los poderes públicos utilicen los mecanismos apropiados en orden a la configuración de un Sistema que, respetando el modelo existente, otorgue protección a todos los ciudadanos ante estados de necesidad, medidos sobre la base de la carencia de recursos para subsistir. Se trata, por tanto, de perfeccionar el Sistema, de imponer los elementos que le permitan y obliguen a avanzar, para dar respuesta a una necesidad demandada, esto es, la protección a todos los ciudadanos en estado de necesidad. En esta evolución o dinamismo impuesto al Sistema, es inapropiado y equívoco invertir el orden, identificando como núcleo duro de la Constitución los elementos de evolución (la protección universal ante estados de necesidad real) frente a los consolidados a lo largo de la historia (los que identifican el modelo profesional-contributivo). A estos efectos, son criticables las injustificadas doctrinas rupturistas que

¹⁶¹ El excesivo tiempo que transcurrió (1978-1990) hizo que en dicho intervalo el TC reinterpretara el artículo 41 CE, creándose un cierto espacio de confusión sobre el modelo existente, el de carácter profesional contributivo, justificando que éste perdiera o viera debilitados sus elementos de identidad.

¹⁶² En este sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La modalidad asistencial básica de Seguridad Social desarrollada en España: las pensiones no contributivas”, *cit.*, pág. 99.

¹⁶³ En este sentido, véase la STC 206/1997, de 27 de noviembre (RTC 1997, 206).

han dado un valor desmesurado e inapropiado a los elementos de evolución. Ante ello, y una vez evolucionado el Sistema, se hace necesaria la reconstrucción del núcleo constitucional con base en los elementos que configuran el modelo dual o mixto de carácter público y obligatorio, así como sus relaciones con el pilar o nivel voluntario y de gestión privada¹⁶⁴.

El término “mantendrán”, en el contexto del artículo 41 de la Constitución, ha sido objeto de diversas interpretaciones doctrinales. Entre ellas, hay quienes le atribuyen el sentido de que los poderes públicos deben garantizar un mínimo de protección de Seguridad Social en el futuro, que correspondería a los niveles alcanzados en el momento de entrada en vigor de la Constitución, extendiéndose a todos los ciudadanos. Lo contrario supondría, en una interpretación extensiva, ir contra lo establecido en el artículo 9.3 de la propia Constitución, que se refiere, entre otras cuestiones, a la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Se refiere el texto constitucional a la necesidad de concebir la Seguridad Social como una función del Estado¹⁶⁵, pues es el Estado (los poderes públicos), el que recibe el encargo de mantener un régimen de Seguridad Social., y al que no puede, constitucionalmente, renunciar, pues ha de ser un régimen público estatal; ello no significa que la totalidad del Sistema esté empapada de una carga absolutamente pública¹⁶⁶.

Otra interpretación, más coherente, es la que sostiene que quienes elaboraron el texto constitucional introdujeron ese término, equiparándolo a otras palabras como organizar, establecer, etc.¹⁶⁷. En este caso, la expresión mantendrán, debe interpretarse en el sentido de sostenimiento, no sólo de organización, etc., sino sobre todo, de mantenimiento económico del Sistema, haciendo posible el funcionamiento del mismo

¹⁶⁴ TORTUERO PLAZA, J. L., “La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista”, *cit.*, pág. 35.

¹⁶⁵ Véase en este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 13.

¹⁶⁶ Argumenta la STC de 10 de febrero de 1994 (RTC 1991, 37) que “cabe privatizar las formas de gestión del régimen público de Seguridad Social, y así sucede con la intervención de las Mutuas, la colaboración en la gestión de las empresas, e incluso la prestación de algunos servicios de asistencia sanitaria o de recuperación y rehabilitación en régimen de concierto”.

¹⁶⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F., “El modelo constitucional de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes”, *cit.*, pág. 83.

mediante las funciones recaudadoras, de gestión y de otorgamiento de las diversas prestaciones¹⁶⁸.

En consecuencia, por primera vez en España se le ordena al Estado que otorgue protección de Seguridad Social no sólo a los trabajadores, como hasta entonces, sino que esa protección debía extenderse a todos los ciudadanos sin distinción¹⁶⁹. Ello conlleva necesariamente una modificación sobre los criterios y el procedimiento aplicable a la técnica de protección, pues ya no es la realización de una actividad por cuenta propia o ajena la que incorpora en el Sistema al futuro beneficiario. La propia Constitución nos da la clave de cuál es esa nueva circunstancia que pone en marcha todo el mecanismo protector: la situación de necesidad.

De modo que en estos supuestos de necesidad no es preciso acreditar los tradicionales requisitos propios del nivel contributivo del Sistema, sino tan sólo encontrarse en situación de necesidad. Una vez acreditada ésta, se debe otorgar la debida asistencia y prestaciones para cubrir o al menos aliviar dicha situación de necesidad. Pero esa asistencia y prestaciones deben ser suficientes según la CE, sin que ésta precise lo que debe entenderse por suficientes, pues tal término varía según nos encontremos en el nivel contributivo o no contributivo¹⁷⁰. En el primer nivel, la suficiencia se alcanza cuando la prestación consiste en una cuantía económica equiparable al salario que venía percibiendo en su vida activa laboral el beneficiario. En cambio, el término suficiente en la modalidad no contributiva debemos referirlo a aquella protección que garantice un mínimo nivel de

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 49, 2004, págs. 139-140.

¹⁶⁹ De acuerdo con la STC de 14 de enero de 1993 (RTC 1993, 3), “no es sólo obligación del Estado mantener un régimen de Seguridad Social para los trabajadores, sino que el deber se extiende a todos los ciudadanos, principio de universalización que el legislador postconstitucional ha tenido en cuenta en particular en la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para 1984 (BOE de 30 de diciembre) que universaliza la asistencia sanitaria, y en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social (BOE de 22 de diciembre) para la vejez e invalidez”.

¹⁷⁰ La STC de 11 de diciembre de 2002 (RTC 2002, 239) indica que “en principio las prestaciones de Seguridad Social constituyen derechos subjetivos perfectos, exigibles y amparables desde que se produce la situación de hecho contemplada por la norma; las contingencias y estados de necesidad se establecen legalmente de manera objetiva, y no se exige en la modalidad contributiva prueba de recursos para la obtención de la prestación por parte del beneficiario”. La garantía de suficiencia se ha de concretar por la Ley, que determinará la intensidad de la cobertura que en cada época o situación corresponda.

ingresos económicos para sobrevivir con dignidad. La determinación de la suficiencia la realiza la Ley¹⁷¹.

Por tanto, conviene despejar el significado de la “suficiencia” en las prestaciones reconocidas por la Seguridad Social; suficiencia que debe matizarse, graduándose de forma diferente, según se trate del nivel de la prestación. Así, en las prestaciones no contributivas, al conceptuarse como rentas de compensación, lo que se persigue es la obtención por parte del beneficiario de unos ingresos mínimos de subsistencia, que le garanticen cubrir su situación de necesidad, no teniendo en cuenta las contribuciones realizadas¹⁷². Y en el nivel contributivo la función esencial es la de sustituir las rentas que venían percibiendo ordinariamente los trabajadores, calculándose en función del tiempo trabajado y de la cuantía de las cotizaciones realizadas¹⁷³.

Esta línea de pensamiento también admitiría el tratamiento diferente “razonablemente fundado” de una misma situación de necesidad, esto es, siempre que tal disparidad de tratamiento encuentre justificación objetiva, razonable y congruente. En el sistema constitucional la Seguridad Social se asienta sobre la noción de situación de necesidad. Ello no obsta a que puedan introducirse distintos niveles de tutela objetiva para las diferentes contingencias siempre que queden razonablemente justificados. La propia Constitución permite, aunque no imponga, la diferente protección por contingencias. En la misma línea los más cualificados Tratados internacionales en la materia se pronuncian aun por una protección que atiende a las contingencias. Ese principio unificador no ha conducido en la realidad jurídico-positiva a una fusión entre los riesgos comunes y los profesionales (la fuerza configuradora del artículo 41 CE).

Si hacemos una visión histórica, observamos que la protección contributiva ha ido restringiéndose, ha ido estrechándose paulatinamente, y sin embargo, la protección asistencial ha ido creciendo, ha ido desarrollándose, y ello debido a que la sociedad admite mejor una restricción en los niveles contributivos, se soporta mejor desde el punto

¹⁷¹ En este sentido, ver FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La modalidad asistencial básica de Seguridad Social desarrollada en España: las pensiones no contributivas”, *cit.*, págs. 100-101.

¹⁷² DESDENTADO BONETE, A., “La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección. Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 25, 1985, pág. 80.

¹⁷³ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Seguridad Social y Constitución*, *cit.*, págs. 47-48.

de vista de los núcleos de protección interna (esto es, desde la familia), que la desatención de gran número de individuos que son expulsados del mercado de trabajo y no tienen rentas de ninguna naturaleza¹⁷⁴.

Por otro lado, el hecho de que el artículo 41 CE, se emplace en el Capítulo III del Título I, que la CE dedica a los principios rectores de la política social y económica, produjo dos efectos: 1º) No podían aplicarse directamente las notas de la Seguridad Social propuestas por el citado artículo 41, sino que era necesario que su regulación se desarrollara mediante Ley, tal como se desprende del contenido del artículo 53.3 de la Constitución (que se produjo doce años más tarde con la Ley 26/1990), y 2º) Dicha ubicación supuso, más que el reconocimiento de un derecho de los ciudadanos, un compromiso por parte del Estado de hacer realidad lo que exige ese precepto.

Al tratarse de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente únicamente para las personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios de acuerdo con el artículo 25.2 CE, solamente a ellas se les garantiza el derecho a la Seguridad Social a través del recurso de amparo, conforme al artículo 53.2 CE, mientras que para el resto de los ciudadanos, la garantía de acceso a la Seguridad Social no goza de tal protección, según el artículo 53.3 del citado precepto constitucional. Por tanto, sería conveniente incorporar la Seguridad Social a la categoría de derecho fundamental, o al menos atribuirle una garantía de acceso a los ciudadanos equiparable a la del colectivo a que se refiere el artículo 25.2 de la Constitución. Si bien, el derecho a las pensiones no contributivas puede ser invocado a través de la normativa de desarrollo constitucional, como es la Ley General de la Seguridad Social, cuyo artículo primero prevé que el derecho de los españoles a la Seguridad Social, establecido en el artículo 41 de la Constitución, se ajustará a lo dispuesto en la presente Ley¹⁷⁵.

No estaría de más, la recuperación en el ámbito constitucional, del derecho a la Seguridad Social como derecho fundamental del ciudadano, como ya lo fuera en la Constitución Republicana de 1931. No obstante, el hecho de que la Seguridad Social se encuentre incluida en la Constitución como principio rector es positivo, pues ello implica

¹⁷⁴ TORTUERO PLAZA, J. L., “La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista”, *cit.*, pág. 38.

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La modalidad asistencial básica de Seguridad Social desarrollada en España: las pensiones no contributivas”, *cit.*, pág. 102. Sobre el carácter programático del artículo 41 CE en relación con el artículo 53.3 CE, conviene ver la STCT de 3 de diciembre de 1985 (RTCT 1985, 6745).

que el legislador ordinario no puede eliminar el sistema de la Seguridad Social, porque tal decisión sería inconstitucional¹⁷⁶. A nuestro juicio, tampoco estaría de más que se llegara a constitucionalizar el mismo derecho a la reparación del daño por accidente o enfermedad cualquiera que sea la contingencia, con base en el principio de igualdad.

3.1.5. El principio constitucional de igualdad en la Seguridad Social: el régimen de tutela de las contingencias profesionales

Un elemento de reflexión bajo el prisma constitucional es la propuesta de equiparación del régimen diferenciado de tutela para las contingencias profesionales y las contingencias comunes a la luz del principio de igualdad. Téngase presente que el tránsito de la previsión a la Seguridad Social viene caracterizado por la idea-fuerza de la uniformidad de la protección¹⁷⁷. Desde esta perspectiva, se ha puesto de manifiesto que respecto a la ordenación de la acción protectora en el nivel contributivo, no existe una plena consideración conjunta de las contingencias, puesto que hay diferencias de protección según que la situación derive de un riesgo profesional o común, estableciéndose en virtud de ello una discriminación de la protección de la Seguridad social injustificada¹⁷⁸.

Desde un punto de vista jurídico, el funcionamiento del nivel contributivo se muestra como un elemento discriminatorio, debido a que en el caso de riesgos profesionales concede prestaciones en mejores condiciones, que en aquellos otros supuestos derivados de riesgo común. Además, conculca el principio legal de conjunta consideración de contingencias que consagraba la LBSS¹⁷⁹. El régimen particular de accidentes de trabajo entraña un tratamiento preferencial lesivo para las víctimas de otro género de riesgos y por lo tanto opuesto a los principios de igualdad y justicia, ya que todas las víctimas de accidentes tienen las mismas necesidades y, por lo tanto, deben recibir un trato igual. Si la Seguridad Social se inspira en los principios de igualdad y

¹⁷⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución”, *cit.*, pág. 138.

¹⁷⁷ ALONSO OLEA, M., “La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, *cit.*, págs. 168-175.

¹⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “El sistema jurídico-positivo vigente. Análisis del modelo normativo”, *cit.*, pág. 24.

¹⁷⁹ GONZALO GONZÁLEZ, B., LÓPEZ CUMBRE, L., “Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de Seguridad Social”, *cit.*, págs. 151-152.

universalidad, ha de cumplir la aspiración de todas las personas a una protección eficaz contra las contingencias inherentes a todas las sociedades en cuyo seno viven.

Quienes se oponen al tratamiento preferente de las víctimas de accidentes laborales y enfermedades profesionales creen que lo realmente importante es proporcionar una buena atención sanitaria a todos, una atención sanitaria de calidad que compense la pérdida de capacidad para obtener ingresos a causa de los daños sufridos y sobre todo, que prevenga los daños que pudieran producirse en los seres humanos, y que si, pese a ello se producen, se realicen los esfuerzos posibles para restaurar la situación previa al daño. Eso es lo fundamental, y no el origen del daño, sostienen los partidarios de esta posición¹⁸⁰. A nuestro parecer, el hecho de sufrir un accidente o contraer una enfermedad durante el trabajo no es justificación suficiente para recibir una mejor protección, es más, este trato privilegiado de la naturaleza profesional del riesgo protegido podría chocar con el principio constitucional de igualdad de trato del artículo 14 CE.

Los riesgos cubiertos por el régimen público de Seguridad Social quedan constitucionalmente indeterminados en el artículo 41 CE al referirse con carácter general a las situaciones de necesidad¹⁸¹.

Como se ha señalado, en el plano constitucional, la vertiente reparadora o el derecho a la protección de Seguridad Social se reconoce en el artículo 41 CE, como norma finalista y programadora de las tareas del Estado y no meramente programática en el sentido constitucionalista tradicional; con el nivel de garantías mínimo (*ex* artículo 53 CE), que prevé la obligación del Estado de mantener un sistema público de Seguridad Social para atender a los ciudadanos con prestaciones suficientes en situaciones de necesidad. El desarrollo normativo de esta previsión se produce a través de una legislación ordinaria que es competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio de su ejecución por parte de las CC.AA. La norma básica reguladora del sistema de Seguridad Social se contiene en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el

¹⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El sistema jurídico-positivo vigente. Análisis del modelo normativo”, *cit.*, pág. 25.

¹⁸¹ En ese sentido, véase SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “La Seguridad Social y la Constitución de 1978”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, págs. 120 y ss.

Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), que ha sido desarrollado por un complejo y cambiante número de normas reglamentarias¹⁸².

La legislación específica de Seguridad Social contiene la regulación de la vertiente reparadora de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Este bloque normativo regula el concepto de accidente de trabajo y enfermedad profesional, las prestaciones económicas públicas que se devengan por el acaecimiento del accidente (situaciones protegidas, cuantía, cálculo, duración), las prestaciones reparadoras y preventivas, responsabilidades del empresario, recargo de prestaciones, requisitos de acceso a las prestaciones, regulación de la gestión de tales contingencias (sistema público o mutuas), etc.

A pesar del principio de consideración conjunta de las contingencias que inspirara la LBSS, la LGSS no ha corregido ese enfoque diferenciador entre contingencias comunes y profesionales, aunque haya acentuado los niveles de protección al margen del origen profesional o no de la contingencia y la diferencia de tratamiento se ha reducido sensiblemente, especialmente por la expansión de reglas específicas más favorables del accidente de trabajo a otro tipo de contingencias. Ha sido precisamente la subsistencia de ese régimen diferenciado y privilegiado para las contingencias profesionales lo que ha generado toda una serie de modificaciones legislativas y doctrinas jurisprudenciales que tienden a atraer supuestos de accidentes o enfermedades comunes bajo la cobertura del régimen de accidentes de trabajo (la actual redacción del artículo 115 LGSS, que conceptualiza el accidente de trabajo es una buena prueba de ello)¹⁸³.

El principio de igualdad inunda de contenido gran parte de las materias constitucionales, y no podía dejar de hacerlo también con respecto a la Seguridad Social. Ese principio, se encuentra formulado en el artículo 14 de la Constitución, que relacionado con el artículo 41 de la Constitución, al afirmar que, “los poderes públicos mantendrán un régimen público para todos los ciudadanos (...)”, refleja una clara interpretación de cómo debe afectar ese principio fundamental en la Seguridad Social. Porque, aunque en el artículo 14 de la Constitución no figura de forma expresa la igualdad en materia de Seguridad Social, sin embargo, el último inciso nos permite interpretar tal

¹⁸² MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El sistema jurídico-positivo vigente. Análisis del modelo normativo”, *cit.*, pág. 29.

¹⁸³ En este sentido, *Ibidem*, pág. 31.

principio, en sentido amplio, cuando después de enumerar una serie de causas discriminatorias termina extendiéndolas a cualquier otra condición o circunstancia personal o social. De modo, que no debe pensarse en una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las pensadas en el texto legal. Principio de igualdad, que puede ser expresado de forma positiva como tal, o negativa, como principio de no-discriminación, entendido como desigualdad de tratamiento legal que sea injustificada por no ser razonable, y que eleva al derecho de la Seguridad Social, en cuanto afecta a su posible relación con el principio de no discriminación, en el grado máximo de nivel de garantía constitucional, según el juego de los artículos 53.2 y 81 de la Constitución, a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, así como mediante el recurso de amparo, y el recurso de inconstitucionalidad frente a las leyes que no respeten el contenido de la Constitución¹⁸⁴.

3.2. Del periodo inmediatamente posterior a la Constitución a la actualidad

Tras la promulgación de la CE el sistema de la Seguridad Social empieza a presentar problemas que amenazaban su viabilidad futura, es por ello que el legislador se pone manos a la obra, y adopta diversas modificaciones legislativas, que pasamos a analizar.

3.2.1. Medidas tendentes a garantizar la viabilidad futura del Sistema (1978-1994)

Tras la promulgación de la Constitución, la primera gran reforma tiene lugar con el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre Gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo¹⁸⁵ que, en función de lo acordado en los Pactos de la Moncloa, crea un sistema de participación institucional de los agentes sociales favoreciendo la transparencia y racionalización de la Seguridad Social. Este Real Decreto-ley concentró las tareas de gestión en solamente cuatro Entidades Gestoras (INSS, INSALUD, INSERSO e Instituto Social de la Marina, en adelante, ISM) que con

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución”, *cit.*, págs. 161-162.

¹⁸⁵ BOE de 18 de noviembre.

carácter especializado abarcan los distintos aspectos de la acción protectora, e instauró un sistema de participación institucional de los agentes sociales a través de los Consejos Generales y las Comisiones Ejecutivas de los citados Institutos. Inició la transformación de la gestión de la Seguridad Social, mediante la creación de Institutos de la Seguridad Social y Servicios Comunes como el de la TGSS, la participación en los órganos de gestión, la transformación de los procedimientos, y la incorporación definitiva de la gestión al espacio del Derecho Administrativo.

Durante la década de los 80 se produjeron diversas reformas, más o menos puntuales, que tuvieron como objeto reajustar el sistema de Seguridad Social conforme a los nuevos límites impuestos constitucionalmente, mejorando y perfeccionando la acción protectora al extender las prestaciones de los colectivos no cubiertos y dar una mayor estabilidad económica al sistema de la Seguridad Social: medidas como el proceso de equiparación paulatina de las bases de cotización con los salarios reales, la revalorización de las pensiones en función de la variación del Índice de Precios al Consumo (en adelante, IPC), la ampliación de los periodos necesarios para acceder a las prestaciones y para el cálculo de las pensiones, y la simplificación de la estructura de la Seguridad Social.

Una vez constitucionalizados los pilares del sistema de Seguridad Social (principios como el de publicación del sistema, universalidad, de protección de las situaciones de necesidad, y de suficiencia), el legislador encontró marcados los nuevos ejes de Seguridad Social que predeterminaron de algún modo una serie de reformas prestacionales. En esta línea, se puede destacar la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, que regulaba un sistema especial de prestaciones sociales y económicas para los minusválidos (externas a la Seguridad Social), que por no desarrollar una actividad laboral no estaban incluidos en el campo de aplicación de la Ley General de Seguridad Social de 1974¹⁸⁶.

A partir de 1984 se aborda una de las reformas más importantes que se ha producido en este periodo histórico. Fueron un conjunto de medidas que tuvieron como punto referencial los desequilibrios financieros del Sistema, pero hoy, miradas 31 años después, es perceptible que aquellas reformas, por supuesto iban dirigidas a provocar un

¹⁸⁶ La Ley 13/1982, de 7 de abril, estuvo vigente hasta 4 de diciembre de 2013, tras ser derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

reequilibrio en el sistema financiero, pero también iban dirigidas a modernizar nuestro Sistema, a evitar las situaciones de fraude, que se producían en aquella época. La respuesta social que tuvo la reforma, provocada más bien por el entorno en que fue aprobada, hizo que ese intento de racionalización, lamentablemente, no tuviera continuidad. Curiosamente el reconocimiento de su funcionalidad ha venido de la mano de la Ley de Consolidación y Racionalización de 1997, como se reconoce en la Exposición de Motivos. En nuestro tiempo, las reformas de materias tan importantes como ésta, si no cuentan con la acogida de los interlocutores sociales y del conjunto del arco parlamentario, son casi imposibles de llevar a cabo.

Entre esas medidas, destaca la aprobación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora¹⁸⁷. En materia de pensiones, tuvo como principal finalidad establecer un plus de contributividad elevando el esfuerzo contributivo realizado a través de la cotización y las prestaciones generadas con dicho esfuerzo¹⁸⁸. Estableció una mejor ordenación de los regímenes de Seguridad Social, suprimiendo varios de ellos e integrándolos en el Régimen General o en el de Autónomos, reduciendo así la fragmentación excesiva del Sistema. Implantó nuevas medidas dirigidas al perfeccionamiento de la acción protectora del Sistema, como fueron la supresión del requisito del alta para las pensiones de jubilación e invalidez, con ciertos requisitos y diversas consecuencias y el establecimiento, por primera vez, de la revalorización automática de las pensiones en función del IPC, al inicio de cada ejercicio económico. En el amplio terreno de la reforma de la acción protectora no cabe olvidar el progresivo acercamiento de las pensiones mínimas al salario mínimo interprofesional y la aproximación progresiva de las bases de cotización a los salarios reales, si bien con el mantenimiento, por arriba y por abajo, de tope máximos y mínimos de cotización.

Un paso más en este proceso de reformas es la extensión a todos los ciudadanos de la asistencia sanitaria a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹⁸⁹, y el establecimiento, mediante la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Prestaciones No

¹⁸⁷ BOE de 1 de agosto.

¹⁸⁸ Perseguía restablecer el equilibrio entre gastos e ingresos: como la elevación de las cotizaciones era una medida de imposible práctica, se optó por la ampliación de los periodos necesarios para acceder a las prestaciones de 10 a 15 años en las jubilaciones y se amplió, también, el periodo de cotización que sirve como base para el cálculo de la cuantía de las pensiones de 2 a 8 años.

¹⁸⁹ BOE de 29 de abril.

Contributivas de la Seguridad Social¹⁹⁰, de pensiones no contributivas de vejez e invalidez a favor de las personas carentes de recursos que se encuentren en situación de necesidad, hayan o no hayan cotizado previamente, así como la universalización de las prestaciones de protección a la familia y la extensión de los servicios sociales. Esta Ley de 1990 encargó al Gobierno la preparación de un nuevo texto refundido, y de dio lugar a la LGSS, aprobada, por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio¹⁹¹, que contiene la regulación básica en la materia.

3.2.2. La refundición operada en 1994 y su evolución hasta la actualidad

Desde el punto de vista legislativo, sin duda el gran acontecimiento de este periodo histórico fue la LGSS, que puso fin a una ordenación tortuosa, dispersa y confusa, soportada estoicamente durante 20 años (desde la Ley de 1974). Con seguridad la opción del texto refundido era la única posible, para realizar la exigida adaptación constitucional y para poner orden a 20 años de reformas de la más variada naturaleza. Podemos decir, con sus aciertos y errores, que la refundición era un paso necesario para avanzar¹⁹².

La LGSS sigue siendo en gran medida, una norma compleja, confusa, incompleta, inacabada, que exige demasiadas explicaciones para simplemente entender su estructura, es, en definitiva, el resultado de una yuxtaposición de preceptos, más o menos ordenados, que tienen su origen en la primera Ley de Seguridad Social de 1966. En efecto, desde ésta primera norma, el *modus operandi* ha sido a través de textos refundidos, lo que constata el arrastre histórico inevitable, refleja el imposible orden interno y la descalifica como norma de futuro¹⁹³.

El 6 de abril de 1995 se aprueba el Pacto de Toledo, como se conoce el Informe de la Ponencia para el “análisis de los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse”, y que supone un amplio acuerdo parlamentario, pues tuvo el apoyo de todas las fuerzas políticas y sociales, que marca las pautas para encontrar soluciones eficaces y duraderas a las diversas cuestiones

¹⁹⁰ BOE de 22 de diciembre.

¹⁹¹ BOE de 29 de junio.

¹⁹² TORTUERO PLAZA, J. L., “La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista”, *cit.*, pág. 37.

¹⁹³ *Ibidem*, pág. 37.

planteadas a través del amplio elenco de recomendaciones que se articulan en su seno¹⁹⁴. Recomendaciones que configuran un conjunto homogéneo de prioridades que ponen de manifiesto la importancia de los consensos políticos a la hora de diseñar iniciativas en materia de Seguridad Social, y que produjeron importantes cambios y el establecimiento de una hoja de ruta para asegurar la estabilidad financiera y las prestaciones futuras de la Seguridad Social¹⁹⁵.

Se trata de un análisis que partía de la necesidad de excluir de la lucha partidista al sistema de protección social para encauzarlo dentro de un debate político sosegado y de amplio calado que permitiera alcanzar el máximo nivel de acuerdo, lo que constituye una importante garantía de la eficacia y la perdurabilidad de las reformas. Fruto de esa labor fueron una larga serie de recomendaciones que incidieron en múltiples aspectos relacionados con la acción protectora, la financiación, la estructura y la gestión de la Seguridad Social, y que luego se desarrollaron mediante el diálogo social¹⁹⁶.

El desarrollo de este Pacto ha sido uno de los objetivos básicos del Gobierno, consciente de la necesidad de plasmar de forma inmediata en medidas concretas los aspectos prioritarios de la reforma, para lo cual, además, y dada la importancia del tema, ha procurado contar desde el primer momento con el mayor consenso social posible, abriendo un proceso de diálogo amplio y fluido con los Agentes Sociales que ha cristalizado en el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social¹⁹⁷, suscrito con los sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de

¹⁹⁴ En el Pacto de Toledo la Ponencia parlamentaria proponía quince recomendaciones: 1. Separación y clarificación de las fuentes de financiación (dentro de un modelo basado en el reparto); 2. Constitución de reservas; 3. Mejora de las bases de cotización; 4. Financiación de los regímenes especiales; 5. Mejora de los mecanismos de recaudación y lucha contra la economía irregular; 6. Simplificación e integración de regímenes especiales; 7. Integración de la gestión; 8. Evolución de las cotizaciones; 9. Sobre la equidad y el carácter contributivo del sistema; 10. Edad de jubilación; 11. Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones (adecuación gradual de las bases de cotización a los salarios realmente percibidos); 12. Reforzamiento del principio de solidaridad; 13. Mejora de la gestión; 14. Sistema complementario. 15. Análisis y seguimiento de la evolución del sistema. APARICIO PÉREZ, J. C., “El futuro de la Seguridad Social”, en AA.VV., *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, págs. 207-208.

¹⁹⁵ En este sentido, APARICIO PÉREZ, J. C., “El futuro de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 205, señala que “el sistema de Seguridad Social, además de un instrumento esencial para garantizar el bienestar global de la comunidad, es un pilar fundamental de la cohesión social y un factor de progreso de vital importancia que es preciso preservar para el futuro”.

¹⁹⁶ APARICIO PÉREZ, J. C., “Prólogo”, *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, Colección Seguridad Social, núm. 35, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011, pág. 12.

¹⁹⁷ Ley 24/1997, de 15 de julio (BOE núm. 169, de 16 de julio de 1997).

Trabajadores. En dicho Acuerdo ha quedado reflejada con claridad y rotundidad la decidida voluntad de las partes firmantes de asegurar la pervivencia futura de nuestro modelo protector a través de la puesta en marcha de una serie de iniciativas en el área de la protección y de la financiación que posibiliten su consolidación dentro de un horizonte de crecimiento ordenado, y que permitan garantizar los actuales niveles de cobertura social. Bajo esta múltiple perspectiva, el Acuerdo, que es una clara muestra de la inequívoca voluntad del Gobierno a favor del diálogo social, supera cualquier visión fragmentaria de la Seguridad Social y apuesta por una consideración global e integradora de sus diversos mecanismos en un marco que aporta solidez al modelo protector, contribuye a incrementar la confianza del conjunto de los ciudadanos y propicia y acompaña el crecimiento económico. Todo ello sin olvidar la expresa voluntad que se manifiesta en su contenido de garantizar a los sectores más necesitados un entorno de solidaridad que les permita participar más adecuadamente en el reparto de la riqueza generada por el conjunto de la sociedad¹⁹⁸.

Buena prueba de que el Derecho de la Seguridad Social es un sector permeable a los cambios que van moldeando constantemente la realidad social y económica es la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social¹⁹⁹ la reforma más importante y extensa que ha conocido esta materia después de la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social, aunque con seguridad no ha de ser la última que se cierna sobre el sistema de Seguridad Social, sino que, en la senda iniciada por el Pacto de Toledo (1995), aquél habrá de seguir adaptándose a las modificaciones socioeconómicas que se vayan produciendo, en línea con lo previsto en la recomendación 15^a del Pacto de Toledo, en la renovación parlamentaria del mismo de 2003 y en la Disposición adicional de la propia Ley 40/2007²⁰⁰.

¹⁹⁸ APARICIO PÉREZ, J. C., “El futuro de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 208.

¹⁹⁹ BOE de 5 de diciembre.

²⁰⁰ Véase el interesante estudio de CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma de la Seguridad Social 2007”, *Aranzadi Social*, núm. 19, 2007, BIB 2007/2583, edición digital en westlaw.es, pág. 1, donde señala que “con la promulgación de la Ley de Medidas de Seguridad Social se ponen en obra la mayor parte de las reformas que el Gobierno y los interlocutores sociales (UGT, CCOO, CEOE y CEPYME) consensuaron el pasado 13 de julio de 2006 al suscribir el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social. Expresamente se reconoce en el Preámbulo de la Ley 40/2007 que su finalidad viene constituida por la necesidad de dar el adecuado soporte normativo a buena parte de los compromisos relativos a acción

Y no se acomete una reforma de calado hasta la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social, que comienza su entrada en vigor el 1 de enero de 2013, y cuyas medidas más destacables pasamos a señalar:

- Novedades relativas al acceso de la jubilación²⁰¹.
- Novedades relativas al cálculo de la base reguladora²⁰², y cuantía de la pensión de jubilación ordinaria²⁰³.
- Ampliación de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: generalizando la protección por dichas contingencias al pasar a formar parte de la acción protectora de todos los regímenes que integran el sistema

protectora incluidos en el referido Acuerdo y que afectan, sustancialmente, a IT, IP, jubilación y supervivencia”.

²⁰¹ Respecto a las condiciones de acceso a la pensión de jubilación es necesario, frente a los 65 años de edad establecidos en la normativa anterior, que el trabajador haya cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias, tomándose para el cómputo de los años y meses de cotización años y meses completos (en los términos que resultan de un cuadro donde se regula la aplicación paulatina hasta el año 2027 de la modificación de la edad exigida para el acceso a la pensión de jubilación). Conforme a la Disposición transitoria vigésima LGSS, la exigencia de las edades de jubilación y el periodo de cotización se aplican de forma gradual, y crecen anualmente. Así por ejemplo, para el año 2015 se exigen 35 años y 9 meses o más, con 65 años de edad; el periodo cotizado exigido es inferior al citado, si el beneficiario tiene como mínimo 65 años y 3 meses. Para el año 2016 se exigen 36 o más años como periodo cotizado, con 65 años de edad; el periodo cotizado exigido será inferior a 36 años, si el beneficiario tiene como mínimo 65 años y 4 meses. Por otro lado, se mantiene en 15 años el periodo mínimo de cotización que el trabajador deberá acreditar, de los cuales al menos 2 deberán estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho.

²⁰² Se modifica el artículo 162.1 LGSS, pues en su modalidad contributiva, la base reguladora será el cociente que resulte de dividir por 350 las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante (es decir, incrementándose de 15 a 25 años el periodo de referencia). En este sentido, se establece un régimen transitorio en la Disposición transitoria quinta LGSS para la ampliación del anterior periodo de referencia para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, el cual finalizará en el año 2022. A partir del 1 de enero de 2015, la base de cálculo sería el resultado de dividir entre 252 las bases de cotización de los últimos 216 meses. A partir del 1 de enero de 2016, la base de cálculo sería el resultado de dividir entre 266 las bases de cotización de los últimos 228 meses.

²⁰³ Se modifica el artículo 163 LGSS. Los porcentajes a aplicar a la base reguladora, serán: por los quince primeros años cotizados, el 50%, al igual que ocurría en la regulación anterior; a partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los meses 1 y 248, se añadirá el 0,19%, y por los que rebasen el mes 248, se añadirá el 0,18%, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100%. Igualmente se establece un régimen transitorio hasta el año 2027, en la Disposición transitoria vigésima primera LGSS. Así, durante los años 2013 a 2019, por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, se añade el 0,21% y por los 83 meses siguientes, el 0,19%.

de la Seguridad Social, si bien con respecto a los trabajadores que causen alta en cualquiera de tales regímenes a partir de 1 de enero de 2013²⁰⁴.

- Introducción del factor de sostenibilidad de la Seguridad Social: siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, establece que, a partir de 2027²⁰⁵ los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027, efectuándose la revisión cada cinco años. En aras a asegurar el sistema de pensiones y ante la persistencia de la crisis, se introduce un concepto novedoso, el factor de sostenibilidad²⁰⁶.

Por último, cabe señalar otras normas recientemente publicadas, de indiscutible interés en el ámbito de la Seguridad Social: la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica la LGSS en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social²⁰⁷, que pasan a denominarse “Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social”; el Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las CC.AA. y

²⁰⁴ Esta premisa se ha ido posponiendo a lo largo de las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, para que finalmente la Ley 36/2014, de 26 de diciembre de 2014, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, derogue la Disposición adicional quincuagésima octava de la LGSS, en virtud de la cual se ampliaba la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social.

²⁰⁵ Téngase en cuenta que la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social (BOE de 26 de diciembre), anticipa esta previsión. Desde el año 1997 las pensiones, con alguna excepción en los últimos años, se han venido actualizando anualmente conforme al IPC. Ahora bien, esta fórmula desaparece a partir del 1 de enero de 2014 y la nueva redacción del artículo 48 LGSS nos señala que todas las pensiones contributivas, incluidas las pensiones mínimas, serán incrementadas al inicio de cada año en función del índice de revalorización fijado en la correspondiente LPGE. Y se aplica a todos los regímenes del sistema de Seguridad Social. La revalorización anual de las pensiones ya no se vincula, como antes, al incremento del IPC, de los precios, “del coste de la vida” en definitiva, sino a la situación financiera del sistema de pensiones, lo que determina que si las cuentas de la Seguridad Social van mal pero el IPC sigue subiendo, como, de hecho, está pasando, aunque sea en porcentajes más bajos que tiempo atrás, los pensionistas perderán poder adquisitivo y, además, de una forma acumulativa a lo largo de los años.

²⁰⁶ Conforme al artículo 1 de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social: “El factor de sostenibilidad se define como un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula que se regula en esta norma, ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes”.

²⁰⁷ BOE de 29 de diciembre.

entidades locales y otras de carácter económico²⁰⁸, que incluye una prórroga de la tarifa plana en las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social; y el Real Decreto 708/2015, de 24 de julio, por el que se modifican diversos reglamentos generales en el ámbito de la Seguridad Social para la aplicación y desarrollo de la Ley 34/2014 de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social, y de otras disposiciones legales²⁰⁹.

Así pues, los modernos sistemas de Seguridad Social deben tender hacia una noción unitaria de la acción protectora, independientemente del origen o naturaleza del riesgo causante, común o profesional. Es este principio de conjunta consideración de las contingencias, que se marcó como objetivo la LBSS, junto con el de uniformidad de las prestaciones ante un mismo evento, lo que debe definir un modelo de Seguridad Social, diferenciado del mero modelo de seguros sociales. Entendemos que el hecho de que el sistema español de Seguridad Social tenga una fuerte base contributiva, en la que predomina el carácter profesional, no justifica un trato de favor a las contingencias de origen profesional.

Si bien es cierto que el régimen de prestaciones de las contingencias profesionales, desde su origen, siempre ha actuado como ideal o paradigma de cobertura, entendemos que ha de producirse necesariamente un acercamiento de la tutela de las contingencias comunes y las contingencias profesionales²¹⁰ que solucione de una vez por todas las constantes modificaciones de la legislación y de la doctrina judicial que tienden a incluir supuestos de accidentes no laborales o enfermedades comunes bajo la cobertura del régimen de accidentes de trabajo.

En la actualidad se atisban varios factores que pueden dar un impulso a la protección indiferenciada, como que las sociedades industriales generan nuevos riesgos (psico-sociales, químicos, biológicos, medio-ambientales, entre otros) cuyo origen laboral o común es muy difícil de determinar, o la complejidad de los nuevos modos de vida y trabajo.

²⁰⁸ BOE de 30 de diciembre.

²⁰⁹ BOE de 25 de julio.

²¹⁰ Como tendremos ocasión de analizar en el Capítulo III.

CAPÍTULO II. EL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA ENFERMEDAD PROFESIONAL: DELIMITACIONES CON LAS CONTINGENCIAS COMUNES

1. LA CONTINGENCIA COMO ELEMENTO DIFERENCIAL: CONCEPTO Y CLASES

En este capítulo se van a estudiar las contingencias protegidas dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Sistema que no protege todas y cada una de las necesidades sociales, sino sólo aquellas que estén previamente tipificadas como tales, otorgando a tales situaciones las prestaciones establecidas.

1.1. Aproximación al concepto

Conviene acotar la noción de contingencia, que vamos a utilizar repetidamente, aclarando, en primer lugar, que el término “contingencia” hace referencia al hecho que ocasiona una necesidad de protección.

La acción protectora del sistema de Seguridad Social permite delimitar su ámbito objetivo, es decir, el alcance o contenido concreto de esta protección, o dicho de otra manera, el *quantum* y la calidad de las prestaciones a que tendrá derecho el sujeto incluido en el Sistema si se ve afectado por alguna de las situaciones de necesidad o “contingencias” previstas; es la forma en que se definen las necesidades sociales objeto de protección y los mecanismos específicos de cobertura de las mismas²¹¹.

²¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: teoría general y recapitulación jurídico-crítica”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008, pág. 2; de los mismos autores, “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”,

En realidad, la acción protectora en el nivel contributivo no se dispensa atendiendo a necesidades reales del sujeto, sino que se presumen automáticamente y se aseguran previamente. Ahora bien, “se debería de volver a la indeterminación del riesgo característica de la beneficencia”, garantizándose un mínimo de rentas a todo ciudadano o residente que no pudiera obtenerlas por sí mismo, “pero no ya para evitar la indigencia, sino para proveer un mínimo de bienestar o decencia social”²¹².

Los tres conceptos básicos sobre los que se articula jurídicamente la acción protectora son: (a) la contingencia determinante de una (b) situación de necesidad protegida -actualización de la contingencia- que precisa el establecimiento, para ser cubierta, de (c) una medida de atención, esto es, una prestación²¹³. Conforme a la doctrina constitucional, en nuestro sistema de Seguridad Social prima la noción de situación o estado de necesidad que requiere una protección sobre la más tradicional de “riesgo” o “contingencia” asegurada²¹⁴.

No obstante, la acción protectora de la Seguridad Social no se extiende a cualquier riesgo sino a los riesgos sociales expresamente protegidos por cada sistema de Seguridad Social, si bien la delimitación de esa protección no se hace -o no suele hacerse- definiendo qué riesgos sociales están cubiertos sino, más simplemente, enumerando las prestaciones que el Sistema otorga²¹⁵.

Para otros autores, si bien el riesgo es la causa secundaria de protección, interpretándose como tal la que determina el origen último de la actuación protectora, que

cit., pág. 2; en el mismo sentido, BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 267.

²¹² ALONSO OLEA, M., “La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, *cit.*, pág. 169.

²¹³ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: teoría general y recapitulación jurídico-crítica”, *cit.* pág. 4.

²¹⁴ La STC de 11 de diciembre de 2002 (RTC 2002, 239) argumenta que “ la Seguridad Social se configura como una “función de Estado” para atender situaciones de necesidad que pueden ir más allá de la cobertura contributiva de la que el propio sistema partía; el régimen público de la Seguridad Social se configura como una función de Estado destinada a garantizar la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad, lo que supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias. En definitiva, el sistema de la Seguridad Social es de configuración legal, si bien debe garantizarse en todo caso su reconocimiento institucional en los términos expuestos”; en igual sentido, STC de 22 de noviembre de 1983 (RTC 1983, 103).

²¹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 3. De los mismos autores y en igual sentido, “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: teoría general y recapitulación jurídico-crítica”, *cit.*, pág. 4.

en el ámbito de la Seguridad Social, termina por desdoblarse en torno a dos posibilidades, común o profesional, la contingencia, en contraposición a aquél, es la causa primaria de protección²¹⁶. Es la consecuencia dañosa de la utilización de un riesgo potencial, en este caso de un riesgo de tipo social²¹⁷.

Estos dos conceptos son la base sobre la que se articula el objeto de la cobertura enlazando con lo que se estima que sería, desde un punto de vista más abstracto, el fundamento inmediato del propio Sistema, en contraposición a otro posible fundamento mediato que podría enlazarse con la causa última de la intervención del Estado o de la puesta en marcha o mantenimiento de la propia protección social específica²¹⁸.

Las contingencias protegidas previstas en un sistema de Seguridad Social -como causas primarias de necesidad- asumen una doble perspectiva y finalidad, según que se consideren en el momento anterior o posterior a la actualización de la necesidad protegida: en el momento *ex post*, es decir, cuando la necesidad se ha producido, la exigencia causal primaria o contingencia protegida (no el riesgo, que sería antecedente a la selección de la situación protegida) sirve a un doble objetivo, como presupuesto cualitativo de protección: a) Por un lado, delimita las situaciones de necesidad protegidas, es decir, las necesidades sociales prefijadas por la Ley como protegibles (de tal manera que si la contingencia da lugar a necesidades sociales no prefijadas, no es suficiente para constituir situaciones de necesidad protegidas, y viceversa, si se dan necesidades sociales no derivadas de contingencias protegidas, tampoco se constituyen en situaciones de necesidad protegidas); y b) Por otro lado, determina el hecho causante de la protección, el cual se da al sobrevenir la contingencia protegida y producirse la necesidad, cuando el sujeto sobre el que incide la contingencia es considerado como sujeto causante de la protección, es decir, reúne los requisitos exigidos legalmente para causar tal derecho²¹⁹.

En el momento *ex ante* de la relación protectora, esto es, cuando aún no se ha producido la necesidad objeto de cobertura, momento en el que importa el control

²¹⁶ ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, cit., pág. 322.

²¹⁷ ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, cit., pág. 114.

²¹⁸ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J., *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad (en el sistema español de Seguridad Social)*, Reus, Madrid, 2008, pág. 9.

²¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: teoría general y recapitulación jurídico-crítica”, cit., pág. 10.

subjetivo de las personas comprendidas en el campo de aplicación (afiliación), a fin de contabilizar los ingresos programados (cotización), la exigencia causal primaria o contingencia protegida cumple la misión de delimitar la aportación de cuotas y el conjunto de ingresos financieros con que cuenta la Seguridad Social a efectos de equilibrio presupuestario²²⁰.

La persistencia todavía de prestaciones muy ligadas al trabajo activo, o a una actividad profesional, no ha hecho desaparecer, ni mucho menos, la necesidad de que se actualice la contingencia protegida o hecho causante para otorgar la prestación, así como reunir ciertos requisitos asegurativos para acceder a las prestaciones.

Todavía existe, en consecuencia, una previa delimitación de los riesgos asegurados y de las prestaciones a otorgar, pues no son los riesgos o contingencias lo que se aseguran, sino las consecuencias económicas que de esos riesgos se derivan: pérdida de ingresos o exceso de gastos²²¹.

Por extensión, según hayan sido producidas por la actualización de riesgos profesionales o riesgos comunes, también a las contingencias se las califica con esos adjetivos (las contingencias son aquellos acontecimientos posibles y/o probables, aunque dotados de una cierta incertidumbre respecto de su actualización en cada concreto sujeto, pero que, de producirse, genera una situación de necesidad a proteger socialmente)²²².

El artículo 2.2 LGSS al concretar sus fines señala que “el Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta Ley”, e indica previamente que el sistema de Seguridad Social²²³ se fundamenta en los

²²⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 8.

²²¹ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 267.

²²² MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: teoría general y recapitulación jurídico-crítica”, *cit.*, pág. 11.

²²³ “Beveridge realiza dos famosos informes que contienen la reforma radical de los Sistemas de Protección inglés: de una parte la reorganización administrativa de un sistema caótico, y de otro, en lo que nos interesa, un Plan de Reforma integral de la Seguridad Social. El segundo de estos informes definió la Seguridad Social como un “conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarán de presentarse, por óptima que sea la

principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad. Entendemos que este artículo sólo procede a una formulación general, por lo que se ha de acudir a otros preceptos para poder especificar las contingencias y situaciones citadas, siendo el artículo 38 LGSS el precepto clave para conocer el contenido y alcance de la acción protectora del sistema español de Seguridad Social.

1.2. Clases de contingencias

El sistema español de Seguridad Social, como casi todos los de tipo profesional, no protege todas las necesidades sociales, sino aquellas que estén previamente tipificadas como tales (“las contingencias y situaciones que en esta Ley se definen”), y además, a tales situaciones otorga solamente las prestaciones establecidas en la misma²²⁴.

Dicha protección se configura mediante un conjunto de prestaciones para prevenir o reparar el estado de necesidad del beneficiario derivado por la actualización de una concreta contingencia. Conviene precisar que esta protección está tasada a determinadas necesidades sociales, y ello porque el concepto de Seguridad Social, aunque se aproxima a los de protección social y asistencia social²²⁵, presenta diferencias: por un lado, la protección social es un concepto más amplio, que incluye todo tipo de vías de protección frente a situaciones de necesidad, tanto públicas como privadas, aunque básicamente públicas o bajo control público, como vivienda, salud, educación o transporte; por otro lado, la asistencia social es más restringida pues alude exclusivamente a la protección de la salud y la subsistencia económica de quienes carecen de medios suficientes²²⁶.

situación del conjunto de la sociedad de que se trate. La Seguridad Social, en tal definición, es prevención y remedio de siniestros que afectan al individuo en cuanto miembro de la sociedad y que ésta es incapaz de evitar en su fase primera de riesgo, aunque pueda remediar, y en alguna forma, prevenir la actualización del siniestro” (ALONSO OLEA, M., “La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, *cit.*, pág. 159).

²²⁴ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, *cit.*, págs. 267-268.

²²⁵ Dentro de la Seguridad Social entendida en sentido amplio, podemos incluir dos mecanismos protectores adicionales al nivel público básico, como son la asistencia social y los servicios sociales. Pues bien, la asistencia social se dirige a dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación de la Seguridad Social, y a los familiares o asimilados que de ellas dependan, los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones.

²²⁶ La STC 239/2002, de 11 diciembre (RTC 2002, 239) puntualiza que “la asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que

La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprende toda una serie de prestaciones que tienen su origen, exclusivamente, en contingencias comunes (maternidad, paternidad, cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, jubilación, y prestaciones familiares), en contingencias profesionales (riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, desempleo) o en ambas a la vez (asistencia sanitaria, IT, invalidez, muerte y supervivencia).

Los riesgos o contingencias protegidas incluidos en el ideal de cobertura no son fijos, sino fluctuantes, aunque existe una tendencia restrictiva a la inclusión de nuevos riesgos en los sistemas de Seguridad Social y, a menudo se potencia su inclusión dentro de la noción más amplia y difusa de “protección social”, es decir, existe una tendencia hacia la “externalización” de la cobertura protectora hacia mecanismos de protección social que no son propiamente Seguridad Social (prestaciones de asistencia social externas al sistema, ayudas e instrumentos fiscales, etc.)²²⁷.

Algunos autores señalan que el concepto legal de las “restantes contingencias comunes” (jubilación, desempleo, prestaciones por hijo a cargo, muerte y supervivencia, etc.) se definen por remisión a su regulación específica, dado que el artículo 118 LGSS establece que el concepto legal de las restantes contingencias “será el que resulte de las condiciones exigidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones otorgadas en consideración a cada una de ellas”²²⁸.

Las contingencias pueden derivar de riesgos de carácter profesional (accidente de trabajo y enfermedad profesional) o de riesgos comunes (enfermedad común y accidente

no alcanza aquel Sistema (de la Seguridad Social) y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual -con independencia de que la evolución del Sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección- es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios”. Según señalan, ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J. M., “Los servicios sociales: sistema público de protección social”, *cit.*, pág. 672, “la Seguridad Social es una previsión social pública, pues corresponde al Estado su organización, exigibilidad, tutela y, también en parte, su financiación”.

²²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 6.

²²⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: teoría general y recapitulación jurídico-crítica”, *cit.*, pág. 21. Pero seguidamente advierten que “tras confundir el texto legal riesgos y contingencias, este precepto no hace sino introducir mayor confusión en la materia, porque parece referirse a los hechos causantes, de diferente sentido y alcance al de las contingencias protegidas”.

no laboral)²²⁹, siendo importante su delimitación en la medida que la acción protectora del Sistema no otorga el mismo nivel de protección en ambos tipos de riesgos, existiendo una protección privilegiada cuando se trata de riesgos profesionales. Por eso demandamos su modificación para crear un riesgo único o, al menos se produzca un acercamiento hacia ese objetivo.

Conviene señalar, que la diferenciación entre riesgos profesionales y comunes sólo puede aplicarse respecto de determinadas contingencias que pueden ser provocadas, tanto por un accidente (profesional o común), como por una enfermedad (profesional o común). Si el principio de consideración conjunta de las contingencias se aplicara realmente en el sistema de Seguridad Social, sería irrelevante la causa que origina la situación de necesidad de cara a conceder la protección, por lo que se otorgaría la prestación independientemente del origen profesional o común.

Así pues, conviene aclarar cuándo estamos ante una contingencia común, y cuándo ante una contingencia profesional, sobre todo el concepto de una de las principales contingencias que provocan la protección de la Seguridad social, esto es, el accidente de trabajo. Es un tema desorganizado y un poco caótico, que conlleva multitud de incógnitas, de complicada respuesta jurídica, por lo que hay que analizar caso por caso, y ver la prolija jurisprudencia aclaratoria del texto legal; por ello, nos embarcamos en esta investigación con el objetivo de dar luz a este tema tan apasionante.

El Alto Tribunal distingue expresamente el accidente de trabajo propiamente dicho, es decir, “una lesión derivada de una acción súbita, violenta y externa”, de la enfermedad profesional, entendida como “una situación de deterioro físico derivado de una dolencia manifestada durante el tiempo y lugar de trabajo, siempre que se trate de una enfermedad que por su propia naturaleza no excluya la etiología laboral, o, lo que es igual, no excluya la posibilidad de que en su génesis o en su desarrollo haya sido el tipo de trabajo realizado el elemento desencadenante o por lo menos un elemento coadyuvante de su producción”²³⁰.

²²⁹ Dentro de los riesgos protegidos, diferenciamos así, por un lado los riesgos genéricos a los que está expuesto todo ser humano, que denominamos contingencias comunes; y por otro lado los riesgos específicos vinculados al ámbito laboral, causados por el trabajo, que denominamos contingencias profesionales.

²³⁰ STC de 7 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7724).

Debido a estas diferencias, proliferan los pleitos para dilucidar si un accidente ha sido laboral o no, de lo que dependerá el mayor o menor grado de protección que el sistema de la Seguridad Social otorgue al trabajador. Por ello, debemos determinar que entendemos por accidente de trabajo y que hemos de entender por enfermedad profesional. Conviene tener presente que el sistema de Seguridad Social es un tanto peculiar pues define lo que es accidente de trabajo, y por descarte resulta ser accidente común el que no cuenta con los elementos configuradores del accidente de trabajo.

En este sentido, al igual que está cambiando la forma de trabajar con nuevos riesgos y enfermedades emergentes, en los que todavía no se ha concretado su origen común o profesional, conviene reconsiderar una vez más, el tratamiento privilegiado por contingencias profesionales, que está presente desde el siglo XIX de forma arraigada. La protección de los accidentes de trabajo proviene, a principios del siglo XX, del régimen de la responsabilidad civil para entrar en el campo de la política social, aunque, si se analiza con más detenimiento la legislación específica en esta materia, lo que se advierte es una reelaboración del régimen de la responsabilidad civil por la política social, con adaptaciones y limitaciones que pueden verse como avances y retrocesos²³¹.

Y en el siglo XXI, las relaciones laborales continúan generando situaciones de conflicto, la definición jurídica de trabajo sigue siendo válida, pero la sociedad ha evolucionado, están cambiando los escenarios productivos y la propia forma de trabajar, sin que el mundo jurídico laboral pueda permanecer ajeno a dichos cambios²³². En efecto, la calificación de un accidente como laboral y su marcado carácter privilegiado²³³,

²³¹ DESDENTADO BONETE, A., “El daño y su valoración en los accidentes de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (Colección Seguridad Social), núm. 79, 2009, pág. 79. Matiza que “las particularidades que presenta en nuestro ordenamiento la valoración de la reparación del daño en los accidentes de trabajo (y enfermedades profesionales) son en buena parte artificiales en la medida en que proceden de determinadas opciones políticas sobre la forma de proteger estos accidentes; opciones, que, a su vez, aparecen históricamente como manifestaciones del intervencionismo legislativo ante la cuestión social”.

²³² CAVAS MARTÍNEZ, F., “Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales”, *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 449.

²³³ Según MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias (Revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales)” en AA.VV., *Accidentes de Trabajo y Mutuas*, La Ley, Las Rozas, 2008, pág. 131, se cuestiona este trato privilegiado por tres motivos básicos: “El primero, de carácter técnico, deriva de la falta de respeto del principio de consideración conjunta de las prestaciones. El segundo, desde la perspectiva del principio de igualdad, resulta discutible que iguales o similares situaciones efectivas tengan que ser protegidas de forma diferente en atención al origen profesional o común de la contingencia. Y el tercero, de tipo político jurídico, vendría dada por una fórmula, la actual, que parece premiar

repercute de manera trascendente en la relación de Seguridad Social sobre muy diversos aspectos, de los cuales destacamos los siguientes²³⁴:

- Se mejoran las bases de cotización (al incluir en las mismas el valor de las horas extraordinarias) y como consecuencia también se mejoran las prestaciones económicas.
- Se atenúan los requisitos para acceder a las prestaciones, ya que no se exige periodo de carencia previo (artículo 124.4 LGSS), operando el principio de automaticidad de las prestaciones y presumiéndose el alta de pleno derecho aunque el empleador haya incumplido con tales obligaciones (artículo 125.3 LGSS).
- Se introducen prestaciones especiales tales como las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes y las indemnizaciones a tanto alzado, por fallecimiento a favor del cónyuge y los huérfanos (artículo 177.1 LGSS).
- Se establecen unas reglas especiales de financiación y aseguramiento, ya que en las contingencias profesionales, el empresario asume la totalidad de la cotización a la Seguridad Social, sin que quepa el fraccionamiento o aplazamiento, siendo obligatorio el aseguramiento eligiendo entre las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social²³⁵ y el INSS.

indirectamente la contingencia profesional, lo que fomenta un sobre-registro de contingencias profesionales”.

²³⁴ Se extracta aquí la STSJ Madrid de 16 de mayo de 2005, FJ único, (AS 2005, 1520).

²³⁵ Sobre la dimensión jurídica de las Mutuas y su organización, véase SEMPERE NAVARRO, A. V., “Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: organización, composición y funciones. La colaboración gestora de las empresas individuales”, en AA.VV., *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, págs. 563-598. Respecto al tratamiento privilegiado del accidente de trabajo y la intervención de las Mutuas en su gestión, véase GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ, J., “Consecuencias financieras de los accidentes de trabajo en la financiación del sistema de la Seguridad Social”, en AA.VV., *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, págs. 419-447. En cuanto a la colaboración de las Mutuas en los riesgos profesionales, véase VALENZUELA DE QUINTA, E., “Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: nacimiento, evolución y perspectivas de futuro”, en AA.VV., *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, págs. 539-562.

- Se incorporan mejoras voluntarias de las prestaciones de Seguridad Social en los Convenios Colectivos.
- Se posibilita el resarcimiento íntegro del daño mediante la imposición del recargo de prestaciones y el ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la deuda de Seguridad Social a cargo de los empresarios.
- Influyendo en el concepto de la profesión habitual, como se recoge en el artículo 137.2 LGSS²³⁶.
- Es la entidad aseguradora responsable, la que delimita la fecha de producción del accidente de trabajo en aquellos supuestos en que la cobertura de los riesgos derivados de dicho accidente, la que asume una entidad en la fecha de producción del mismo, y es otra distinta aseguradora la que tiene a su cargo la cobertura de aquel riesgo con la misma empleadora en la fecha de efectos de la IP derivada de aquél.

En definitiva, el régimen jurídico de las contingencias comunes es claramente distinto al de las profesionales, y pese a las buenas intenciones del legislador de unificar la protección con independencia del origen del riesgo, lo cierto y verdad es que ello no se ha plasmado en nuestro ordenamiento. La intensidad de la acción protectora es mayor en las contingencias profesionales que en las comunes²³⁷. Lo que explica el importante número de litigios dilucidados ante la jurisdicción social pretendiendo conseguir la

²³⁶ “Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el periodo de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine” (redacción que se mantiene vigente por la Disposición transitoria 5ª bis de la Ley 24/1997, de 15 de julio).

²³⁷ Citando a CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 24. En ese sentido, puede consultarse el interesante estudio de ARADILLA MARQUÉS, M. J. y FERNÁNDEZ PRATS, C., “La Sobreprotección de los riesgos profesionales: un fleco pendiente hacia la consideración conjunta de las contingencias”, en AA.VV., *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 749-761.

calificación de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, sencillamente para obtener las consecuencias más favorables que el reconocimiento de éstos comporta.

Por ello, hay que aunar esfuerzos en modernizar los sistemas de protección social, e introducir reformas en su campo para adaptarse a los nuevos cambios demográficos, tecnológicos, sociales y económicos, pues la misma constituye una piedra angular del modelo social de cualquier país. La protección social ha de hacer frente a las nuevas realidades sociales surgidas a lo largo de la década de los noventa y que alcanzarán su madurez en las primeras del siglo XXI, a saber:

- El envejecimiento de la población, que tendrá una fuerte repercusión en los gastos sociales puesto que determinará un aumento de las pensiones, se incrementará la demanda de asistencia sanitaria y requerirá un mayor desarrollo de los servicios sociales para las personas mayores.
- La transformación del mercado de trabajo, ha establecido nuevas modalidades de contratación, como los contratos temporales o a tiempo parcial, que exigen una protección social que evite la precariedad en el empleo. En este contexto se destacan igualmente los rápidos avances tecnológicos que están influyendo de forma definitiva en la configuración de las relaciones laborales tradicionales, no debiendo olvidarse la dualización del mercado de trabajo y el retomo al contrato individual (teletrabajo), como consecuencia del fenómeno de Internet. Este nuevo escenario implicará que determinados colectivos de trabajadores se vean obligados a cambiar de empleo y profesión a lo largo de su trayectoria profesional, circunstancia que acarreará su constante reciclaje a través de procesos formativos.
- Los cambios profundos en las estructuras y comportamientos socio familiares (adaptaciones al mantenimiento de los hijos en economías modestas, la existencia de nuevas responsabilidades familiares por rupturas conyugales, adopción de hijos, etc.)²³⁸.

Todos estos hechos han transformado el panorama de la protección social, y es una cuestión no discutida que todos los sistemas de protección social se hallan inmersos

²³⁸ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. A., “La previsión social de la familia en la Unión Europea”, en AA.VV., *Hacia la protección de la familia. Perspectivas del derecho de familia hoy: preguntas, respuestas y propuestas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 65.

en un replanteamiento de sus políticas para dar cobertura a estas situaciones, diversificando, mejorando o creando nuevas formas de protección social que, además, contemplen la conciliación de la vida laboral y familiar, que promuevan la integración social, que garanticen una sanidad de alta calidad, la no discriminación y un sistema de pensiones seguro y viable²³⁹.

2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

El accidente de trabajo es una figura que ha suscitado siempre una viva polémica, quizás por el tratamiento que recibe del legislador, que ha planteado innumerables problemas, sobre todo en aras a delimitar su concepto, que apenas ha cambiado legalmente desde la LAT, pero que jurisprudencialmente y desde la doctrina científica, sí ha experimentado una continua transformación, para incluir en el mismo situaciones hasta entonces no previstas, pero que se consideran objeto de su protección.

2.1. El concepto jurídico de accidente de trabajo

2.1.1. Definición legal

La noción de accidente de trabajo arranca en el artículo 1 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, que lo define como “toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena”.

El artículo 115 LGSS es copia, casi literal, del texto de la LAT, por lo que apreciamos que la temprana flexibilidad de este artículo se remonta muy atrás en el tiempo, y que además es reflejo de una norma bien construida, por cuanto el legislador no ha querido cambiarla sino, más bien, ampliarla. Sin embargo, en el Anteproyecto de la LAT se había propuesto, en un principio, un concepto de accidente de trabajo limitado

²³⁹ En este sentido, MATEOS CARRASCO, R., “Políticas de protección social y su influencia en el Presupuesto”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 2 (ejemplar dedicado a: El presupuesto del sistema de la Seguridad Social para 2001), 2001, págs. 105-106.

a través de la calificación de la lesión como “la acción súbita y violenta de una fuerza exterior”²⁴⁰.

Esta definición tan amplia de accidente de trabajo, pese a los numerosos cambios en el ámbito del Derecho del Trabajo, ha sobrevivido con el paso del tiempo en las sucesivas leyes específicas de esta materia (Leyes de Accidentes de Trabajo de 1922, 1932, Texto Refundido de 1956, Ley de Bases de 1963 y su Texto Articulado de 1966, y la LGSS de 1974), hasta nuestros días. La única modificación ha sido la de sustituir la palabra “operario” por la de “trabajador”²⁴¹, de significado legal más amplio (es decir, no se limita a personas que se dediquen a trabajos manuales). En este sentido, la actual LGSS define el accidente de trabajo en su artículo 115.1 como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. Y como señala ALONSO OLEA, fundador académico de la Seguridad Social, “en términos virtualmente idénticos al de la LAT, origen de nuestra Seguridad Social”²⁴².

En esta definición, tan amplia y genérica, destaca la elasticidad de la misma, lo que ha contribuido a mantenerse sin ninguna modificación sustancial. El accidente de trabajo ha sido quizá víctima de su propio éxito, que ha provocado una elasticidad excesiva, si bien la noción estricta de accidente de trabajo sigue existiendo, constituyendo el eje del Sistema²⁴³.

²⁴⁰ RIZZO LORENZO, G., “La elasticidad jurisprudencial de catorce palabras. Algunas consideraciones sobre el accidente *in itinere*”. *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2015, BIB 2015/2562, edición digital en westlaw.es, pág. 2. Señala además la autora que “de haber sido así, las consecuencias indirectas hubieran desaparecido y el accidente en trayecto no podría haber prosperado como accidente de trabajo (formato asumido por otros países). Pero éste, finalmente, no fue nuestro caso, debiendo asumir desde entonces el TS la función de delineante de esos trazos dentro de los cuales debiera insertarse la calificación judicial del accidente *in itinere*”.

²⁴¹ La única diferencia entre la definición de la disposición legal de principios de siglo y la actual, se produjo con el texto refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, donde se sustituyó el sujeto pasivo de la lesión, de “operario” al concepto más amplio de todo “trabajador” por cuenta ajena. En este sentido, MARTÍN VALVERDE, A., “El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal”, en AA.VV., *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, pág. 221, señala que “la variación del ámbito subjetivo protector del accidente de trabajo deriva de la restricción inicial del término, inicialmente vinculado al trabajo manual realizado en minas, talleres y fábricas. La posterior ampliación al trabajo por cuenta ajena extiende la protección, sin distinción alguna, a todos los trabajadores”.

²⁴² ALONSO OLEA, M., “Accidente de tráfico y accidente de trabajo”, *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pág. 54.

²⁴³ DESDENTADO BONETE, A., “El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario”, *cit.*, págs. 281-282.

Es un concepto que debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia, abundantísima y esclarecedora en esta materia, y matizarse en determinados supuestos. Conviene destacar una cierta estabilidad en la definición legal, no solo desde el punto de vista legislativo, que ha permitido que el texto no se modificara, sino también doctrinal y jurisprudencial, con una interpretación continuamente expansiva y adaptada al momento histórico concreto²⁴⁴.

La longevidad y la, al parecer inagotable vitalidad de la definición legal del accidente de trabajo no dejan de constituir un fenómeno histórico-jurídico bastante interesante, e incluso un tanto sorprendente. Los cien años de vida de la Ley Dato, que son los cien años del siglo XX, han conocido profundas transformaciones en el mundo laboral, tanto en lo que concierne a la tecnología y a los factores de riesgo para la salud y la integridad de los trabajadores, como en lo relativo a las ideas e instituciones jurídicas sobre la protección frente a los riesgos sociales. Siendo ello así, llama la atención que una pieza normativa tan crucial como la que delimita el supuesto de hecho de esta rama de la acción protectora de la Seguridad Social no haya sufrido, al menos aparentemente, algún tipo de desgaste. Sin duda, la explicación de la misteriosa “eterna juventud” de la definición del accidente de trabajo, en un ambiente socioeconómico y cultural más bien propicio al envejecimiento rápido de normas e instituciones, radica en buena medida en la alta calidad técnica de la fórmula diseñada por el legislador de 1900²⁴⁵.

Conviene recordar que el sistema español de Seguridad Social, como aquellos que tuvieron una inspiración en el modelo *bismarckiano*, se construye en su inicio sobre el concepto de riesgo profesional, ligado históricamente al trabajador por cuenta ajena²⁴⁶. Y el accidente de trabajo viene a ser el primer riesgo protegido en nuestro sistema de Seguridad Social y es, en torno a la protección de esta contingencia, alrededor de la cual se fueron estructurando los sucesivos seguros sociales y, más tarde, el actual sistema de Seguridad Social; es más, durante un largo periodo histórico la calificación de profesional

²⁴⁴ Las sucesivas reformas legislativas no han alterado apenas la noción, pero la han rodeado de una serie de supuestos ampliatorios, aceptados previamente por la jurisprudencia.

²⁴⁵ En este sentido, ver MARTÍN VALVERDE, A., “El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal”, *cit.*, pág. 221.

²⁴⁶ Puntualiza FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, *cit.*, pág. 45, que con la LBSS en nuestro ordenamiento se instaura el sistema de protección de accidente de trabajo basado en el seguro social sobre las coordenadas bismarkianas (definidas por la obligatoriedad del aseguramiento y la creciente publicación en su ordenamiento y gestión).

o común del siniestro venía a resultar determinante para la propia existencia o no de la protección²⁴⁷.

La definición del accidente de trabajo que proporciona el artículo 115.1 LGSS se complementa con los siete apartados del artículo 115.2 LGSS, con la previsión contenida en el número 3 y con las precisiones a que aluden los números 4 y 5 del mismo precepto, los cuales recogen “conceptos excesivamente inconcretos en algunos de sus postulados y omnicomprensivos”²⁴⁸.

2.1.2. La extensión del concepto

El concepto de accidente de trabajo ha tenido una interpretación ampliatoria que lo dilata, a los propios efectos del sistema de Seguridad Social, mucho más de lo que la expresión pueda significar en el lenguaje común, si bien, gran parte de esas construcciones jurisprudenciales expansivas en la interpretación del concepto de accidente de trabajo han terminado por incorporarse al Derecho positivo, en virtud de todas las matizaciones y especificaciones que en la actualidad el artículo 115 LGSS adiciona al concepto de accidente de trabajo²⁴⁹.

Así pues, accidente laboral es cualquier lesión corporal -física o psíquica- que sufre un trabajador por cuenta ajena, siempre que aquella tenga una conexión con el trabajo²⁵⁰.

A nuestro juicio, el concepto de accidente de trabajo ha sufrido una ampliación, en respuesta a las nuevas exigencias, que afecta a todos sus elementos: su ámbito subjetivo, la noción de lesión, y el elemento causal. Y estimamos conveniente analizar la problemática acerca de si el desbordamiento de la noción de accidente de trabajo ha anulado la noción del mismo como riesgo empresarial, si bien entendemos que no, que el

²⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias (Revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales)”, *cit.*, pág. 139.

²⁴⁸ IGLESIAS CABERO, M., “Nuevos interrogantes en torno al accidente de trabajo. Testimonios jurisprudenciales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009, pág. 109.

²⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 21.

²⁵⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, *cit.*, pág. 123.

concepto vive y con toda su diversidad, lo que impide alcanzar el trato indiferenciado entre contingencias, que debería impregnar el sistema de Seguridad Social español. Y ello es posible, porque como señala ALONSO OLEA, “la Seguridad Social tiende a que toda la población asegurada -que ahora es por hipótesis la población toda- sea protegida contra los mismos riesgos con la misma intensidad”²⁵¹.

En la evolución histórica se advierte un desbordamiento subjetivo de la noción originaria de accidente de trabajo de la LAT, que se refleja en el proceso de extensión personal de la cobertura del accidente de trabajo: de la protección de los accidentes de trabajo en la industria, se pasa a la protección de los accidentes en la agricultura, hasta incluso el reconocimiento del accidente de trabajo del trabajador autónomo (eso sí, con una definición “modulada”)²⁵². Este desbordamiento supone la evidencia que la protección del sistema de Seguridad Social no tiene nada que ver, o tiene muy poco que ver, con el concepto tradicional que se vinculaba a la delimitación de una responsabilidad empresarial²⁵³.

Con el “desbordamiento de la doctrina del riesgo”²⁵⁴, el accidente de trabajo se configura como un concepto ya desvinculado del desempeño de una actividad profesional concreta²⁵⁵. Este desbordamiento se ha venido produciendo a través de modulaciones ampliatorias sobre el concepto originario nacido en la LAT como un mecanismo de cobertura basado en la responsabilidad objetiva del empresario²⁵⁶, por los daños causados a los trabajadores a su servicio como consecuencia de los riesgos derivados del desarrollo de su actividad²⁵⁷.

No obstante, otros entienden que este desbordamiento de la noción de accidente de trabajo no anula la noción del mismo, que el núcleo esencial de accidente de trabajo

²⁵¹ ALONSO OLEA, M., “La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, *cit.*, pág. 169.

²⁵² MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 19.

²⁵³ DESDENTADO BONETE, A., “El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario”, *cit.*, pág. 279.

²⁵⁴ ALONSO OLEA, M., *Instituciones de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 78.

²⁵⁵ CRUZ VILLALÓN, J., “El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional”, en AA.VV., *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, pág. 271.

²⁵⁶ Sobre el tema, véase BALLESTER PASTOR, M. A., *Significado actual del accidente de trabajo in itinere: paradojas y perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 12.

²⁵⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, *cit.*, pág. 98.

sigue siendo cuantitativamente el más importante, el eje del Sistema, como riesgo empresarial y como responsabilidad empresarial, si bien sobre el mismo se han ido agregando otros supuestos que quedan fuera del ámbito de responsabilidad de la empresa, para brindar al trabajador esta protección privilegiada, pero que no son realmente accidentes de trabajo²⁵⁸.

La expresión lesión corporal no se ha entendido en su pura literalidad de herida, trauma o quebranto físico, precisamente para dar la cobertura necesaria a los infartos cerebrales o de miocardio ocurridos en el centro de trabajo y durante el transcurso de la jornada, pero siempre el accidente ha de guardar una estrecha relación con el trabajo desarrollado para ser calificado de laboral²⁵⁹.

El concepto de lesión en sentido amplio se integra tanto por el detrimento corporal súbito (golpe o herida) como por el deterioro prolongado (enfermedad) e incluye lesiones estrictamente físicas, las psíquicas y las fisiológicas, debido a que la norma definitoria del accidente de trabajo es lo suficientemente amplia como para abarcar tanto la lesión sufrida de forma violenta o repentina, como la insidiosa o lenta, lo que abarca también las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo²⁶⁰.

Asimismo, tienen la consideración de accidente de trabajo, tanto las enfermedades no calificadas como profesionales que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo (siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo), como las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente, conforme al artículo 115.2.e) y f) LGSS.

Como indica la STS de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1546), “el artículo 115.1 LGSS contiene un concepto o definición general de accidente de trabajo, dentro de la cual

²⁵⁸ DESDENTADO BONETE, A., “El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario”, *cit.*, pág. 282.

²⁵⁹ IGLESIAS CABERO, M., “Nuevos interrogantes en torno al accidente de trabajo. Testimonios jurisprudenciales”, *cit.*, págs. 109-110.

²⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 19. En ese sentido señalan, además, que “se considera lesión todo menoscabo físico, psíquico o fisiológico que incida en la capacidad funcional de una persona, por lo que este concepto abarca no solamente las alteraciones que afectan a la capacidad laboral, sino también las meras alteraciones físicas o psicológicas, incluso aunque no produzcan efecto invalidante alguno”.

se establece una relación de causalidad de un doble nivel entre trabajo y accidente, que permite calificar a este último como laboral: por un lado, la causalidad estricta que se concreta en el uso de la expresión por consecuencia del trabajo que ejecute (el trabajador) por cuenta ajena ; por otro lado, una causalidad indirecta (que el TS prefiere denominar como condición más que como causa) consistente en que, no siendo los factores que producen el accidente inherentes o específicos del trabajo, es el trabajo, o las condiciones de la actividad en que se desarrolla, circunstancias sin cuya presencia o existencia el accidente no se habría producido”²⁶¹.

Por otro lado, no tendrán la consideración de accidentes de trabajo, ni los debidos a fuerza mayor extraña al trabajo (la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente), ni los debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado, conforme al artículo 115.4 LGSS.

Y no impedirán la calificación como accidente de trabajo la imprudencia profesional, que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y derivada de la confianza que éste inspira; ni la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero (salvo que no guarde relación alguna con el trabajo), conforme al artículo 115.5 LGSS.

Ha sido precisamente la subsistencia del régimen diferenciado y privilegiado para las contingencias profesionales lo que ha generado toda una serie de modificaciones legislativas y doctrinales jurisprudenciales que tienden a atraer supuestos de accidentes o enfermedades comunes bajo la cobertura del régimen de accidentes y enfermedades profesionales²⁶², lo que a nuestro juicio supone un derroche personal y económico para modificar los textos legales y para resolver los litigios ante los Tribunales.

²⁶¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “A vueltas con el concepto de accidente de trabajo, en el supuesto de enfermedades comunes manifestadas en tiempo y lugar de trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2008, BIB 2008/990, edición digital en westlaw.es, pág. 2.

²⁶² FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, cit., pág. 95.

2.2. Elementos del accidente de trabajo: lesión corporal y fuerza lesiva, trabajo por cuenta ajena, y relación de causalidad trabajo-lesión

A continuación, trataremos de desvelar como los elementos conceptuales del accidente de trabajo han venido afectados por la propia evolución del sistema de Seguridad Social. La calificación de un accidente como laboral exige la concurrencia de una serie de requisitos, tal y como señala la jurisprudencia²⁶³, la doctrina judicial²⁶⁴, y la doctrina científica²⁶⁵, teniendo presente que estos elementos que integran la fórmula definitoria son también elásticos o flexibles. Aunque tradicionalmente se distinguen tres elementos, la doctrina²⁶⁶ señala cuatro elementos constitutivos del concepto legal de accidente de trabajo, que pueden clasificarse en elementos estáticos (constituidos por la lesión corporal, la fuerza lesiva y el trabajo por cuenta ajena) y dinámicos (relación de causalidad entre el trabajo desarrollado y lesión producida)²⁶⁷.

2.2.1. La existencia de una lesión corporal y de una fuerza lesiva

La palabra lesión sugiere una acción, que provoca que el accidente tenga un carácter violento, súbito, repentino e inesperado, producida por un agente lesivo externo, y que provoca un daño a la persona (entendido éste como cualquier alteración anatómica, funcional, anatómico-funcional o psicológica) que tiene como consecuencia la alteración de la salud, la incapacidad (transitoria o permanente), e incluso la muerte. Como regla general, el TS ha entendido que sin daño objetivo, de carácter súbito, repentino e inesperado, producido por un suceso externo y violento, no hay accidente de trabajo²⁶⁸. Por tanto, si no hay lesión en el organismo del trabajador, no hay accidente de trabajo.

²⁶³ SSTS de 4 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8530), y de 14 de abril de 1988 (RJ 1988, 2963).

²⁶⁴ La STSJ País Vasco de 7 de octubre de 1997 (AS 1997, 3163) expresa que “concepto amplísimo (el de accidente de trabajo), para cuya existencia se refiere la concurrencia de tres requisitos, que son: 1º) La existencia de una lesión corporal; 2º) Que ésta la sufra un trabajador; y 3º) Que haya relación de causalidad entre la lesión y el trabajo”. En el mismo sentido, STSJ Cataluña de 10 de octubre de 2006 (JUR 2006, 50478), y STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7844) sobre agravación de enfermedades padecidas con anterioridad.

²⁶⁵ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social, cit.*, pág. 59.

²⁶⁶ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social, cit.*, pág. 223.

²⁶⁷ En el mismo sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social, cit.*, págs. 28-29.

²⁶⁸ En este sentido, STS de 27 de mayo de 1998 (RJ 1998, 5700), Recurso 2460/1997, dictada en casación para la unificación de doctrina, ha declarado que la muerte causada por sobredosis de droga, es accidente

Ahora bien, uno de los problemas que plantea este término es si en la lesión corporal o daño en la salud del accidentado, causada por la acción súbita y violenta de un agente exterior, se incluye o no el deterioro lento y progresivo de la salud; esto es, si nos quedamos con esta visión tan restrictiva del concepto o consideramos susceptibles de ser calificados como accidente de trabajo otras situaciones, como las derivadas de enfermedades provocadas por el trabajo.

Ya desde temprana jurisprudencia (STS de 17 de junio de 1903) se resolvió este problema al ampliarse el concepto de lesión: el concepto legal de accidente de trabajo no toma “como referencia un suceso repentino más o menos importante, sino el hecho mismo constitutivo de la lesión, dando cabida a los daños que generados en el sujeto no eran resultado de un acto súbito o repentino, sino fruto de un proceso más o menos dilatado en el tiempo”²⁶⁹ (admitiéndose así tanto el evento de carácter inmediato como el de carácter diferido); se incluye en el concepto de accidente de trabajo la enfermedad causada por el trabajo (recogiéndose en el actual artículo 115.2.e) LGSS la cabida de la enfermedad en el concepto de lesión corporal). Y el TS ha dejado sentado definitivamente que el concepto de lesión constitutiva del accidente de trabajo, comprende no sólo la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano, sino también las enfermedades en determinadas circunstancias como se infiere de lo prevenido en los apartados e), f) y g) del número 2 del citado precepto²⁷⁰.

no laboral, y argumenta que “se mantiene la doctrina tradicional de esta Sala sobre las diferencias entre accidente y enfermedad, presuponiendo esta última un deterioro lento y progresivo del que la sufre aunque sea debida a causas externas, a diferencia del accidente, que si bien es sólo definido en la legislación de Seguridad Social con referencia al accidente de trabajo, implica una lesión corporal, es decir, como viene destacando desde antiguo la jurisprudencia (STS de 17 de junio de 1903), que, en su acepción más estricta, es un daño sufrido por el cuerpo del accidentado por la acción o irrupción súbita y violenta de un agente exterior, o matizándose, más recientemente (STS de 26 de diciembre de 1988 [RJ 1988, 9909]), que para que se dé el accidente no es imprescindible que un agente extraño cause directa y de modo adecuado la lesión corporal, bastando que la situación asumida sea elemento necesario para la lesión o daño, siendo, también, entonces, el hecho accidental”.

²⁶⁹ Argumenta la STS de 17 de Junio de 1903 que “considerando que si bien no es dable confundir en modo alguno lo que es un accidente del trabajo con lo que constituye una enfermedad contraída en el ejercicio de una profesión determinada, cuando esta enfermedad no tiene una relación absoluta e inmediata con aquella profesión, sino que depende del agotamiento o desgaste natural de fuerzas empleadas en los trabajos a que el individuo se dedique, es, por el contrario evidente que siempre que la lesión a que se refiere el artículo 1 Ley de 30 de Enero de 1900 sobrevenga de una manera directa e inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias tóxicas, se encuentra de lleno comprendida en dicha Ley”.

²⁷⁰ SSTs de 23 de julio de 1999 (RJ 1999, 6841), de 18 de junio de 1997 (RJ 1997, 4762), de 15 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1022), y de 27 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9846). El citado tema se analiza posteriormente al tratar las enfermedades de trabajo no tipificadas como enfermedades profesionales.

Por tanto, ya desde la vieja Sentencia de 17 de junio de 1903 el concepto de lesión corporal comprende tanto la sufrida de manera violenta y repentina, como la insidiosa o lenta²⁷¹, y tanto la herida manifestada externamente como la dolencia sin manifestación externa notoria, incluido el trastorno fisiológico y funcional. En esto se diferencia de la definición de accidente que proporciona la legislación del seguro privado, que exige la forma traumática de producción del accidente²⁷². Así pues se entiende por lesión el daño o perjuicio físico y psíquico, y no se restringe al traumatismo, sino que se amplía a todo daño corporal, a cualquier menoscabo físico o fisiológico que incida en el desarrollo funcional²⁷³.

En cualquier caso, tanto para el legislador como para la jurisprudencia se admite la posibilidad de que lesiones de carácter no violento puedan ser originadoras de accidente de trabajo, de que en la noción de accidente se puedan incluir dolencias cercanas a la noción de enfermedad, calificando como tal contingencia el resultado de la acción lenta y progresiva de una enfermedad que no siendo profesional contrae el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que tenga por causa exclusiva el trabajo o se agrave con el trabajo²⁷⁴.

Tipología de los daños

Convendría hacer una breve referencia a la tipología de daños que el accidente de trabajo puede provocar. El artículo 115.1 LGSS contiene una indicación importante: el accidente de trabajo es una lesión corporal, lo que significa que los daños producidos por los accidentes de trabajo serán daños corporales en sentido amplio. Aunque no siempre es así, puede afirmarse que el daño corporal es el daño en sentido propio que produce un accidente laboral. Hay otros daños posibles de carácter material, como por ejemplo, la destrucción, pérdida o rotura de efectos personales del trabajador y de los instrumentos

²⁷¹ SSTs de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1546), y de 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3006).

²⁷² El artículo 100 Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, se pronuncia en los siguientes términos: “Sin perjuicio de la delimitación del riesgo que las partes efectúen en el contrato, se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte”.

²⁷³ STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7844).

²⁷⁴ SSTs de 22 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 8549), de 27 de mayo de 1998 (RJ 1998, 5700), y de 10 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3991).

de trabajo que son propiedad de éste²⁷⁵. Esos daños pueden haberse producido por el accidente, pero no serán reparados a través del régimen de responsabilidad objetiva del empresario²⁷⁶ que se instrumenta a través de la Seguridad Social. Estos daños materiales no corporales quedan, por tanto, dentro de la limitación de la responsabilidad objetiva del empresario²⁷⁷.

Por fuerza lesiva se entiende el agente productor de la lesión, que comprende, tanto la acción de agentes externos, súbitos, violentos (golpe, caída), como las dolencias internas, de evolución lenta y progresiva, contraídas en el ejercicio de la profesión (enfermedad). Así pues, la fuerza lesiva puede ser súbita, violenta y externa, o lenta, progresiva y larvada; si es de este segundo tipo normalmente será enfermedad profesional, salvo que no esté catalogada como tal, en cuyo caso será accidente de trabajo.

Junto al siniestro o accidente laboral propio, de carácter súbito, violento y externo, el trabajador siempre ha estado sujeto a la posibilidad de sufrir trastornos patológicos de carácter lento y progresivo, vinculados en su origen a las características del trabajo o de la tarea realizada. Hay sistemas como el francés, el italiano o el belga, que exigen que la fuerza lesiva sea súbita, violenta o traumática y exterior, para apreciar la existencia de un accidente de trabajo, con lo que no dan cabida en éste a la lesión provocada por una acción lenta y progresiva de recepción interna. Ello explica que en estos ordenamientos la enfermedad profesional haya precisado de un régimen asegurativo propio. En el sistema español, por el contrario, nuestra jurisprudencia, desde sus más tempranas decisiones (hay que remontarse a la emblemática STS de 17 de junio de 1903), ha considerado que la fuerza lesiva podía ser de generación lenta y progresiva, permitiendo así la calificación como accidentes laborales de las enfermedades causadas por el trabajo²⁷⁸.

²⁷⁵ El coche de un trabajador que se queda inutilizado en un accidente en misión.

²⁷⁶ En este sentido, IGLESIAS CABERO, M., “Nuevos interrogantes en torno al accidente de trabajo. Testimonios jurisprudenciales”, *cit.*, pág. 110, señala que “si la responsabilidad presupone en todo caso un incumplimiento, el criterio seguido para fundamentar la responsabilidad en la culpa se vio superado con el fin de proteger a las víctimas que, en muchas ocasiones, quedaban desamparadas cuando fracasaba su intento de demostrar el incumplimiento por parte del empresario demandado. La tendencia actual apunta en la dirección de exigir responsabilidad, no solamente cuando concurren culpa o negligencia, sino también por el simple hecho de crear riesgos, con independencia del componente intencional o descuidado del sujeto; con el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba el logro de ese objetivo está más cercano”.

²⁷⁷ En este sentido, DESDENTADO BONETE, A., “El daño y su valoración en los accidentes de trabajo”, *cit.*, pág. 81.

²⁷⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, *cit.*, págs. 29-30.

Ahora bien, este proceso de ampliación por vía jurisprudencial tiene acotaciones: por un lado, la jurisprudencia distingue entre el carácter súbito del accidente y el carácter lento de la enfermedad: el accidente es un daño sufrido por el cuerpo del accidentado por la acción o irrupción súbita y violenta de un cuerpo exterior, mientras que la enfermedad es un deterioro lento y progresivo de la salud; por otro lado, buen número de enfermedades contraídas en el trabajo, que en un primer momento fueron calificadas como accidente de trabajo por la jurisprudencia, con el paso del tiempo pasan a ser calificadas legalmente como enfermedades profesionales.

2.2.2. La condición de trabajador por cuenta ajena en la persona que sufre la lesión

En segundo lugar, la lesión objeto de nuestra atención debe ser sufrida por un trabajador por cuenta ajena. Por tanto, para que una determinada lesión llegue a alcanzar la consideración de accidente de trabajo debe estar ligada a un trabajador que presta sus servicios por cuenta ajena. Conviene señalar que el concepto de accidente de trabajo como riesgo, históricamente ha ido ligado al trabajo por cuenta ajena²⁷⁹. La LGSS no dice qué deba entenderse por ambos conceptos (trabajador, y por cuenta ajena), con lo que remite implícitamente a los conceptos contenidos en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y normas complementarias de desarrollo²⁸⁰. En líneas generales, el accidente de trabajo presupone la existencia de una relación laboral vigente y efectiva²⁸¹.

²⁷⁹ BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A., *Curso básico de Seguridad Social (Para titulaciones no jurídicas)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 162.

²⁸⁰ A estos efectos se entiende como trabajador por cuenta ajena a las personas sometidas a la relación laboral conforme lo establecido en el ET, y a las personas asimiladas a los trabajadores por cuenta ajena, con base en el artículo 97.2 LGSS (accidente de trabajo, ocurrido en un trabajo, retribuido, por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección del empresario en los términos del artículo 1.1 ET).

²⁸¹ No está de más recordar la exigencia del preceptivo informe de la Inspección de Trabajo en la determinación de la existencia o no de la relación laboral, del artículo 142.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (BOE de 11 de octubre), cuando señala que “en los procesos para la determinación de contingencia o de la falta de medidas de seguridad en accidentes de trabajo y enfermedad profesional, y en los demás supuestos en que lo estime necesario, la resolución en la que se admita la demanda a trámite deberá interesar de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, si no figurase ya en el expediente o en los autos, informe relativo a las circunstancias en que sobrevino el accidente o enfermedad, trabajo que realizaba el accidentado o enfermo, salario que percibía y base de cotización, que será expedido necesariamente en el plazo máximo de 10 días. Con antelación de al menos 5 días a la celebración del juicio, el secretario judicial deberá reiterar la remisión de dicho informe si éste no hubiere tenido todavía entrada en los autos”.

Por lo que para admitir la calificación del mismo²⁸², la relación laboral²⁸³ no ha de estar suspendida²⁸⁴, sin perjuicio de que algunas situaciones de no actividad se asimilen al trabajo a estos efectos, ni que el suceso tenga lugar fuera del contrato de trabajo, ya sea antes de la contratación de los servicios, ya sea una vez extinguido el contrato de trabajo²⁸⁵, si bien se ha admitido la consideración como accidente de trabajo en determinadas situaciones de algún modo relacionados con el trabajo o el contrato, como el sufrido al ir a cobrar los salarios o deudas pendientes²⁸⁶.

Pero la ajenidad se ha ido desvaneciendo como característica esencial del accidente de trabajo pues se contempla asimismo en el trabajo por cuenta propia. Y aunque históricamente el aseguramiento se fundamentaba en la idea de riesgo profesional, esto es, en la responsabilidad empresarial del trabajador por cuenta ajena, con contrato de trabajo, ello no ha impedido el aseguramiento voluntario de tales riesgos para los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA), que pueden concertar la cobertura de los riesgos profesionales como mejora voluntaria, siempre que hayan optado por suscribir la cobertura de la IT²⁸⁷. Así, el artículo 3.2 Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, que regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA establece que: “Se entenderá

²⁸² Una cuestión habitual en los pleitos sobre accidente de trabajo ha sido la calificación de la relación de trabajo y la identificación de las notas propias del contrato de trabajo, para descartar la calificación de accidente de trabajo cuando el trabajo no se ajusta a esas características. Así, en la STS de 7 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4710) se rechaza la existencia de accidente de trabajo cuando el accidentado tiene la condición de administrador general de la sociedad y socio capitalista mayoritario, al ostentar el 51% del capital social, lo que impide estimar la existencia de relación laboral al no prestar servicios retribuidos por cuenta ajena.

²⁸³ No se considera accidente de trabajo el caso de las lesiones sufridas casualmente por quien acudió a una obra a solicitar ocupación, como señala la STSJ Madrid de 4 de febrero de 1992 (AS 1992, 954).

²⁸⁴ Por ejemplo, el accidente sufrido al participar en piquete informativo durante la huelga, como señala la STSJ Galicia de 3 de marzo de 1995 (AS 1995, 954).

²⁸⁵ En la STS de 24 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4639) se señala la dificultad de protección de los accidentes de los trabajadores temporales cuando la extinción del contrato de trabajo se produce antes de la constatación de la IP o de la producción de la muerte, imposibilidad o extrema dificultad de las empresas para suscribir pólizas cuando ya se ha actualizado el riesgo y es previsible el daño derivado del mismo, facilitación de conductas estratégicas o incluso fraudulentas cuando la cobertura dependen de un hecho o una actuación posterior a la producción de la contingencia determinante; y STSJ Madrid de 25 de abril de 1995 (AS 1995, 1676), entre otras.

²⁸⁶ STCT de 30 de enero de 1989 (RTCT 1989, 843), sobre accidente de tráfico ocurrido al volver del Instituto de Medicación Arbitraje y Conciliación al ser despedido. En el mismo sentido, SSTs de 4 de julio de 1988 (RJ 1988, 5752) y de 14 de abril de 1988 (RJ 1988, 2963).

²⁸⁷ Permitido por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre de Medias Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 2002) y Real Decreto 1273/2003.

como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del régimen especial”.

De ese modo son trabajadores incluidos en el concepto de accidente de trabajo no sólo aquellas personas que tienen una relación laboral de las reguladas en el ET, es decir, aquellos trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen General, sino que también se extiende a otros supuestos: a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales (no incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social), con ciertas salvedades (regímenes especiales de la agricultura²⁸⁸, del mar y de la minería). También es accidente de trabajo el accidente ocurrido al trabajador por cuenta propia en determinadas circunstancias: es el caso de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, que fueron integrados en 2008 en el sistema especial agrario dentro del RETA²⁸⁹, y del Régimen Especial del Mar²⁹⁰. Para los primeros se entiende por accidente de trabajo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realizan en la explotación de que sean titulares; y para los segundos el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realizan por su propia cuenta y que determina su

²⁸⁸ Los trabajadores agrarios por cuenta ajena, que durante mucho tiempo estuvieron incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, han sido integrados en el Régimen General a través de un sistema especial con efectos de 1 de enero de 2012, mediante Ley 28/2011, de 22 de septiembre, de integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de Seguridad Social (BOE de 23 de septiembre). El derogado Decreto 2123/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las normas reguladoras del Régimen Especial Agrario de Seguridad Social (BOE de 21 de septiembre), incluía en su ámbito subjetivo tanto a los trabajadores por cuenta ajena, mayores de catorce años (16 años desde 1980, con la aprobación del ET 1980), fijos o eventuales (aquellos que como elementos auxiliares presten servicios no propiamente agrícolas, forestales o pecuarios de forma habitual, con carácter exclusivo y remuneración permanente en explotaciones agrarias, siempre y cuando no los alternen con trabajos que tengan carácter industrial, ni los ejecuten por cuenta propia o satisfagan impuesto industrial o licencia fiscal por razón de los mismos); como a los trabajadores por cuenta propia que, siendo mayores de 18 años, reunieran una serie de condiciones.

²⁸⁹ Ley 18/2007, de 4 de julio, de integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (BOE de 5 de julio). Por su parte, la Disposición adicional tercera de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, en su apartado 3º señala que para los trabajadores por cuenta propia agrarios, incorporados al Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia, la cobertura de la IT y de las contingencias profesionales sigue siendo voluntaria.

²⁹⁰ Artículo 31.4 Decreto 2123/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las normas reguladoras del Régimen Especial Agrario de Seguridad Social. Y los artículos 40 a 43 Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, que aprueba el texto refundido de las normas reguladoras del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

inclusión en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar²⁹¹.

Conviene mencionar aquí la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, concretamente su artículo 26.3 relativo a la acción protectora del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente (en adelante, TRADE)²⁹², que incluye una nueva definición de accidente de trabajo para este colectivo: “Se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate”; debe tenerse en cuenta también su Disposición adicional 3ª sobre la cobertura de la IT y de las contingencias profesionales en el Régimen de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos²⁹³. No rige aquí la presunción de laboralidad del artículo 115.3 LGSS, debiendo probarse en cada caso la relación de causalidad entre la lesión sufrida y el trabajo realizado.

Con respecto a esta nueva categoría de trabajador autónomo (TRADE), que aparece por primera vez con la entrada en vigor de la citada Ley, se incorpora una nueva figura, situada en una posición intermedia entre el asalariado y el trabajador por cuenta propia clásico (junto al cual, considerado como empresario individual, desde hace unas décadas se aprecia el florecimiento de una realidad social perfectamente implantada en muchos sectores de la actividad). Con las transformaciones sufridas en el proceso productivo, cada vez es mayor el número de actividades profesionales que presentan

²⁹¹ Véase, MERCADER UGUINA, J. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia”, en AA.VV., *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, págs. 320-321.

²⁹² El artículo 26.3 Ley 20/2007 señala que “los trabajadores autónomos económicamente dependientes deberán incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de la IT y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social”.

²⁹³ A este respecto, la Disposición adicional tercera Ley 20/2007, señala: “1. A partir del día primero de enero del ejercicio siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley (1 de enero de 2008), los trabajadores por cuenta propia o autónomos que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de IT, deberán llevarlo a cabo de forma obligatoria, siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social. De igual forma, la anterior fecha se tomará para la entrada en vigor de la obligatoriedad de cotización establecida en el punto 3 del artículo 26 de la presente Ley”.

características tanto del trabajador asalariado como del autónomo, siendo en muchas ocasiones más que borrosa la frontera que separa a ambos²⁹⁴.

A partir de esta Ley se considera trabajador autónomo económicamente dependiente a quien realiza una “actividad económica o profesional de carácter autónomo (a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa) pero con dedicación predominante a un determinado cliente” (persona física o jurídica), en el sentido de que al menos el 75% de los ingresos del trabajador con ocasión de su trabajo proviene de los encargos realizados por dicho cliente²⁹⁵.

Para ello debe de cumplir una serie de condiciones²⁹⁶: no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena (no ser al mismo tiempo empresario o empleador laboral, tan sólo puede ser empresario o emprendedor en sentido mercantil o económico), ni contratar ni subcontratar con terceros, en todo o en parte, la actividad contratada con sus clientes; ejecutar su actividad de manera que se diferencie de la que realizan los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente (entendemos que se refiere a la manera de hacer el trabajo, no tanto al lugar donde se realiza, puesto que nada impide que el TRADE comparta centro o instalación con trabajadores asalariados de la empresa); tener infraestructura productiva y material propios cuando estos medios sean relevantes económicamente para la actividad; desarrollar su actividad bajo criterios organizativos propios; y asumir el riesgo y ventura del resultado de la actividad.

Hay también algunas excepciones de trabajadores por cuenta ajena del Régimen

²⁹⁴ PÉREZ AGULLA, S. y GIL PLANA, J., “Los TRADES y la conciliación de la vida familiar o personal”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014, BIB 2014/3569, edición digital en westlaw.es, pág. 12.

²⁹⁵ El artículo 1 Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos (BOE de 4 de marzo) señala que: “Se considera trabajador autónomo económicamente dependiente la persona física que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para un cliente del que percibe, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales y en el que concurren las restantes condiciones establecidas en el artículo 11 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo”.

²⁹⁶ Artículo 11 Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, desarrollado por los artículos 1 y 2 Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos (BOE de 4 de marzo).

General que no cuentan con protección específica frente al accidente de trabajo, como los clérigos de la Iglesia Católica a los cuales se aplica el régimen de los riesgos comunes²⁹⁷. Por medio del Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre (BOE de 21 de enero de 1982) se procedió a la inclusión de religiosos y religiosas de la Iglesia Católica en el RETA, que para poder ejercer su actividad profesional, necesitaran previamente estar integrados en un colegio o asociación profesional (españoles, mayores de 18 años y miembros de Monasterios, Ordenes, Congregaciones, Institutos y Sociedades de Vida Común, de derecho pontificio, inscritos en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia y que residan y desarrollen normalmente su actividad en el territorio nacional, exclusivamente bajo las órdenes de sus superiores respectivos y para la Comunidad Religiosa a la que pertenezcan); conforme al artículo 1 RD 3322/1981.

Hasta el año 2011, tampoco estaban protegidos los trabajadores Empleados de Hogar, cuyas prestaciones eran las que otorga el Régimen General para el accidente no laboral, con algunas peculiaridades²⁹⁸; pero la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, añadió a la LGSS una nueva Disposición adicional, la quincuagésima tercera²⁹⁹, en la que se establece que, con efectos de 1 de enero de 2011, se extiende la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar. En este sentido, la Disposición adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social indica cómo se ha de llevar a cabo la Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la

²⁹⁷ El artículo 2.2 Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del Clero preceptúa que: “Las contingencias de enfermedad y accidente, cualquiera que sea su origen, se considerarán en todo caso como común y no laboral, respectivamente, siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para estas en el Régimen General de la Seguridad Social”.

²⁹⁸ El artículo 22.3 Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regulaba el Régimen Especial de la Seguridad Social del servicio doméstico, señalaba lo siguiente: “Las prestaciones que este Régimen concede en caso de accidente serán las mismas que otorgue el Régimen General por accidente no laboral”.

²⁹⁹ A tenor de la Disposición adicional quincuagésima tercera: “Con efectos de 1 de enero de 2011 se amplía la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por las contingencias indicadas se reconocerán las prestaciones que, por las mismas, están previstas para los trabajadores incluidos en el Régimen General, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”.

Seguridad Social³⁰⁰.

Por tanto, se amplía también el elemento subjetivo de la noción de accidente de trabajo, no sólo pasando de la protección del accidente de trabajo en el trabajador asalariado de la industria a la protección de los accidentes en la agricultura³⁰¹, y de la protección del accidente en la fábrica a la protección en el propio domicilio del cabeza de familia, sino que incluso desaparece la figura del empresario, tal y como se concebía (al reconocer el accidente de trabajo del trabajador autónomo) o la del propio trabajador.

2.2.3. La relación de causalidad entre lesión y trabajo

Para que exista accidente de trabajo será necesario que la lesión sufrida por el accidentado, lo sea “con ocasión o por consecuencia” del trabajo por cuenta ajena realizado (se exige una relación de causalidad de carácter imperativo³⁰²), no bastando, pues la mera ocasionalidad³⁰³; es decir, ha de existir una relación de causa-efecto entre el trabajo y la lesión. Teniendo en cuenta la necesaria relación de causalidad entre el trabajo

³⁰⁰ “Con efectos de 1 de enero de 2012, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar quedará integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un sistema especial para dichos trabajadores en los términos y con el alcance indicados en esta disposición y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente (...) 3. Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes peculiaridades: (...) e. Con respecto a las contingencias profesionales del Sistema especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, según lo dispuesto en el apartado 3 Disposición adicional quincuagésima tercera de esta misma Ley”.

³⁰¹ MARTÍN VALVERDE, A., “El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal”, *cit.*, pág. 240. La extensión a todos los trabajadores asalariados agrícolas, por fin, se produce en tiempos de la II República en el año 1931 a través del Decreto de 12 de junio de 1931, de aplicación a la agricultura de la Ley de Accidentes de Trabajo. En este sentido, afirman MERCADER UGUINA, J. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia”, *cit.*, pág. 300, que “esta ampliación subjetiva fue considerada como un auténtico avance social en la época, alcanzando además la calificación de accidente de trabajo supuestos que resultaban característicos de los riesgos del sector agrícola como la insolación, el rayo u otros fenómenos análogos, admitiendo la propia introducción del Decreto el trato diferencial que la Ley había dispensado a los trabajadores agrícolas frente al proletariado industrial”.

³⁰² Con respecto a la relación de causalidad, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Accidente de trabajo y relación de causalidad”, en AA.VV., *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, págs. 323-336.

³⁰³ STS de 3 de julio de 2013 (RJ 2013, 5166), que considera accidente de trabajo la patología lumbar previa agravada al sufrir un tirón con ocasión del trabajo realizado y la recaída en la lesión que agravó el accidente.

y el accidente, se concluye que la lesión experimentada debe haber sido causada por el trabajo³⁰⁴.

La expresión “con ocasión” se refiere al accidente de trabajo impropio, esto es, cuando no existe una causa directa e inmediata proveniente del trabajo por cuenta ajena, pero éste se ha producido por la existencia de actos íntimamente ligados con la relación laboral y que sin ésta no hubiese existido la actualización del riesgo profesional (como es el caso de los accidentes *in itinere*). La expresión “por consecuencia” nos remite al accidente de trabajo propio, cuando la lesión tiene por causa directa la actividad laboral que se efectúa. Es necesario que exista un vínculo de causalidad entre el accidente y el trabajo.

El accidente puede ocurrir a causa del trabajo o con ocasión. En el primer caso, el trabajo causa el accidente, siendo el vínculo de causalidad directo. En el segundo, el trabajo es la ocasión para que tenga lugar el accidente. Aquí también se requiere que aparezca la relación de causalidad entre el accidente y el trabajo, aunque se trate de un vínculo indirecto³⁰⁵. El término con ocasión refiere a una causalidad mediata (da lugar al accidente), de forma que no es necesario que el trabajo sea la causa, basta que sea la ocasión del accidente³⁰⁶. Estos dos nexos tienen en común el ser conexiones de causalidad, pero se diferencian en que, el que denota la expresión “por consecuencia”, establece un vínculo de causalidad directa, mientras que el “con ocasión” describe una relación de causalidad indirecta³⁰⁷.

Respecto de la definición del accidente laboral, la doctrina científica destaca la exigencia general de relación de causalidad entre el trabajo y la lesión que impone la definición contenida en el artículo 115.1 LGSS; bien de manera estricta (“por

³⁰⁴ ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social, cit.*, pág. 238.

³⁰⁵ ALONSO OLEA, M., “Accidente de tráfico y accidente de trabajo”, *cit.*, pág. 56, señala que “formulaciones jurisprudenciales generales terminantes de la presunción son las siguientes: la presunción *iuris tantum* (...) sólo quedará desvirtuada (...) cuando hayan concurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación de causalidad entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices psíquicos o físicos que le rodean”.

³⁰⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F., *El accidente de trabajo in itinere*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 22. En este sentido, ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social, cit.*, págs. 237-238, señala que el término con ocasión refiere a una causalidad mediata (da lugar al accidente), de forma que no es necesario que el trabajo sea la causa, basta que sea la ocasión del accidente.

³⁰⁷ MARTÍN VALVERDE, A., “El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal”, *cit.*, pág. 229.

consecuencia”) o bien en forma más amplia o relajada (“con ocasión”), de manera que en este último caso ya no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta, quedando excluida del carácter laboral -tan sólo- la ocasionalidad pura. A lo que entendemos, la diferencia queda más resaltada si se considera que en el primer supuesto (“por consecuencia”) estamos ante una verdadera “causa” (aquello por lo que *-propter quod-* se produce el accidente), mientras que en el segundo caso (“con ocasión”), propiamente se describe una condición (aquello sin lo que *-sine qua non-* se produce el accidente), más que una causa en sentido estricto³⁰⁸.

Se exige una relación de causalidad entre fuerza lesiva, el trabajo y la lesión, esto es, que la fuerza lesiva se produzca con ocasión o por consecuencia del trabajo, esto es, de manera inmediata o mediata. No se exige causa determinante directa de la lesión y pueden darse como generadoras causas distintas, aun cuando debe haber relación de causalidad, no bastando una mera ocasionalidad. Se configura así una relación de causalidad amplia y no rígida cuando se trata de un accidente de trabajo.

La relación con el trabajo es indirecta o mediata cuando la realización de la actividad laboral no es en sí la causa directa del accidente, pero se ha podido valorar que sin la realización del trabajo el accidente no se hubiera producido o las consecuencias del mismo habrían alcanzado una gravedad inferior de modo que, en consecuencia, la conexión con la ejecución del trabajo se muestra como indispensable, siempre en algún grado, sin necesidad de que se concrete su significación³⁰⁹.

En la enfermedad profesional, en cambio, la relación de causalidad se presume por la realización de ciertos trabajos, con ciertas sustancias y en ciertas actividades su inclusión en una lista.

³⁰⁸ En la STS de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1546), se establece que la presunción de existencia del accidente de trabajo no alcanza a la epilepsia pero sí al traumatismo craneoencefálico producido por crisis comicial en el tiempo y lugar de trabajo. En este sentido, véase también la STSJ Cataluña de 5 de mayo de 2011 (AS 2011, 1773) relativa a la presunción de existencia en enfermedad manifestada durante el tiempo y en el lugar de trabajo: infarto lacunar en brazo posterior de cápsula interna izquierda (existencia previa de factores de riesgo).

³⁰⁹ MOLINA NAVARRETE, C., “Nuevas dimensiones de la prevención y el aseguramiento de riesgos profesionales: Enfermedades de trabajo y Riesgos emergentes”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006, pág. 97.

La meticulosidad de la relación de causalidad ha traído consigo un concepto de accidente de trabajo, que deriva de la propia ampliación del nexo causal, por vía jurisprudencial, hasta el punto de que ha ido alargando el concepto a actos anteriores o preparatorios del trabajo, a situaciones interruptivas, e incluso a supuestos fuera del tiempo y lugar de trabajo, si tuvieran conexión con él.

Por su parte, la LGSS lleva a cabo una serie de ampliaciones legislativas del concepto por razón de la actividad, del tiempo y del lugar (ampliaciones objetivas) y otras por razón de actos de propio accidentado, del empresario o de terceros (ampliaciones subjetivas)³¹⁰.

Así pues, hay accidente de trabajo cuando de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando para ello con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante³¹¹, debiendo otorgarse esa calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento, excepto cuando hayan acaecido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación.

Conforme a esa doctrina cabe afirmar que la calificación como profesional de un accidente depende de la concurrencia de los tres elementos a los que nos hemos referido: la lesión, el trabajo y la relación entre ambos elementos; sin embargo, las mayores dificultades surgen a la hora de precisar si concurre o no este último factor, señaladamente cuando la lesión no se origina directamente por el trabajo desarrollado, entrando entonces en juego la presunción del número 3 del precepto, presunción legal que, como declara la STS de 20 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2590), y recuerda la STS de 9 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3037) sólo alcanza a los accidentes ocurridos en el tiempo y en el lugar de trabajo³¹².

³¹⁰ BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A., *Curso básico de Seguridad Social (Para titulaciones no jurídicas)*, cit., págs. 165-166.

³¹¹ En este sentido, véase el interesante estudio de GONZÁLEZ ORTEGA, S., “A vueltas con el concepto de accidente de trabajo, en el supuesto de enfermedades comunes manifestadas en tiempo y lugar de trabajo”, cit., págs. 1-7.

³¹² En este sentido, véase la STS de 15 de junio de 2010 (RJ 2010, 2705).

3. LA AMPLIACIÓN LEGAL DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO

Tal como tiene señalado la doctrina jurisprudencial, la estructura del artículo 115 LGSS parte de la definición del accidente de trabajo que se contiene en el número 1, pero el sistema se cierra con las previsiones que se hacen en el resto del artículo. En concreto, el número 2 relaciona una serie de supuestos que legalmente integran accidentes de trabajo (*in itinere*; ejercicio de cargos electivos de carácter sindical; tareas profesionales distintas; actos de salvamento; y diversas enfermedades), que se formulan de forma positiva considerándose *ex lege* como accidente de trabajo, no como meras presunciones que admitan prueba en contrario; el número 3 establece una presunción legal de accidente laboral; el número 4 refiere los supuestos en los que -pese a producirse en tiempo y lugar de trabajo- tales eventos “no tendrán la consideración de accidente de trabajo” (fuerza mayor; dolo o imprudencia temeraria del trabajador); y, finalmente, el número 5 refiere dos circunstancias (imprudencia profesional y concurrencia de culpabilidad ajena) que “no impedirán la calificación de un accidente como de trabajo” (así, en coincidencia sustancial con los términos expresados en las SSTS de 4 de abril de 1984 (RJ 1984, 2035) y de 9 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3037)³¹³.

3.1. Presunción de laboralidad

Comenzamos con el estudio de esta presunción que la jurisprudencia, por decirlo con sus propias palabras, “interpreta y aplica con uniforme y perseverante criterio”³¹⁴; según ALONSO OLEA, la jurisprudencia la interpreta “con criterio perseverante y uniforme y, se añadiría, con criterio muy amplio pero accidentado”³¹⁵.

3.1.1. Alcance de la presunción

Como regla general, la relación de causalidad lesión-trabajo deberá ser probada,

³¹³ STS de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1546), anteriormente citada.

³¹⁴ STS de 16 de abril de 1975 (RJ 1975, 2066).

³¹⁵ ALONSO OLEA, M., “Accidente de tráfico y accidente de trabajo”, *cit.*, pág. 54.

si bien nuestra legislación establece una importante presunción³¹⁶: “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidentes de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo” (artículo 115.3 LGSS).

Las referencias del citado artículo van dirigidas, “la primera, al tiempo de trabajo efectivo sin restricción o reserva al horario ordinario o normal de actividad. Y la segunda, al lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual”³¹⁷. Para que se considere la presunción *iuris tantum*³¹⁸ de que determinados accidentes son laborales por el tiempo y el lugar en que han ocurrido, es necesario que ambas exigencias (lugar y tiempo de trabajo) se den acumulativamente.

Esta presunción invierte la carga de la prueba, pero no exime de la conexión o nexo causal, de manera que el esfuerzo del trabajo ha de haber sido en definitiva el elemento causante del accidente durante las horas y en el lugar de trabajo³¹⁹. Esta importantísima regla supone una inversión del *onus probandi*, puesto que en los supuestos de aparición súbita de la dolencia en el tiempo y lugar de trabajo, el lesionado o sus causahabientes únicamente han de justificar esa ubicación en el tiempo y en el espacio, recayendo sobre el empresario o entidades correspondientes la carga de justificar que la lesión, trauma o defecto no se produjo a consecuencia de la actividad realizada por él³²⁰. Se trata de la cristalización legal de un criterio generado por la jurisprudencia, consistente en el mantenimiento de una presunción *iuris tantum*, cuestión que se presenta dificultosa cuando estamos en supuestos de concurso de causas (concausalidad) -preexistente o

³¹⁶ Que tiene vital importancia en los supuestos de infarto de miocardio y dolencias similares, ocurridos en el lugar de trabajo. Sobre esta presunción, ver ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social, cit.*, pág. 239.

³¹⁷ STS de 18 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9727).

³¹⁸ Se trata de una presunción que admite prueba en contrario, que decae cuando no hay relación de causalidad entre el trabajo y la lesión. En episodios cardíacos, hemorragias, aneurismas, edemas pulmonares y derrames cerebrales la jurisprudencia analiza la relación que pudieron tener con el trabajo. En este sentido, ver ALONSO OLEA, M., “Accidente de tráfico y accidente de trabajo”, *cit.*, pág. 56.

³¹⁹ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social, cit.*, pág. 176.

³²⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social, cit.*, págs. 33-34. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica, cit.*, pág. 119, señala que “el significado exacto de esta regla consiste en invertir el *onus probandi* desplazándose a quien niegue la condición laboral del accidente”.

sobrevenida³²¹ o multicausalidad³²².

Por otro lado, se ha matizado el concepto de tiempo de trabajo para incluir en el mismo determinados lapsos temporales en los que el trabajador no se halla estrictamente en su puesto de trabajo pero sí realizando operaciones indispensables para incorporarse al mismo, como pueden ser entre otros, el tiempo para recoger el arma (en el sector de vigilancia y seguridad) o proveerse de los equipos de protección individual³²³.

Además, se debe distinguir entre accidente en sentido estricto, como acaecimiento súbito y externo al trabajador, y la enfermedad del trabajo, pues si en el primero basta que el trabajador se encuentre en el lugar de trabajo, aunque no sea tiempo de trabajo, la segunda requiere nexo de causalidad entre el episodio mórbido y el trabajo³²⁴. No se cierra la posibilidad de que la denominada enfermedad del trabajo tenga la consideración legal de accidente de trabajo pero ha de acreditarse que la dolencia tiene como causa exclusiva la ejecución del trabajo³²⁵.

La relación del artículo 115 LGSS se cierra con esta cláusula general formulada a modo de presunción, que admite prueba en contrario: siempre que el accidente haya ocurrido en tiempo y lugar de trabajo, el trabajador accidentado no tiene que probar dicha relación, correspondiéndole a quien quiera negar esta presunción (empresario o Entidad Gestora) intentar destruirla; y que en sentido negativo excluye a las lesiones acaecidas fuera del tiempo y lugar de trabajo, en cuyo caso recaerá sobre el trabajador la carga de la prueba de demostrar el nexo causal trabajo-lesión.

3.1.2. Tiempo y lugar de trabajo

La presunción se aplica a los accidentes acaecidos en la jornada de trabajo y horas

³²¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 23.

³²² MORENO CÁLIZ, S., *La enfermedad profesional. Un estudio de su prevención*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, págs. 110 y ss.

³²³ SSTs de 4 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10305), sobre el infarto de miocardio acaecido en el vestuario antes del inicio de la jornada de trabajo; entra en juego la presunción de existencia al concurrir las siguientes circunstancias: el infarto se produce después de haber fichado y mientras se proveía obligatoriamente del equipo de protección individual; además el plus de puntualidad sólo se devengaba si se realizaban estas operaciones previas a la incorporación al puesto de trabajo; y de 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 9667).

³²⁴ STS de 14 de julio de 2007 (RJ 2007, 7275).

³²⁵ STS de 20 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8367).

extraordinarias, es decir, durante el tiempo en que se realiza una actividad laboral; y el lugar es aquel en el que se realiza la prestación laboral o en el que se encuentre el trabajador durante la prestación de servicios.

El significado legal del término tiempo de trabajo va referido a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que ha realizado algún tipo de actividad o esfuerzo, físico o intelectual que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo³²⁶. Así se pronuncia la STS de 5 febrero de 2007 (RJ 2007, 3342) negando la calificación de accidente de trabajo al trabajador que se siente indispuerto y no se encontraba en tiempo de trabajo³²⁷, al igual que en otras³²⁸.

Según la jurisprudencia, constituyen accidente de trabajo las enfermedades surgidas en el tiempo y lugar de trabajo que pueden tener etiología laboral, salvo que se destruya la presunción del artículo 115.3 LGSS, lo que no acontece por el simple hecho de haber padecido molestias en momentos o fechas anteriores al infarto³²⁹, o porque el trabajador tuviera antecedentes de tipo cardíaco o coronario³³⁰, o de tabaquismo³³¹, o

³²⁶ SSTs de 20 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8367), y de 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 534).

³²⁷ El marido de la actora, falleció el 9 de enero de 2001, a causa de una hemorragia cerebral espontánea masiva, cuando se encontraba en el centro de trabajo de la empresa, aunque todavía no estaba en su puesto de trabajo en la planta de arriba, estaba con sus compañeros de taller en la entrada de abajo dentro de la empresa. “En suma, en el caso de autos, el trabajador no se encontraba en el puesto de trabajo ni en el tiempo de trabajo cuando se sintió indispuerto, que son presupuestos necesarios para que la presunción del artículo 115.3 LGSS pudiese operar; razón por la que la sentencia recurrida hizo una aplicación indebida del precepto, cuando además, se aprecian otros datos complementarios que alejaban -inexistente- la presunción de laboralidad”.

³²⁸ SSTs de 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 7275); y de 22 de noviembre de 2006³²⁸ (RJ 2006, 9215), la cual hace referencia a que el 10 de julio de 2001 el trabajador sufrió un infarto agudo de miocardio mientras se encontraba en los vestuarios de la empresa, sobre las 15,45 horas, para cambiarse e iniciar su jornada de trabajo tras haber fichado, falleciendo seguidamente, y argumenta que “la Sala descarta aplicar la presunción del artículo 115.3 LGSS porque la enfermedad se manifestó fuera del tiempo de trabajo en los términos de cómputo que establece el artículo 34.5 ET cuando además consta que la muerte se debió a causas naturales y la parte actora no ha acreditado tampoco en qué lugar del centro de trabajo se encontraba el fallecido al sentirse enfermo u otras circunstancias que permitan estimar, aunque no se tratase de tiempo de trabajo, que la actividad ejercitada previamente pudo ser la desencadenante de la enfermedad, por tratarse de tiempo de preparación para el trabajo (...)”.

³²⁹ SSTs de 18 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8476), donde se presume la existencia de accidente de trabajo en el caso de infarto de miocardio acaecido en el lugar de trabajo y durante el tiempo, aunque existan antecedentes morbosos de la enfermedad; y de 11 de junio de 2007 (RJ 2007, 6630).

³³⁰ SSTs de 20 de octubre de 2009 (RJ 2009, 7608), de 23 de enero de 1998 (RJ 1998, 1008), de 27 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1605), de 18 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7774), de 15 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1022), y de 27 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9846).

³³¹ SSTs de 27 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 8879) y de 23 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9341).

hiperlipemia³³²; la doctrina ha de extenderse a otras enfermedades cardíacas³³³ y análogas³³⁴.

Se extiende así mismo la presunción y se considera accidente de trabajo la hemorragia cerebral que se exterioriza durante el descanso para comer, habiéndose sentido indispuerto el trabajador en tiempo y lugar de trabajo, aunque el trabajador padeciera una malformación congénita arterio-venosa³³⁵; la patología previa, hasta entonces silente, que se agrava estando el trabajador en el centro de trabajo desempeñando su labor y con ocasión de realizar un esfuerzo³³⁶; el accidente acaecido durante el tiempo de descanso a bordo del buque³³⁷; se presume accidente de trabajo la muerte producida por embolia pulmonar, cuando el trabajador se dirigía a su casa desde el trabajo en el que ya se había encontrado indispuerto³³⁸; se aprovecha de la presunción de laboralidad el infarto de miocardio ocurrido en los vestuarios del centro de trabajo después de iniciada la jornada laboral³³⁹; se considera accidente de trabajo, al no haberse acreditado la falta de conexión con éste, el fallecimiento de un transportista por isquemia miocárdica-arritmia cardíaca, sobrevenida durante el descanso nocturno en la cabina del camión³⁴⁰; también el derrame cerebral sobrevenido a un conductor de camión durante una parada para tomar café, tiempo que debe ser caracterizado como “horas de presencia”³⁴¹; se presume accidente laboral el *shock* volémico secundario, sobrevenido en tiempo y lugar de trabajo, sin que existan antecedentes médicos de enfermedades en el trabajador³⁴²; se considera contingencia profesional ocurrida en el tiempo y lugar de trabajo el infarto de

³³² STS de 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3006).

³³³ STS de 18 de junio de 1997 (RJ 1997, 4762), referida a supuesto de cardiopatía isquémica derivada de angina de pecho con angor de esfuerzo.

³³⁴ SSTs de 13 de octubre de 2003 (RJ 2004, 264), que afronta el caso de un episodio de palpitaciones padecido por ATS durante una guardia presencial; de 7 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7724) que afronta el caso de médico que padece una trombosis venosa profunda iliocavo bilateral; de 4 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4091), referida a accidente cardiovascular activo con hemiparexia derecha; y de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9475), referida a parada cardio-respiratoria de origen central provocada por hipoxia cerebral.

³³⁵ STS de 10 diciembre de 2014 (RJ 2014, 6767).

³³⁶ STS de 29 de abril de 2014 (RJ 2014, 2676).

³³⁷ STS de 16 de julio de 2014 (RJ 2014, 5291).

³³⁸ STS de 14 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4702).

³³⁹ STS de 22 de diciembre de 2010 (RJ 2011,60).

³⁴⁰ STS de 22 de julio de 2010 (RJ 2010, 7283).

³⁴¹ STS de 19 de julio de 2010 (RJ 2010, 4886).

³⁴² STS de 15 de junio de 2010 (RJ 2010, 2705).

miocardio acaecido a un oficial mecánico en la ruta seguida para la reparación de un automóvil de la empresa por encargo del empresario³⁴³.

Si bien es cierto que hay que demostrar los casos concretos, es una presunción “muy cómoda”, pues presume que todo lo que ocurra en el trabajo es accidente de trabajo. Conviene matizar que, a veces, se abusa de la presunción pensando que el TS ampliará los supuestos, y en este sentido, entiende que la presunción comprende el accidente ocurrido durante el descanso para el bocadillo o durante la pausa para la comida cuando es una práctica generalizada, como ocurre en el sector de la construcción, que los trabajadores la efectúen en el propio centro de trabajo³⁴⁴.

Asimismo se califica de accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador al ser aprisionado por una carretilla tras la pausa para comer, realizada en el centro de trabajo con consentimiento de la empresa, desconociéndose las circunstancias que concurrieron, pues se produce antes de que sus compañeros llegaran al centro de trabajo para iniciar la jornada de tarde y sin apreciar imprudencia temeraria en la conducta³⁴⁵; y las enfermedades que se presentan o sobrevienen mientras el trabajador se encuentra disponible, realizando una parada técnica, sea para tomar un descanso de los previstos por el código de la circulación o por motivos biológicos, o sea para cargar el vehículo³⁴⁶.

Como se observa, el proceso de objetivación del accidente en forma de riesgo encierra la desvinculación de la siniestralidad de las condiciones de trabajo (de la

³⁴³ STS de 11 de julio de 2000 (RJ 2000, 7409).

³⁴⁴ La STS de 9 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3037) señala que “es necesario tener en cuenta el criterio hermenéutico de la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas (artículo 3.1 CC), así como a los usos y costumbres sociales (artículo 3.1.d) ET), en el ámbito de la construcción y a efectos del artículo 115.3 LGSS, ha de considerarse como tiempo de trabajo también el tiempo intermedio de inactividad laboral para alimentarse” (FJ 9). “Por esas razones se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, tal como propone el Ministerio Fiscal en su razonado dictamen, dado que el accidente se produjo en el lugar de trabajo y por causas derivadas de la actividad laboral, o como consecuencia de ella, y de las instalaciones de la empresa, durante una breve pausa destinada a comer, de modo que si no se llega a esa conclusión a través del criterio estricto de la causalidad, sí debe hacerse con el más extenso de la ocasionalidad” (FJ 10). Así pues, ese tiempo es considerado como de trabajo, para el concepto de accidente de trabajo, aunque desde el punto de vista retributivo no lo sea. En el mismo sentido, STS de 27 de enero de 2014 (RJ 2014, 935), sobre el fallecimiento de un trabajador al ser aprisionado por una carretilla en el centro de trabajo durante la pausa de medio día, una vez finalizado por aquél el descanso-comida y antes de que sus compañeros llegaran al centro para iniciar la jornada de tarde, estando autorizado para comer y pernoctar en la empresa y sin que se aprecie la concurrencia de imprudencia temeraria en su conducta.

³⁴⁵ STS de 27 de enero de 2014 (RJ 2014, 935), citada anteriormente.

³⁴⁶ STS de 9 de julio de 2010 (RJ 2010, 4886).

actividad funcional al proceso productivo que en la empresa se verifica), y provoca la transformación de la categoría del accidente de trabajo, proyectándolo como algo que sucede dentro o más allá del puesto de trabajo y del ejercicio de la actividad profesional³⁴⁷.

No puede calificarse como accidente de trabajo el infarto cerebral sufrido por el trabajador durante un desplazamiento ocasional, distinto del efectuado ordinariamente entre su domicilio habitual y el lugar de trabajo, realizado a principio de temporada o para iniciar uno de los periodos correspondientes de prestación efectiva de servicios³⁴⁸; o cuando el infarto sobreviene en el vestuario antes del inicio de la jornada de trabajo, pero después de haber fichado y mientras el trabajador se proveía obligatoriamente del equipo de protección individual³⁴⁹; ni el infarto de miocardio ocurrido después del cambio de ropa en los vestuarios de la empresa pero antes de iniciar la jornada de trabajo³⁵⁰.

La presunción que se aplica a una IT derivada de accidente cardiovascular sucedido en tiempo y lugar de trabajo no se extiende a un posterior periodo de IT y a la IP sobrevenida³⁵¹. No juega la presunción cuando el accidente (infarto de miocardio) se manifiesta en los vestuarios, una vez finalizada la jornada laboral; pero cabe reputarlo accidente laboral si se prueba su conexión con el trabajo³⁵².

3.1.3. Aplicación de la presunción

Tiene la consideración de accidente de trabajo, el sufrido por un marinerio mientras se encuentra disfrutando de un periodo de descanso, concretamente en el comedor mientras el trabajador se encontraba viendo una película, a bordo del buque en el que

³⁴⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional”, *cit.*, págs. 271 y ss. En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A. V., “Una reflexión crítica sobre el accidente en itinere”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, pág. 75, señala que “con los mimbres conceptuales de la LAT, nuestros Tribunales realizaron una admirable tarea de aplicación normativa y fueron expandiendo, de manera flexible y humanitaria, el concepto de accidente de trabajo a supuestos en los que tal calificación distaba de ser clara, si bien conviene recordar el esquema originario de nuestros textos legales: se protegen los accidentes de trabajo pero no los restantes, de manera que lejos de estarse ante una cuestión académica o de detalle, cuando hay que calificar como común o profesional el siniestro, lo que está en juego es que haya o no protección”.

³⁴⁸ STS de 16 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7306).

³⁴⁹ SSTS de 10 de julio de 2013 (RJ 2013, 6751), y de 4 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10305).

³⁵⁰ STS de 14 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4702).

³⁵¹ SSTS de 25 de enero de 2007 (RJ 2007, 1905) y de 22 de enero de 2007 (RJ 2007, 1591).

³⁵² STS de 20 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8367).

presta servicios³⁵³; el sufrido por el cocinero de un buque que fallece al caer al mar, cuando intentaba acceder a su barco, desde otro que se encontraba abarloado³⁵⁴; la enfermedad común que agrava las consecuencias incapacitantes de un accidente laboral sufrido con anterioridad³⁵⁵; la presunción de laboralidad del artículo 115.3 LGSS alcanza a las enfermedades de trabajo³⁵⁶.

La presunción de laboralidad queda desvirtuada si el trabajador padecía ataques epilépticos y le sobreviene una crisis durante su jornada, pero el traumatismo provocado por la crisis comicial sí que es por consecuencia del trabajo y ha de considerarse contingencia profesional³⁵⁷; la calificación queda desvirtuada si la agresión que sufre el trabajador por parte de un tercero obedece a razones personales entre agresor y agredido, no así cuando tal relación personal es inexistente y el suceso debe ser calificado como caso fortuito³⁵⁸; la Sala de suplicación no puede ir contra el criterio del Juez de instancia que ha considerado desvirtuada tal presunción legal por medio de una presunción judicial³⁵⁹; la estimación judicial de que se ha roto el nexo de causalidad enerva la existencia de identidad con supuesto en que no haya sucedido así³⁶⁰; puede ser destruida mediante prueba en contrario que acredite la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión, prueba que corresponde realizar a los responsables de la protección³⁶¹.

³⁵³ STS de 16 de julio de 2014 (RJ 2014, 5291).

³⁵⁴ STS de 24 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2771). Señala que la relación de causalidad se puede concebir en términos estrictos, esto es, interpretar que la lesión debe producirse durante o por consecuencia del trabajo realizado; o en un sentido amplio, al considerar que la lesión debe producirse meramente con ocasión del trabajo. En el primer caso, el trabajo sería la causa determinante de la lesión, mientras que en el segundo, el trabajo sería una condición sin la que el accidente no se hubiera producido. En ese sentido, véase el interesante estudio CARRIZOSA PRIETO, E., “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿imposible concurrencia? (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2014)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 171, 2014, BIB 2014/4510, edición digital en westlaw.es, págs. 1-15.

³⁵⁵ STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007, 8869).

³⁵⁶ SSTS de 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3006) y de 18 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9727).

³⁵⁷ STS de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1546).

³⁵⁸ STS de 20 de febrero de 2006 (RJ 2006, 739).

³⁵⁹ STS de 16 de abril de 2004 (RJ 2004, 3694).

³⁶⁰ SSTS de 21 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8606) y de 30 de enero de 2004 (RJ 2004, 2580).

³⁶¹ SSTS de 3 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 9507) y de 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3006).

3.2. El accidente *in itinere*

Si bien existen supuestos en los que pese a que el trabajador no se encuentra en el lugar o tiempo de trabajo, no se produce la ruptura de la relación de causalidad, y, en consecuencia, sí tiene lugar el accidente de trabajo; así sucede en los supuestos de accidente de trabajo *in itinere*, de desempeño de cargos sindicales, de realización de tareas no habituales, de actos de salvamento, o de viajes de emigrantes, que pasamos a examinar.

Haciéndose cargo de la abundante y progresiva jurisprudencia, el legislador procede a una extensión del concepto de accidente de trabajo, dando tal consideración a una serie de sucesos que en principio podían quedar fuera de esa figura. Así, el artículo 115.2 LGSS efectúa una enumeración expresa de que determinados accidentes sean considerados como accidentes de trabajo: de este precepto se deduce que se ha de calificar como accidente de trabajo no sólo el que tenga lugar mientras se trabaja, sino también el que sucede en un contexto relacionado con el trabajo, o por circunstancias ligadas de algún modo con el trabajo.

Recordemos que la cobertura de los accidentes de trabajo ha ido sometiéndose a adaptaciones sucesivas. Puede verse el proceso como un avance creciente en orden a la protección de los trabajadores y así es sin duda. Pero algo se pierde o se transforma en este camino. La protección de los accidentes de trabajo nace en la esfera de la responsabilidad por el riesgo empresarial. Pero la fuerza expansiva de la cobertura ha superado ese ámbito, y se produce una transformación en un doble plano: en el plano subjetivo, aparecen accidentes de trabajo sin empresario (el accidente laboral del trabajador autónomo) o sin trabajador (el accidente del emigrante) o el de los miembros de las mesas electorales. En el plano objetivo la conexión con el trabajo se pierde en supuestos típicos, como los accidentes *in itinere* o los accidentes producidos en el desempeño de cargos electivos de carácter sindical³⁶².

Fruto de la labor jurisprudencial³⁶³ que sustituyó al legislador en esta materia (ante

³⁶² DESDENTADO BONETE, A., “El daño y su valoración en los accidentes de trabajo”, *cit.*, pág. 80.

³⁶³ La terminología de accidente *in itinere* apareció por primera vez en la STS de 1 de julio de 1954 (RJ 1954, 1840).

el escaso tratamiento legal³⁶⁴), y de la progresiva tendencia a la inclusión en el concepto de accidente de trabajo de todos los acaecimientos sufridos por el trabajador ligados a su trabajo, fue acuñándose el concepto de “accidente *in itinere*”, como figura singular del accidente laboral. Hoy en día, y en consonancia con el concepto jurisprudencial, tal figura aparece regulada en el artículo 115.2.a) LGSS, que da la consideración de accidente de trabajo, de forma expresa, a “los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo”³⁶⁵ (supuestos en los que pese a que el trabajador no se encuentra en el lugar o tiempo de trabajo, no se produce la ruptura de la relación de causalidad, lo que da lugar a contingencia profesional).

“Es una de las figuras de más imprecisos contornos dentro del Derecho de la Seguridad Social”³⁶⁶, pues se cuestiona si es una modalidad de accidente de trabajo o más bien estamos ante una modalidad autónoma³⁶⁷. Señala la doctrina que es una situación de naturaleza distinta que se asimila al accidente del trabajo y por ende debería gozar de todas las ventajas del mismo, incluida la presunción del artículo 115.3 LGSS³⁶⁸. Según su redacción, los accidentes sufridos en el trayecto al trabajo se consideran producidos, por imperio de la Ley, como consecuencia del trabajo. Redacción que consideramos, exigua y genérica, ya que únicamente hace referencia a los accidentes que sufra el trabajador al ir o al volver al lugar de trabajo, por lo que demandamos, al igual que otros autores, su modificación en aras de la seguridad jurídica³⁶⁹. Otros abogan por una formulación que otorgue de forma más clara el carácter laboral al accidente *in itinere*, extendiéndoles por tanto la posible relación de causalidad mediata o remota con el trabajo

³⁶⁴ En el artículo 84.5.a) Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, tal concepto fue ya acogido directamente por la Ley, que remitía a una norma reglamentaria para la determinación de sus condiciones y requisitos, norma que finalmente no llegó a ser aprobada.

³⁶⁵ Es lo que tradicionalmente se ha calificado como accidente *in itinere*, aunque algunas sentencias usen otras denominaciones como “accidente de trayecto”, “accidente en tránsito”, “accidente itinerario”, “accidente en ruta” o “accidente laboral en el camino”, expresiones con las que se ha intentado, no con mucho éxito por cierto, castellanizar la denominación latina clásica, mucho más expresiva y consolidada.

³⁶⁶ Como señalan CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 37.

³⁶⁷ CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 52.

³⁶⁸ BALLESTER PASTOR, M. A., *Significado actual del accidente de trabajo in itinere: paradojas y perspectivas*, cit., pág. 23.

³⁶⁹ En este sentido, entre otros, SEMPERE NAVARRO, A. V., “Una reflexión crítica sobre el accidente in itinere”, cit., pág. 8; SÁNCHEZ PÉREZ, J., “El accidente de trabajo in itinere y su análisis jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2013, BIB 2013/448, edición digital en westlaw.es, págs. 1-24.

y, por tanto, la aplicación de la presunción del artículo 115.3 LGSS³⁷⁰.

El primer atisbo jurisprudencial en materia de accidentes de trabajo *in itinere* es de 1908, si bien éste no planteó gran controversia al haberse producido el accidente en un medio de transporte propio de la empresa³⁷¹. Pero la postura generalmente adoptada en esos momentos era la contraria, por cuanto una vez había terminado el trabajo, todo lo sucedido después no podía tener vinculación con el mismo³⁷². La nueva doctrina aparecerá en 1924, cuando se señalan los cuatro elementos que se irán reforzando por el TS a lo largo de los años: la finalidad única y exclusiva de “ir o volver del trabajo”, partiendo desde “el domicilio”, siguiendo la “misma ruta” y empleando los mismos medios “(medio adecuado)”; y, desde entonces, cada uno de esos extremos se irá desarrollando alrededor a cada caso concreto³⁷³. Sin embargo, este accidente de trabajo indirecto, no recibirá la nomenclatura oficial de “*in itinere*” hasta 1954, otorgándose así la autoría de esta expresión al TS³⁷⁴. Y encuentra su reflejo normativo en 1966³⁷⁵ hasta nuestros días³⁷⁶.

El accidente *in itinere* es una contingencia profesional que, al estar fuera de la esfera de obligatoriedad-riesgo producida por el empresario, no le generará a éste ningún perjuicio adicional (pues no puede haber culpabilidad ni negligencia en este tipo de accidentes, de ahí que tampoco se dé la presunción del 115.3 LGSS, por lo que el trabajador recibirá la prestación o pensión que le corresponda en función del resultado

³⁷⁰ Sobre el tema, véase BALLESTER PASTOR, M. A., *Significado actual del accidente de trabajo in itinere: paradojas y perspectivas*, cit., pág. 33.

³⁷¹ En este sentido, STS de 11 de julio de 1908, donde se consideró como accidente de trabajo aquél sufrido por un trabajador (con resultado de muerte) que, durante la travesía en barco que le llevaba desde su domicilio hasta el lugar de trabajo (que era otro barco), en el que tenía que prestar sus servicios laborales, fallece cuando el barco del traslado fue abordado por otro barco.

³⁷² Indica la STS de 17 de julio de 1917, que “sufrido el accidente después de haber cesado el obrero en su trabajo, es extraño al mismo y no comprendido en la Ley”.

³⁷³ STS de 3 de octubre de 1924.

³⁷⁴ Aparece por primera vez, al menos en sede judicial suprema, en la STS de 1 de julio de 1954.

³⁷⁵ Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la LBSS, cuyo artículo 84.5.a) señalaba que el accidente de trabajo *in itinere* es el sufrido “por el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo, siempre que concurren las condiciones que reglamentariamente se determinen”, si bien este último inciso ha desaparecido.

³⁷⁶ Sobre la evolución de esta figura, véanse SÁNCHEZ PÉREZ, J., “La reformulación del accidente de trabajo in itinere a tenor de la doctrina incluida en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2014, BIB 2014/1261, edición digital en westlaw.es, págs. 1-12; GRIS GONZÁLEZ, J. C., “El accidente *in itinere* y el Tribunal Supremo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, 2004, BIB 2014/1658, edición digital en westlaw.es, págs. 1-12.

del accidente *in itinere* (contingencia ya cubierta de forma obligatoria por la empresa), y el empresario no se verá afectado por recargo de prestaciones, ni por visitas y sanciones de la Inspección de Trabajo, ni por una responsabilidad civil derivada, y tampoco se verá perjudicado, en su caso, respecto del beneficio de reducción en las cotizaciones por baja siniestralidad, en tanto que el accidente *in itinere* queda excluido del cómputo³⁷⁷.

Así pues, se trata de una creación jurisprudencial iniciada en los años cincuenta y sesenta, que sigue vigente en la actualidad, por la gran variedad de situaciones que en la práctica pueden presentarse, pues cada caso presenta unas circunstancias muy singulares, de ahí que siga siendo imprescindible la intervención de la jurisprudencia, que actúa como verdadero complemento de la norma. Elaboración jurisprudencial que con el transcurso de los años ha ido decantándose en un claro sentido *pro operario*³⁷⁸, desde el presupuesto tempranamente asumido por el propio TS de que la jurisprudencia elaborada en torno al accidente *in itinere* “no es una teoría rígida e inmutable, sino flexible y evolutiva, pues ha de moldearse sobre realidades en constante mutación”³⁷⁹.

Consideramos que el mantenimiento de un régimen privilegiado para el accidente de trabajo ha sido factor de empuje en la evolución de la ampliación de la noción del mismo. Desde luego, lo ideal sería que el sistema no exigiera actos de encuadramiento, ni periodos de carencia en ningún caso, y que todos obtuviéramos una protección moderada, y no sólo mínima, frente a toda situación de necesidad, y así se evitaría todo este entramado normativo y jurisprudencial en aras a matizar la noción de accidente de trabajo, difícil de glosar en nuestra investigación. En este sentido, ALONSO OLEA propone como “último trazo de la Seguridad Social, una mutación en la concepción misma de los riesgos cubiertos”³⁸⁰.

Los cambios en los hábitos y costumbres sociales, la evolución tecnológica con la aparición de nuevos y más sofisticados medios de locomoción, la aparición de nuevas

³⁷⁷ Véase, RIZZO LORENZO, G., “La elasticidad jurisprudencial de catorce palabras. Algunas consideraciones sobre el accidente *in itinere*”, *cit.*, pág. 3.

³⁷⁸ CRUZ VILLALÓN, J., “El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional”, *cit.*, pág. 277.

³⁷⁹ STS de 28 de diciembre de 1962 (RJ 1962, 282); así mismo, SSTS de 25 de noviembre de 1965 (RJ 1965, 5309) y de 20 de noviembre de 1975 (RJ 1975, 4392). En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 37.

³⁸⁰ ALONSO OLEA, M., “La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, *cit.*, pág. 168.

profesiones en las que la noción de lugar de trabajo como sede física estable donde se prestan los servicios se relativiza en grado sumo (teletrabajo, empresas con centros móviles o itinerantes), etc., son factores que obligan a revisar constantemente el concepto de accidente *in itinere*³⁸¹. Y hay que tener presente que no se presume, a diferencia del accidente que ocurre en el lugar del trabajo, sino que ha de acreditarse debidamente por el trabajador³⁸².

3.2.1. Requisitos específicos

Junto a los requisitos genéricos de cualquier accidente de trabajo (lesión corporal³⁸³, existencia de contrato de trabajo³⁸⁴ y relación de causalidad entre el trabajo y la lesión³⁸⁵), se distinguen otros elementos o requisitos específicos de exigencia jurisprudencial, que deben incorporarse a la noción legal para dotar a su calificación de una mayor dosis de seguridad jurídica³⁸⁶, y que con mayor frecuencia exigen nuestros Tribunales para determinar la existencia de un accidente de este tipo. Siguiendo diversas sentencias³⁸⁷, los requisitos para considerar un accidente como *in itinere* son los que

³⁸¹ Así por ejemplo, la STS de 14 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6323), reconoce la existencia del accidente de trabajo *in itinere*, en el supuesto de IT de la trabajadora víctima de un robo con violencia cuando regresaba del trabajo a su domicilio, donde no existía ninguna relación previa entre la víctima y el autor del robo.

³⁸² En la STS de 24 de junio de 2010 (RJ 2010, 6303) se señala que la presunción del legislador en el accidente *in itinere* se establece para la relación de causalidad con el trabajo, pero no en relación a la lesión o trauma que no es discutido. Por el contrario en relación con el número 3 del artículo 115, que se estima como infringido, la presunción establecida por el legislador se mueve en otro nivel, pues hace referencia a que la lesión exteriorizada en el tiempo y lugar de trabajo, y también con distinta intensidad, pues la presunción lo es “*iuris tantum*” es decir, admite prueba en contrario, mientras que en el accidente “*in itinere*” se produce automáticamente esa calificación.

³⁸³ Las SSTS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013, 6099), de 18 de enero de 2011 (RJ 2011, 252), y de 24 de junio de 2010 (RJ 2010, 6303), señalan que la asimilación a accidente de trabajo del accidente de trayecto (*in itinere*) se limita a los accidentes en sentido estricto (lesiones súbitas y violentas producidas por agente externo) y no a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación.

³⁸⁴ En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F., *El accidente de trabajo in itinere*, cit., pág. 21, señala que en el accidente *in itinere* el elemento subjetivo viene determinado por la condición de trabajador.

³⁸⁵ *Ibidem*, pág. 22, donde se indica que en el accidente *in itinere* la causalidad trabajo-lesión no es inmediata, como pueda ocurrir en el accidente de trabajo típico, sino mediata o remota. En la STSJ Galicia de 19 de febrero de 2013 (AS 2013, 910) se niega la existencia de accidente *in itinere*, por no existir la relación de causalidad, pues el robo del bolso de la víctima en el estanco cuando volvía a casa no tiene relación alguna con el trabajo, no existiendo parte de accidente laboral.

³⁸⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, cit., pág. 103.

³⁸⁷ SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas de 22 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 251853) y de 29 mayo de 2008 (AS 2008, 1916); SSTS de 26 febrero de 2008 (RJ 2008, 3033) y de 29 marzo de 2007 (RJ 2007,

analizamos seguidamente³⁸⁸.

a) Requisito teleológico

El desplazamiento del trabajador ha de tener como finalidad única y exclusiva la prestación laboral³⁸⁹, esto es, el viaje se debe efectuar por y para el trabajo³⁹⁰, sin interrupciones o alteraciones por motivos personales³⁹¹, por lo que el punto de partida y el de destino deben de ser el domicilio y el lugar de trabajo.

Ante la simplicidad del concepto de esta modalidad de accidente de trabajo, el TS señala que las enfermedades o dolencias (como el infarto de miocardio) acaecidas “*in itinere*” no deben de considerarse como accidente de trabajo, salvo que se acredite la concurrencia del preceptivo nexo causal, pues la presunción de laboralidad no les alcanza³⁹².

No obstante, también se acepta como accidente *in itinere* el acaecido al acudir a un centro médico para recibir la asistencia sanitaria prescrita³⁹³; o el sufrido bajando las escaleras del propio domicilio, para acudir al trabajo³⁹⁴; o en los desplazamientos

3530); STSJ Extremadura de 20 abril de 2006 (AS 2006, 1366); y STS de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6851).

³⁸⁸ Sobre ello, véase el interesante análisis de CAVAS MARTÍNEZ, F., *El accidente de trabajo in itinere*, cit.

³⁸⁹ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, cit., pág. 275.

³⁹⁰ La STS de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6851) incide en la necesidad de que concurra el elemento teleológico, es decir, que el accidente se produzca con ocasión o por consecuencia del trabajo.

³⁹¹ La STSJ Galicia de 3 de febrero de 2012 (AS 2012, 257) señala que una parada breve no rompe el nexo causal, pues argumenta que “el accidente se produce tras un desvío en el trayecto a casa en el que el trabajador permaneció hablando con unos amigos; y si bien no se considera por la casuística judicial que las desviaciones o paradas en el trayecto rompan el nexo causal si son breves para cumplir necesidades personales normales, se entiende que, cuando la parada o desviación se prolonga, el nexo causal se rompe y no hay accidente de trabajo; y así no se ha considerado ruptura del nexo causal la interrupción de 30 minutos o una hora para tomar algo con unos amigos, o para airearse tras la jornada laboral; y en el presente caso el accidente se produce a los 30 minutos de haber salido del centro de formación, por lo que tanto la parada para hablar con unos amigos como la desviación, fue breve e irrelevante para romper el nexo causal y rechazar que el accidente se produjo en el trayecto entre el trabajo y el domicilio”.

³⁹² SSTs, relativas al infarto de miocardio, de 18 de junio de 2013 (RJ 2013, 6099), de 24 de junio de 2010 (RJ 2010, 6303), de 16 de julio de 2004 (RJ 2004, 8234), de 30 de junio de 2004 (RJ 2004, 6941), de 30 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5891), de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 314), de 16 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9825), y de 4 de julio de 1995 (RJ 1995, 5906).

³⁹³ A este respecto, SSTs de 27 de noviembre de 1973 (RJ 1973, 4820), de 19 de octubre de 1972 (RJ 1972, 5409), de 1 de abril de 1969 (RJ 1969, 1902), y de 31 diciembre de 1952 (RJ 1952, 2611).

³⁹⁴ STS de 26 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3033).

motivados por actos sociales con alguna conexión con el trabajo, como el ocurrido al ir o regresar de almuerzos o cenas de trabajo³⁹⁵; y el ocurrido en la parcela del trabajador, después de salir de la vivienda que habita para dirigirse al centro de trabajo³⁹⁶. Así mismo, se considera accidente de trabajo el accidente de tráfico sufrido por el trabajador al regresar desde su domicilio de fin de semana a la residencia habitual durante los días laborales, antes de reincorporarse a su trabajo al día siguiente, pues se cumplen en el caso los requisitos teleológico (la finalidad del viaje está determinada por el trabajo) cronológico (el desplazamiento se produce el domingo por la tarde para empezar a trabajar a primera hora de la mañana del lunes) y el itinerario se considera adecuado³⁹⁷.

A pesar de que, según señala la jurisprudencia en numerosas ocasiones, la concurrencia de estos requisitos específicos ha de evaluarse con criterio amplio y flexible, no hay accidente *in itinere*, cuando el desplazamiento tiene como finalidad gestionar asuntos privados o personales (accidente acaecido en desplazamiento para realizar una gestión personal durante la jornada laboral y con autorización del empresario)³⁹⁸; si se produce a otra localidad de la persona con la que mantiene una relación sentimental, conservando domicilio propio³⁹⁹; cuando no consta que en el camino desde el domicilio al trabajo se hubiera producido acontecimiento que fuera el desencadenante de la crisis que determinó el fallecimiento del causante⁴⁰⁰; cuando no es posible relacionar los síntomas del infarto de miocardio con el trabajo, que sufre el trabajador cuando se dirige desde su domicilio al lugar de trabajo⁴⁰¹; tampoco lo hay debido a que el accidente de trabajo requiere que el desplazamiento tenga relación con el trabajo, conexión que no

³⁹⁵ STS de 21 de mayo de 1984 (RJ 1984, 3054).

³⁹⁶ STS de 14 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2736).

³⁹⁷ STS de 26 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 371). Señala RIZZO LORENZO, G., “La elasticidad jurisprudencial de catorce palabras. Algunas consideraciones sobre el accidente *in itinere*”, *cit.*, pág. 8, que “esta sonada sentencia de 2013, comentada tanto por detractores como aduladores de su fallo, no viene sino a continuar la labor jurisprudencial de delimitación del accidente de trabajo *in itinere*, en tanto no haya texto legal que lo haga en su lugar”.

³⁹⁸ SSTs de 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2108), de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3530) y de 2 de noviembre de 1970 (RJ 1970, 4353). En el mismo sentido, STSJ Cataluña de 28 de enero de 2011 (AS 2011, 1021), y STSJ Madrid de 18 de febrero de 2010 (JUR 2010, 167858).

³⁹⁹ Entre otras, SSTs de 26 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3033), de 19 de enero de 2005 (RJ 2005, 2534) y de 28 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2826); y STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 22 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 251853).

⁴⁰⁰ STS de 20 de junio de 2004 (RJ 2004, 6941).

⁴⁰¹ STS de 30 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5326).

existe cuando no consta a donde se dirigía el trabajador cuando ocurrió el siniestro ⁴⁰².

El TS matiza en su sentencia de 18 de enero de 2011 (RJ 2011, 252), que las enfermedades o dolencias (como el infarto del miocardio) acaecidas *in itinere* no deben calificarse como accidentes de trabajo, salvo que se acredite la concurrencia del preceptivo nexo causal, pues la presunción de laboralidad no les alcanza⁴⁰³; esta es la regla general, aunque hay excepciones y contra excepciones, como son los casos en que se demuestra que el infarto de miocardio es producido por el estrés en el trabajo.

El concepto de domicilio o residencia habitual se refiere pues, al punto normal de llegada y partida del trabajo, que puede ser el lugar de residencia habitual, o el lugar de estancia o de comida, aunque sean distintos de la residencia principal del trabajador. No es accidente laboral el sufrido por el trabajador durante el desplazamiento para realizar una consulta médica, aunque medie autorización de la empresa y se produzca en tiempo de trabajo⁴⁰⁴; tampoco lo es el sufrido por el trabajador cuando se dirigía a su puesto de trabajo después de visitar a sus padres, accidente que ocurre a gran distancia del centro de trabajo y en un trayecto que no es el habitual para incorporarse al mismo⁴⁰⁵; ni el acaecido yendo al trabajo desde la casa (domicilio de la novia) donde se había pernoctado excepcionalmente⁴⁰⁶.

⁴⁰² Así la STS de 25 de mayo de 2015 (JUR 2015, 189450).

⁴⁰³ El TS no considera accidente laboral la muerte por agresión de un tercero en el momento de iniciarse el camino hacia el centro de trabajo y por razones personales que no guardan ninguna relación con el trabajo (STS de 20 de junio de 2002 [RJ 2002, 7490]); ni el sobrevenido cuando el trabajador, terminada la jornada, se dirige a casa de la mujer con la que convive, domiciliada en localidad diversa a la de su residencia y sede de la empresa (STS de 28 de febrero de 2001 [RJ 2001, 2826]); ni el sobrevenido cuando el trabajador, terminada la jornada del viernes y como solía hacer todas las semanas, se dirige a casa de su abuela, domiciliada en localidad diversa a la de su residencia y sede de la empresa (STS de 17 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 9484]).

⁴⁰⁴ STS de 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2108). En este sentido, recordar que la jurisprudencia exige que la finalidad principal y directa del desplazamiento en el que se produce el accidente esté determinada por el trabajo (elemento teleológico), esto es, el desplazamiento debe venir impuesto por la obligación de realizar la prestación de servicios, de forma que la relación de causalidad se rompe si durante el trayecto el trabajador se desvía para realizar cualquier tipo de gestión privada o se ausenta del trabajo para cumplir con cometidos de esta naturaleza. Por todas, las SSTS de 15 de abril de 2013 (RJ 2013, 3839), la cual no considera accidente de trabajo el que se produce al ir desde el lugar de trabajo al centro de salud; de 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2108), que rechaza esta calificación para el accidente sufrido en el trayecto desde la consulta médica a la empresa; y la de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3530), que rechaza esta calificación para el accidente que tiene lugar desde el centro de trabajo a la Agencia Tributaria al tener por objeto realizar una gestión personal.

⁴⁰⁵ STS de 19 de enero de 2005 (RJ 2005, 2534).

⁴⁰⁶ STS de 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7331).

A efectos de la calificación del accidente de trabajo *in itinere*, las escaleras del portal del inmueble en el que radica el domicilio del trabajador constituyen parte del trayecto que recorre hasta el lugar de trabajo, por lo que se aprecia accidente de trabajo en el ocurrido en las escaleras del edificio donde se ubica el domicilio de la trabajadora, con salida motivada, exclusivamente, para acudir al trabajo⁴⁰⁷.

b) Requisito mecánico

Para que un accidente *in itinere* tenga la consideración de accidente de trabajo se requiere que el mismo ocurra utilizando un medio de transporte, que deberá ser el normal, habitual o razonable en el ámbito geográfico y profesional correspondiente⁴⁰⁸ (es decir, un medio de transporte normal, racional y adecuado para salvar la distancia entre el centro de trabajo y el domicilio del trabajador o viceversa y no entrañe riesgo grave e inminente). El medio de transporte ha de ser racional o adecuado y el normal o habitual cuyo uso no entrañe riesgo grave e inminente, aunque no se exige su empleo sistemático⁴⁰⁹.

Según ALONSO OLEA, “el medio de transporte no debe haber sido expresa y razonablemente prohibido por el empresario, subrayo la razonabilidad”, señalando a continuación que “una prohibición expresa, y aún reiterada, no puede tener ningún efecto si no es razonable, pues lo contrario proporcionaría un simple sistema de exoneración”⁴¹⁰.

A veces se plantean problemas de colisión acerca de quién puede decidir el medio de transporte, si la empresa o el trabajador, considerando los Tribunales que no reúnen tales características aquellos medios de desplazamiento que hayan sido razonadamente y fundadamente prohibidos por el empresario⁴¹¹. En principio, según la jurisprudencia, parece deducirse la obligación del trabajador de utilizar el medio dispuesto u ordenado

⁴⁰⁷ En este sentido, la STS de 26 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3033) indica que “cuando el trabajador desciende las escaleras del inmueble en el que se ubica su vivienda ya no está en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente para los demás, constitucionalmente protegido, sino que ya ha iniciado el trayecto que es necesario recorrer para ir al trabajo, transitando por un lugar de libre acceso para los vecinos y susceptible de ser visto y controlado por terceras personas ajenas a la familia. Como en este caso no hay duda alguna de que el accidentado realizaba el trayecto con la finalidad de ir al trabajo, no cabe sino concluir que se produjo el accidente *in itinere*”.

⁴⁰⁸ SSTS de 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7331) y de 22 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9019).

⁴⁰⁹ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, cit., pág. 276.

⁴¹⁰ ALONSO OLEA, M., “Accidente de tráfico y accidente de trabajo”, cit., pág. 62.

⁴¹¹ Véanse las SSTS de 24 de enero de 1980 (RJ 1980, 620), y de 22 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9019).

por la empresa (normalmente colectivo), salvo que no sea razonable o concurra alguna razón especial para utilizar vehículo propio o particular⁴¹². Por tanto, es necesario que se utilice un medio de transporte adecuado, no prohibido expresamente por la empresa (si existe la prohibición, ésta debe ser razonable y expresa, situación que se produce cuando la empresa dispone de un medio de transporte y el trabajador lo hace en su vehículo propio sin consentimiento de la empresa). Y respecto al comportamiento del trabajador en la utilización del medio de transporte, se considera que rompe el nexo causal la existencia de imprudencia temeraria⁴¹³ al atravesar un paso a nivel con las barreras bajadas, o al conducir en estado de embriaguez⁴¹⁴; si bien, no se rompe el nexo causal por la mera infracción de normas del código de circulación.

c) Requisito cronológico

El tercer elemento de interés, es el tiempo empleado en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el centro de trabajo, que habrá de ser el normal o acostumbrado. Dentro de la propia descripción del requisito se encuentra implícita una interpretación subjetiva, matizada eso sí, a través de los criterios que ofrece la jurisprudencia, de modo que no basta una simple demora para desvirtuar la significación profesional del accidente, sino que se han de introducir modificaciones de tiempo o espacio en el *iter* a su domicilio que den lugar a una agravación del riesgo⁴¹⁵.

En todo caso, será el tiempo prudencial, inmediato o razonablemente próximo a

⁴¹² STSJ Cataluña de 12 de junio de 2014 (AS 2014, 1862), donde se reconoce como accidente de trabajo *in itinere*, al accidente de tráfico ocurrido en el trayecto de vuelta al domicilio utilizando medio de transporte novedoso (monopatín) en lugar autorizado sin la concurrencia de vehículos a motor.

⁴¹³ Véanse las siguientes sentencias: STS de 22 de enero de 2008 (RJ 2008, 2076) sobre imprudencia temeraria en accidente de tráfico por circular en motocicleta en dirección prohibida; STS de 18 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 8446) sobre imprudencia temeraria por no respetar el semáforo; STSJ Galicia de 27 de enero de 2011 (JUR 2011, 135190) sobre imprudencia temeraria en accidente de tráfico por circular sobre el límite de velocidad permitido; STSJ País Vasco de 1 de septiembre de 2010 (AS 2011, 1218) sobre imprudencia temeraria de trabajador atropellado, tras bajarse del automóvil en el que viajaba como copiloto y proceder a cruzar la carretera en lugar no permitido, por un vehículo que circulaba correctamente por el carril de sentido contrario.

⁴¹⁴ Así la STSJ Andalucía (Sevilla) de 12 de noviembre de 2009 (AS 2010, 167) sobre imprudencia temeraria del trabajador, con conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y droga.

⁴¹⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 40.

las horas de inicio o finalización del trabajo⁴¹⁶. El regreso al domicilio no puede verse interrumpido ni por interrupciones temporales, ni por desviaciones geográficas, como analizamos a continuación. El accidente de trabajo debe acontecer en un periodo temporal determinado, siendo fundamental la hora del accidente⁴¹⁷, pues una demora injustificada y prolongada en el desplazamiento puede romper el nexo de causalidad⁴¹⁸.

Así pues, otro elemento necesario para la existencia de esta modalidad de accidente de trabajo es que suceda en un momento próximo al comienzo o final del trabajo, de forma que se mantenga la relación de causalidad. La finalidad principal y directa en el que se produce el accidente, aunque ocurrido durante una interrupción autorizada de la jornada laboral, tiene que tener relación con el trabajo y suceder en el trayecto habitual de ida y vuelta entre el domicilio y el lugar de trabajo. No obstante, el Alto Tribunal flexibiliza esta exigencia al considerar que no se rompe la relación de causalidad como consecuencia de interrupciones o paradas breves que puedan considerarse habituales en los desplazamientos del trabajador.

El margen temporal dentro del cual debe producirse el evento dañoso para su calificación como accidente de trabajo *in itinere* dependerá razonablemente de la distancia a cubrir, del medio de transporte utilizado y de las restantes circunstancias o condiciones conexas que incidan en el desplazamiento, como puedan ser la densidad del tráfico, desvíos por obras u otro motivo, etc.⁴¹⁹

⁴¹⁶ En este sentido, BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social, cit.*, pág. 275.

⁴¹⁷ Es interesante tener en cuenta el momento de salida y llegada del trabajo, pues la duración del trayecto ha de ser lógica sin interrupciones. De nuevo, habrá de tomarse como tal el normal o usual, o el establecido reglamentariamente en su caso, o el que sea razonable. Iniciar el trayecto de regreso más tarde de lo normal o acostumbrado puede romper el nexo de causalidad, sobre todo si con ello se da lugar a una situación más peligrosa (caída de la noche, tormenta, etc.), lo mismo que no esperar a que se normalicen las circunstancias, climatológicas o de otro tipo (temporal, etc.). Pero no se rompe el nexo si el trabajador ha salido más tarde por razones justificadas, como, por ejemplo, el aseo personal (STS de 9 de abril de 1969 [RJ 1969, 1913]).

⁴¹⁸ La citada STS de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3530), en este sentido señala que se reclama que el accidente se produzca dentro del tiempo prudencial que habitualmente se invierte en el trayecto y que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que rompan el nexo causal con la ida o vuelta del trabajo.

⁴¹⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social, cit.*, pág. 40.

d) Requisito topográfico

El trayecto o camino seguido por el trabajador de ida o vuelta al centro de trabajo, es otro elemento específico del accidente *in itinere*. Para la jurisprudencia, se requiere que el accidente se produzca en el trayecto habitual y normal desde el domicilio habitual del trabajador al lugar de trabajo o viceversa⁴²⁰, excluyéndose del concepto aquellos accidentes que, aun produciéndose de camino al trabajo, acaecen en un trayecto que no toma como punto de partida o llegada el domicilio habitual del trabajador⁴²¹.

A pesar de que el legislador no exija que la ida se realice desde un lugar ni la vuelta a otro determinado lugar, la jurisprudencia fija, como punto de origen y destino, como acabamos de ver, el domicilio del trabajador (empieza y termina en los límites de la vivienda del trabajador, y dentro de ella ya no hay accidente de trayecto)⁴²². Y no se entiende interrumpido el nexo causal si se modifica el camino por causas ajenas a la voluntad del trabajador o por una necesidad imperiosa.

Ambos términos (lugar de trabajo y domicilio del trabajador) han sido interpretados extensivamente por los Tribunales. Como lugar de trabajo ha de entenderse en principio el centro de trabajo, pero no en sentido estricto, sino amplio (domicilio de la empresa, el lugar de las instalaciones, los vestuarios⁴²³, el centro de la empresa principal cuando se trabaje en ella) incluyendo el lugar al que el trabajador se traslada para el desempeño de cualquier gestión inherente a su actividad laboral.

Por su claridad en esta cuestión concreta del requisito topográfico nos permitimos reproducir un extracto de la STS de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6851) cuando recuerda que:

“La noción de accidente *“in itinere”* se construye a partir de dos términos (el lugar

⁴²⁰ SSTS de 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2108), y de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3530).

⁴²¹ La STS de 26 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 371) sí considera accidente *in itinere* el ocurrido en el trayecto entre el domicilio de fin de semana del trabajador y el domicilio de residencia habitual durante los días laborales, sin que sea obstáculo que el desplazamiento se produjese el domingo, esto es, antes de desplazarse a su trabajo al día siguiente “en condiciones más convenientes para la seguridad y para el propio rendimiento laboral”.

⁴²² Por lo que es trayecto, a estos efectos, el paso por el inmueble en el que, en su caso, se ubica la vivienda (puede ser accidente de trayecto la caída por las escaleras del inmueble), o el camino seguido para aparcar cuando sea necesario. Como regla general, el camino ha de ser “rectilíneo”, sin desviaciones, salvo las necesarias o justificadas, nunca por recreo o entretenimiento.

⁴²³ STS de 22 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 60).

de trabajo y el domicilio del trabajador) y de la conexión entre ellos a través del trayecto. El término que aquí interesa es el segundo -el domicilio del trabajador- que ha sido configurado de forma amplia por la doctrina de esta Sala. Esta doctrina, que recoge en una exhaustiva síntesis la Sentencia de 5 noviembre 1976, señala que no se trata sólo del domicilio legal, sino del real y hasta del habitual y, en general, del punto normal de llegada y partida del trabajo”. Se precisa además que “lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar del trabajo o volver del lugar del trabajo, por lo que el punto de llegada o de vuelta puede ser o no el domicilio del trabajador en tanto no se rompa el nexo necesario con el trabajo”.

De esta forma, teniendo en cuenta la evolución que se produce en las formas de transporte y en las costumbres sociales, la noción de domicilio se amplía para incluir lugares de residencia o, incluso, de estancia o comida distintos de la residencia principal del trabajador y en ese sentido la Sentencia de 16 de octubre 1984 considera como accidente “*in itinere*” el producido en el trayecto hacia el centro de trabajo desde el domicilio de verano. Pero esta ampliación opera a partir de criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo.

Dentro de esta amplitud y flexibilidad con la que se configura el concepto de domicilio del trabajador, son abundantes los pronunciamientos judiciales apreciando accidente laboral *in itinere* aunque el punto de origen o destino sea un lugar distinto del domicilio habitual del empleado: el domicilio de la hija del interfecto al que éste se dirigía todos los sábados para comer después del trabajo⁴²⁴; domicilio de la madre política del trabajador “que además de su avanzada edad estaba enferma”, por lo que en frecuentes ocasiones el obrero y su esposa acudían a él para atenderla y cuidarla pernoctando en dicho domicilio⁴²⁵; domicilio de una hermana desde el que partió hacia el trabajo⁴²⁶; domicilio de los suegros en cuya compañía vivía desde hace varios meses⁴²⁷; casa de la novia, a la que iba para comer⁴²⁸; casa de los padres con los que el trabajador había convivido habitualmente hasta fecha reciente a la del día del accidente⁴²⁹; una residencia

⁴²⁴ STS de 24 de octubre de 1963 (RJ 1963, 4272).

⁴²⁵ STS de 6 de febrero de 1964 (RJ 1964, 476).

⁴²⁶ STCT de 10 de marzo de 1989 (RTCT 1989, 2335).

⁴²⁷ STS de 3 de octubre de 1966 (RJ 1966, 4106).

⁴²⁸ STS de 18 de febrero de 1969 (RJ 1969, 633).

⁴²⁹ STCT de 15 de enero de 1976 (RTCT 1976, 116).

temporal⁴³⁰; y una residencia de verano (STS de 16 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5284]; STCT de 16 de diciembre de 1981 [RTCT 1981, 7553]; STSJ Madrid de 19 de junio de 1989 [AS 1989, 622]; STSJ Baleares de 9 de diciembre de 1992 [AS 1992, 6131])⁴³¹.

Tiene la consideración de domicilio, el accidente ocurrido en la finca de la propiedad del trabajador, guiando la motocicleta, después de salir de la vivienda que habita para dirigirse al centro de trabajo⁴³², y ello en base a que se da la simultánea concurrencia de una serie de circunstancias⁴³³.

Conviene recordar que la presunción de laboralidad no opera en este tipo de accidentes de trabajo⁴³⁴.

3.2.2. Diferencias con el accidente de trabajo en misión

Diferente del accidente laboral *in itinere*, el accidente de trabajo “en misión” es el que acaece cuando por razón del trabajo -de la actividad encomendada por la empresa- tiene el empleado que trasladarse a un lugar determinado. El ámbito del accidente laboral

⁴³⁰ SSTs de 21 de septiembre de 1970 (RJ 1970, 3640) y de 29 de enero de 1971 (RJ 1971, 383).

⁴³¹ Véase, en CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., págs. 41-42.

⁴³² Según la STS de 14 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2736), “el trabajador, una vez terminó de comer en su casa, coge la motocicleta para dirigirse de nuevo al trabajo y antes de salir de la finca de su casa para incorporarse a la carretera general, resbaló y se cayó dentro de su propiedad, sufriendo fractura de meseta tibial derecha. La Sala razona que el problema en este caso estriba únicamente en si el trabajador se encuentra o no en el trayecto protegido, y en esta ocasión así es, puesto que el encontrarse en la finca de su propiedad guiando la motocicleta para tomar la vía pública supone sin lugar a dudas que el accidentado realizaba el trayecto que efectúa ordinariamente con la finalidad de ir al trabajo”.

⁴³³ Estos requisitos son “a) Que la finalidad principal y directa del viaje esté determinada por el trabajo (elemento teleológico); b) Que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa (elemento geográfico); c) Que el accidente se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto (elemento cronológico), o, lo que es igual, que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a motivos de interés particular de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo; y d) Que el trayecto se realice con medio normal de transporte”.

⁴³⁴ Como advierte la STS de 18 de enero de 2011 (RJ 2011, 252), “nuestra doctrina se puede resumir, como se señala en sentencias de 20 de marzo de 1997, de 16 de noviembre de 1998, de 21 de diciembre de 1998, de 30 de mayo de 2000, de 16 de julio de 2004 y de 6 de marzo de 2007, de la siguiente manera: 1) La presunción de laboralidad del accidente o dolencia de trabajo (...), solo alcanza a los acaecidos en el tiempo y lugar de trabajo, y no a los ocurridos en el trayecto de ida al trabajo o vuelta del mismo; y 2) La asimilación a accidente de trabajo del accidente de trayecto (*in itinere*) se limita a los accidentes en sentido estricto (lesiones súbitas y violentas producidas por agente externo) y no a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación”.

in itinere debe limitarse exclusivamente a aquellos que se producen en el trayecto domicilio-centro de trabajo y viceversa⁴³⁵, sin que deban jamás confundirse con los que pudieran surgir en los desplazamientos efectuados fuera de la sede de la empresa y centro de trabajo a causa de una misión profesional, que serían propiamente laborales (conexión inmediata con la prestación de servicios)⁴³⁶.

Los “accidentes en misión”, no son propiamente accidentes de trabajo *in itinere*, sino accidentes de trabajo ordinarios, situados dentro de la definición genérica del artículo 115.1 LGSS, típicos accidentes laborales que ocurren en el trayecto que el trabajador tiene que recorrer “por consecuencia” de su trabajo, bien habitualmente en el desempeño de sus funciones, bien en cumplimiento de órdenes o indicaciones ocasionales del empresario, cualquiera que sea el medio de transporte⁴³⁷.

El envío en misión es cumplimiento normal de la prestación laboral y supone un ampliación extraordinaria del tiempo y lugar de trabajo, pues se trata de un desplazamiento del trabajador fuera del lugar de trabajo, si bien cabe distinguir el accidente en misión, al que nos estamos refiriendo, del accidente *in itinere*, que podrá, además, darse “en misión”⁴³⁸. En nuestra opinión, también hay que distinguir entre

⁴³⁵ Sobre la restricción que opera la jurisprudencia respecto de la regulación legal del concepto de accidente *in itinere*, véase SEMPERE NAVARRO, A. V., “Una reflexión crítica sobre el accidente *in itinere*”, *cit.*

⁴³⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Accidente de trabajo y relación de causalidad”, *cit.*, pág. 331. Véase la STS de 24 de febrero de 2014, (RJ 2014, 2771), en referencia a cocinero de buque que fallece al caer al mar, cuando intentaba acceder a su barco, que estaba atracado, desde otro barco que se encontraba abarloado, en la que se concreta la delimitación legal de los “accidentes *in itinere*” y “accidentes en misión”: “La noción de accidente en misión es una modalidad específica de accidente de trabajo, e integra dos elementos conectados ambos con la prestación laboral: 1º) El desplazamiento para cumplir la misión y 2º) La realización del trabajo en que consiste la misión. La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con la del accidente “*in itinere*”, pues el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión”, matizando que “en cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del artículo 115.1 LGSS. Pero no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral”, concluyendo, con carácter general, que “no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado”. En el mismo sentido, SSTS de 4 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1380), de 26 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 371), de 16 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7306), y de 19 de julio de 2010 (RJ 2010, 4886).

⁴³⁷ ALONSO OLEA, M., “Accidente de tráfico y accidente de trabajo”, *cit.*, pág. 69.

⁴³⁸ En este sentido, BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 277.

trabajo en misión⁴³⁹ y trabajo itinerante⁴⁴⁰, si bien caben supuestos en los que ambas categorías se identifican a efectos de protección, lo que no deja de ser razonable cuando el accidente se produce durante el tiempo de descanso del trabajador itinerante⁴⁴¹.

En el accidente en misión, que es también de creación jurisprudencial al aparecer por vez primera en la STS de 8 julio de 1929, se amplía la presunción de laboralidad a todo el tiempo en que el trabajador, en consideración a la prestación de sus servicios, aparece sometido a las decisiones de la empresa (el trabajador, aun fuera de las horas de trabajo, permanece bajo la dependencia de la empresa en alojamientos, medios de transporte⁴⁴², etc.). El accidente se produce en su jornada laboral pero en lugar distinto a su lugar de trabajo, y las lesiones que sufre el trabajador son calificadas como constitutivas de accidente de trabajo por la necesidad de su desplazamiento dentro de la jornada, para realizar la concreta prestación de los servicios establecidos por su empresario.

Por el contrario, estima la inexistencia de accidente en misión el fallecimiento de un transportista por la rotura de un aneurisma aórtico, ocurrido durante el tiempo de descanso en un piso facilitado por la empresa a tal fin⁴⁴³; ni el accidente de tráfico ocurrido

⁴³⁹ La STS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1867) señala que en el trabajo en misión, “estamos ante una misión específica en el marco de un trabajo que se desarrolla normalmente en un lugar determinado y se encarga al trabajador la realización de un servicio en otro lugar distinto”.

⁴⁴⁰ La STS de 16 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7306) puntualiza que en el trabajo itinerante, el desplazamiento es inseparable del trabajo. “Por decirlo de forma sintética, el accidente en misión tiene lugar cuando el trabajador se desplaza para trabajar en un lugar distinto al habitual, mientras que en los trabajos itinerantes, el accidente se produce mientras se trabaja ya que este desempeño laboral implica en sí mismo la movilidad. Por otro lado, y en lo que respecta al accidente *in itinere*, el desplazamiento que conlleva el accidente en misión es un desplazamiento ocasional con la finalidad de realizar un trabajo no habitual en un lugar distinto del establecido en el contrato; lo que es distinto del desplazamiento que se realiza ordinaria y habitualmente entre el domicilio habitual y lugar de trabajo”.

⁴⁴¹ La STS de 24 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 595) señalaba que “es accidente de trabajo el infarto de miocardio sufrido en el hotel por trabajador en misión”, criterio ya superado por SSTS de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1626), de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5666), y de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1867), en las que se establece como nuevo criterio que “no hay accidente de trabajo cuando el trabajador fallece por lesión cardiovascular que sobreviene mientras descansa en un hotel al regreso de su actividad”.

⁴⁴² STS de 4 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4091). Si bien la STS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1867), modifica el criterio al considerar que no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral, por lo que la presunción no incluiría los periodos de tiempo ajenos a la prestación de servicios (descanso o actividades de carácter personal o privado). Precisó los conceptos de accidente en misión y accidente *in itinere*, declarando que en el tiempo de disponibilidad no se permanece en el lugar de trabajo, pero se está disponible para responder a posibles instrucciones que ordenen emprender o reanudar la conducción. El tiempo de disponibilidad se define precisamente por oposición a los periodos de pausa o descanso.

⁴⁴³ STSJ Cataluña de 18 abril de 2011 (JUR 2011, 249614).

cuando el trabajador regresaba a su localidad, tras finalizar el día anterior la jornada laboral fuera de su centro de trabajo habitual⁴⁴⁴; tampoco puede calificarse como tal, sin concurrir ninguna circunstancia especial, el infarto de miocardio sufrido por el trabajador, interventor en ruta de RENFE, en la habitación del hotel donde se encontraba descansando tras haber finalizado su jornada laboral, para reanudar el trabajo al día siguiente y hacer la ruta inversa⁴⁴⁵.

3.3. Otros supuestos considerados como accidente de trabajo

Junto al accidente *in itinere* y el accidente en misión (ampliaciones por razón de tiempo y lugar) existen otros supuestos que sin ser propiamente accidentes de trabajo se consideran como tales, pues la LGSS lleva a cabo una serie de ampliaciones legislativas de este concepto: aquellas llevadas a cabo por razón de la actividad (por ejercicio de actividades representativas, por realización de trabajos de distinta categoría profesional o movilidad funcional, y por actos de salvamento), los supuestos de enfermedades de trabajo no tipificadas como enfermedades profesionales, y las ampliaciones subjetivas (por actos de terceros, o del propio accidentado)⁴⁴⁶.

3.3.1. Los accidentes que sufra el trabajador por el ejercicio de actividades representativas

Junto a la extensión espacial del concepto de accidente de trabajo, visto anteriormente, el legislador extiende dicho concepto desde el punto de vista material, a los accidentes que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical así como los ocurridos al ir o volver del lugar en

⁴⁴⁴ STSJ Castilla-La Mancha de 16 diciembre de 2010 (AS 2011, 766).

⁴⁴⁵ STS de 20 de abril de 2015 (RJ 2015, 2374); en el mismo sentido, SSTS de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1626) sobre trabajador que sufre un ictus isquémico de la arteria cerebral media derecha en la habitación del hotel donde se encontraba descansando, en Tel Aviv, realizando un trabajo encomendado por la empresa; no es accidente en misión porque no ocurre en tiempo ni lugar de trabajo, ni concurren especiales circunstancias que permitan considerarlo como accidente de trabajo; y de 16 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7306).

⁴⁴⁶ BALLESTER PASTOR, M. A., *Significado actual del accidente de trabajo in itinere: paradojas y perspectivas*, cit., pág. 23, señala que son supuestos de naturaleza distinta al accidente de trabajo, pero que se asimilan al mismo al establecer el precepto que “tendrán la consideración de accidente de trabajo”.

que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos, conforme a lo establecido en el artículo 115.2.b) LGSS. Entendemos que no es la relación de trabajo lo que configura el accidente, sino el cargo sindical que se ostenta libremente y la actividad que ello implica.

Si bien el citado artículo hace referencia a “cargos electivos de carácter sindical”, debe darse una interpretación de la noción de representantes conforme a las categorías institucionales actualmente vigentes; esto es, serán accidente de trabajo los que sufran todos los representantes de los trabajadores, tanto los representantes unitarios (o electivos, representantes legales en sentido estricto) como representantes sindicales de los trabajadores (entre ellos, los que asumen funciones representativas en materia de prevención de riesgos laborales) en el ejercicio de sus funciones, así como los ocurridos al ir o volver del lugar en el que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos⁴⁴⁷. A tal efecto se considera accidente de trabajo, el infarto sufrido por un trabajador que se encuentra en situación de liberado sindical durante una comida sindical, ya que tal actividad se prolongó más allá de la jornada de trabajo, con independencia del lugar en que se llevara a cabo, dada la singularidad de la actividad desempeñada por el trabajador⁴⁴⁸.

Estos cargos electivos incluyen también a los delegados sindicales y a las demás representaciones que resulten derivadas de las anteriores: miembros de comités inter-centros, del comité de empresa, delegados de personal, delegados de prevención, miembros de los comités de seguridad e higiene en el trabajo en representación de los trabajadores⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Como señala CRUZ VILLALÓN, J., “El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional”, *cit.*, págs. 289-291. En el mismo sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 44, señalan que “estos cargos electivos abarcan a los sindicales, los delegados de personal, los miembros del comité de empresa, los de las comisiones negociadoras de convenios colectivos y actividades sindicales de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical”.

⁴⁴⁸ STSJ Murcia de 27 de enero de 2003 (JUR 2003, 55331).

⁴⁴⁹ STSJ Comunidad Valenciana de 19 de enero 2010 (AS 2010, 1066) sobre accidente de trabajo ocurrido con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, considera accidente de trabajo el infarto de miocardio sufrido en reunión del comité de empresa en situación de estrés; STSJ País Vasco de 4 de marzo de 2003 (AS 2003, 2014) sobre accidente sufrido con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargo sindical por aneurisma; STSJ Asturias de 14 de febrero de 2003 (AS 2003, 2148) sobre infarto de miocardio de representante de los trabajadores tras la asistencia, fuera de la jornada laboral, a un encuentro de confraternización sindical: asistencia voluntaria y no por su condición de representante de los trabajadores.

Así, se consideran accidentes de trabajo, los sufridos con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical: como el accidente de tráfico sufrido por delegado de personal cuando regresaba de una asamblea en el ejercicio de sus funciones representativas⁴⁵⁰, el infarto de miocardio acaecido dentro de la jornada y en el lugar de trabajo, durante asamblea informativa por un miembro de comité de empresa, al entenderse que existe relación de causalidad, con independencia de la existencia de molestias anteriores a la incorporación al trabajo⁴⁵¹, o el infarto de miocardio sufrido en una reunión sindical⁴⁵², y afecta tanto a representantes sindicales como unitarios, y delegados de prevención, siempre que se haga un uso razonable del crédito horario⁴⁵³.

3.3.2. Los ocurridos por la realización de trabajos de distinta categoría profesional en interés del buen funcionamiento de la empresa

El artículo 115.2.c) LGSS establece que tendrán la consideración de accidente de trabajo, “los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas, que aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa”. Se trata, por tanto, de actuaciones que no derivan directamente del trabajo pero son producto del cumplimiento de obligaciones laborales del trabajador.

La inclusión expresa de este supuesto de los accidentes que el trabajador sufra tras asumir o realizar tareas que no son las ordinarias, resulta innecesaria desde el momento en que la definición del artículo 115.1 LGSS de accidente de trabajo incluye este supuesto. La jurisprudencia ha considerado como accidente de trabajo, el ocurrido por trabajador, patrón de costa, que esperando la reparación de la embarcación se dirige al operario que la reparaba y al pedirle éste que le acercara una cuña de madera, va a

⁴⁵⁰ STSJ Cantabria de 18 de julio de 2006 (JUR 2006, 250408).

⁴⁵¹ STSJ País Vasco de 17 de enero de 2012 (AS 2012, 2524).

⁴⁵² STSJ Andalucía de 25 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 139745), y STSJ Murcia de 27 de enero de 2003 (JUR 2003, 55331).

⁴⁵³ CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia, cit.*, págs. 58-59. La autora señala, además, que es una modalidad particular de accidente de trabajo *in itinere*, y que mientras estén desempeñando en tiempo y lugar las concretas actividades representativas, estarán cubiertos por la presunción de accidente de trabajo del artículo 115.3 LGSS.

recogerla sufriendo un accidente que causó el fallecimiento⁴⁵⁴; el que se produce en parcelas o actividades colaterales de la empresa (economatos, servicios sociales, etc.) y en actividades complementarias o no estrictamente laborales, pero ligadas a la empresa (deporte, reuniones sociales, etc.)⁴⁵⁵.

No se considera accidente de trabajo la enfermedad sufrida fuera de la jornada laboral durante la asistencia a un cursillo relacionado con temas laborales⁴⁵⁶, o el ocurrido durante un viaje privado, durante tiempo vacacional, para perfeccionar conocimientos científicos o prácticos que afectan a la actividad que despliega el trabajador en la empresa⁴⁵⁷.

3.3.3. Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo

En este caso se incluyen, tanto los actos realizados en cumplimiento de una orden de la empresa (por ejemplo la extinción de siniestros y salvamento previstos en la normativa de prevención de riesgos laborales) como los llevados a cabo de modo espontáneo por el trabajador, siempre y cuando unos y otros estén relacionados con el trabajo. El problema se complica en el caso de que este acto de salvamento por acto espontáneo del trabajador ocurra en favor de bienes o de trabajadores al servicio de otro empresario o de persona ajena al centro de trabajo al que pertenece. Tanto en uno como en otro caso, se ha admitido que el origen de las lesiones ocurridas al trabajador era de carácter profesional, si es una ayuda razonable, como en el caso de ayuda por una avería en la carretera⁴⁵⁸. Se estima que concurren los factores de riesgo en el caso de policía que encontrándose en periodo de vacaciones interviene para impedir un hurto sufriendo infarto de miocardio⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ STSJ Andalucía de 4 de febrero de 1999 (AS 1999, 2712).

⁴⁵⁵ SSTs de 9 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2685), de 21 de mayo de 1984 (RJ 1984, 3054), y de 6 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5053); STSJ Comunidad Valenciana de 7 de noviembre de 2000 (AS 2001, 1374).

⁴⁵⁶ STSJ Cataluña de 2 de noviembre de 2000 (AS 2001, 207).

⁴⁵⁷ STS de 19 de junio de 1982 (RJ 1982, 4048).

⁴⁵⁸ En este sentido, STS de 11 de julio de 2000 (RJ 2000, 7409), STSJ Islas Canarias de 1 de junio de 2005 (AS 2005, 1799), y STSJ Madrid de 1 de diciembre de 2003 (JUR 2004, 94470).

⁴⁵⁹ STSJ Andalucía de 12 de julio de 2002 (AS 2002, 4016); en iguales términos se pronuncian las STCT de 12 de diciembre de 1983 (RTCT 1983, 10739), y de 8 de octubre de 1982 (RTCT 1982, 5272).

3.3.4. Las enfermedades de trabajo no tipificadas como enfermedades profesionales

Pese a su diferencia tanto en su patología como en sus efectos sobre la salud (deterioro lento y progresivo frente a daño súbito e inesperado), se asimilan al accidente de trabajo diversas enfermedades, como las enfermedades comunes contraídas con motivo de la realización del trabajo y que no se encuentran entre las enumeradas en el cuadro de enfermedades profesionales, la agravación por el trabajo de enfermedades o dolencias padecidos con anterioridad, y las enfermedades intercurrentes y complicaciones derivadas del proceso patológico⁴⁶⁰:

a) Enfermedades del trabajo en sentido estricto⁴⁶¹

Tienen la consideración de accidente de trabajo las enfermedades, tanto físicas como psíquicas, que no siendo profesionales, contraiga el trabajador en la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo como causa exclusiva la ejecución del trabajo⁴⁶². El nexo causal entre el trabajo y la enfermedad debe ser probado de forma exclusiva por el trabajador⁴⁶³. Es criterio jurisprudencial reiterado⁴⁶⁴ el de entender que aquellas enfermedades que no estén previstas en el listado de enfermedades

⁴⁶⁰ En este sentido véase, SALINAS MOLINA, F., “El accidente de trabajo en la jurisprudencia social”, en AA.VV., *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, págs. 342-343.

⁴⁶¹ El ordenamiento jurídico español permite la distinción entre las enfermedades profesionales “listadas o presuntas” del artículo 116 LGSS y las “no listadas” que se benefician de la amplia cláusula del artículo 115.2 e) LGSS; según describe MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “Sobre las enfermedades profesionales no listadas (a propósito de un supuesto de “síndrome de desgaste personal” o de “burn-out””, *Revista de Derecho Social*, núm. 10, 2000, pág. 189.

⁴⁶² La STSJ Asturias de 14 de febrero de 2014 (JUR 2014, 66779) expresa que “se incluye en este supuesto tanto las enfermedades profesionales no listadas, pero tributarias del medio ambiente laboral, como las enfermedades comunes en cuya etiología aparece el trabajo como causa desencadenante o determinante”. La STS de 8 de enero de 2005 (RJ 2005, 1157) señala que el artículo 115.2 e) LGSS no exige que la IT derive de una concreta y determinada actuación laboral (la de un ertzaina), sino que basta con que tenga su causa exclusiva en el ejercicio de la actividad profesional. Y la STSJ Cataluña de 24 de abril de 2002 (JUR 2002, 173773), indica que el hecho de que la enfermedad se manifieste durante la jornada laboral no es causa suficiente para admitir su consideración como accidente de trabajo; es preciso probar que tiene su causa exclusiva en el trabajo.

⁴⁶³ STS de 24 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4498).

⁴⁶⁴ Según MARTÍNEZ DE VIÉRGOL LANZAGORTA, A., “La consideración del síndrome del *Burn out* como constitutivo de la contingencia profesional del accidente de trabajo origen de la declaración de incapacidad permanente absoluta”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2005, págs. 214-215.

profesionales y no poder, por lo tanto, protegerse como tales, sean amparadas a través del recurso jurídico de permitirles participar de la naturaleza jurídica del accidente de trabajo recibiendo la misma protección a todos los efectos, debiendo demostrarse en ese caso que su origen o causa radica en la prestación laboral realizada por las circunstancias temporales, físicas, geográficas o personales que la condicionan⁴⁶⁵, debiendo en su caso el empresario o entidad subrogada (la Mutua correspondiente) probar la negación del carácter laboral o profesional de la contingencia, como consecuencia de la aplicación de la presunción mencionada anteriormente⁴⁶⁶, produciéndose un inversión de la carga de la prueba⁴⁶⁷.

La presunción de existencia de laboralidad queda desvirtuada si el trabajador padecía ataques epilépticos y le sobreviene una crisis durante su jornada, pero sí que alcanza al traumatismo craneoencefálico producido por crisis comicial en el tiempo y lugar de trabajo)⁴⁶⁸. Se considera que ha sufrido accidente de trabajo la persona afectada por el síndrome de agotamiento personal o *burn out*⁴⁶⁹. Existe una reiterada doctrina del Alto Tribunal sobre la consideración como accidente de trabajo de las enfermedades referidas al infarto de miocardio, enfermedades isquémicas, otras enfermedades cardíacas y análogas⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ Véase la STSJ País Vasco de 22 de febrero de 2000 (AS 2000, 5763).

⁴⁶⁶ Véase la STS de 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3006).

⁴⁶⁷ Si bien no es éste un criterio pacífico o unánime, encontrándose sentencias contradictorias como la STSJ País Vasco de 11 de febrero de 1998 (AS 1998, 5405), que exigía al trabajador ejercitante de la acción que probase el nexo causal con el trabajo desempeñado. En este sentido, SSTSJ Cataluña de 21 de julio de 2005 (AS 2005, 36129), y de 10 de junio de 2003 (AS 2003, 2342).

⁴⁶⁸ STS de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1546) relativa al caso de un jardinero con epilepsia al que tras un ataque cae con fuerza al suelo golpeándose con una piedra y fallece, entiende el TS que la epilepsia en sí no es laboral, pero el traumatismo provocado por la epilepsia se produce en el lugar del trabajo, por lo que sí que es consecuencia del mismo, haciendo una depuración de los hechos. Ello con base en que “el concepto de accidente de trabajo comprende no sólo la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano (accidente propiamente dicho), sino también el daño que proviene de determinadas enfermedades, como procesos de actuación interna, súbita o lenta, que tengan su origen en el trabajo”.

⁴⁶⁹ En este sentido, STSJ Cataluña de 20 de enero de 2005 (AS 2005, 31). Se considera síndrome de “*burn out*” a “un tipo de respuesta prolongada a los estresares emocionales e interpersonales crónicos en el trabajo (...) existiendo un impedimento para la realización eficaz de todas las actividades que impliquen carga emocional que el paciente no puede asumir, especialmente las relacionadas con la prestación de servicios donde las relaciones con otras personas constituyan el eje central del trabajo y la prestación pueda ser una experiencia altamente emocional”. A este respecto, MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “Sobre las enfermedades profesionales no listadas (a propósito de un supuesto de “síndrome de desgaste personal” o de “*burn-out*””, *cit.*, pág. 216.

⁴⁷⁰ En este sentido, se considera accidente de trabajo el infarto (STS de 27 de septiembre de 2007 [RJ 2007, 8879]), la taquicardia (STS de 13 de octubre de 2003 [RJ 2004, 264]), la trombosis (STS de 7 de octubre

No se considera que existe accidente de trabajo en un trastorno ansioso-depresivo reactivo a conflictividad laboral que no es constitutiva de acoso moral o “*mobbing*”⁴⁷¹. Al igual que en otros Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE), hasta fechas muy recientes, en nuestro ordenamiento jurídico no disponíamos de una regulación del acoso moral en el trabajo, y cuando por fin hemos incluido esta previsión ha sido fundamentalmente en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, intentando trasponer las Directivas comunitarias 2000/43/CEE y 2000/78/CE *ad hoc* de una forma claramente insuficiente, siendo los órganos judiciales los que han contribuido a delimitar su definición como “agresión del empresario o de alguno de sus empleados con el conocimiento o tolerancia de aquel, mediante hechos, órdenes o palabras, repetida y duradera en el tiempo, con el fin de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador, que puede llegar incluso a deteriorar su salud, con el objeto de conseguir un auto abandono del trabajo, provocando un daño progresivo y continuo a su dignidad”⁴⁷².

Conviene matizar que desde el año 2009, el TS presumía que la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de trabajo es accidente de trabajo, salvo que se destruyera la presunción; pero se produce un cambio jurisprudencial a partir del año 2012, en el sentido de que se tiene que estar en el puesto de trabajo para que opere la presunción (si se está en la empresa pero no se ha empezado a trabajar y ocurre un accidente, no es accidente de trabajo).

El Alto Tribunal no considera que se ha producido accidente de trabajo cuando todavía no ha comenzado a desarrollarse la actividad laboral, aunque se esté en el centro de trabajo, pues no cabe entenderlo producido en el tiempo de trabajo⁴⁷³; ni la muerte producida por embolia pulmonar, cuando el trabajador se dirigía a su casa desde el trabajo en el que ya se había encontrado indispuerto⁴⁷⁴.

de 2003 [RJ 2003, 7724]), el infarto de miocardio (STS de 23 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 9341]), la angina de pecho: cardiopatías coronarias (STS de 23 de julio de 1999 [RJ 1999, 6841]), o la hemorragia cerebral (STS de 18 de diciembre de 1996 [RJ 1196, 9727]).

⁴⁷¹ STSJ Galicia de 15 de octubre de 2010 (AS 2010, 2565). Sobre el *mobbing*, véase MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “Sobre las enfermedades profesionales no listadas (a propósito de un supuesto de “síndrome de desgaste personal” o de “*burn-out*””, *cit.*, págs. 187-202.

⁴⁷² MARTÍNEZ DE VIERGOL LANZAGORTA, A., “La consideración del síndrome del *Burn out* como constitutivo de la contingencia profesional del accidente de trabajo origen de la declaración de incapacidad permanente absoluta”, *cit.*, págs. 216-217.

⁴⁷³ STS de 14 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5429).

⁴⁷⁴ STS de 14 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4702).

b) Enfermedades agravadas

Igualmente tienen dicha consideración las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad al accidente pero que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente⁴⁷⁵. El TS ha interpretado que la enfermedad no tiene en el trabajo su causa determinante, pues se padece con anterioridad, pero consecuencia del trabajo se agrava o desencadena⁴⁷⁶; que la enfermedad profesional latente que aflora como consecuencia de un acontecimiento brusco ocurrido en el trabajo es un accidente laboral incardinable en el artículo 115.2 f) LGSS⁴⁷⁷; y que la existencia de una presunción del concepto de enfermedad profesional del artículo 116 LGSS cede ante prueba en contrario y para ello es suficiente demostrar que los efectos incapacitantes tienen lugar a consecuencia de la lesión constitutiva del accidente⁴⁷⁸. Se admite la consideración como accidente de trabajo la patología lumbar previa, agravada al sufrir el trabajador un tirón con ocasión del trabajo realizado, así como la recaída en la lesión que agravó el accidente⁴⁷⁹.

Es indiferente la existencia previa de rasgos congénitos de la enfermedad o inherentes a la personalidad, siempre que se acuse una agravación notable del cuadro sintomatológico con ocasión o a consecuencia del trabajo desempeñado, bien porque el accidente de trabajo saca la enfermedad de su estado latente evidenciándola, bien porque

⁴⁷⁵ Tienen tal consideración el supuesto de gonalgia de rodilla, con inestabilidad y dolor, tras un mal paso en el trabajo, derivada de antigua rotura parcial del ligamento cruzado anterior (STSJ País Vasco de 14 de diciembre de 2010 [AS 2011, 996]); el infarto de miocardio sobrevenido de trabajador por cuenta propia en tiempo y lugar de trabajo con dolencias anteriores y factores de riesgo (STSJ Galicia de 3 de junio de 2008 [AS 2008, 1607]); la rinitis alérgica a ácaros con exacerbación de la enfermedad por exposición a ambiente pulvígeno en el desempeño del puesto de trabajo (STSJ Cataluña de 12 de abril de 2000 [AS 2000, 2163]). Puede ocurrir que una persona tenga una enfermedad congénita, o bien padezca una patología o un defecto adquirido con anterioridad, y que se le agrave como consecuencia del trabajo, con la consiguiente disminución de la capacidad laboral del trabajador (STS de 3 de julio de 2013 [RJ 2013, 5166]).

⁴⁷⁶ Véase la STS de 20 de junio de 1990 (RJ 1990, 5498).

⁴⁷⁷ SSTs de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2092) y de 25 de enero de 2006 (RJ 2006, 4333).

⁴⁷⁸ Según señala la STS de 25 de enero de 2006 (RJ 2006, 4333), “lo determinante es que los efectos incapacitantes se produzcan o pongan de manifiesto con ocasión o como consecuencia del trabajo que se venga desarrollando a través de un suceso repentino calificable de accidente de trabajo, ya que tales efectos tienen lugar como consecuencia del accidente al interaccionar con la enfermedad previa; y la existencia de una presunción del concepto de enfermedad profesional del artículo 116 LGSS cede ante prueba en contrario y para ello es suficiente demostrar que los efectos incapacitantes tienen lugar a consecuencia de la lesión constitutiva del accidente y, en el caso que nos ocupa está probado que los efectos incapacitantes de la “epicondilitis” son consecuencia de un sobreesfuerzo muscular producido cuando el trabajador estaba armando ladrillo”.

⁴⁷⁹ STS de 3 julio de 2013 (RJ 2013, 5166).

desencadena el cuadro patológico o lo agrava⁴⁸⁰.

c) Accidentes complicados con enfermedades intercurrentes

Asimismo, tienen la consideración de accidente de trabajo las consecuencias del mismo que sean modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas de un proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado al paciente para su curación⁴⁸¹ (la enfermedad no es preexistente, sino que es a su vez consecuencia de otra lesión anterior constitutiva de accidente, como cuando un trabajador sufre dos accidentes de trabajo y fallece por insuficiencia pulmonar causada por la necesidad de reposo, o infección derivada de la curación realizada a causa de haber sufrido un accidente de trabajo)⁴⁸². En este sentido, el TS exige la necesaria existencia de relación de causalidad entre la enfermedad intercurrente y la modificación del accidente de trabajo previo⁴⁸³.

3.3.5. *Efectos de la culpabilidad del empresario o de un tercero*

Finalmente, señala el artículo 115.5.b) LGSS que no impedirá la calificación de un accidente como de trabajo: “La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo”.

⁴⁸⁰ MARTÍNEZ DE VIERGOL LANZAGORTA, A., “La consideración del síndrome del *Burn out* como constitutivo de la contingencia profesional del accidente de trabajo origen de la declaración de incapacidad permanente absoluta”, *cit.*, pág. 215.

⁴⁸¹ Entre otros, MARÍN CORREA, J. M., “Accidente de trabajo. Ampliación del concepto”, en AA.VV., *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, págs. 264-265; CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 46.

⁴⁸² Como la IT causada en parte por accidente de trabajo y en parte por enfermedad común (STS de 10 de julio de 2007 [RJ 2007, 8869]); la pérdida de visión de un ojo tras operación con el transcurso de 20 años desde el accidente (STSJ Extremadura de 26 de junio de 2009 [AS 2009, 2296]); o el VHC causado por la asistencia sanitaria recibida tras el accidente, mediante contagio por transfusiones sanguíneas (STSJ Cantabria de 18 de abril de 2007 [AS 2007, 3000]).

⁴⁸³ STS de 11 de febrero de 1985 (RJ 1985, 633).

Se produce la extensión del concepto de accidente de trabajo cuando la lesión es consecuencia de agentes o circunstancias externas al trabajo, como es la concurrencia de culpabilidad civil o criminal, que guarden relación con el trabajo. Entendemos que si se produce en tiempo y lugar de trabajo, el carácter laboral queda cubierto, en principio, por la presunción del artículo 115.3 LGSS, debiendo probar, quien tenga interés, las causas reales no relacionadas con el desempeño del puesto de trabajo.

Cabe, pues, plantearse qué relevancia debe atribuirse en este contexto a la posible participación en el accidente de otros sujetos distintos del trabajador afectado. El citado artículo no excluye la calificación de accidente de trabajo aun cuando su producción o acaecimiento se deba a un acto de persona distinta del accidentado (ya sea el empresario, un compañero de trabajo del accidentado, o un tercero), salvo que el accidente “no guarde relación alguna con el trabajo”. Como es natural, la interferencia de esas otras personas puede justificar que se les exijan responsabilidades (civiles o incluso penales) por su grado de participación, pero ello no es obstáculo para que en el ámbito laboral los hechos se califiquen como accidente de trabajo.

A esa misma conclusión habrá que llegar en caso de que la lesión sea resultado de la agresión de un compañero de trabajo, de la agresión de tercero, o de un atentado o acto de terrorismo⁴⁸⁴, siempre que el suceso o la lesión sufrida por el trabajador tengan alguna conexión con el trabajo⁴⁸⁵ (por el motivo de la agresión, por el lugar o momento en que se produce, etc.).

Siempre que no medien motivos personales, es decir, siempre que el agresor y el trabajador no se conocieran por razones ajenas al trabajo y que la agresión no se hubiera llevado a cabo, precisamente, por motivos personales relacionados con esa relación extra muros de la relación laboral⁴⁸⁶; es necesario aclarar que el lugar de la agresión es clave, pues ha de estar relacionado con el ámbito laboral; ya que en estos casos la agresión al

⁴⁸⁴ STS de 14 de diciembre de 1981 (RJ 1981, 5081).

⁴⁸⁵ El TS no considera accidente de trabajo la agresión física causada por un tercero, por razones ajenas al trabajo, en el momento de iniciar el camino hacia el centro de trabajo (STS 20 junio 2002 [RJ 2002, 7490]).

⁴⁸⁶ En este sentido, es célebre la STS de 20 de febrero de 2006 (RJ 2006, 739) del asesino de la baraja, en la que se describe como el 5 de febrero de 2003, inmediatamente después de haber finalizado su jornada de trabajo, el trabajador se situó en la parada del autobús existente en el mismo aeropuerto, en espera del que había de llevarle camino a su domicilio y, hallándose en dicho lugar, siendo las 4.45, recibió un tiro en la cabeza que le produjo su muerte; el agresor, conocido como el “asesino de la baraja”, no guardaba relación alguna con la víctima que fue elegida, al parecer, al azar.

trabajador se produce de forma fortuita, la víctima es causal, precisamente por encontrarse en el lugar de los hechos, lo que se debe al obligado desplazamiento y no se hubiera sufrido si no se hubiera ido o vuelto del trabajo. De lo contrario, cuando median motivos personales, la agresión es buscada y la víctima es elegida a conciencia, siendo el lugar de la agresión secundario y pudiendo ser cualquier sitio⁴⁸⁷.

3.4. Exclusiones legales del concepto de accidente de trabajo, por ruptura de la relación de causalidad

Los apartados 4 y 5 del artículo 115 LGSS contienen diversas matizaciones referentes a circunstancias objetivas o subjetivas cuya concurrencia determina la ruptura del nexo causal entre trabajo y fuerza lesiva que nos aclaran lo que no constituye accidente de trabajo. Como podremos observar, quedan excluidos de la consideración de accidente de trabajo aquellos que sean consecuencia de fuerza mayor extraña al trabajo o de dolo o imprudencia temeraria.

3.4.1. Fuerza mayor extraña al trabajo

El artículo 115.4 LGSS excluye de la consideración de accidente de trabajo el que sufra el trabajador por causa de fuerza mayor, si bien dando a dicha expresión un sentido muy restringido (sólo se tiene en cuenta la fuerza mayor que ninguna relación guarde con el trabajo, por lo que la fuerza mayor extraña al trabajo no se suele apreciar como causa de excepción, es decir, la regla general se altera por varias excepciones y pasa a ser la norma general la de constituir accidente laboral los casos de fuerza mayor) pues señala que no obstante lo establecido en los artículos anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo: “Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considera fuerza mayor

⁴⁸⁷ STS de 20 de junio de 2002 (RJ 2002, 7490), donde el trabajador es asesinado en el trayecto de ida al trabajo, pero por una rencilla personal originada por relaciones que había mantenido el trabajador con la mujer del agresor.

extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza”.

Dentro de la doctrina general del Derecho, tanto la fuerza mayor como el caso fortuito constituyen causas involuntarias de incumplimiento de las obligaciones y nuestra legislación civil⁴⁸⁸ no hace distinción entre una y otra, pero sí la legislación social, ya que parece que considera únicamente al caso fortuito como consustancial al accidente de trabajo, y por tanto producto de un accidente natural. Así pues, la exclusión de la noción de accidente de trabajo de los actos debidos a fuerza mayor, no alcanza a los accidentes producidos por caso fortuito ni a los accidentes producidos por circunstancias imputables a la empresa.

El caso fortuito es aquella causa que no conocemos de manera precisa y determinada pero que sabemos que pertenece a la esfera del círculo empresarial, en cambio la fuerza mayor es una causa que sí conocemos y que sabemos que está fuera de la esfera de riesgo empresarial⁴⁸⁹. Ello constituye otra ruptura o desbordamiento, debido a que si el rayo, la insolación y otros fenómenos naturales, ajenos al control empresarial, producen un accidente de trabajo, parece que éste ha dejado estar en relación con el concepto de riesgo empresarial, y lo mismo puede predicarse de los supuestos de culpa de la víctima o tercero⁴⁹⁰.

La exoneración por la fuerza mayor prácticamente desaparece desde el momento en el que no se consideran como tal las Fuerzas de la naturaleza, lo que hace menos relativa la responsabilidad objetiva⁴⁹¹.

3.4.2. *Dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado*

Respecto a los actos dolosos del trabajador, no es indemnizable como accidente de trabajo los actos realizados de forma voluntaria y consciente, como el supuesto del

⁴⁸⁸ El artículo 1105 CC define la fuerza mayor como aquel suceso que no hubiera podido preverse, o que previsto, fuera inevitable, y en estos casos no surge la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones.

⁴⁸⁹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, cit., pág. 111.

⁴⁹⁰ DESDENTADO BONETE, A., “El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario”, cit., pág. 281.

⁴⁹¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, cit., pág. 112.

trabajador que se autolesiona en el trabajo (autolesionismo o autoprovocación de un infarto en aras lógicamente a la obtención fraudulenta de prestaciones), o el suicidio⁴⁹².

Dentro de los actos realizados por el propio accidentado según el artículo 115.5.a) LGSS no impide la calificación de accidente de trabajo “la imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira”. En sentido contrario, sí rompe el nexo causal con el trabajo y, en consecuencia, no tiene la consideración de accidente de trabajo, los actos según el artículo 115.4.d) LGSS “que sean debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado”, en cuyo caso entendemos que quiebra el nexo causal entre lesión y trabajo, con la consiguiente consideración de esos actos como enfermedad común o accidente no laboral, y por tanto no gozando del carácter privilegiado que los riesgos profesionales tienen desde su origen, y que más que perder, amplían diferencias en temas como el presente, provocando no pocas incertidumbres judiciales, que en definitiva afectan a la economía de un país.

Más allá de la delimitación teórica, existe un amplio elenco de casos en los que la diferencia entre ambas clases de imprudencia no está del todo clara, lo que ha ocasionado grandes dosis de incertidumbre judicial a este respecto, y el problema tiene una evidente trascendencia, ya que de la naturaleza que se reconozca a la conducta negligente del trabajador dependerá que se aprecie o no la laboralidad del accidente sufrido en razón de la misma⁴⁹³.

Por tanto, debemos distinguir entre la imprudencia profesional y la imprudencia temeraria, y ello es importante pues sólo la primera constituye accidente de trabajo:

a) El artículo 115 LGSS no descarta la calificación de accidente de trabajo cuando medie “imprudencia profesional” del accidentado, que, en consecuencia, no rompe el nexo causal que exige la Ley; si bien puede tener ciertas consecuencias en este terreno, ya que puede exonerar al empresario de cargas adicionales, como el recargo de

⁴⁹² La STSJ Cataluña de 11 de abril de 2014 (JUR 2014, 131869) señala que es accidente de trabajo el suicidio que no acontece ni en lugar ni en tiempo de trabajo (jefe de agentes rurales) pero en el que se acredita el nexo entre el acto del suicidio y su estado de ansiedad desencadenado a raíz de un incendio (el causante ni había acudido anteriormente al psiquiatra, ni padecido ninguna enfermedad, ni se medicaba con habitualidad).

⁴⁹³ Véase SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009, pág. 57.

prestaciones⁴⁹⁴.

Entendemos por imprudencia profesional aquella que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y que se deriva de la confianza que éste le inspira por la repetición de unos mismos actos; es, por decirlo de otra forma, el resultado de la confianza que se genera por la habitualidad⁴⁹⁵. Si bien, ni la habitualidad ni la confianza profesional justifican que se desconozcan las más elementales medidas de precaución.

b) No tendrá la consideración de accidente de trabajo el que se debe a “imprudencia temeraria” del trabajador, que según viene declarando la jurisprudencia, debe entenderse como la asunción consciente y voluntaria de un riesgo innecesario, desaconsejado o contrario al cuidado que ha de prestarse en el trabajo⁴⁹⁶.

Es imprudencia temeraria, por ejemplo, la conducta de desobediencia de las órdenes empresariales⁴⁹⁷, el accidente que se produce bajo los efectos del alcohol⁴⁹⁸, o la inobservancia de las más elementales medidas de precaución. Por el contrario, no existe imprudencia temeraria en el supuesto de un accidente sufrido por el conductor de un camión de la empresa a la que presta servicios como consecuencia de exceso de velocidad, puesto que no se produce la imprudencia temeraria en su significado jurídico-doctrinal de falta de la más elemental cautela o prudencia que debe exigirse en los actos humanos susceptibles de causar daños, sino más bien la falta de un cuidado o descuido en el trabajador que no previó, con la debida anticipación, los riesgos del exceso de

⁴⁹⁴ STS de 21 de abril de 1988 (RJ 1988, 3010).

⁴⁹⁵ La imprudencia profesional es el descuido de un trabajador derivado de la confianza que tiene en su trabajo.

⁴⁹⁶ La imprudencia temeraria es definida como “un comportamiento grave y abiertamente contrario al actuar diligente de una persona normal, debiéndose de calificar, indudablemente, como una acción altamente peligrosa para sí y para terceros, con ausencia de la atención debida más absoluta en correspondencia y parangón a la acción ejercitada, suponiendo la no adopción de los cuidados más elementales para impedir el desencadenamiento de resultados dañosos altamente previsibles” (STSJ Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 1999 [AS 1999, 456]).

⁴⁹⁷ Entre otras, SSTS de 18 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 8446) y de 16 de julio de 1985 (RJ 1985, 3787); y la STSJ Galicia de 19 de julio de 2010 (AS 2010, 1913), relativa a la declaración de inexistencia de imprudencia temeraria por una caída desde un andamio ante la falta de barandilla y de arnés.

⁴⁹⁸ STS de 31 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3780), STSJ Castilla-La Mancha de 2 de octubre de 2006 (AS 2006, 3085), STSJ Castilla y León de 19 de diciembre de 2005 (AS 2005, 3375), o STSJ Andalucía (Granada) de 2 de diciembre de 2003 (AS 2003, 4206).

velocidad⁴⁹⁹. Por el contrario, no hay accidente de trabajo, por considerarse imprudencia temeraria, en el accidente de tráfico producido por no respetar el semáforo en rojo cuando existe circulación densa o circular en moto por dirección prohibida⁵⁰⁰.

La imprudencia temeraria se distingue del dolo, que igualmente rompe el nexo causal entre trabajo y lesión, en la intencionalidad, que está presente en este último pero no así en quien actúa con temeridad⁵⁰¹.

La doctrina resalta la complejidad que entraña la diferencia práctica entre ambas clases de imprudencia, siendo que la temeraria puede quedar absorbida por la profesional, de tal modo que “imprudencias temerarias en el sentir común pueden no serlo en el contexto profesional”⁵⁰².

Tampoco hay que descartar la calificación de accidente de trabajo cuando media “simple imprudencia”, es decir, conductas derivadas del cansancio, los despistes o las distracciones, tal como sugiere el artículo 15.4 Ley Prevención de Riesgos Laborales, aludiendo a las “imprudencias no temerarias”⁵⁰³. En esta imprudencia simple, no se agotan todos los actos necesarios para evitar un peligro, pero éste no se quiere o pretende sufrir, incurriendo en el mismo por una negligencia o descuido⁵⁰⁴. Es pues, una conducta contraria a la “usual en personas razonables y sensatas en vista de las circunstancias del

⁴⁹⁹ Así, el frenar el camión-remolque que conducía antes de entrar en la vía accesoria de desaceleración, según la STS de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008, 3040), si bien, el accidente de tráfico por exceso de velocidad se reputa causado por imprudencia temeraria sólo si se superan los topes con relevancia penal.

⁵⁰⁰ La STS de 18 septiembre de 2007 (RJ 2007, 8446) señala la imprudencia temeraria del motorista en el accidente que se produjo cuando el trabajador, conduciendo una moto con la que se dirigía al trabajo, llegó a una rotonda y se detuvo ante un semáforo, aunque inició la marcha antes de que se encendiese la luz verde, resultando atropellado por un vehículo que circulaba en el cruce. En el mismo sentido STS de 16 de julio de 1985 (RJ 1985, 3787) y STSJ Canarias de 20 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 163018).

⁵⁰¹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales”, *cit.*, pág. 57.

⁵⁰² ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 79.

⁵⁰³ Si bien el legislador únicamente hace referencia a la imprudencia profesional y a la temeraria, cierta doctrina judicial (STSJ Andalucía de 27 de febrero de 2007 [AS 2007, 1577]), y científica (ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 83) habla de esta imprudencia simple, como otra clase distinta a las dos anteriores.

⁵⁰⁴ La STSJ Andalucía de 27 de febrero de 2007 (AS 2007, 1577) señala que “la referencia a imprudencia no temeraria, libre de las connotaciones que la interpretación judicial da a la temeraria, debe reconducirse a la idea de imprudencia simple esbozada también en los pronunciamientos judiciales, en la que si bien no se agotan todos los actos necesarios para evitar un peligro, éste no se quiere o pretende sufrir, sino que se incurre en el mismo por una negligencia o descuido. Junto a ello, nos encontramos con las imprudencias profesionales que son consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira”.

caso”⁵⁰⁵; máxime cuando el empresario está obligado por la Ley a prever las posibles imprudencias de sus trabajadores⁵⁰⁶.

4. LA ENFERMEDAD PROFESIONAL COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA DELIMITACIÓN ENTRE CONTINGENCIAS PROFESIONALES Y CONTINGENCIAS COMUNES

Analizaremos, a continuación, cuáles son las deficiencias que el concepto de enfermedad profesional presenta, así como las cuestiones controvertidas que suscita su sistema de calificación, tasado y basado en una lista, aparentemente cerrada, que contrasta con el carácter abierto de la definición del accidente de trabajo. El análisis de su concepto y sus derivaciones en el ámbito de la tutela nos permitirá adelantar que esta figura adolece de muchos puntos débiles que el legislador debiera corregir con la mayor rapidez posible en aras a salvaguardar esta figura, en el sentido de eliminar la rigidez de su concepto y flexibilizar el sistema de lista.

4.1. Consideraciones previas

La protección que el sistema de Seguridad Social ofrece a los casos de enfermedad varía en función del origen profesional o común de las dolencias, así como de la gravedad de las mismas, en atención a su grado incapacitante para el trabajo. La relevancia de este punto se concreta en la aplicación de determinadas acciones de protección previstas por el ordenamiento jurídico, dirigidas fundamentalmente a la prevención de esta contingencia profesional, y que se sitúan en la corriente de incentivar la acción preventiva en la empresa.

⁵⁰⁵ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 83.

⁵⁰⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo”, en AA.VV., *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, págs. 380-383.

4.1.1. Delimitación con el accidente de trabajo

Desde la aparición de la LAT, la jurisprudencia adoptó una noción amplia de daño mediante la inclusión en el concepto de accidente de trabajo de las enfermedades contraídas con ocasión o como consecuencia de la prestación de servicios. De tal manera que la enfermedad derivada del trabajo podía quedar incluida en el concepto legal de accidente de trabajo.

Ciertamente, existen importantes elementos de identidad entre el accidente y las enfermedades profesionales: ambos son debidos a la actividad profesional que el trabajador realiza (en este trabajo de investigación se encuentra la razón productora de la alteración de la salud), siendo muy secundaria la concreta manifestación de la misma, tanto en cuanto al tiempo como en lo referente a su mayor o menor previsibilidad; y también hay una plena identidad en las consecuencias que para el trabajador tienen ambas (afectación a su plena normalidad fisiológica, y reducción o imposibilidad de su capital laboral)⁵⁰⁷.

Con el paso del tiempo se apreció, no obstante, que la enfermedad profesional requiere una atención especializada⁵⁰⁸, entre otras razones por su acción lenta y progresiva, que requiere periodos de observación y seguimiento de las dolencias o patologías, y por su relación directa con las condiciones ambientales o el carácter nocivo del trabajo, lo cual permite cierta previsibilidad de sus efectos y cierta acción preventiva⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ En este sentido, SSTS de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1782), de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2092), de 13 de octubre de 2003 (RJ 2004, 264), de 28 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8288) y de 15 de mayo de 2000 (RJ 2000, 7165).

⁵⁰⁸ Como señala FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, cit., pág. 124, “originariamente -y a diferencia del accidente de trabajo- las enfermedades profesionales no contaron con un tratamiento jurídico específico. En la célebre STS de 17 de junio de 1903 relativa a la enfermedad del saturnismo, conforme a la cual la definición de accidente no se hace “con referencia a un suceso repentino más o menos importante, sino al hecho mismo constitutivo en sí de la lesión”, lo que hacía que debieran considerarse como accidentes a efectos legales las lesiones “lentas” o de evolución lenta derivadas de una enfermedad profesional”.

⁵⁰⁹ En este sentido, la STSJ Cataluña de 14 de abril de 2005 (JUR 2005, 123202) señala que “(...) consideraciones: 1ª) Básicamente, en los artículos 115 y 116, se hallan los criterios diferenciadores entre lo que es accidente de trabajo, y lo que es enfermedad profesional: a) en principio (no siempre) el primero se produce por un hecho de aparición súbita; mientras la enfermedad profesional es de aparición más o menos paulatina. 2ª) Pero no es siempre determinante tal criterio de diferenciación: puesto que por definición, la

La patología de las enfermedades profesionales que los trabajadores pueden desarrollar es previsible si se conoce la actividad que realizan (silicosis en los trabajos de minería, o el saturnismo en trabajos de fundición de plomo, etc.). Los síntomas se manifiestan de manera lenta y progresiva, comúnmente tras un largo periodo de latencia que puede durar años, lo que a menudo dificulta la identificación del momento concreto en que se ha causado, pudiendo el trabajador haber cambiado de empresa entre la fecha en que contrajo la enfermedad y su manifestación, lo que puede plantear delicados problemas de imputación de responsabilidad⁵¹⁰.

Pueden apuntarse algunos rasgos diferenciales del accidente de trabajo y la enfermedad del trabajo o profesional (evidentemente, no hablamos ahora en sentido técnico-jurídico) como son que el accidente se produce siempre de un modo instantáneo, violento y súbito, mientras que la enfermedad profesional suele tener un proceso de presentación bastante más lento y extenso, de difícil concreción en cuanto al momento exacto de su aparición; también se ha aludido al elemento de la previsibilidad, para considerar que en ambas alteraciones de la salud, se presenta de anormal producción en los accidentes, que sólo acontecen en circunstancias claramente excepcionales, mientras que las enfermedades profesionales suelen ser de normal y casi fatal presentación entre los que desempeñan determinadas clases de trabajos susceptibles de producirlas, especialmente por las sustancias manipuladas o el tipo de trabajo desempeñado⁵¹¹.

La desvinculación de las enfermedades profesionales del más amplio concepto de accidente de trabajo ha sido resultado de un proceso que, hace años, se fue gestando de forma progresiva en la normativa de Seguridad Social. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido y al notable esfuerzo, normativo y doctrinal, llevado a cabo en esa tarea de delimitación conceptual acerca de qué deba entenderse por enfermedad profesional como

enfermedad profesional, en el sentido legal es sólo la originada por las actividades y por la acción de los elementos o sustancias que se incluyen en el “cuadro” legal. 3ª) El cuadro de enfermedades profesional, responde al sistema de lista, y por lo tanto, de enumeración “cerrada”. De modo que no estando allí comprendido, si el hecho tiene relación con el trabajo, merece la conceptualización del accidente de trabajo”.

⁵¹⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 48.

⁵¹¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006, pág. 86.

categoría diferente de la de accidente de trabajo, lo cierto es que todavía persiste cierto grado de indeterminación (o si se prefiere de confusión) entre ambos conceptos.

Una indeterminación propiciada, en gran medida, por las dificultades de prueba que en ocasiones presentan las enfermedades profesionales debidas al propio proceso de generación de la enfermedad, por definición lento y progresivo, y, en consecuencia, por la aparición tardía de la misma en un momento que no siempre coincide con aquél en el que se desarrolla la prestación de servicios que la originó. La indeterminación también es debida, por otra parte, a la existencia de una regulación que, respecto de la enfermedad profesional, sigue siendo insuficiente a la hora de concretar la conexión entre trabajo y patología, pese a los cambios introducidos por el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que ha corregido muchas de las imprecisiones existentes hasta ese momento⁵¹².

Así pues, desde el punto de vista del concepto jurídico formal de la enfermedad profesional, no se trata de determinar si la enfermedad es consecuencia o no del trabajo: si la enfermedad está relacionada con el trabajo es accidente de trabajo, pero será enfermedad profesional si está incluida en una lista. Accidente de trabajo y enfermedad profesional son contingencias muy próximas en el sistema de Seguridad Social, aunque de naturaleza y etiología distinta⁵¹³; y por sus diferencias de origen, naturaleza y manera de manifestarse no es posible una identificación completa y absoluta entre una y otra⁵¹⁴.

La razón de ser de la distinción entre accidente de trabajo y enfermedad profesional no radica en la acción protectora, que tiene en ambos casos la misma estructura formativa, sino en la prueba del nexo causal lesión-trabajo, pues tal prueba no se exige en ningún caso para las enfermedades profesionales⁵¹⁵; de hecho, la enfermedad profesional empezó a identificarse como una modalidad de accidente de trabajo, y sólo desde mediados del siglo XX contó con una definición legal y una normativa específica, que estuvo motivada sobre todo por la necesidad de aplicar especiales medidas de prevención y diagnóstico, y de facilitar su identificación⁵¹⁶.

⁵¹² Un buen estudio al respecto, BARCELÓN COBEDO, S., *El valor de la presunción del artículo 116 de la Ley General de Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2011, págs. 311-315.

⁵¹³ STS de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2092).

⁵¹⁴ STS de 13 de octubre de 2003 (RJ 2004, 264).

⁵¹⁵ STS de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2092).

⁵¹⁶ STS de 25 de enero de 1971 (RJ 1971, 178).

4.1.2. Distinción de contingencias afines: enfermedad común y accidente no laboral

A diferencia de las contingencias profesionales, que vienen definidas positivamente en los artículos 115 y 116 LGSS, las contingencias comunes carecen en sede legal de un concepto propio. Así, el accidente no laboral se define de forma negativa por oposición a los accidentes de trabajo. En este sentido, el artículo 117.1 LGSS, considera accidente no laboral a aquel que no tenga el carácter de accidente de trabajo conforme a lo establecido en el artículo 115 LGSS. Es fácil advertir que el accidente no laboral tan sólo se define de forma negativa por remisión al accidente de trabajo, de modo que, trasladando el concepto de accidente de trabajo al ámbito del accidente no laboral, éste vendría constituido por una lesión corporal sufrida por una persona de forma totalmente desligada del trabajo por cuenta ajena; y que según el diccionario de la lengua, entresacando de sus diversas acepciones aquella que ahora nos interesa, es “un acontecimiento imprevisto y desgraciado del que resulta un daño o perjuicio”⁵¹⁷.

Por otro lado, se considera como enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidente de trabajo ni de enfermedades profesionales. Técnicamente, en nuestro ordenamiento jurídico enfermedad profesional, es la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe en desarrollo de la LGSS, y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad (artículo 116 LGSS).

La enfermedad común consiste en una patología ajena al trabajo, no ocasionada por el mismo, es decir, aquella en la que no existe una relación de causalidad con el trabajo realizado. Ha de tratarse de una enfermedad que no esté catalogada como profesional, y que tampoco encaje en las enfermedades que legalmente se asimilan al accidente de trabajo en los apartados e), f) y g) del artículo 115.2 LGSS. Dichos apartados incluyen específicamente los siguientes supuestos, respectivamente: las enfermedades, no catalogadas como enfermedades profesionales, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo; las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la dolencia

⁵¹⁷ En este sentido, STSJ País Vasco de 20 de junio de 1997 (AS 1997, 1888).

constitutiva del accidente; y también, las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

Si bien se admite la calificación de determinadas enfermedades como accidente laboral, no es posible calificar una enfermedad común de accidente no laboral. Cuando se está en presencia de padecimientos en principio de naturaleza común, producidos fuera del trabajo, el resultado no puede llevar a la conclusión de una calificación como accidente no laboral, pues entonces se llegaría al absurdo de calificar como accidente no laboral cualquier fallecimiento que se produjera súbitamente, abstracción hecha del medio y circunstancias que le rodearan⁵¹⁸.

Por tanto en nuestro ordenamiento jurídico, una enfermedad constituye, ocasionalmente, un accidente de trabajo (calificación más favorable y que merece mayor protección); sin embargo, una enfermedad común no puede alcanzar la naturaleza jurídica de accidente no laboral (situación menos protegida que el accidente profesional), cuya protección no precisa que se acredite el periodo de carencia exigible en la enfermedad común.

Ni la remisión del artículo 117.1 LGSS opera sobre todo el marco de definición del accidente de trabajo del artículo 115 LGSS, ni cabe entender que haya sido la intención del legislador establecer una asimilación entre el accidente de trabajo y el accidente no laboral. Hay que subrayar que el repetido artículo 117.1 LGSS entiende por accidente no laboral el que no sea accidente de trabajo, lo que equivale a decir que el ingrediente de “accidente”, en sentido propio, siempre es indispensable; o sea, la norma evidencia que sólo otorga la condición de accidente no laboral al accidente propiamente

⁵¹⁸ Como señala la STS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8523), “el hecho de que la acción de trabajo sea causa inmediata y súbita de la lesión cerebral o cardíaca sobre un trabajador, que no tuviera antecedentes previos de la dolencia o sea factor desencadenante de una crisis de tal naturaleza (artículos 115.1 y 2.f) LGSS, respectivamente) y, como tales deban incluirse en el concepto de accidente de trabajo, no puede llevar a la conclusión que cualquier muerte, que se produzca fuera del trabajo, por lesión cardíaca o cerebral, es decir por padecimientos en principio de naturaleza común, deba ser calificada como accidente no laboral, pues entonces se llegaría al absurdo de calificar como accidente no laboral cualquier fallecimiento que se produjera súbitamente, abstracción hecha del medio y circunstancias que le rodearan”. En igual sentido, SSTs de 23 de julio de 1999 (RJ 1999, 6841), y de 12 de julio de 1999 (RJ 1999, 5790).

dicho, y no a las lesiones corporales producidas por otras causas, como las que se relacionan en el número 2 del artículo 115 LGSS y, en especial, las enfermedades que se mencionan en los apartados e), f) y g), como tampoco tiene sentido respecto del accidente no laboral la presunción que establece el número 3 o algunas de las restricciones o aclaraciones de los números 3 y 4 del artículo 115 LGSS.

El artículo 117.1 LGSS no menciona en ningún momento la dolencia corporal y aunque se remite al artículo 115 LGSS lo hace para excluir de su ámbito todo lo que se comprende en esa última norma. Es una referencia excluyente, que saca fuera del área de la acción del artículo 117.1 LGSS todo lo que se comprende en aquel otro precepto.

4.1.3. Problemas de delimitación entre enfermedad común y accidente no laboral

Existen también problemas de delimitación entre el accidente no laboral y la enfermedad común, ya que la protección dispensada a las contingencias comunes no es homogénea. En algunos aspectos, la legislación no equipara plenamente el tratamiento de uno y otro riesgo, dado que el tratamiento legal del accidente no laboral presenta algunos matices privilegiados. En particular, existe una tendencia a hacer menos riguroso el régimen jurídico del accidente no laboral, pues respecto de él se exigen menos requisitos que para la enfermedad común⁵¹⁹.

Las causas comunes tienen un tratamiento distinto a las profesionales, y dentro de las comunes el accidente no laboral también goza de cierto trato de favor respecto de la enfermedad común, en orden a ciertas prestaciones, como tendremos ocasión de analizar en el capítulo III de la presente investigación, pues se exigen menos requisitos que cuando el hecho causante es una enfermedad común.

⁵¹⁹ La STS de 30 de abril de 2001, FJ 3º (RJ 2001, 5132) matiza que “las características de un accidente (acción súbita, violenta y externa) no se cumplen en el caso del infarto, al menos en la inmensa mayoría de los casos, donde se cuenta con una previa enfermedad cardíaca. Pero el criterio no puede extenderse a la distinción entre accidente no laboral y enfermedad común, que no responde a la finalidad de establecer una conexión entre la lesión corporal y el trabajo, sino a distinguir en términos que valoran la previsión entre lesiones debidas a acciones violentas de carácter súbito y externo y procesos que actúan de forma interna y por lo general a través de un progresivo deterioro del organismo”.

4.2. Los diferentes sistemas de reconocimiento de las enfermedades profesionales

La configuración, elaboración y regulación del concepto de enfermedad profesional puede responder a la implantación de estos tres sistemas o modelos⁵²⁰: el de lista, el abierto o de determinación judicial, y el mixto⁵²¹:

- a) El sistema “de lista” supone que tienen la consideración de enfermedad profesional las enfermedades recogidas en una lista y causadas por las sustancias y elementos en sectores todos ellos previamente determinados por el legislador en cada momento, y que sean contraídas en unas condiciones predefinidas.

Como ventajas de este sistema para abordar la protección de los riesgos profesionales se han enumerado las siguientes⁵²²: hay una presunción *iuris et de iure* de su etiología laboral, de manera que las enfermedades profesionales listadas

⁵²⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V., “La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, págs. 9 y ss., sugiere un sistema de doble inclusión: “a) Mantenimiento de una lista, estableciendo un procedimiento de iniciativa múltiple (pluralidad de sujetos legitimados) en orden a su actualización y puesta al día a medida que se vaya precisando, en los que operaría la presunción de que la patología correspondiente en una enfermedad profesional cuando se produce en el sector de actividad contemplado normativamente; b) Adición de un segundo cauce para la consideración de la patología como verdadera enfermedad profesional, de manera que, las enfermedades del trabajo abandonarían su condición de accidente de trabajo y pasasen a ser como lo que realmente son, siendo necesario demostrar la existencia del nexo de causalidad entre actividad profesional y patología”.

⁵²¹ Estos modelos de regulación de la enfermedad profesional, según LEZÁUN GOÑI, M., “Legislación sobre enfermedades profesionales respiratorias”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, volumen 28, núm. Extra 1 (ejemplar dedicado a: Enfermedades respiratorias de origen laboral), Gobierno de Navarra, 2005, págs. 125-126, distinguen los siguientes sistemas: a) Sistema de listas o de listas cerradas (establecen una lista de enfermedades que serán reconocidas como enfermedades profesionales cuando sean contraídas en unas condiciones predefinidas. El sistema de lista tiene el inconveniente de que únicamente comprende un determinado número de enfermedades profesionales, pero presenta la ventaja de que, en las condiciones señaladas, se presume su origen profesional de manera que el trabajador no tiene necesidad de demostrarlo y garantiza la uniformidad de las prestaciones); b) Sistema de definición genérica o de cobertura total (cuentan en su legislación con una definición general de enfermedad profesional. En teoría este sistema abarca la totalidad de las enfermedades profesionales, si bien en este ámbito corresponde al trabajador afectado demostrar el origen profesional de la enfermedad. En la práctica el reconocimiento se ve condicionado por las políticas que se establezcan para la demostración de causalidad); c) Sistema mixto o de listas abiertas (establecen una lista de enfermedades y añaden una definición general de enfermedad profesional o unas disposiciones que permitan establecer el origen profesional de las enfermedades que no figuran en la lista o que se manifiestan bajo condiciones diferentes a las predefinidas. Muchos Estados han optado por este sistema mixto, que combina las ventajas de los dos y está libre de los inconvenientes). En igual sentido, entre otros, LANTARÓN BARQUÍN, D., “Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2008, pág. 419. BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A., *Curso de Seguridad Social I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 299-300.

⁵²² BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A., *Curso de Seguridad Social I. Parte general*, cit., pág. 299.

se deben al trabajo que se realiza y a las sustancias indicadas y no necesita ser probado el nexo causal; simplifica y facilita el diagnóstico y disminuye el margen de error; llama la atención y facilita la detección de riesgos en orden a su prevención y a las obligaciones de la empresa de realizar reconocimientos médicos; permite al trabajador relacionar su enfermedad actual con el trabajo que pudo realizar muchos años antes; agiliza los trámites para acceder a las prestaciones; garantiza la uniformidad de las prestaciones; y permite la confección de estadísticas de sectores con riesgo de enfermedad profesional.

Los inconvenientes que se presumen de la utilización de este sistema vienen representados por el hecho de que la lista de enfermedades profesionales puede quedar desfasada e incompleta con el paso del tiempo, y de que a menudo transcurre mucho tiempo hasta que se incorporan las nuevas enfermedades profesionales que han ido apareciendo⁵²³.

- b) El sistema “abierto” o “de determinación judicial” implica que las enfermedades profesionales no están determinadas previamente, sino que en cada caso concreto se calificará o no una enfermedad como profesional a través de decisiones judiciales, siempre que se pruebe que tiene su origen en el trabajo que se realiza. Como virtudes de este sistema se apunta el hecho de que permite tener en cuenta las insuficiencias del sistema “de lista” e incorporar nuevas enfermedades profesionales de acuerdo con la evolución de la medicina, teniendo el médico un papel activo al estudiar y diagnosticar la enfermedad.

Entre los inconvenientes cabe señalar los siguientes⁵²⁴: genera cierta inseguridad jurídica; es difícil averiguar el origen de las enfermedades; aumenta el número de peticiones de calificación de la enfermedad como profesional; el informe médico puede ser contradicho por otro informe médico; y no facilita medidas preventivas ni estadísticas nacionales o internacionales.

- c) Y el sistema “mixto” significa que el establecimiento por vía legislativa previamente de una lista de enfermedades profesionales, pero con la existencia de

⁵²³ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica”, *cit.*, pág. 88, puntualiza que “la existencia de listas oficiales para las enfermedades profesionales tiene desviaciones indeseables: cualquier enfermedad no listada no es profesional, aunque pueda probarse su conexión con el trabajo y obtener el mismo tratamiento que el accidente de trabajo. En nuestro ordenamiento el problema deriva de la rigidez del sistema, que puede ignorar actividades determinantes de enfermedad y desconocidas en el momento de la realización de la lista formal”.

⁵²⁴ BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A., *Curso de Seguridad Social I. Parte general*, *cit.*, pág. 300.

una cláusula abierta para que, mediante la analogía o la valoración judicial, puedan añadirse nuevas enfermedades profesionales surgidas con la evolución de la producción, de las tecnologías y de los conocimientos médicos y científicos⁵²⁵; y que se acepta la posibilidad de probar la conexión causal del trabajo con la enfermedad que padece el trabajador, dando lugar a la consideración y calificación de la patología sufrida como enfermedad profesional, aunque no esté contemplada en el cuadro o lista⁵²⁶.

4.3. La regulación de la enfermedad profesional en las normas nacionales

Sin perjuicio de que la noción amplia de dolencia establecida por la jurisprudencia, y de que algunas enfermedades específicas (como la silicosis) hubieran sido objeto de atención especializada⁵²⁷, fue la Ley de Bases de Enfermedades Profesionales, de 13 de julio de 1936, la primera norma con regulación específica en esta materia, y en la que se incluía un listado de enfermedades (21 en total) y una relación de las industrias o trabajos en los que podían contraerse. La citada Ley fue consecuencia de la ratificación por España del Convenio (núm.) 18 de la OIT de 1925, sobre indemnización por enfermedades profesionales.

A partir del Decreto de 10 de enero de 1947, de enfermedades profesionales, y su Reglamento (Decreto de 19 de julio de 1949), se definen las enfermedades profesionales y se regulan con carácter general, estableciéndose un aseguramiento especial para ellas (de forma autónoma respecto del accidente de trabajo), que contenía en su anexo el cuadro de enfermedades profesionales y daba una definición material de la enfermedad profesional de la siguiente forma: “Son enfermedades profesionales aquellas que, producidas por consecuencia del trabajo y con evolución lenta y progresiva, ocasionen al

⁵²⁵ LÓPEZ GANDÍA, J. y AGUDO DÍAZ, J., *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*, Bomarzo, Albacete 2007, pág. 17.

⁵²⁶ Véase, MORENO CÁLIZ, S., “La lista española de Enfermedades Profesionales a la luz de recientes textos internacionales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004, pág. 120, quien señala que esta posibilidad se acepta en el sistema de reconocimiento mixto de las enfermedades profesionales, que es defendido por la OIT en sus textos legales, y que la Recomendación 194 institucionaliza y consolida.

⁵²⁷ La Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de marzo de 1941 instituyó el seguro obligatorio de silicosis, enfermedad profesional por antonomasia de los mineros.

productor una incapacidad para el ejercicio normal de su profesión o la muerte”.

Más adelante, el Decreto 792/1961, de 13 de abril, aprobó un nuevo cuadro con las enfermedades que merecían esa calificación, y estableció nuevas pautas para su tratamiento (reconocimientos médicos, periodos de observación, cambio de puesto de trabajo, etc.); y fue desarrollado por la Orden de 9 de mayo de 1962, aún vigente en buena parte de sus preceptos. Ambos, derogaron la normativa anterior y reordenaron el Seguro de Enfermedades Profesionales, pero manteniendo el régimen de lista cerrada⁵²⁸ y sin definir el concepto de enfermedad profesional⁵²⁹. Una vez implantado el sistema de Seguridad Social, la enfermedad profesional pasó a ser una de las contingencias protegidas, y contó con una previsión específica dentro de la correspondiente Ley de Seguridad Social de 1966, de la Ley General de Seguridad Social de 1974, y en la LGSS actual.

El cuadro de enfermedades profesionales se contemplaba en el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo (parcialmente modificado por Real Decreto 2821/1981, de 27 de noviembre) que fue tachado de obsoleto y con un desfasado catálogo.

La lista de enfermedades profesionales de 1978, presenta más similitudes con la lista europea aprobada en el año 2003 que con la lista internacional elaborada por la OIT en el 2002. Tanto la lista europea como la lista internacional han sido elaboradas pensando antes en la prevención de las enfermedades que incluyen en su texto, que en la reparación del daño que producen en la salud de los trabajadores. La estructura de ambas listas es muy similar, al agrupar las enfermedades por características comunes, identificando, en

⁵²⁸ En la STSJ Cataluña 2950/2003, de 13 de mayo de 2003 (JUR 2003, 160563), se concreta que “pese a la discusión doctrinal sobre si la lista es o no abierta (por la generalidad de la formulación de algunos apartados, que permitirían a través de la analogía añadir enfermedades no listadas y considerarlas como profesionales por la vía judicial), sigue vigente un sistema de lista cerrada, de manera que, cuando surja una enfermedad nueva habrá que acudir al artículo 115.2.e) LGSS y considerarla como accidente de trabajo, hasta que no se modifique y se actualice el Decreto por el Gobierno. Sólo en el caso Ardystil, la Resolución de 30-12-1993 (de manera provisional), hizo una interpretación abierta de sistema de lista, situando el síndrome en un apartado del Real Decreto 1995/78, aunque no se haya precisado en concreto el agente enfermante. Un argumento todavía en el sentido de que se trata de una lista cerrada es que el artículo 116.2 LGSS establece que el Decreto que regule el cuadro de enfermedades profesionales debe establecer “el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo”, por lo que el Decreto no puede ser ejemplificativo, sino cerrado”.

⁵²⁹ MONTOYA MELGAR, A., *Curso de Seguridad Social*, 2ª edición, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, pág. 368.

algunos casos, el agente o sustancia enfermante y, en otros, el aparato o parte del cuerpo afectada por la enfermedad, pero no establecen la actividad o actividades concretas que pueden generar o producir esas patologías, a diferencia de lo que hace el legislador español en el cuadro de enfermedades profesionales vigente. Efectivamente, el cuadro español establece una conexión entre enfermedad, agente y actividad. En algunos epígrafes del mismo se identifican todas y cada una de las actividades con riesgo de producir enfermedades profesionales (lista cerrada de actividades), pero en otras la descripción de las actividades es simplemente ejemplificativa, dando lugar así a la posibilidad de incluir otras actividades que no están expresamente mencionadas en el cuadro. Conviene tener presente que la lista española de enfermedades profesionales es un cuadro de enfermedades que dan lugar a reparación⁵³⁰.

El nuevo cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social se establece por Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre (BOE, 19 de diciembre)⁵³¹. Se estructura -siguiendo la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales- sobre un primer anexo, conteniendo la lista de enfermedades profesionales cuyo origen profesional se ha reconocido científicamente, y un segundo anexo, que establece una lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha, y que podrían contemplarse en el primero en el futuro⁵³².

Con ello, a nuestro juicio, se da un gran paso a partir del Real Decreto 1299/2006 porque se elimina el sistema de lista cerrada tan anticuado y que tanto perjudicó al trabajador, pues tiene el inconveniente de que el catálogo quede desfasado, manteniendo afecciones ya desaparecidas retrasando la incorporación de nuevas enfermedades profesionales que vayan apareciendo. La revisión del cuadro de enfermedades profesionales debe ser un hecho y no una mera ilusión con el fin de eliminar la rigidez de la lista.

⁵³⁰ MORENO CÁLIZ, S., "La lista española de Enfermedades Profesionales a la luz de recientes textos internacionales", *cit.*, pág. 129.

⁵³¹ Véase un análisis comparativo del cuadro de enfermedades profesionales instaurado por el Real Decreto 1299/2006 y sus diferencias con el cuadro de enfermedades profesionales aprobado por el Real Decreto 1995/1978 en LANTARÓN BARQUÍN, D., "Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica", *cit.*, págs. 420 y ss.

⁵³² FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, *cit.*, págs. 127-128.

Como hemos visto, el tratamiento que la normativa de Seguridad Social da a la enfermedad profesional se enmarca dentro del tratamiento inseparable de las contingencias profesionales, que, por otro lado, choca con el principio de consideración conjunta de las contingencias de la LBSS; aunque la enfermedad profesional y el accidente de trabajo gozan de muchos puntos en común, presentan algunas diferencias que el legislador ha querido mantener como especialidades, propias de la tutela de la enfermedad profesional.

Con ello no sólo se ensancha el abismo que separa a las contingencias comunes de las contingencias profesionales en materia de protección social, sino que además se traza una línea de separación relevante entre las mismas contingencias de etiología laboral, por lo que el ideal mencionado de consideración conjunta de las contingencias se aleja⁵³³.

4.4. La definición legal de enfermedad profesional y los requisitos establecidos

El concepto de enfermedad profesional experimenta una evolución unida al accidente de trabajo, desde la STS de 17 de junio de 2003. De la enfermedad profesional se ocupa específicamente el artículo 116 LGSS, según el cual, es enfermedad profesional “la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena”. Y junto a este presupuesto, ha de reunir dos características: a) Que se contraiga “en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley”; y b) “Que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”. Como sus precedentes, el citado artículo remite al cuadro normativo de enfermedades profesionales vigente en cada momento⁵³⁴.

⁵³³ MORENO CÁLIZ, S., “La tutela de la enfermedad profesional: aspectos controvertidos”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2001, BIB 2001/990, edición digital en westlaw.es, pág. 1.

⁵³⁴ Sobre esta cuestión, conviene destacar las SSTS de 14 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3748), según la cual debe presumirse que la conducta omisiva de la empresa de las medidas de seguridad, en casos de enfermedad profesional (como la derivada del amianto), contribuye al incremento del riesgo sobre la salud de los trabajadores y permite establecer el nexo causal entre dicho incumplimiento y la enfermedad profesional, a efectos de reconocer el recargo en las prestaciones derivadas de aquella contingencia; de 20 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7386) que no considera que existe enfermedad profesional en epicondilitis en codo sufrida por una cajera de entidad bancaria; de 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 4339) que sí considera enfermedad profesional el cáncer de laringe producido por inhalación de polvo de amianto (asbesto); y de

Por tanto, los tres elementos esenciales⁵³⁵, exigidos legalmente, son:

a) Que la enfermedad sea contraída por el trabajo prestado por cuenta ajena⁵³⁶. Si bien, en la actualidad, también tienen la contingencia cubierta los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, y los del RETA, que opten por dicha cobertura. La concausalidad entre el trabajo y la dolencia o enfermedad producida aquí es mucho más rígida que en la definición de accidente de trabajo, al no poder producirse la enfermedad profesional con ocasión del trabajo, sino siempre por “consecuencia” del trabajo realizado⁵³⁷. En este sentido, el Alto Tribunal señala que a diferencia del accidente de trabajo en el que es necesaria la prueba del nexo causal entre trabajo y dolencia para su calificación de laboralidad, en virtud del artículo 116 LGSS tal prueba no se exige en ningún caso al trabajador en el supuesto de enfermedades profesionales listadas: “La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del TS, a partir de la sentencia de 19 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2578), ha venido señalando, que a diferencia del accidente de trabajo respecto del que es necesaria la prueba del nexo causal lesión-trabajo para la calificación de laboralidad, en virtud de la presunción contenida en el artículo 116 LGSS tal prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas, mientras que sí se pide en principio en los accidentes de trabajo en sentido estricto”⁵³⁸.

b) Que sea consecuencia de las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones reglamentarias de aplicación y desarrollo de la Ley⁵³⁹.

20 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1782) relativa a enfermedad incluida en el listado del Real Decreto 1995/1978, de 12 mayo, concretamente, hipoacusia neurosensorial bilateral por exposición prolongada a niveles de ruido superiores a 80 decibelios.

⁵³⁵ A este respecto, la STS de 24 de abril de 1985 (RJ 1985, 1912) señaló que para que una enfermedad sea profesional, se requiere, que ésta sea contraída a consecuencia del trabajo ejecutado, se especifique en el cuadro correspondiente y esté provocada por los elementos o sustancias que se indiquen para cada una de ellas, requisitos cuya concurrencia es precisa, dándose nexo de causalidad suficiente entre los productos manipulados y enfermedad padecida.

⁵³⁶ La STSJ Murcia de 12 de julio de 2010 (JUR 2010, 296557), señala la inexistencia de nexo causal entre enfermedad y trabajo habitual, al existir una formación y equipo de protección adecuado, y sometido a ruidos que no superan los 80 decibelios.

⁵³⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 50.

⁵³⁸ Según la STS de 20 de diciembre de 2007, FJ 4 (RJ 2008, 1782). En igual sentido, SSTS de 25 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 8653), de 28 de enero de 1992 (RJ 1992, 131), de 4 de junio de 1992 (RJ 1992, 4785), de 9 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7624), de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7663).

⁵³⁹ BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALMER CARRASCO, M. A., *Curso de Seguridad Social I. Parte general*, cit., pág. 303, señalan que en la enfermedad profesional la relación de

Esto implica que para que una enfermedad sea catalogada como profesional, no basta con que haya sido adquirida a consecuencia del trabajo, sino que, además, ha de ocurrir en alguna de las actividades que se incluyan en la lista.

c) Que la enfermedad este producida por elementos o sustancias listadas en el cuadro de enfermedades. Es necesario que la enfermedad profesional se haya producido precisamente por los elementos, sustancias, agentes físicos o agentes que se detallan en el citado cuadro⁵⁴⁰. Si las sustancias, agentes, etc., proviniesen del trabajo pero no se encontrasen entre las que en el indicado cuadro dan lugar a la enfermedad profesional, estaríamos ante una enfermedad que podría tener la consideración de accidente de trabajo, si se prueba su conexión con el mismo. No obstante, matiza el Alto Tribunal que “la no especificación de una enfermedad en el cuadro de enfermedades profesionales permite, *a fortiori*, entender incluidas otras, cuando éstas más graves son causadas por los elementos y en la actividad que se indica en el cuadro de enfermedades profesionales”⁵⁴¹.

Es importante recordar que reunidos los requisitos exigidos, nuestro ordenamiento determina una presunción *iuris et de iure* a favor del reconocimiento de la enfermedad como profesional, a pesar de que algún sector doctrinal minoritario opina que la presunción del artículo 116 LGSS no debe interpretarse *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, admitiendo siempre prueba en contrario⁵⁴². Así pues, frente al concepto amplio y flexible de accidente de trabajo, el de enfermedad profesional, lo es mucho más estricto al tener que concurrir los requisitos antes mencionados, pero una vez que se acreditan los mismos, a nuestro juicio, existe una presunción *iuris et de iure*⁵⁴³, esto es, no se admite prueba en

causalidad se presume por la realización de ciertos trabajos, con ciertas sustancias y en ciertas actividades por su inclusión en una lista.

⁵⁴⁰ Por tanto, debe existir una relación de causalidad entre el trabajo y la dolencia (enfermedad profesional padecida).

⁵⁴¹ STS de 13 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9303), relativa a un cáncer de laringe por amianto.

⁵⁴² STS de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2092). Surge el problema de interpretación del alcance de la presunción legal *-iuris tantum o iuris et de iure-* de la calificación como enfermedad profesional (“se entenderá por enfermedad profesional (...)”) de las dolencias incluidas en el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales; “si la inclusión de una dolencia en la citada lista se calificara como presunción legal *iuris tantum* de incapacidad por riesgo profesional, podría resultar factible la aplicación prevalente del artículo 115.2.f) LGSS (calificación como accidente de trabajo) sobre el artículo 116 LGSS (calificación como enfermedad profesional) de una enfermedad listada o incluida en la lista del Real Decreto 1995/1978. Este problema es primordialmente jurídico, en el sentido de que para su solución bastan los instrumentos y los razonamientos que son propios de la hermenéutica jurídica”.

⁵⁴³ En palabras de MARTÍNEZ DE VIÉRGOL LANZAGORTA, A., “La consideración del síndrome del *Burn out* como constitutivo de la contingencia profesional del accidente de trabajo origen de la declaración de incapacidad permanente absoluta”, *cit.*, págs. 213-214, “para poder ser considerada como enfermedad

contrario de que estamos ante una enfermedad profesional. El Alto Tribunal ha matizado que el alcance de la presunción legal de laboralidad de las enfermedades profesionales incluidas en la lista reglamentaria tiene en materia de Seguridad Social la finalidad meramente instrumental de facilitar la acreditación de la protección reforzada de los riesgos profesionales y no la finalidad sustantiva de diferenciar de manera significativa la intensidad de la protección dispensada⁵⁴⁴.

Respecto a la posibilidad de modificación y ampliación del cuadro de enfermedades profesionales, cabe señalar que, si bien es de carácter cerrado, tasado, es susceptible de modificaciones y ampliaciones, para lo cual habrá que seguir el procedimiento reglamentariamente establecido, y, en todo caso, se habrá de contar con informe preceptivo del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (tal como previene el artículo 116.2 LGSS). Además de la previsión legal reglamentaria, el artículo 2.1 Real Decreto 1299/2006 contempla la posibilidad de que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social “previos los informes preceptivos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad” pueda decidir la ampliación de los supuestos considerados como nuevas enfermedades profesionales. Amparándose en esta otra previsión, la Resolución de la Secretaría General de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, de 30 de diciembre de 1993, dio provisionalmente la calificación de enfermedad profesional, a todos los efectos, a la enfermedad conocida como “Síndrome de Ardystil”, contraída por diversos trabajadores en industrias del sector de aerografía textil de la Comunidad Valenciana.

profesional una enfermedad es necesario, no sólo que se dé con ocasión o en el desarrollo de su trabajo sino que además apareciese incluida en el listado de enfermedades profesionales *ad hoc*, en cuyo caso se aplicaría la presunción “*iuris et de iure*” de su carácter laboral y en caso de no estar allí referenciada, es criterio jurisprudencial habitual de los Tribunales reconducir su protección a través del accidente de trabajo”.

⁵⁴⁴ La STS de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2092) argumenta que “no se desprende, del artículo 116 LGSS, necesariamente, la consecuencia de excluir para la enfermedad listada la calificación de accidente de trabajo en sentido estricto, ya que, desde el punto de vista del asegurado, aquélla y éste conducen virtualmente a las mismas consecuencias prácticas. La presunción legal del citado precepto es, en suma, una presunción sobre el régimen de la prueba, es decir, una presunción *iuris tantum* que admite en principio prueba en contrario, y no una ficción jurídica o presunción *iuris et de iure*, relativa al régimen jurídico sustantivo de un determinado supuesto de hecho”. En igual sentido, STSJ Aragón de 30 de octubre de 2007 (JUR 2008, 32298).

Por otro lado, las enfermedades no incluidas en el cuadro legal que sean incorporadas como enfermedades profesionales a la lista europea, serán objeto de inclusión por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en el cuadro de enfermedades profesionales que se aprueba por el Real Decreto 1299/2006, previo informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Conviene recordar que frente al accidente de trabajo, que es inmediato, la enfermedad profesional requiere un periodo de observación antes de ser diagnosticada.



CAPÍTULO III. LA COBERTURA DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL SEGÚN LA CONTINGENCIA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

Con toda la complejidad que implican las delimitaciones de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, hemos optado en este capítulo por excluir del estudio, aquellas contingencias que solo admiten un origen común (maternidad, paternidad, jubilación, protección a la familia en su vertiente contributiva) y el desempleo, de por sí merecedoras de investigación científica, para centrarnos en aquellas prestaciones derivadas de contingencias profesionales, (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), ya sea de forma compartida con las contingencias comunes: asistencia sanitaria, IT, IP en sus diversos grados, muerte y supervivencia; ya sea de forma exclusiva: prestación por riesgo durante el embarazo, y prestación por riesgo durante la lactancia natural.

El análisis del régimen de prestaciones que se deriva de las contingencias profesionales nos permite establecer valoraciones al respecto de la conveniencia de su mantenimiento como contingencia diferenciada o bien, al contrario, establecer hipótesis de trabajo para una situación previsible de trato indiferenciado de las situaciones de riesgo, o al menos, un acercamiento entre ellas, al margen de su carácter común o profesional.

Asimismo, la tendencia hacia la uniformidad de la protección dispensada sin atender al origen de la contingencia, es tan sólo una idea-fuerza o una aspiración inherente al modelo conceptual avanzado de Seguridad Social, según la doctrina constitucional. En efecto, la propia Constitución parece que permite sin imponer, diferente cobertura, según el origen de la contingencia contraída, por lo que cabría proponer un modelo indiferenciado de contingencias en las prestaciones. En este sentido señala el TC que “no

es ilegítimo ni irrazonable que el legislador pueda tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso de unas prestaciones respecto del que pueda acordar para otras distintas, ocasionadas por contingencias diversas, al ser estos conceptos técnicos que aún son clave de la protección dispensada por nuestra Seguridad Social”⁵⁴⁵.

Nuestra labor se centra en la problemática que suscitan las prestaciones de Seguridad Social, concretamente de los trabajadores encuadrados en el Régimen General, de ahí que en el presente capítulo abordemos las peculiaridades de la protección reforzada de la asistencia sanitaria, de la IT e IP, de las prestaciones por muerte y supervivencia, y, por último, de aquellas prestaciones que tienen un riesgo exclusivamente profesional; además haremos indicaciones de los Regímenes y Sistemas en aquellos aspectos que se asimilen al Régimen General.

Finalmente, en relación con la prestación por desempleo, debe señalarse que se trata de una figura ciertamente peculiar, porque si desde el punto de vista de su naturaleza podría considerarse como una contingencia profesional, en el sentido de que únicamente se causa derecho cuando el trabajador cesa en su actividad laboral, por lo que se encuentra íntimamente relacionado ese cese en su trabajo con el desempleo, sin embargo, a la vista de su régimen técnico jurídico no parece que se considere como profesional, sino que se acerca más al tratamiento de las contingencias comunes ordinarias de las prestaciones de Seguridad Social. Esto, se puede apreciar en varios aspectos como el de la exigencia de periodos de carencia previos; o la cuestión de que, a efectos de los periodos de ocupación cotizada, no juega la teoría de los días cuota, porque en lugar de simple cotización, se exige trabajo cotizado; no se aplica la tarifa de primas; es gestionado por un organismo autónomo distinto del INSS; de ahí que entendamos que el tratamiento de la protección por desempleo desborda, al igual que las prestaciones de origen exclusivamente común el objeto de estudio de la presente investigación.

⁵⁴⁵ SSTC de 20 de diciembre de 1993 (RTC 1993, 375); de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 184); de 20 de septiembre de 1990 (RTC 1990, 142); y de 20 de diciembre de 1988 (RTC 1988, 253).

1. PARTICULARIDADES DE LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA DERIVADA DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES

La alteración de la salud es una contingencia prevista como un riesgo objeto de cobertura por la Seguridad Social, que por razones históricas y organizativas se manifiesta como una IT, en los casos en que le imposibilite al trabajador el desempeño de su actividad. La actualización de aquellos riesgos cubiertos por prestaciones en los que además del importe económico (sustitutivo del salario), se produce una alteración de la salud y por ello precisan de asistencia sanitaria, necesitan de una doble protección que nace tanto del exceso de gastos que ha de producir el tratamiento médico como del defecto de ingresos que conlleva la disminución o desaparición de la capacidad de ganancia⁵⁴⁶. La Seguridad Social se enfrenta a la alteración de la salud con las prestaciones de asistencia sanitaria y, desde el plano económico, con subsidios o con pensiones.

1.1. El reflejo del trato privilegiado en la asistencia sanitaria

La asistencia sanitaria aparece como un derecho fundamental, básicamente en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 de la Organización de Naciones Unidas⁵⁴⁷, y en el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000 (que adquiere el mismo carácter jurídico vinculante de los Tratados, al ser adaptada por el Tratado de Lisboa)⁵⁴⁸, que reconoce el derecho de toda persona a la atención sanitaria⁵⁴⁹. Pronunciamiento congruente con la afirmación de

⁵⁴⁶ Como señala la jurisprudencia, en STC de 22 de noviembre de 1983 (RTC 1983, 103), “la Seguridad Social protege situaciones o estados de necesidad que nacen de la actualización de alguno de los riesgos cubiertos (accidente, enfermedad, paro, etc.) y que se traducen en perjuicios para el beneficiario, ya sea por exceso de gastos, ya sea por defecto de ingresos”.

⁵⁴⁷ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas número 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. Este artículo dice así: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

⁵⁴⁸ A su tenor, “toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”.

⁵⁴⁹ MONTOYA MELGAR, A., “Equidad y universalidad en la sanidad pública”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 174, 2015, BIB 2015/1041, edición digital en westlaw.es, pág. 1. Señala el autor que “uno de los principios definidores de la asistencia sanitaria pública viene siendo el de equidad en

la universalidad de los derechos humanos contenida en el artículo 21 del Tratado de la UE. Asimismo los Convenios de la OIT regulan con carácter de mínimos su contenido y duración cuando tiene su origen en un riesgo profesional⁵⁵⁰.

La sanidad pública española, iniciada con la Ley de 28 de noviembre de 1855, sobre el Servicio General de Sanidad⁵⁵¹, y continuada durante dilatados periodos por el Real Decreto de 12 de enero de 1904, que aprueba con carácter definitivo la Instrucción General de Sanidad Pública⁵⁵², y la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de Sanidad Nacional⁵⁵³, se caracterizó por centrarse en la protección colectiva de la población, básicamente en su dimensión de acción preventiva. Durante una larga etapa histórica, la sanidad pública ignoró, en efecto, la asistencia sanitaria individual. Para que fuera objeto específico de cobertura hubo que esperar a la creación del Seguro Obligatorio de Enfermedad por Ley de 14 de diciembre de 1942, reglamentada por Decreto de 11 de noviembre de 1943, y cuya acción protectora a favor de los “productores económicamente débiles” fue complementada por el Mutualismo Laboral, y luego desarrollada por la Seguridad Social propiamente dicha (LBSS y texto articulado aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril), que prestaba dicha asistencia al gran sector de la población constituido por los trabajadores, pensionistas y sus respectivos familiares⁵⁵⁴.

La protección de la salud en el ámbito de la Seguridad Social se realiza a través de la prestación de asistencia sanitaria, cuyo contenido son todas las atenciones y cuidados que son dispensados por el personal sanitario, tanto con finalidad preventiva como recuperadora, para cubrir todas aquellas contingencias (enfermedades y accidentes) que repercuten sobre la salud física o psíquica de la persona⁵⁵⁵.

La prestación de asistencia sanitaria es la que mejor puede expresar el principio esencial de la Seguridad Social, el de solidaridad, porque cuando se provee de modo más

el acceso a las correspondientes prestaciones, principio básicamente vinculado a la idea de igualdad y que remite también a la idea de justicia; en este sentido, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refiere a condiciones de trabajo justas y equitativas en su artículo 31”.

⁵⁵⁰ Como tendremos ocasión de analizar. Concretamente, en el Capítulo IV, epígrafe 1 referido a la protección de las contingencias profesionales en las normas internacionales.

⁵⁵¹ Gaceta de 7 de diciembre.

⁵⁵² Gaceta de 21 de febrero.

⁵⁵³ BOE de 26 de noviembre.

⁵⁵⁴ Véase, MONTROYA MELGAR, A., “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2004, págs. 689-698.

⁵⁵⁵ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, cit., págs. 337-338.

perfecto, desconecta de los mecanismos de mercado los medios para la recuperación de la salud alterada de tal modo que todos los sujetos protegidos, con indiferencia de su nivel de rentas u otras circunstancias personales, obtienen el conjunto de prestaciones que la conforman en función solamente de la necesidad de recuperar su salud, sin otros límites que los establecidos de modo general para todo el Sistema de acuerdo a sus condicionamientos económicos (lo importante es, por tanto, la recuperación de la salud alterada); siendo esto así, debería resultar indiferente la causa por la que la salud ha sido menoscabada, si un accidente común o de trabajo, una enfermedad común o profesional⁵⁵⁶. Ello implica una completa superación de la técnica del seguro, aun con independencia de que la organización del Sistema no olvide los riesgos sociales que están en su base y que fueron esenciales para construir los Seguros Sociales⁵⁵⁷.

La asistencia sanitaria puede ser reconocida y prestada de forma universal⁵⁵⁸, en igualdad de condiciones y con el mismo alcance para todos los ciudadanos, sin tener en cuenta su situación profesional, o bien ser entendida en un sentido estrictamente jurídico-laboral y estar condicionada a la laboralidad. Entendemos que lo ideal sería un Sistema universal financiado total o parcialmente a través de los presupuestos públicos en lugar de cotizaciones. “Es cierto que no todo lo socialmente deseable es económicamente posible”⁵⁵⁹, “pues el ejercicio de los derechos prestacionales se encuentra condicionado a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata”⁵⁶⁰.

Sin duda, la igualdad en el acceso y entidad de las prestaciones sanitarias, cualquiera que sea la contingencia, e incluso fuera del ámbito profesional o contributivo,

⁵⁵⁶ APARICIO TOVAR, J., “Asistencia Sanitaria”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006, pág. 617.

⁵⁵⁷ APARICIO TOVAR, J., *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 130.

⁵⁵⁸ La asistencia sanitaria, como prestación de la Seguridad Social, está, en suma, inserta en el modelo nacional de sanidad universal; de naturaleza no contributiva la califica el artículo 86.2 b LGSS, salvo que se derive de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

⁵⁵⁹ MONTOYA MELGAR, A., “Equidad y universalidad en la sanidad pública”, *cit.*, pág. 1

⁵⁶⁰ STC de 19 de octubre de 1989 (RTC 1989, 172).

es un objetivo que difícilmente puede abandonarse, so pena de dar un gran paso hacia atrás en el nivel de civilización conseguido por las actuales sociedades avanzadas⁵⁶¹.

Históricamente, ha habido un tratamiento diferenciador para los riesgos profesionales frente a los comunes que llegaban (y llegan) hasta la asistencia sanitaria, pero la tendencia a difuminar las diferencias es evidente, de tal manera que nuestro Sistema provee un conjunto de prestaciones para recuperación de la salud de todos los sujetos incluidos en su campo de aplicación que constituye un suelo común para todos ellos, pero cuando la alteración de salud se ha producido por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la de asistencia sanitaria tiene algunas particularidades diferenciadoras sobre lo que podríamos decir el régimen común; esas particularidades son debidas al peculiar tratamiento que todavía hoy tienen en nuestro Sistema la contingencia de accidente de trabajo y enfermedad profesional, lo que merece una severa crítica, pues no está justificado un trato distinto especialmente en lo que a la recuperación de la salud se refiere, en los casos de los llamados riesgos profesionales frente a los riesgos comunes⁵⁶².

Inclinándose hacia el objetivo de la protección universalista, la vigente legislación española ha superado la concepción tradicional que centraba la protección sanitaria pública en la atención a los trabajadores, y ha llegado prácticamente, aunque aún no de modo absoluto, a la universalización de las prestaciones sanitarias: el desplazamiento de la gestión de la asistencia sanitaria desde la Seguridad Social (sucesora del Seguro Obligatorio de Enfermedad) hasta el Sistema Nacional de Salud (en adelante, SNS) ha ido acompañado en nuestro ordenamiento por el cambio de financiación, desde la “profesional” basada en las cotizaciones de trabajadores y empresarios hasta la “universal” fundada en el impuesto⁵⁶³.

⁵⁶¹ CARRIN, G. y JAMES, C., “El seguro social de salud: factores clave que inciden en la transición hacia la cobertura universal”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, volumen 58, núm. 1, 2005, págs. 53-74.

⁵⁶² APARICIO TOVAR, J., “Asistencia Sanitaria”, *cit.*, págs. 617-618. En este sentido, señala que un accidentado, tanto si es de trabajo como si es por causas comunes debe recibir una prestación que ponga en marcha los medios más adecuados para la recuperación completa de su salud alterada, porque el derecho a la protección de la salud está ligado a los derechos de la personalidad y dignidad humana (artículos 15 y 10 CE y 43 CE). Cosa distinta son las indemnizaciones económicas que deba de recibir cada uno de los accidentados, el de trabajo y el común. En la asistencia sanitaria, hay que insistir, no tiene justificación el tratamiento diferenciado, peyorativo o de favor.

⁵⁶³ MONTOYA MELGAR, A., “Equidad y universalidad en la sanidad pública”, *cit.*, págs. 2-3.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁵⁶⁴, en su Exposición de Motivos señaló dos objetivos fundamentales que se persiguen con la instauración progresiva del SNS⁵⁶⁵, al señalar que para apoyar definitivamente la formulación de la Ley, hay que aludir a dos razones de máximo peso, por provenir de nuestra Constitución, que hacen que la reforma del sistema no pueda ya demorarse:

1ª) Universalización: el reconocimiento en el artículo 43 CE⁵⁶⁶, y en el artículo 49 de nuestro texto normativo fundamental, del derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud, derecho que, para ser efectivo, requiere de los poderes públicos la adopción de las medidas idóneas para satisfacerlo. La Ley da respuesta a este requerimiento constitucional, reconociendo el derecho a obtener las prestaciones del Sistema sanitario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España, si bien, por razones de crisis económica que no es preciso subrayar, no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones, sino que programa su aplicación paulatina, de manera que sea posible observar prudentemente el proceso evolutivo de los costes.

2ª) Con una mayor incidencia aun en el plano de lo organizativo, se constata una institucionalización, a partir de las previsiones del título VIII de nuestra Constitución, sobre las Comunidades Autónomas en todo el territorio del Estado, en cuyos Estatutos se les reconocen amplias competencias en materia de Sanidad. Esta situación, les otorga de una trascendencia de primer orden, entendiéndose que si no se acierta a poner a disposición de las mismas, a través de los procesos de transferencias de servicio, un dispositivo sanitario suficiente como para atender las necesidades sanitarias de la población residente en sus respectivas jurisdicciones, las dificultades organizativas tradicionales pueden

⁵⁶⁴ BOE de 29 de abril.

⁵⁶⁵ Es un sistema sanitario único que integra todos los servicios previamente existentes y goza de autonomía funcional y conceptual respecto del Sistema de Seguridad Social; está descentralizado como consecuencia de la progresiva asunción de competencias en este ámbito por las CC.AA., que han creado sus propios servicios sanitarios dentro del sistema común. El SNS es el conjunto de los servicios de salud de la Administración del Estado y de los servicios de salud de las CC.AA. En consecuencia, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) tiene atribuidas funciones esencialmente de coordinación, sin perjuicio de su competencia para organizar la atención sanitaria en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

⁵⁶⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V. y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., “El régimen jurídico de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. La organización y clasificación de las prestaciones en general”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008, pág. 427, señalan que “aunque en zona de protección jurídica tibia, dentro de los denominados principios de la política social y económica, el derecho a la protección a la salud se reconoce en el artículo 43 CE”.

incrementarse, en lugar de resolverse⁵⁶⁷. El Estado, en virtud del artículo 149.1.16 CE, establece los principios y criterios sustantivos que permitan conferir al nuevo sistema sanitario unas características generales y comunes, que sean fundamento de los servicios sanitarios en todo el territorio del Estado⁵⁶⁸.

Los dos objetivos destacados, tanto la universalización como la transferencia a las CC.AA. son algo hoy, prácticamente conseguido⁵⁶⁹. Se puede afirmar que la universalización sitúa la cobertura de esta contingencia extramuros de la propia Seguridad Social *strictu sensu*, pues ya no es necesaria la pertenencia al Sistema, como tal, para que se proteja la misma, y de ello podemos extraer estas dos conclusiones: 1ª) Que la única contingencia general que precisa de una prestación de tipo técnico, no económico, aunque se pueda articular igualmente en torno al concepto de situación de necesidad, es la asistencia sanitaria, reconduciéndose de este modo más nítidamente la protección social específica al ámbito de las prestaciones de tipo económico; y 2ª) La contingencia protegida, esa alteración de la salud, que parece que hace referencia a cambios perjudiciales en la misma, podría ampliarse hacia lo que es el estado de salud en sí mismo, toda vez que dentro de los principios generales del pretendido y en buena medida instaurado Sistema de Salud, no sólo se encuentra la reparación de la salud dañada, sino también la prevención de enfermedades⁵⁷⁰.

La tendencia hacia la universalización de la asistencia sanitaria, y de su concepción no estrictamente “productivista” tiene su raíz última, a nivel constitucional,

⁵⁶⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “Las prestaciones por Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente en un mundo laboral cambiante”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74 Extra (Seguridad Social), 2008, pág. 318: La Asistencia Sanitaria está teñida del reparto constitucional de competencias. Como es bien conocido, nuestras Comunidades Autónomas tienen, cada una de ellas, un sistema sanitario público de salud, pues el proceso de transferencias culminó en el año 2001. Los diferentes Servicios Públicos de Salud constituyen el conjunto articulado de servicios del SNS,

⁵⁶⁸ En la actualidad, las prestaciones sanitarias del Servicio Nacional de Salud son responsabilidad financiera de las CC.AA. de conformidad con los acuerdos de transferencias y el vigente sistema de financiación autonómica (artículos 10.1 Ley 16/2003, de 28 de mayo, y 2.3 Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización (BOE de 16 de septiembre).

⁵⁶⁹ APARICIO TOVAR, J., “Asistencia Sanitaria”, *cit.*, pág. 620, donde se insiste que no existe un auténtico derecho subjetivo de todos los ciudadanos o residentes en nuestro país a la protección sanitaria, por mucho que aparentemente esté proclamado en el artículo 43 CE.

⁵⁷⁰ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J., *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad (en el sistema español de Seguridad Social)*, *cit.*, págs. 29-30.

en el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 CE⁵⁷¹. Esta tendencia, en cuanto componente básico del derecho a la protección a la salud, ha de encontrar su razón de ser en el artículo 15 CE, de forma que existe un “permanente impulso constitucional” hacia dicho objetivo más allá de los dispuesto en los artículos 41 y 43 CE⁵⁷².

Es incierta y contradictoria la técnica seguida por el poder constituyente para reconocer el derecho a la protección asistencial sanitaria a favor de los ciudadanos. Aunque llamativo resulta este equívoco reconocimiento, tampoco es privativo de los artículos 41 y 43 CE. La atención constitucional a la protección de la salud aparece difuminada a través de diferentes preceptos de su articulado, cuyos más relevantes son los siguientes⁵⁷³: el artículo 15 CE reconoce el derecho a la vida y a la integridad personal; el artículo 40.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de velar por la seguridad e higiene en el trabajo; el artículo 45 CE establece el derecho de todos a disfrutar de una calidad de vida en un medio ambiente adecuado; el artículo 51.1 CE impone la obligación de garantizar la salud de las personas como consumidores de productos y/o usuarios de servicios públicos.

El mantenimiento de determinados privilegios, como determinadas medidas rehabilitadoras o complementarias, cuando la salud dañada es consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, sirve para poner de manifiesto, que la incidencia del riesgo sobre la contingencia dentro de este nivel contributivo es algo que

⁵⁷¹ En este sentido, véase APARICIO TOVAR, J., *La Seguridad Social y la protección de la salud*, cit., págs. 84 y ss.

⁵⁷² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y DEL REY GUANTER, S., “Informe español”, en AA.VV., *Protección de la salud y derecho social*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 99, señalan que “no parece conveniente el mantenimiento de una visión excesivamente productivista de la asistencia sanitaria, en el sentido de ser un bien protegible en base a su utilidad en el ámbito de las relaciones económicas y laborales”. Por su parte, CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La protección de la salud en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, pág. 401, señalan que “el derecho a la protección de la salud está reconocido en el artículo 43 CE dentro de los principios rectores de la política social y económica, encomendando acto seguido a los poderes públicos la tarea de organización y tutela de la salud pública, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios que sean necesarios, y tras el mandato a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social del artículo 41 CE”.

⁵⁷³ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008, págs. 375-376.

mantiene su vigencia y que por tanto supuestamente mantiene todavía de modo paralelo como aspiración el principio de la consideración conjunta de las contingencias⁵⁷⁴.

1.2. Especialidades de la asistencia sanitaria derivada de riesgos profesionales

La asistencia sanitaria goza de cierto trato privilegiado cuando acontece por una contingencia profesional, a diferencia de si se otorga por un hecho ajeno a lo laboral. Se trata de diferencias, que si bien son menores en esta prestación respecto a las demás, su existencia provoca disputas ante una prestación que se abandera como universal.

Como nada se dice acerca de si la Seguridad Social debe administrar la asistencia sanitaria, existe cierta tendencia a ir desgajando a la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social⁵⁷⁵. Una manifestación de ello es que la LGSS no recoge los preceptos que se refieren a la misma, sino que se encuentran recogidos en la LGSS de 1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social)⁵⁷⁶, que se mantiene vigente en esta materia⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J., *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad (en el sistema español de Seguridad Social)*, cit., pág. 31.

⁵⁷⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La protección de la salud en la Constitución Europea”, cit., pág. 403, señalan que “la independencia de los aspectos sanitarios respecto de la materia propia de Seguridad Social en el caso de España es una realidad cada vez más tangible”. En el mismo sentido, BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, cit., pág. 338, indican que “es preciso advertir la tendencia a desgajar del ámbito exclusivo de la Seguridad Social la protección de la salud de todos los ciudadanos prevista en la Ley General de Sanidad y la CE, y que se ha ido ratificando con el paso del tiempo. Así en primer lugar, la LGSS, en su objetivo refundidor no incluyó ni la parte dedicada a la prestación sanitaria en la LGSS de 1974, produciéndose una inicial independencia de la asistencia sanitaria respecto de la Seguridad Social. En segundo lugar, la Disposición adicional 22ª LGSS ha excluido de la consideración como recursos de la Seguridad Social de los que resulten de las atenciones, prestaciones y servicios enumerados en la misma. En último término, con la publicación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, se ha establecido que las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social financiarán la acción protectora de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, y a efectos de tal financiación, tiene naturaleza no contributiva las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria”.

⁵⁷⁶ BOE de 20 de julio.

⁵⁷⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 169.

1.2.1. Sujetos protegidos

Son beneficiarios de la asistencia sanitaria por enfermedad común y accidente no laboral: los trabajadores por cuenta ajena que reúnan el requisito general del artículo 124.1 LGSS; los pensionistas del Régimen General y los perceptores de prestaciones periódicas del mismo que no tengan el carácter de pensiones; y los familiares o asimilados que estén a cargo de los anteriores y, en caso de separación de hecho, los cónyuges e hijos de dichas personas⁵⁷⁸.

Por su parte, son beneficiarios de la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional los trabajadores por cuenta ajena que se encuentren dados de alta en la Seguridad Social⁵⁷⁹, pues solo ellos pueden ser beneficiarios de dichos riesgos profesionales, al no poderse establecer otros beneficiarios derivados por no ser trabajadores. El elemento que desencadena la protección especial frente al accidente y enfermedades comunes es la conexión entre el trabajo y la lesión. En todo caso, de conformidad con el artículo 125.3 LGSS, en todos los casos de alteración de la salud, tanto los debidos a contingencias profesionales como comunes, los trabajadores se consideran en alta de pleno derecho, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones. En nuestra opinión, el legislador ha estado acertado en este sentido, pues elimina el trato diferenciado entre contingencias para causar derecho a la cobertura de asistencia sanitaria.

La regulación actual se contempla en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones⁵⁸⁰, y en el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud⁵⁸¹, en la cual se vuelve a la utilización de asegurado, recordando épocas anteriores y cierra tanto el número de asegurados como el número de beneficiarios⁵⁸².

⁵⁷⁸ Artículo 100.1 Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS 1974)

⁵⁷⁹ Artículo 100.2 LGSS 1974.

⁵⁸⁰ BOE de 24 de abril.

⁵⁸¹ BOE de 4 de agosto.

⁵⁸² PÉREZ ALONSO, M. A., “La acción protectora en el RGSS y su incidencia en el RETA. Problemas aplicativos”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2013, BIB 2013/934, edición digital el westlaw.es, pág. 1.

La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del SNS, se garantiza a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado: los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; los pensionistas del sistema de la Seguridad Social; los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; del mismo modo, se consideran asegurados los sujetos que hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, y encontrarse en desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España⁵⁸³.

En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la UE, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos de 100.000 euros⁵⁸⁴.

Por otra parte, en cuanto a los beneficiarios, se ha reducido el número de ellos, en el sentido de que ya no son beneficiarios ni los padres del asegurado o de su cónyuge ni los hermanos del cónyuge del asegurados (esto es, los cuñados) y, en cuanto a los hijos se ha limitado la edad, al tener que ser menor de 26 años o mayor de esta edad con una discapacidad igual o superior al 65%, incluso aunque sean de su excónyuge o pareja de hecho, pero para éstos sólo serán beneficiarios si carecen de ingresos superiores al doble del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (en adelante, IPREM). También se ha limitado el acceso de los excónyuges (separado, divorciado) siempre que tenga derecho a pensión compensatoria (no obstante, para todos los beneficiarios si no pueden ser beneficiarios del asegurado, siempre cabe la opción de percibir la asistencia sanitaria por tener sus ingresos inferiores a 100.000 euros)⁵⁸⁵.

Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave

⁵⁸³ Artículo 3.2 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS (BOE de 29 de mayo).

⁵⁸⁴ Artículo 3.3 Ley 16/2003.

⁵⁸⁵ PÉREZ ALONSO, M. A., “La acción protectora en el RGSS y su incidencia en el RETA. Problemas aplicativos”, *cit.*, pág. 2.

o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de 18 años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles⁵⁸⁶.

Asimismo entendemos que siguen incluidos en la protección los trabajadores contratados en contra de una prohibición legal⁵⁸⁷, como disponía la normativa anterior (Decreto 2766/1967), derogada por la Disposición derogatoria única del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto (por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del SNS)⁵⁸⁸. Más recientemente la citada normativa anterior fue derogada en su integridad, a partir del 1 de agosto de 2015⁵⁸⁹, sin embargo, habida cuenta de tantos años de aplicación, no puede desconocerse la problemática que ha ocasionado durante todo este tiempo, de ahí que nos refiramos a la antigua regulación reglamentaria de la asistencia sanitaria, como parte del trato privilegiado de contingencias profesionales objeto de nuestra investigación.

1.2.2. Cuadro de prestaciones

El catálogo de prestaciones del SNS tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del SNS los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos. El catálogo

⁵⁸⁶ Artículo 3.ter Ley 16/2003, introducido por el número tres del artículo 1 del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

⁵⁸⁷ Como señalaba el derogado artículo 10.3 Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 28 de noviembre de 1967).

⁵⁸⁸ La derogación afectó a la citada disposición salvo el artículo 6.2, que hacía referencia a la duración de la asistencia sanitaria por enfermedad común o accidente no laboral, que se mantenía vigente.

⁵⁸⁹ En ese sentido, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE de 29 de julio), señala en su Disposición derogatoria, que “quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta Ley y, de manera específica, el artículo 6.2 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social”.

comprende las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario⁵⁹⁰.

En la regulación anterior se mantenían determinados aspectos que discriminaban a los beneficiarios de asistencia sanitaria derivada de contingencias comunes, de la que tiene su origen en contingencias profesionales, pues este último riesgo se rige por el principio de reparación íntegra del daño⁵⁹¹. Por el contrario para las prestaciones sanitarias derivadas de contingencias comunes, el criterio es restrictivo⁵⁹².

En las prestaciones de asistencia sanitaria, cabe distinguir diversas manifestaciones que se refieren a la prestación médica, a las prestaciones farmacéuticas y las complementarias⁵⁹³. Conforme establecía el artículo 11 Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional se prestará (se decía) al trabajador de la manera más completa⁵⁹⁴ y comprendía:

a) El tratamiento médico y quirúrgico de las lesiones o dolencias sufridas, las prescripciones farmacéuticas y, en general, todas las técnicas diagnósticas y terapéuticas que se consideren precisas por los facultativos asistentes. Los artículos 103 y 104 LGSS

⁵⁹⁰ Artículo 7 Ley 16/2003.

⁵⁹¹ GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 40.

⁵⁹² Según señala la STS de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007, 4169), “si bien el principio de cobertura íntegra no ha sido eliminado en el ordenamiento sanitario, si se ha limitado, por razones de economía de la salud a través de su regulación. De acuerdo con lo anterior, no siendo la bomba de insulina una prestación farmacéutica sino un accesorio de la misma, no rige respecto a ella el principio de cobertura íntegra” (FJ 2º). En esta misma línea de restricción se pronuncian otras sentencias. Así por ejemplo no entran en el ámbito de cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social por enfermedad común: la provisión de una prótesis dentarias para la facilitación de piezas perdidas por efectos de tratamiento para curación de proceso canceroso (prestación ortoprotésica con relación a la cirugía cráneo facial para recuperar la función de masticación), no se trata de atención bucodental que excluye los implantes ni de cirugía estética (STSJ Murcia de 3 de marzo de 2014 [AS 2014, 741]); o el reintegro de gastos con limitación a la cuantía fijada en el catálogo general para sillas de ruedas (STS de 7 de junio de 2001 [RJ 2001, 5499]).

⁵⁹³ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., págs. 174-175.

⁵⁹⁴ Apréciese que el legislador otorgaba un trato privilegiado a estas contingencias al establecer que la asistencia sanitaria se prestará al trabajador “de la manera más completa”, sin limitación alguna y con sometimiento exclusivo del juicio clínico, utilizando todas las técnicas terapéuticas que se consideren precisas en cada caso concreto.

de 1974 contienen la regulación de las prestaciones de asistencia médica que comprenderá los servicios de Medicina General, especialidades, internamiento quirúrgico y Medicina de Urgencia, así como los de tratamiento y estancia en centros y establecimientos sanitarios. La asistencia farmacéutica es total pues comprende las fórmulas magistrales, especialidades y efectos o accesorios farmacéuticos que se prescriban por los facultativos de la Seguridad Social⁵⁹⁵. El trato más favorable se aprecia cuando se establece que la dispensación de medicamentos será gratuita en los tratamientos que se realicen en las instituciones propias o concertadas de la Seguridad Social y en los que tengan su origen en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, a favor de pensionistas y sus beneficiarios, personas con discapacidad⁵⁹⁶, perceptores de la antigua invalidez provisional por causas comunes y afectados por el síndrome tóxico⁵⁹⁷. En los demás casos participarán los beneficiarios mediante el pago de una cantidad fija por receta o, en su caso, por medicamento, cuya determinación corresponderá al Gobierno, a propuesta del Ministro de Empleo y Seguridad Social. Por tanto, los enfermos comunes y accidentados no laborales tienen una carga del 40% del precio de venta al público del medicamento⁵⁹⁸.

b) El suministro y renovación normal de los aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarias y los vehículos para inválidos. La prestación ortoprotésica, en los supuestos de contingencias profesionales se configuraba como prestaciones ordinarias y ya no como prestaciones complementarias, puesto que la recuperadora o reparadora

⁵⁹⁵ STS de 18 de febrero de 2008 (AR 2008, 3840). Más concretamente, conforme al artículo 16 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS (BOE de 29 de mayo de 2003), comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el periodo de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad.

⁵⁹⁶ La STS de 17 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4983) expresa que “la gratuidad absoluta en las prestaciones farmacéuticas sólo está prevista para los discapacitados que, ya como titulares o beneficiarios, no estén incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, sin que ello suponga una vulneración del principio de igualdad al tratarse de situaciones jurídicas no comparables”.

⁵⁹⁷ Hay que tener en cuenta que en determinadas CC.AA., como la Comunidad Valenciana, rige el denominado copago sanitario, que implica el abono del 10% del precio de los fármacos, con unos topes actualizados a 1 de enero de 2015.

⁵⁹⁸ La STS de 17 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1360) expresa que “procede el reintegro de gastos por la adquisición de leche hidrolizada especial prescrita médicamente, por alergia congénita a las proteínas de la leche de vaca, en paciente menor de edad pero mayor de dos años, al incluirse el supuesto en el Anexo VII 2.1 Real Decreto 1030/2006, de 15 septiembre, que regula las prestaciones con productos dietéticos cuyos beneficiarios son las “personas que padezcan determinados trastornos metabólicos congénitos”, sin limitación de edad”.

asume la mayor dimensión posible⁵⁹⁹. En este sentido, la jurisprudencia considera que en las contingencias profesionales rige el principio de reparación íntegra del daño causado⁶⁰⁰.

c) La cirugía plástica y reparadora adecuada, cuando una vez curadas las lesiones por accidentes de trabajo hubieran quedado deformidades o mutilaciones que produzcan alteración importante en el aspecto físico del accidentado o dificulten su recuperación funcional para el empleo posterior.

Las prestaciones de asistencia sanitaria en principio parten de un tronco común sobre el que se incardinan las particularidades relativas a las prestaciones debidas a accidente de trabajo o enfermedad profesional, y lo que se entiende por contenido de la prestación resulta determinante para medir la calidad de la misma, aunque no es éste el único criterio; la calidad de una prestación se mide tanto por la amplitud de los sujetos a los que alcanza, como por la idoneidad de sus contenidos en orden a la consecución de los fines que está llamada a alcanzar⁶⁰¹.

2. LA COBERTURA POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Al igual que en otras tantas prestaciones de la Seguridad Social, el hecho de que la IT tenga su origen en riesgos comunes o en riesgos profesionales produce diferencias en los requisitos de acceso, en el nivel de protección, o en la gestión y control. Si la incapacidad laboral se debe a accidente de trabajo o enfermedad profesional, se otorga un

⁵⁹⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 176.

⁶⁰⁰ Entre ellas, las SSTs de 24 de mayo de 2012 (RJ 2012, 2157) señala que “en aplicación de lo establecido en el artículo 11 Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre, atendida su interpretación jurisprudencial, en las contingencias profesionales rige el principio de reparación íntegra del daño y la asistencia sanitaria (en la que formando parte de la acción protectora de la Seguridad Social, se encuadra el obligado suministro de una prótesis que trata de paliar los efectos del accidente laboral, a diferencia de lo que sucede cuando no se trata de contingencias profesionales), ha de prestarse de la manera más completa y ha de comprender el suministro y renovación normal de los aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarios”; y de 2 de abril de 2010 (RJ 2010, 3743) indica que “en caso de accidente de trabajo, la reparación del daño causado debe hacerse de la manera más completa posible, lo que incluye la implantación de una prótesis mioeléctrica aunque no se trate de un supuesto de amputación bilateral de miembros superiores”.

⁶⁰¹ APARICIO TOVAR, J., “Asistencia Sanitaria”, cit., pág. 622.

tratamiento más favorable que si es debida a enfermedad común o accidente no laboral, con la salvedad de que el accidente no laboral a veces se adscribe a ese trato más beneficioso.

La IT ocupa un papel central entre los riesgos cubiertos por el sistema de Seguridad Social, y se encuentra condicionada por el doble requisito de la recepción de asistencia sanitaria por parte de la Seguridad Social y por el impedimento para el trabajo a tenor de la regulación contenida en el conocido artículo 128 LGSS; se trata de una incapacidad laboral, tal y como el propio riesgo la define, de donde se infiere la ausencia de percepción de salarios, siendo las prestaciones sustitutivas e incompatibles con los mismos⁶⁰².

2.1. Controversias en el trato privilegiado derivado de su origen común o profesional

La IT es una de las contingencias que tradicionalmente se encuentra dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social. En el Sistema español tal protección se inicia con la LAT de 1900⁶⁰³, se extiende con la Ley del seguro obligatorio de enfermedad de 1942, y se consolida y sistematiza a partir de la LBSS de 1963.

Es IT la situación en la que se encuentra un trabajador, que está imposibilitado temporalmente para trabajar por una causa (enfermedad común o profesional, accidente sea o no laboral y los periodos de observación por enfermedad profesional) cuya recuperación precisa asistencia sanitaria prestada por los servicios sanitarios de la Seguridad Social. Cuando la IT deriva de una pluralidad de causas no es posible aplicar una combinación de esas reglas, sino que debe considerarse que todas las dolencias provienen del mismo origen, común o profesional, en la medida que “el proceso de IT es

⁶⁰² SÁNCHEZ PÉREZ, J., “Los nuevos perfiles de la incapacidad temporal a tenor de su nueva regulación normativa”, *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2014, BIB 2014/4499, edición digital en westlaw.es, pág. 1.

⁶⁰³ La intensidad incapacitante de la lesión ya se encontraba gráficamente descrita en la LAT, cuyo artículo 4 se refería a la incapacidad absoluta temporal. Si bien el término “absoluta” pronto desapareció de los textos legales, correspondió más a un perfeccionamiento técnico que a una modificación de su contenido que con distintas fórmulas vinieron expresando la necesaria imposibilidad para trabajar. En este sentido, TORTUERO PLAZA, J. L. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M., “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006, págs. 349-350.

una realidad de contenido unitario, cuyos efectos se aplican de forma única e indiferenciada a toda la situación protegida, sin que sea posible establecer diferencias ni distingos en cuanto a su protección”⁶⁰⁴.

Uno de los aspectos de la IT que más conflictos origina es el relativo al origen de la contingencia de la baja médica. “En efecto, dado que los efectos económicos del subsidio varían según que la baja médica derive de contingencias comunes o de contingencias profesionales, existe gran interés en demostrar por los beneficiarios que el origen es profesional, mientras que por las Entidades Gestoras o las Mutuas⁶⁰⁵, a fin de ahorrar costes tratarán de acreditar si verdaderamente es así, que la contingencia de la que se deriva la IT es común”⁶⁰⁶.

Por tanto, pueden suscitarse dudas o controversias sobre el origen común o profesional de la contingencia que da origen a la IT, en cuyo caso el interesado puede iniciar, motivadamente, ante el INSS⁶⁰⁷, a partir de la fecha de emisión del parte de baja médica, el procedimiento previsto en el artículo 6 Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre (desarrollado reglamentariamente por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de IT)⁶⁰⁸, introducido por Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados

⁶⁰⁴ STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007, 8869).

⁶⁰⁵ Artículo 68.1.2 LGSS: “Es objeto de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social el desarrollo, mediante la colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de las siguientes actividades de la Seguridad Social: a) La gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora” (conforme a la redacción de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica la LGSS en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social).

⁶⁰⁶ En este sentido, véase FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014, BIB 2014/3564, edición digital en westlaw.es, pág. 6.

⁶⁰⁷ En STS de 8 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7653) se señalaba que la competencia para reconocer que un determinado proceso de IT deriva de accidente de trabajo, con derecho a las prestaciones correspondientes, incumbe en exclusiva a la Mutua o empresa colaboradora que ha asumido su aseguramiento. Este criterio es abandonado posteriormente, por otro que entiende que corresponde al INSS la competencia para calificar sin necesidad de acudir a la vía judicial, la contingencia determinante de un proceso de IT, incluso cuando la cobertura del riesgo profesional es asumida por una Mutua; en este sentido, conviene destacar, entre otras, las SSTs de 8 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2191), de 22 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8525), y de 19 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3011). Sobre ésta última sentencia, SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Prontuario de Jurisprudencia Social Unificada*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 148.

⁶⁰⁸ BOE de 29 de septiembre de 2009.

aspectos de la gestión y control de los procesos por IT en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración⁶⁰⁹.

El facultativo de la Mutua que asista al trabajador podrá inicialmente, previo reconocimiento médico preceptivo y la realización, en su caso, de las pruebas que correspondan, considerar que la patología causante es de carácter común y remitir al trabajador al Servicio Público de Salud para su tratamiento, sin perjuicio de dispensarle la asistencia precisa en los casos de urgencia o de riesgo vital. A tal efecto entregará al trabajador un informe médico en el que describa la patología y señale su diagnóstico, el tratamiento dispensado y los motivos que justifican la determinación de la contingencia causante como común, al que acompañará los informes relativos a las pruebas que, en su caso, se hubieran realizado⁶¹⁰.

Si, a la vista del informe de la Mutua, el trabajador acude al Servicio Público de Salud y el médico de este emite parte de baja por contingencia común, el beneficiario podrá formular reclamación con relación a la consideración otorgada a la contingencia ante el INSS. Por su parte, el facultativo que emita el parte de baja podrá formular su discrepancia frente a la consideración de la contingencia que otorgó la Mutua, sin perjuicio de que el parte médico produzca plenos efectos. La resolución que se dicte establecerá el carácter común o profesional de la contingencia causante y el sujeto obligado al pago de las prestaciones derivadas de la misma y a la prestación de asistencia sanitaria, en su caso⁶¹¹.

El procedimiento para la determinación de la contingencia causante de los procesos de IT se puede iniciar, a partir de la fecha de emisión del parte de baja médica

⁶⁰⁹ BOE de 21 de julio de 2014. Señala SÁNCHEZ PÉREZ, J., “Los nuevos perfiles de la incapacidad temporal a tenor de su nueva regulación normativa”, *cit.*, págs. 1-2, que “en el contexto actual, el modelo de IT muestra una naturaleza cambiante, casi camaleónica, sometida a cambios casi permanentes”. El nuevo punto de inflexión viene por el Real Decreto 625/2014, que sustituye a su precedente, derogado expresamente por la Disposición derogatoria única, el Real Decreto 575/1997. “Los dos objetivos de referencia de la reforma se traducen, primero en la mejora de la gestión de la IT, y en segundo lugar, en el intento de un mayor control del absentismo injustificado, de la utilización de la IT como mecanismo alternativo al desempleo o la jubilación u otro tipo de prácticas que puedan alcanzar un carácter abusivo”. La nueva regulación se establece con la finalidad de reducir el gasto en la IT, trata de agilizar los procesos de bajas y reducir el tiempo medio de ausencia del trabajador en la empresa aunque, de forma destacable, la Seguridad Social mantiene la autorización definitiva para dar de alta al trabajador.

⁶¹⁰ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio”, *cit.*, pág. 7.

⁶¹¹ Artículo 3.2 Real Decreto 625/2014.

de oficio, por propia iniciativa del INSS, o bien por petición motivada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del Servicio Público de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, o a propuesta del ISM; o a instancia del trabajador o su representante legal, de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente⁶¹².

Las solicitudes deben ir acompañadas de toda la documentación necesaria para poder determinar la contingencia, incluidos, en su caso, los informes y pruebas médicas realizados. El INSS comunicará el inicio del procedimiento al Servicio Público de Salud competente, a la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o a la Entidad Colaboradora, según corresponda, cuando el procedimiento no se hubiera iniciado a su instancia y en aquellos asuntos que les afecten, para que, en el plazo improrrogable de 4 días hábiles, aporten los antecedentes relacionados con el caso de que dispongan e informen sobre la contingencia de la que consideran que deriva el proceso patológico y los motivos del mismo. También debe dar traslado al trabajador cuando no se hubiera iniciado a instancia suya, con un plazo de 10 días hábiles para aportar documentación y hacer las alegaciones que estime oportunas⁶¹³.

2.2. Particularidades más significativas

Cabe hablar de la alteración de la salud como contingencia genérica (la tutela de la alteración de la salud se ocupa de una alteración ya verificada, enfocada al sujeto que la padece, frente a la tutela de la salud, que se postula de todos los sujetos protegidos independientemente de su estado de salud, tratando de conservar y mejorar la misma), pues de ella pueden derivarse, si se dan determinados requisitos o caracteres, modos específicos de protección que dan origen a otras contingencias; caracteres que identifican a la IT, diferenciándola de otras contingencias y, en consecuencia, dotándola de identidad propia⁶¹⁴.

⁶¹² Artículo 6.1 Real Decreto 1430/2009.

⁶¹³ Artículo 6.2 Real Decreto 1430/2009.

⁶¹⁴ TORTUERO PLAZA, J. L. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M., “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, *cit.*, pág. 346.

Analizaremos las principales particularidades que presenta la protección reforzada de los riesgos profesionales respecto de los comunes, en la acción protectora del sistema de Seguridad Social española. No se descubren razones de peso suficientes que expliquen de forma satisfactoria la diferencia de trato, a no ser que se apoye tal actuación en la ya tradicional vía de favorecer los riesgos profesionales, por su directa relación con el trabajo, y el interés en facilitar la mayor celeridad al regreso del mismo, en definitiva, serían razones históricas de mayor protección⁶¹⁵.

2.2.1. Figuras peculiares de las contingencias profesionales como formas de acceso a la prestación

Conviene señalar desde una perspectiva conceptual, que la IT se define superando la noción de riesgo, por lo que el principio de la “conjunta consideración de las contingencias o situaciones protegidas” alcanza su máxima expresión; queriendo decir con ello que la naturaleza común o profesional del riesgo originario de la incapacidad podrá adjetivar la contingencia, pero no la caracteriza⁶¹⁶. Este “principio de uniformidad de las contingencias, pretendido por la LBSS intentó una mayor equiparación de trato entre los diversos estados de la IT”⁶¹⁷.

Dicho principio adquirió su máxima expresión a nivel conceptual, pero también su mínima en el resto, pues el citado principio y el de la uniformidad de las prestaciones son casi inexistentes, de tal manera que en la práctica “existen dos regímenes jurídicos completos y diferenciados según cual sea el riesgo originario (término maldito, expulsado del ordenamiento desde 1963 y sustituido por el de contingencia originando todo tipo de confusiones terminológicas, entre: riesgo, contingencia, situación protegida, situación de necesidad, etc.) a saber: uno, para los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales,

⁶¹⁵ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, 2ª edición, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pág. 174.

⁶¹⁶ TORTUERO PLAZA, J. L. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M., “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, *cit.*, pág. 345.

⁶¹⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, *cit.*, pág. 161.

y por otro para las enfermedades comunes y los accidentes no laborales, con matices de interés para estos últimos”⁶¹⁸.

Mientras tanto, parece oportuno pasar al estudio de tres figuras características de las contingencias profesionales, que permiten el acceso a las prestaciones, que no se contemplan en las derivadas de contingencias comunes, como son: el alta presunta o de pleno derecho, el alta especial y la no exigencia de un periodo mínimo de cotización previo (periodo mínimo de carencia) que por el contrario se exige en las prestaciones que tienen su origen en una contingencia común, en particular, en el caso de la jubilación y en la enfermedad común.

a) Alta presunta o de pleno derecho

Para ser beneficiario del Régimen General, se exige como requisito general que el trabajador debe estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta en la fecha del hecho causante (condiciones universales previstas por el artículo 124 LGSS, también cuando se trate de enfermedad común o accidente no laboral). Como regla general la IT por accidente de trabajo es únicamente pensable de trabajadores en activo, y por tanto en situación de alta real o presunta. A efectos de la prestación de IT cuando derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional⁶¹⁹, los trabajadores se considerarán de pleno derecho afiliados y en alta, aunque su empresario haya incumplido sus obligaciones al respecto, y sin perjuicio de las posibles responsabilidades de todo orden que de ello pudieran derivarse (artículos 124.1 y 125.3 y 5 LGSS)⁶²⁰. Este encuadramiento automático dentro del sistema de protección es una de las características diferenciales entre contingencias.

⁶¹⁸ TORTUERO PLAZA, J. L. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M., “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, *cit.*, pág. 345.

⁶¹⁹ En caso de contingencia común, el alta presunta o de pleno derecho permitiría causar derecho a la asistencia sanitaria, pero no al subsidio económico.

⁶²⁰ Conviene recordar que la IT por accidente de trabajo se dará normalmente en trabajadores en activo, por tanto, en situación de alta real o presunta; si bien es posible que los efectos del mismo se produzcan en un momento posterior, en cuyo caso y de no estar el trabajador en activo, habrá que acudir a las situaciones asimiladas al alta a los efectos de la prestación económica. Lo mismo podemos decir de las enfermedades profesionales por el distanciamiento temporal entre la exposición al riesgo y la aparición de los efectos incapacitantes.

b) Alta especial

Si el trabajador causa baja médica con anterioridad a la huelga legal o cierre patronal (durante esta situación los trabajadores se encuentran legalmente en situación de alta especial, que tiene la consideración de asimilada al alta, a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social), continúa percibiendo el subsidio. Pero si se inicia la baja médica durante la huelga legal o el cierre patronal no se percibe el subsidio hasta que éstos finalicen, salvo que la IT derive de accidente de trabajo, en cuyo caso sí se reconoce y paga la prestación⁶²¹ (si bien a efectos del plazo máximo de duración de la IT, 365 días prorrogables por 180 días más, el cómputo se inicia el día de la baja médica, el abono de la prestación solamente se produce a partir del final de la huelga, no teniendo derecho el trabajador a cuantía alguna por el periodo comprendido entre la baja médica y el final de la huelga).

c) Inexigencia de un periodo mínimo de carencia

En la IT por enfermedad común se exige un periodo mínimo de carencia de 180 días cotizados en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante (artículo 130.a) LGSS)⁶²². En este sentido hay que tener en cuenta la doctrina de los días cuota, lo cual implica que se acredita la carencia exigida a partir de 155 días cotizados, al computarse la parte proporcional de las pagas extraordinarias⁶²³. Por su parte, no se exige carencia en el caso de accidente no laboral ni contingencias profesionales, como regla

⁶²¹ Señala BLASCO LAHOZ, J. F., “La incapacidad temporal por contingencias comunes”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008, pág. 47, que la huelga y el cierre patronal no se consideran ni alta ni situación asimilada a la de alta a efectos de IT consecuencia de contingencias comunes, y, en consecuencia, no existirá derecho a la prestación económica. “Lo que significa que si el hecho causante se produjera durante cualquiera de aquellas situaciones, el subsidio se comenzaría a abonar una vez finalizadas las mismas; si bien cuando el hecho causante se hubiera producido con anterioridad al cese en el trabajo por huelga o cierre patronal, nada impide que se siga abonando el subsidio durante aquellas situaciones, ya que no se contempla entre los supuestos de suspensión de la prestación”.

⁶²² En las SSTC de 22 de mayo de 1995 (RTC 1995, 77) y de 13 de febrero de 1995 (RTC 1995, 38) se indica que “ante una prestación contributiva, nada de extraño tiene que en su nacimiento, contenido o características influya, más o menos decisivamente, el historial asegurador como cotizante del beneficiario, esto es, que el nacimiento del derecho y la cuantía de la prestación esté en función de la existencia e importe de las cotizaciones previas”.

⁶²³ STS de 20 junio de 2002 (RJ 2002, 9897), en el sentido de establecer la línea jurisprudencial de la Sala de lo Social del TS que en el periodo de cotización se computan los días cuota y no sólo los días de trabajo cotizado.

clásica, de forma que el trabajador, cuando se produce alguna de estas contingencias está protegido desde el inicio de la actividad laboral⁶²⁴. Este especial tratamiento no se ve discriminatorio por los Tribunales, por no existir identidad entre enfermedad común y accidente no laboral⁶²⁵.

La razón sobre el diferente trato que se da a la enfermedad común, tiene su justificación en una doble vertiente, por un lado, preventiva, para evitar posibles situaciones de fraude que pudieren originarse si no se exigiera un periodo mínimo de carencia, pues ello podría conducir a la obtención indebida de una prestación económica estimulando las connivencias fraudulentas entre empresarios y trabajadores; y por otro lado, esa distinción supone un ahorro de recursos de la Seguridad Social, pues quienes no reúnan este requisito de carencia no tendrán derecho a IT⁶²⁶.

La exención al requisito de carencia supone, pues, una de las excepciones al requisito de contributividad⁶²⁷, como garantía en nuestro Sistema de las prestaciones al accidentado.

2.2.2. La determinación de la base reguladora y el porcentaje aplicable

La contingencia de IT, consiste básicamente en una suspensión del contrato de trabajo y, por tanto, una interrupción temporal de las obligaciones recíprocas de trabajar

⁶²⁴ Este tratamiento diferenciado de la enfermedad común es justificado con la finalidad de evitar posibles situaciones de fraude por conveniencias entre empresario y trabajador. En este sentido, TORTUERO PLAZA, J. L. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M., “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, *cit.*, pág. 357, señalan que al no exigirse ningún periodo previo de cotización, “el trabajador está protegido desde el inicio de la actividad laboral”.

⁶²⁵ La STSJ Castilla León de 18 de diciembre de 2002 (AS 2003, 554) señala que “la muerte del causante lo fue muerte repentina por embolismo y trombosis profunda, como así consta con valor de hecho probado en el cuarto fundamento de derecho, y la contingencia del fallecimiento del causante no puede considerarse como accidente no laboral, y en su consecuencia debe calificarse derivada como de enfermedad común, siendo preciso por lo tanto el periodo de carencia exigido para lucrar la pensión de viudedad postulada, y como no reúne tal periodo, el motivo debe desestimarse, sin que ello produzca vulneración del artículo 14 CE, pues el distinto tratamiento que la Ley dé a distintas situaciones como es para muerte por accidente no laboral o para muerte por enfermedad común, no constituye discriminación alguna por no existir identidad en ambas situaciones”.

⁶²⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “El tratamiento continuista de la Reforma de Pensiones (2007) respecto a prestaciones derivadas de enfermedad común: ¿Nostalgia de la consideración conjunta de contingencias?”, *Aranzadi Social*, núm. 18, 2008, BIB 2008/3018, edición digital en westlaw.es, pág. 6.

⁶²⁷ Ello debido a que la Seguridad Social es una función estatal y no una macroeconomía de seguros, según indica ALARCÓN CARACUEL, M. R., *La Seguridad Social en España, cit.*, pág. 72.

y remunerar que derivan de la misma relación laboral⁶²⁸. También, a la hora de determinar el importe del subsidio por IT, se observan diversos aspectos diferenciales entre contingencias, siempre más favorecedoras las de origen profesional, tanto en la base reguladora, como el del porcentaje que se aplica a la misma.

a) Base reguladora en contingencias comunes

En contingencias comunes derivadas de enfermedad común, accidente no laboral, la base reguladora es el resultado de dividir la base de cotización del trabajador por dichas contingencias del mes anterior al hecho causante, dividida entre el número de días a que se refiere la cotización. Cuando el trabajador tuviera remuneración mensual y hubiese permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior al de la iniciación de la IT, la base de cotización de ese mes se dividirá por 30. Si no hubiera permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior, el importe de la base de cotización de dicho mes se dividirá por el número de días a que se refiere la cotización. En ambos casos, el cociente resultante será la base diaria de cotización, que se multiplicará por 30 de permanecer todo el mes en la situación de IT, o por la diferencia existente entre dicha cifra y el número de días que realmente haya trabajado en dicho mes⁶²⁹.

En los casos de contingencias comunes, la base reguladora no tiene en cuenta el promedio de las horas extraordinarias, si bien las mismas sí se incluyen, si la IT deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional. En estos casos, las horas extraordinarias que deben tenerse en cuenta no son las del mes anterior, sino el promedio de las efectivamente realizadas y cotizadas durante el año inmediatamente anterior a la fecha de iniciación de la IT. A tal efecto, el número de horas realizadas se dividirá por 12 o 365, según que la remuneración del trabajador se satisfaga o no con carácter, mensual⁶³⁰.

⁶²⁸ FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 143.

⁶²⁹ Artículo 6.2 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.

⁶³⁰ Conforme al artículo 6.3 Orden ESS/86/2015. Por su parte, el artículo 13.4 Decreto 1646/1972 señala que “el importe anual de las pagas extraordinarias de 18 de julio y Navidad y de aquellos otros conceptos

b) Base reguladora en contingencias profesionales

La base reguladora derivada de contingencias profesionales se determina tomando la base de cotización del mes anterior a aquél en que produzca el hecho causante⁶³¹, aplicando las normas establecidas para las contingencias comunes⁶³², incrementada con el cociente que resulte de dividir por 365 la cotización efectuada en los doce meses anteriores a la fecha del hecho causante por horas extraordinarias y, en su caso, otros devengos que no hayan sido objeto de prorrateo por dozavas partes en la base de cotización mensual por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales⁶³³. Se trata de aquellas remuneraciones que no se conoce si van a devengarse y en qué cuantía, por lo que no pueden prorratearse de forma uniforme, como son, las horas extras, pluses⁶³⁴, comisiones sobre ventas, incentivos, etcétera⁶³⁵.

En principio, la base reguladora permanece inalterable durante todo el periodo de la IT, pero si la base reguladora coincide con la base mínima de cotización correspondiente a la categoría profesional del trabajador, y la citada base mínima sufre

retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico se computará, a efectos de lo dispuesto en los números anteriores, mediante el promedio de la base de cotización correspondiente a tales conceptos durante los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación de la situación de incapacidad”.

⁶³¹ En este sentido, la STS de 22 de julio de 2014 (RJ 2014, 5205) indica que “para el cálculo de la base reguladora del subsidio por IT abonado por la Mutua a un trabajador fijo discontinuo, deben computarse tanto las cotizaciones realizadas por la empresa mientras estuvo trabajando, como las efectuadas durante el percibo de la prestación por desempleo por la Entidad Gestora”.

⁶³² En este sentido, SSTS de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 10652), señala que la base reguladora de la prestación por IT debe calcularse conforme a la base de cotización del mes anterior al inicio del proceso patológico y si no existe esa referencia, ha de estarse a la base del mes en curso, dividiendo siempre la base de cotización por el número de días trabajados, sea cual fuere su número; de 29 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 7678), que la base reguladora de una IP total por contingencia profesional se mantiene caso de declararse luego una incapacidad absoluta al agravarse la situación por causas comunes; y de 12 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4504) que tal doctrina es aplicable aunque la situación incapacitante primera se hubiera saldado con el abono de una cantidad a tanto alzado.

⁶³³ Por tanto, los complementos salariales que se devengan mes a mes son computados en la cuantía del mes anterior a la baja, siguiendo la regla general de la mensualización, si bien el promedio de las pagas extraordinarias y de otros conceptos retributivos de periodicidad superior al mes o que no sean de carácter periódico, se sigue la regla de la anualización.

⁶³⁴ En las SSTS de 21 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8881) y de 14 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 519) se puntualiza que “en el salario por el que se cotizó el mes anterior se incluye el plus de actividad devengado en el mismo, aunque su importe sea variable o inexistente en los doce meses anteriores”. Sobre ésta última sentencia, SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Prontuario de Jurisprudencia Social Unificada*, cit., pág. 149.

⁶³⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 191.

modificación durante el periodo de la IT, el subsidio se actualiza a partir de la entrada en vigor de la nueva base, hecho que suele producirse a principios de cada año natural con la modificación que se lleva a cabo de las bases mínimas de cotización⁶³⁶ (por lo que habrá que consultar, cada año, la Ley de Presupuestos Generales del Estado y la oportuna anual Orden de cotización que desarrolle esta materia). En este sentido, otra circunstancia que afectaría a la inamovilidad de la base reguladora es si se produce una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, sentencia judicial o convenio colectivo, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la de inicio de la IT, en cuyo caso, la base reguladora se modificará desde el inicio de tal situación⁶³⁷.

c) Porcentajes

En cuanto al porcentaje aplicable⁶³⁸ a la base reguladora, en caso de contingencias comunes es del 60%, desde el cuarto día de baja hasta el vigésimo inclusive, y del 75% desde el vigésimo primero en adelante; a diferencia de las contingencias profesionales en que se aplica el 75% de la base reguladora desde el día en que se produzca el nacimiento del derecho⁶³⁹. Conviene señalar que muchos convenios colectivos sectoriales o de

⁶³⁶ Conviene recordar el tenor del artículo 68.3 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (BOE de 25 de enero de 1996), el cual señala que “salvo en los supuestos en que por disposición legal se disponga lo contrario, la base de cotización para las contingencias comunes durante las situaciones de IT, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, no podrá ser inferior a la base mínima vigente en cada momento en el régimen de que se trate”.

⁶³⁷ Las SSTSJ Cataluña de 8 de septiembre de 1997 (AS 1997, 4430), y de 15 de noviembre de 1996 (AS 1996, 4838) señalan que “si bien la regla general es la de que la base reguladora del subsidio de IT es la correspondiente al mes anterior a la baja y que tal base no puede ser modificada, ello no obsta a que en el excepcional supuesto, entre otros, de que percibiéndose un salario superior a la base de cotización máxima correspondiente a la categoría profesional del trabajador, se produzca por imperativo legal un incremento del tope máximo de dicha base de cotización, en cuyo caso la concreta base del trabajador en cuestión ha de ampliarse para integrar el salario realmente percibido hasta donde pueda ser absorbido por el citado incremento, única forma de dar exacto cumplimiento a lo preceptuado en el actual artículo 109 LGSS”.

⁶³⁸ Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (IT) en el Régimen General de la Seguridad Social, artículo 8. a).

⁶³⁹ En caso de IT por contingencias profesionales el día de la baja se computa como día de trabajo, y el empleador deberá abonar el salario correspondiente. En caso de contingencia común la norma no precisa tal extremo, de modo que el día de la baja deberá retribuirse si el trabajador ha asistido al trabajo y la baja se emite con posterioridad (la IT desplegaría sus efectos al día siguiente de la baja médica, al igual que en

empresa mejoran estos porcentajes, otorgando al trabajador el subsidio o parte de éste, en el caso de contingencias comunes, durante los tres primeros días en los que no se percibe prestación, o completar el porcentaje en otros casos, siempre que estas mejoras económicas sean por cuenta del empresario⁶⁴⁰.

La doctrina entiende que la razón que justifica estas importantes divergencias de tratamiento entre los riesgos comunes y profesionales, a la hora de determinar la cuantía, se basa en un doble motivo: “En primer lugar, se trata de una medida de carácter financiero que pretende ahorrar, por un breve periodo temporal, los costes que le corresponden al sistema de Seguridad Social; y en segundo lugar, se trata de un mecanismo para evitar el absentismo que procura corregir la cobertura en los procesos cortos de duración por contingencias comunes, lo que unido a la reducción del porcentaje aplicable para esos primeros días de baja, pretende eliminarse las conductas fraudulentas”⁶⁴¹.

Este régimen jurídico diferenciado, con traslado de costes directos al empresario en la IT por contingencias comunes, ha fomentado la declaración como accidentes de trabajo de algunos que no lo son⁶⁴². Resultan así nuevamente privilegiadas las situaciones de IT causadas por contingencias profesionales, como ya se ha venido reiterando, y es

contingencias profesionales). En cambio, el día de la baja formará parte del periodo de IT si el parte de baja es previo a la incorporación al trabajo.

⁶⁴⁰ En referencia a estas mejoras voluntarias por negociación colectiva, se plantea el problema de establecer si las mismas deben o no devolverse a la empresa, si posteriormente se le reconoce al trabajador una IP cuyos efectos se retrotraen a una fecha en la que se percibía la IT con la mejora empresarial. En la STS de 1 de diciembre de 1997, FJ 1 (RJ 1997, 8923) se deja claro el tema determinando “la no procedencia del reintegro si no viene expresamente establecido en la regulación del convenio colectivo que la establece: 1) “Los complementos de IT a cargo de las empresas (tienen) carácter de mejora voluntaria de Seguridad Social, (y) se rigen por las disposiciones o acuerdos que los han implantado”; 2) “No consta que la regulación que ha establecido el complemento cuestionado en este litigio haya previsto (...) la devolución de su importe en caso de declaración posterior de IP total con efecto retroactivo”; 3) A falta de previsión expresa en la regulación que implanta la mejora voluntaria debe regir lo que dispone la normativa aplicable a la prestación básica de IT; y 4) De acuerdo con los artículos 10.2 Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 y 131.bis.1 LGSS, los supuestos de declaración retroactiva de IP se rigen por el criterio de mayor protección del beneficiario, de tal modo que si la incapacidad laboral transitoria, que proporcionaba un subsidio del 75% de la base reguladora era sustituida por una situación de menor protección los efectos de la nueva situación no se retrotraen, y sí tiene en cambio efecto retroactivo la sustitución de la IT por una prestación de cuantía más elevada”.

⁶⁴¹ FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen general de la Seguridad Social*, cit., págs. 202-203.

⁶⁴² FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, cit., pág. 162.

que a juicio de buena parte de la doctrina esta previsión resulta claramente discriminatoria e injustificada⁶⁴³.

“Estas medidas desigualitarias agravan las desigualdades ya existentes y contraría la unidad de trato que se predica por el ordenamiento para el conjunto de las contingencias; que desnaturaliza el carácter jurídico-público de la relación de protección social puesto que se privatiza y pasa a ser contenido parcial de la relación jurídico-privada laboral; que impone un doble e injustificado gravamen sobre las empresas, que además de cotizar deben hacerse cargo del coste de las prestaciones; y puede, incluso, provocar la desprotección de los asegurados o serias dificultades para alcanzar la prestación debida (trabajadores en empresas en situación económica precaria)”⁶⁴⁴.

2.2.3. La vinculación del nacimiento de la protección al riesgo originario y su duración

a) Inicio

El nacimiento de la protección por IT es uno de los aspectos del régimen jurídico de la IT en que se observa el trato diferenciado según el origen de la contingencia, y en el que el principio de conjunta consideración de las contingencias protegidas no ha alcanzado su pleno desarrollo, pues tradicionalmente el inicio de la protección queda vinculado al riesgo originario y no al estado de incapacidad del trabajador.

En caso de contingencias comunes, la prestación se devenga desde el 4º día de la fecha de baja en el trabajo, y queda a cargo del empresario su abono desde ese día hasta el decimoquinto, ambos inclusive. El subsidio a cargo del INSS se inicia a partir del decimosexto día de baja en el trabajo⁶⁴⁵. En caso de extinción de la relación laboral dentro del periodo en que la prestación es por cuenta del empresario, la Entidad Gestora o Colaboradora debe asumir el pago directo, transcurridos los primeros tres días en los que no se percibe la prestación (salvo mejora voluntaria por la empresa sobre esos tres días).

⁶⁴³ FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen general de la Seguridad Social*, cit., pág. 204.

⁶⁴⁴ GONZALO GONZÁLEZ, B., LÓPEZ CUMBRE, L., “Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de Seguridad Social”, cit., pág. 141.

⁶⁴⁵ Artículo 131.1 LGSS.

Cuando el riesgo originario es accidente de trabajo o enfermedad profesional, incluido el periodo de observación, el derecho al subsidio nace a partir del día siguiente al de la baja en el trabajo, quedando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja⁶⁴⁶. En los casos de accidente de trabajo, el subsidio se abonará desde el día siguiente a aquel en que se haya producido el accidente, o desde el día siguiente al de la baja cuando la baja en el trabajo fuese posterior a la fecha del accidente, conforme al artículo 131 LGSS.

b) Duración

Donde no se observa un tratamiento diferenciado, en función de la contingencia de la que procede la IT, es en la duración del subsidio. La extensión temporal de la protección depende de la transitoriedad de la alteración de la salud unida al efecto incapacitante, y su régimen jurídico es común para todos los riesgos. La duración máxima, en caso de accidente o enfermedad, cualquiera que sea su causa es de 365 días, prorrogables por otros 180 días⁶⁴⁷ cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación⁶⁴⁸. “Agotado el plazo de duración de 365 días, el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la IP del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de 180 días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de IP, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS. De igual modo, el INSS será el

⁶⁴⁶ BLASCO LAHOZ, J. F., “La incapacidad temporal por contingencias comunes”, *cit.*, pág. 51.

⁶⁴⁷ Entre otras, SSTS de 19 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3824) y de 24 de noviembre de 2003 (RJ 2004, 291), indican que “la prórroga en la percepción del subsidio por IT una vez que el trabajador es dado de alta médica con el informe propuesta de IP, sólo procede cuando existe propuesta de IP (total o absoluta) y no de lesiones permanentes no invalidantes”. En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 200, completan señalando que “la prórroga de IT no se produce en el supuesto de lesiones permanentes no invalidantes o de IP parcial, pues en tales casos al trabajador que acredita lesiones residuales, las cuales se encuentran debidamente indemnizadas, se le extingue la IT y debe reincorporarse al trabajo”.

⁶⁴⁸ En las SSTS de 8 julio de 2013 (RJ 2013, 6747), de 23 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6689), de 21 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3899), y de 6 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3750), se establece que “agotada la duración máxima de 545 días, sin haberse producido la calificación de la situación a efectos del eventual reconocimiento o denegación de la IP, el trabajador tiene derecho a seguir percibiendo el subsidio por IT hasta que se produzca dicha calificación, si está impedido para trabajar y requiere asistencia sanitaria, aun cuando se declare que su estado no es constitutivo de dicha IP”.

único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de IT cuando aquélla se produzca en un plazo de 180 días naturales posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología”⁶⁴⁹.

Las sucesivas reformas de la Seguridad Social no han logrado resolver satisfactoriamente el tránsito de la IT a la IP, pues siendo el plazo máximo de percepción de prestación por IT de 365 días, se prevén, sin embargo, diferentes posibilidades de prórroga, cuya duración final máxima no debería superar los 365 días de duración: una prórroga ordinaria cuando se considere que el trabajador puede ser dado de alta médica por curación (180 días que, sumados a los 365 días generales, harían un total de 545 días, esto es, 18 meses); y una prórroga especial por demora en la calificación de la IP (90 días a partir de la finalización de la prórroga ordinaria que podrán ser hasta 180 días cuando, por la expectativa de recuperación del trabajador, su situación clínica aconseja retrasar la calificación de IP, por tanto, hasta 24 meses de duración; 730 días en total desde la fecha de inicio de la IT)⁶⁵⁰.

En la situación de prórroga especial hasta 730 días, es decir la que se produce hasta el dictado de la resolución de incapacidad, el trabajador sigue percibiendo subsidio de IT, sin perjuicio de la eventual retroacción de efectos económicos de la pensión de IP, pero la obligación de cotizar se extingue con el final de la duración ordinaria (365 días) o en su caso prorrogada (180 días más) de la IT, pues no hay obligación de cotizar durante el procedimiento de declaración de IP aunque se perciba un subsidio económico⁶⁵¹.

A los efectos de la duración máxima de la situación de IT, incluidas sus posibles prórrogas, se computará los tiempos de recaída y de observación. Si el proceso de incapacidad se ve interrumpido por periodos de actividad laboral por un tiempo superior a 6 meses, se inicia otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar patología; y tampoco cabe la acumulación de diferentes periodos de IT interrumpidos por actividad laboral

⁶⁴⁹ A tenor del artículo 128.1 LGSS, según redacción dada por Ley 17/2012, de 27 de diciembre, que transcribimos por su claridad expositiva y precisión en este aspecto.

⁶⁵⁰ LÓPEZ CUMBRE, L., “Sustitución del trabajador relevista incapacitado”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2012, BIB 2012/1005, edición digital en westlaw.es, pág. 4.

⁶⁵¹ ALCÁNTARA Y COLÓN, J. M., “Las recaídas versus recidivas en la incapacidad temporal. Criterios jurídicos”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2015, BIB 2015/1862, edición digital en westlaw.es, pág. 5.

inferiores a 6 meses si es por enfermedades diferentes⁶⁵². Basta con que el trabajador cumpla el requisito de alta o situación asimilada a ésta en el momento de inicio de la situación de IT aunque no lo acredite en la fecha de la recaída⁶⁵³.

Podemos definir las recaídas como aquellas situaciones de IT sufridas por el trabajador en diferentes momentos temporales siempre que entre los mismos: no medie un periodo de tiempo superior a 6 meses, y que se trate de la misma o similar enfermedad⁶⁵⁴ (hay una sola situación de IT, sometida a un único plazo máximo).

Se consideran situaciones de IT distintas cuando los periodos intermedios de actividad son superiores a 6 meses o cuando, siendo de duración inferior, se trata claramente de enfermedades que no dan lugar a procesos patológicos de la misma naturaleza, situaciones denominadas como “recidiva”, y por ello resultan exigibles la concurrencia general de todos los requisitos en el momento de su producción, es decir en la fecha de la correspondiente baja por recidiva, que no se exige en la recaída (supuestos baja médica derivada de la misma o similar enfermedad, sin haber agotado la duración

⁶⁵² SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Prontuario de Jurisprudencia Social Unificada*, cit., pág. 147. Sobre la STS de 8 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3755), el Alto Tribunal matiza en su FJ 3º que “a) Cuando esta actividad es superior a 6 meses, el elemento temporal es decisivo y excluyente; b) Cuando la repetida actividad es inferior a 6 meses, cada proceso que se abre en virtud de una diferente enfermedad es independiente, por lo que al preponderar el elemento causal no cabe la acumulación; c) Naturalmente que la afirmación hecha en el anterior apartado no excluye, mecánicamente, que las distintas afecciones no puedan responder a un mismo proceso morboso que tenga diferentes manifestaciones. Esta sentencia no tiene en cuenta el principio de consideración conjunta de las contingencias protegidas, que de ser aplicado conduciría a la existencia de un único proceso incapacitante, siendo irrelevante el origen de la dolencia”. En igual sentido, SSTS de 10 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9311); de 1 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1683; de 5 de julio de 2000 (RJ 2000, 8325) señalan que “tiene derecho al subsidio el trabajador accidentado laboralmente que sufre una recaída, antes de transcurridos 6 meses desde el alta por curación, aunque en el momento de la recaída no trabajara ni estuviera de alta en Seguridad Social, si lo estaba cuando ocurrió el accidente y cobró el correspondiente subsidio, pues se trata de un proceso único durante ese tiempo”; y de 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 326).

⁶⁵³ SSTS de 16 de julio de 2012 (RJ 2012, 10270); y de 1 de abril de 2009 (RJ 2009, 2879), la cual matiza que aunque “cada proceso morboso debe identificar una situación de baja” una misma patología también puede dar lugar a diferentes procesos de IT, sin concurrir recaída en sentido legal, “cuando se produce el alta y sobreviene una nueva baja (...) después de transcurridos 6 meses de actividad, supuesto en el que la nueva baja se considera independiente de la primera”; en la misma forma que tampoco media recaída propiamente dicha (esto es, nueva baja producida por la misma enfermedad y sin que se haya completado el plazo de seis meses de actividad), “si la incapacidad deriva de diferentes enfermedades sin nexo causal entre ellas”, supuesto en el cual no habrá recaída, sino nuevo periodo de IT, “cualquiera que sea el lapso temporal interpuesto entre una y otra, e incluso aunque coincidan en algún tiempo”.

⁶⁵⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., págs. 192-193; en el mismo sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, cit., pág. 171.

máxima de la incapacidad y sin haber completado 180 días de actividad laboral entre ambas situaciones), al tratarse de un único proceso o periodo, el hecho causante de las mismas ha de situarse en la fecha en que se produjo la baja inicial, de manera que es a ésta última fecha a la que habrá de exigirse la concurrencia de los requisitos de alta en la Seguridad Social y de carencia suficiente, sin perjuicio de reconocer el derecho cuando los requisitos concurren no en el momento inicial de la baja sino en el posterior de la recaída, por aplicación de los principios de eficacia y proporcionalidad⁶⁵⁵.

La recaída viene ocupando un papel clave siendo una cuestión muy conflictiva en cuanto a absentismo laboral y fraude. Nuestros Tribunales han mantenido, que si no cabe el reconocimiento del derecho cuando sobrevino la IT inicial por falta de periodo de carencia, no se podrá en la recaída subsanar los defectos cometidos en la primera, ya que el percibo del subsidio nace en el momento en que el trabajador cumplan con todos los requisitos que exige la ley⁶⁵⁶. *A sensu contrario*, si el trabajador cumple con todos los requisitos en el momento de la primera baja, pero no en el de recaída y no han transcurrido más de 6 meses de actividad laboral, en este caso, el TS señala que si cabe reconocer el derecho a la IT, puesto que como se trata de un mismo proceso deben permanecer intactos los mismo requisitos exigidos en la recidiva⁶⁵⁷.

Por su parte hemos de destacar que la STS de 13 de Noviembre de 2012 (RJ 2013, 172)⁶⁵⁸ resolviendo un recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el INSS frente a la Mutua Asepeyo estudia el concepto de recaída, recidiva y entidad responsable de la IT en supuestos de cambio de entidad aseguradora y establece unos conceptos que nos permiten realizar un esquema ilustrativo al respecto: en el supuesto de IT por contingencias comunes vigente el contrato de trabajo, con cambio de entidad aseguradora, será la entidad que se hace cargo de la contingencia quién asumirá la

⁶⁵⁵ En este sentido, véase el interesante estudio de ALCÁNTARA Y COLÓN, J. M., “Las recaídas versus recidivas en la incapacidad temporal. Criterios jurídicos”, *cit.*, págs. 1-9.

⁶⁵⁶ STSJ Galicia de 19 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 68) señala que “el régimen de recaídas supone que estamos ante un periodo único (...) y que los requisitos entonces exigidos y ostentados (a la fecha de la baja inicial) (...) conservan ahora, cuando la segunda baja médica, toda su virtualidad”.

⁶⁵⁷ FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen general de la Seguridad Social*, *cit.*, pág. 254.

⁶⁵⁸ De conformidad con la cual, corresponde el abono de la prestación a la Mutua cuando el trabajador, cuya relación laboral se ha extinguido y se halla percibiendo prestaciones por desempleo, sufre una recaída de un anterior proceso patológico y agota las prestaciones por desempleo, por ser la entidad que percibía las cotizaciones en el momento del hecho causante, que se sitúa en la primera baja.

obligación de abonar los subsidios correspondiente a los trabajadores que se encuentren en IT. En el supuesto de extinción posterior al hecho causante del contrato de trabajo, la responsabilidad corresponde a la entidad que cubría el riesgo en la fecha del hecho causante y si es tras despido improcedente será responsable la Entidad Gestora; en IT por contingencia común iniciada en vacaciones no disfrutadas, ha de percibirse en cuantía ordinaria hasta la fecha en que las vacaciones se extingan y a partir de entonces en la cuantía de la prestación por desempleo; en el supuesto de recaída en contingencia común y con desempleo agotado, la entidad responsable del subsidio será la que aseguraba la contingencia a la fecha de la primera baja.

Para los supuestos de IT por accidente de trabajo y cambio de entidad aseguradora, ha de responder la que fuese responsable en la fecha del hecho causante y si no hay recaída, es decir hay recidiva, la responsabilidad corresponde a la entidad que asume el riesgo al acaecer la segunda baja. Pero si la recidiva se produce transcurridos más de 6 meses desde el alta de la IT precedente, la responsabilidad íntegra corresponde a la Mutua que asumía el riesgo al acaecer la segunda baja⁶⁵⁹.

2.2.4. Tramitación y control: las declaraciones de baja y alta tras el Real Decreto 625/2014

Si el origen de la baja médica es por contingencias profesionales y el trabajador presta servicios en una empresa que tenga suscrita la cobertura por tales contingencias, con una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, o bien se trata de un trabajador por cuenta propia adherido a una Mutua para la gestión de la prestación económica por IT derivada de las mismas contingencias, los correspondientes partes de baja, de confirmación de la baja o de alta serán expedidos por los servicios médicos de la propia Mutua. Quizá este cambio de expedición de los partes por la propia Mutua se deba, no

⁶⁵⁹ STS de 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 3507). A tal efecto razona que “compete a la Mutua que asume la cobertura por contingencia profesional el control de las incidencias que a lo largo de su duración se registren, dependiendo de su decisión que se ponga fin a la situación subsidiada. Así mismo, el alcance económico de la prestación, al tratarse de otra distinta por mandato del artículo 9.1 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967, obliga a verificar de nuevo las condiciones de acceso, hasta el punto de que la falta de alta o cotización en el periodo antecedente de 6 meses daría lugar a la responsabilidad empresarial, aun cuando ello no afectase al beneficiario (...). La única conexión con el periodo anterior a los 6 meses transcurridos es el origen de la dolencia, que en su día mereció el calificativo de accidente de trabajo”.

tanto a una mayor confianza en la gestión de las Mutuas sino a que, en los casos en los que el origen de la contingencia sea profesional, existen menos dudas sobre la procedencia de la baja médica y su confirmación⁶⁶⁰. En los 180 días restantes, la Entidad Gestora asume todas las competencias⁶⁶¹.

Para determinar la Entidad o instancia competente que puede emitir partes de alta médica se distingue según la clase de contingencia que da origen a la IT. En los procesos originados por contingencias profesionales, pueden ser emitidos o bien por el facultativo o inspector médico del Servicio Público de Salud (o inspector médico de INSS o ISM), cuando el trabajador está protegido por una Entidad Gestora, o bien, por el médico dependiente de la Mutua, cuando esta Entidad hubiera asumido la gestión de la contingencia (en contingencias comunes, pueden ser emitidos por el correspondiente facultativo del Servicio Público de Salud, o por los inspectores médicos del Servicio Público de Salud, del INSS o del ISM, tras el reconocimiento del trabajador)⁶⁶².

Coincidimos con la doctrina cuando afirma que “el renacimiento del sistema de Seguridad Social español, pasa por blindar los pilares básicos de la protección contributiva y sacar la protección no contributiva de los recursos de la propia seguridad social; igualmente, es necesario una redefinición legislativa clara de las figuras y conceptos así como la simplificación de los mismos. Y entre todos los extremos a re-legislar esta evidentemente la situación de IT”⁶⁶³.

2.2.5. Las interrelaciones con el desempleo y su trato diferenciador

Conviene concretar cuál es la cuantía económica cuando encontrándose el trabajador en IT se extingue su contrato de trabajo, y cuándo estando en desempleo pasa a la situación de IT, lo cual pone de manifiesto todavía más el trato de privilegio sobre

⁶⁶⁰ Véanse en este sentido, los interesantes estudios de FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio”, *cit.*, pág. 3; y SÁNCHEZ PÉREZ, J., “Los nuevos perfiles de la incapacidad temporal a tenor de su nueva regulación normativa”, *cit.*, pág. 4.

⁶⁶¹ Conforme al artículo 2.1 Real Decreto 625/2014.

⁶⁶² Conforme al artículo 5 Real Decreto 625/2014.

⁶⁶³ ALCÁNTARA Y COLÓN, J. M., “Las recaídas versus recidivas en la incapacidad temporal. Criterios jurídicos”, *cit.*, pág. 9.

las contingencias profesionales frente a las comunes. Se trata de situaciones que regula minuciosamente el artículo 222 LGSS y que se analizan a continuación.

Cuando el trabajador se encuentre en situación de IT derivada de contingencias comunes y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por IT en cuantía igual a la prestación por desempleo desde el día siguiente a la fecha de la resolución de su contrato de trabajo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo⁶⁶⁴ en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo. En tal caso, se descontará del periodo de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de IT a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo, ya que el legislador entiende que las prestaciones corren juntas en el caso de las contingencias comunes, cosa que no ocurre en las profesionales, castigando aquellas y no a estas⁶⁶⁵. La Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo (SPEE) efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad, por todo el periodo que se descuenta como consumido, incluso cuando no se haya solicitado la prestación por desempleo y sin solución de continuidad se pase a una situación de IP o jubilación, o se produzca el fallecimiento del trabajador que de derecho a prestaciones de muerte y supervivencia.

Cuando el trabajador se encuentre en situación de IT derivada de contingencias profesionales y durante la misma se extinga su contrato de trabajo, el tratamiento es mucho más beneficioso, pues seguirá percibiendo la prestación por IT, en cuantía igual a la que tuviera reconocida (el importe del subsidio de IT no cambia tras la extinción del contrato), hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de

⁶⁶⁴ De la lectura atenta del artículo 222 se aprecia que el objetivo del legislador es abarcar dentro de su ámbito de aplicación, tanto las situaciones de desempleo contributivo como asistencial. En ese sentido, FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen general de la Seguridad Social*, cit., pág. 185, señala que “se deduce que serán los beneficiarios de esta protección todos los trabajadores por cuenta ajena que se encuentren de baja por IT y durante la misma se extinga su relación laboral, aun cuando no cumplan los requisitos de acceso a la protección por desempleo”.

⁶⁶⁵ Véase, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. A., *Las prestaciones contributivas de la Seguridad Social: Análisis teórico-práctico del Régimen General*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2009, págs. 23-24.

desempleo y a percibir la correspondiente prestación por desempleo, si reúne los requisitos necesarios. En este caso no procede descontar del posterior disfrute de percepción de la prestación por desempleo el tiempo que hubiera permanecido en situación de IT⁶⁶⁶. Ello agrava aún más el cuadro de diferencias existentes entre ambos riesgos, alejándose claramente la norma, sin motivo alguno, del principio de consideración conjunta de las contingencias que tanto inspiró en su origen al sistema de Seguridad Social⁶⁶⁷.

Tampoco es infrecuente que cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total, pase a la situación de IT. En estos casos percibirá la prestación por IT en cuantía igual a la prestación por desempleo, con independencia de que la nueva situación de IT se califique o no como recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia del contrato⁶⁶⁸.

En el caso de que el trabajador continuase en situación de IT una vez agotado el periodo de duración establecido inicialmente para la prestación por desempleo, sigue percibiendo el subsidio por IT, si bien la cuantía dependerá de si la IT es o no recaída de un proceso iniciado durante la vigencia del contrato: en estos casos en que la IT constituya recaída⁶⁶⁹ seguirá percibiendo la prestación por IT en la cuantía de desempleo que venía percibiendo. En los casos en que la IT no constituya recaída, seguirá percibiendo la prestación por IT en cuantía igual al 80% del IPREM mensual, excluida la parte proporcional de las pagas extras⁶⁷⁰. Cabe criticar que se percibe una cuantía que no es la que le correspondería por IT, sino la equivalente al desempleo, a pesar de haber tenido

⁶⁶⁶ Artículo 222.1 LGSS.

⁶⁶⁷ FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen general de la Seguridad Social*, cit., pág. 189.

⁶⁶⁸ Véanse, SSTS de 25 de junio de 2012 (RJ 2012, 9287), en la cual se indica que el abono de la prestación corresponde a quien percibía las cotizaciones en el momento de la primera baja, y por tanto la responsabilidad podría recaer en la Mutua, habida cuenta de que nos hallamos ante un derecho generado en aquella etapa, sirviendo las satisfechas durante el periodo de desempleo para, en su caso, dar lugar a futuras prestaciones; y de 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 3507), según la cual, tras una recaída de IT anterior derivada de accidente de trabajo, transcurrido un periodo de actividad superior a 6 meses, es responsabilidad de la Mutua aseguradora al acaecer la segunda baja.

⁶⁶⁹ Las SSTS de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 1031) y de 14 de mayo de 2007 (RJ 2007, 6960) señalan que la recaída debe entenderse en los términos del artículo 9.1 Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967; a efectos del importe del subsidio que corresponde abonar cuando la IT surge durante la situación de desempleo, la determinación de si el proceso constituye recaída de uno anterior depende de si la patología es la misma y han transcurrido menos de 6 meses desde el alta anterior.

⁶⁷⁰ Artículo 222.3 LGSS.

derecho a percibir la prestación contributiva desde el principio, pero además, aún es inferior (80% IPREM) cuando la IT no constituye recaída⁶⁷¹.

2.2.6. La determinación de responsabilidades en la gestión y la obligación del pago de la prestación

La legislación española concede a las empresas la facultad de decidir qué Entidad va a gestionar la protección de Seguridad Social en caso de accidente laboral o enfermedad profesional de sus empleados. De este modo entra en acción, bien el INSS, bien alguna de las Mutuas existentes; para la empresa existe una obligación (de asegurar a sus trabajadores, de proporcionarles seguridad laboral) y se le brindan varias opciones o posibilidades para cumplirla; por eso la pertenencia a la Mutua es voluntaria, facultativa y no forzosa⁶⁷².

La Disposición adicional undécima LGSS, establece que el empresario puede optar por formalizar la cobertura del subsidio por IT, derivada de contingencias comunes, con la Mutua con quien concierte la cobertura de los riesgos profesionales. De esta forma, la acción protectora de la Seguridad Social que abarca la protección de la enfermedad común y la de los riesgos profesionales, se gestiona en colaboración con las Mutuas y, así, la asistencia sanitaria y los subsidios económicos pueden ser prestados, en los riesgos profesionales, por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social o por las Mutuas. En las contingencias comunes, sin embargo, la asistencia sanitaria siempre la prestará el correspondiente Servicio Público de Salud, pues el subsidio económico será responsabilidad de la previa opción empresarial que, esencialmente, es libre⁶⁷³.

En los supuestos de aquellas empresas autorizadas a colaborar voluntariamente en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social, la responsabilidad le corresponde a la propia empresa cuando la causa corresponda a las contingencias a que se refiere su

⁶⁷¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, cit., pág. 171.

⁶⁷² En palabras de SEMPERE NAVARRO, A. V., “Sucesión de entidad aseguradora en accidentes de trabajo (al hilo de la STS 19 enero de 2009 [RJ 2009, 658])”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2009, BIB 2009/714, edición digital en westlaw.es, pág. 1.

⁶⁷³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “Las prestaciones por Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente en un mundo laboral cambiante”, cit., pág. 320.

colaboración⁶⁷⁴. El empresario puede optar por colaborar en la gestión asumiendo directamente el pago a su cargo⁶⁷⁵, es decir, dispensando el mismo las prestaciones por IT derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional, al igual que las prestaciones de asistencia sanitaria y recuperación profesional.

La prestación derivada de contingencias comunes compete a la Entidad Gestora o Colaboradora en dos supuestos: a) En el caso de extinción de la relación laboral del trabajador en situación de IT sin haber cumplido todavía el decimosexto día de la baja, la obligación del abono a partir de la fecha de extinción y una vez superado el periodo de espera de los tres primeros días; b) En el caso en que existiendo empresario, la normativa atribuye a la Entidad Gestora el pago directo del subsidio, exonerando al empresario de su obligación de pago delegado⁶⁷⁶.

Respecto a las consecuencias que tienen lugar cuando se produce una situación de IT que afecta a algún trabajador de la empresa, y el empresario no ha cumplido con sus obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y cotización, relativos al trabajador afectado, son diversas las consecuencias, en función del incumplimiento⁶⁷⁷, entrando en juego distintos criterios de imputación y distribución de responsabilidades entre la empresa, la Mutua y el INSS. En el subsidio derivado de contingencias profesionales, el empresario que incumple es el responsable, sin perjuicio de que la Mutua deba asumir el

⁶⁷⁴ Artículo 5 Orden 13 de octubre de 1967, y Disposición adicional undécima.1 LGSS.

⁶⁷⁵ En este caso, el empresario tiene que contar con autorización del Ministerio de Trabajo y debe de cumplir con una serie de requisitos: 1) Tener al menos 250 trabajadores fijos afiliados y en alta, o más de 100, si poseen instalaciones médicas adecuadas, por dedicarse la empresa a prestar asistencia sanitaria; 2) Poseer instalaciones sanitarias eficaces para prestar la asistencia sanitaria que corresponda a la IT por causas profesionales, excepto la hospitalización quirúrgica, y 3) Cumplir correctamente las obligaciones derivadas de la legislación social (artículo 4 Orden Ministerial de 25 de noviembre de 1966). La autoaseguradora está obligada a pagar los 18 meses de duración de la IT y las prórrogas hasta el día en que se declare la IP, aunque la prórroga sea indebida (STS de 22 de octubre de 2012 [RJ 2012, 10709]). Conviene aclarar que la regulación actual habla de días (545 días), salvo para los periodos de observación que sigue hablando en meses.

⁶⁷⁶ Si bien el subsidio es a cargo del INSS o de la Mutua Colaboradora, el pago lo realiza delegadamente la empresa en virtud del principio de colaboración obligatoria existente en materia de IT (artículo 77.1.c) y 2 LGSS; artículo 6.1 y 2 de la Orden 13 de octubre de 1967; artículos 3.1.a) y 16.1.b) y c) de la Orden de 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social.

⁶⁷⁷ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, cit., pág. 171.

pago anticipado de las prestaciones correspondientes a las empresas asociadas, o la Entidad Gestora, si es esta la que asume el aseguramiento de los riesgos profesionales⁶⁷⁸.

Así pues, el principio de automaticidad de las prestaciones supone una garantía a favor de los beneficiarios de las prestaciones, a través de una obligación que pesa sobre las Entidades Gestoras y Colaboradoras de anticipar el pago de aquellas en caso de incumplimiento empresarial de las obligaciones de encuadramiento y cotización (paralelamente estas se subrogarán en los derechos y obligaciones de los beneficiarios). “En definitiva, en el principio de automaticidad se unen dos circunstancias: por un lado, la responsabilidad directa de la empresa en el pago de la prestación que corresponda, y por otro lado, el deber de anticipo por las Entidades Gestoras y Colaboradoras con el fin de agilizar su percepción por parte del beneficiario”⁶⁷⁹.

El empresario es responsable directo de las prestaciones, pero si no las hiciera efectivas, se llevarán a cabo por la Entidad que hubiera reconocido el derecho a la prestación, ya que se encuentra obligada a anticiparla sin perjuicio de repercutir la responsabilidad del incumplimiento sobre el propio empresario o, a quien corresponda en su caso⁶⁸⁰.

Es importante destacar que el principio de automaticidad juega de distinta forma en función de si nos hallamos ante riesgos comunes o profesionales. En el caso de accidente de trabajo se aplica la automaticidad plena o absoluta⁶⁸¹, aunque el trabajador no esté en alta, lo que contrasta con el principio de automaticidad limitada o relativa que juega cuando estamos en contingencias comunes, lo que implica que el empresario deberá haber cumplido con los requisitos de afiliación y alta para que pueda darse el anticipo de las prestaciones⁶⁸².

⁶⁷⁸ En este sentido, SSTS de 24 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4616), y de 27 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10509).

⁶⁷⁹ En palabras de CHACARTEGUI JÁVEGA, C., “La protección reforzada de las contingencias profesionales en el ordenamiento jurídico español”, *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 195.

⁶⁸⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 187.

⁶⁸¹ Como consecuencia del alta presunta, se activa el mecanismo de la automaticidad de las prestaciones.

⁶⁸² Como señala CHACARTEGUI JÁVEGA, C., “La protección reforzada de las contingencias profesionales en el ordenamiento jurídico español”, *cit.*, págs. 195-198.

2.2.7. El periodo de observación por enfermedad profesional

Un caso particular de la IT es lo que legalmente se denomina como periodo de observación por enfermedad profesional, entendido como el tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo, siempre que lleve consigo la baja en el trabajo⁶⁸³, para su mejor seguimiento, pero que, a diferencia de las situaciones ordinarias de incapacidad, no conlleva necesariamente un tratamiento sanitario específico, precisamente porque el proceso patológico concreto no se encuentra confirmado.

En este caso, la prestación tendrá una duración máxima de 6 meses, prorrogables por otros 6 (el legislador ha preferido mantener en este caso, como excepción, plazos mensuales) si se considera necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad⁶⁸⁴. Si durante este periodo o a su finalización se prescribe que el trabajador debe continuar en situación de baja en el trabajo, independientemente de la clasificación común o profesional de la enfermedad, el tiempo de observación se computará a efectos de la duración máxima de la IT⁶⁸⁵.

Para facilitar el diagnóstico de enfermedad profesional, las Entidades Colaboradoras deben remitir al INSS los expedientes de aquellas situaciones que, reconocidas en principio como contingencias comunes, presenten indicios que hagan presumir la existencia de contingencia profesional, para que la Entidad Gestora pueda resolver motivadamente posibles reclamaciones de los interesados. Se considera indicios suficientes los partes emitidos por la propia Entidad Colaboradora en los que se hubiera consignado la enfermedad profesional, los informes de la Inspección Técnica de la Seguridad Social (o de servicios de prevención, de servicios médicos de la empresa o de otros organismos e instituciones con competencia en prevención y cobertura de las enfermedades profesionales) en los que se señale como causante una patología de carácter profesional, y las comunicaciones de los facultativos del SNS en las que se manifieste la posible existencia de una enfermedad profesional⁶⁸⁶.

⁶⁸³ Artículo 133.1 LGSS.

⁶⁸⁴ Artículo 128.1 b) LGSS.

⁶⁸⁵ Artículo 128.2 LGSS.

⁶⁸⁶ Resolución de 19 de septiembre de 2007, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, sobre determinación de la contingencia causante en el ámbito de las prestaciones por IT y por muerte y supervivencia del sistema de la Seguridad Social (BOE de 22 de septiembre).

La IT desde el ámbito de la Seguridad Social, presenta varios problemas siempre necesitados de análisis y debate: la organización de la asistencia sanitaria; la evaluación de las consecuencias de la enfermedad en la capacidad laboral; los problemas de gestión de las prestaciones y los añadidos que se producen en la economía, en particular, la disminución de la productividad por el absentismo causado; y el carácter de la enfermedad, común o por riesgos profesionales. Y en esta última queremos incidir, porque si abogáramos por un sistema de Seguridad Social donde esta prestación no distinguiera el origen del riesgo, se mejoraría la gestión de la misma y se evitaría el fraude⁶⁸⁷, lo que afectaría al conjunto de la población por el gran ahorro económico que supondría en el control del proceso incapacitante y en los litigios.

Podríamos pensar que no es necesaria la existencia de estos periodos de observación, que podrían incluirse dentro de las situaciones de IT propiamente dichas “por lo que, la desaparición de esta situación protegida evitaría también problemas interpretativos, pues el legislador parece olvidarse de ella, en muchas ocasiones, al regular el régimen jurídico de la prestación de IT”⁶⁸⁸.

Como conclusión, podemos establecer la necesidad de una mayor ordenación y simplificación de la IT, pues estamos ante una innecesaria complejidad normativa, que se lleve a cabo por expertos en la materia, y en base a criterios jurídicos y no de oportunidad política. Opinamos que la excesiva flexibilización de las normas que regulan el sistema de Seguridad Social transforman su naturaleza y provocan claras alteraciones normativas. Y esa nueva regulación del sistema de Seguridad Social debería aproximarse con fuerza hacia el principio de la consideración conjunta de las contingencias, como ideal incoado por los precursores del sistema de Seguridad Social.

⁶⁸⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “Las prestaciones por Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente en un mundo laboral cambiante”, *cit.*, pág. 319, señala en este sentido que “por necesidades imperiosas derivadas de la importancia social y económica de las ausencias al trabajo (absentismo), es necesario hacer más real y efectivo el parte de baja. Resulta de todo punto de vista conveniente que el facultativo (a ser posible el mismo) se pronuncie acerca de si el paciente debe o no guardar cama (salida del domicilio) y acerca de si la incapacidad es absoluta o debe reintegrarse al trabajo. Las ausencias del trabajo deben ser consecuencia de un juicio médico ponderado y efectivo y no burocrático y uniforme”.

⁶⁸⁸ FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen general de la Seguridad Social*, *cit.*, pág. 68.

3. LA PROTECCIÓN DE LOS RIESGOS PROFESIONALES EN LA INCAPACIDAD PERMANENTE

La disminución de la capacidad para trabajar, presumiblemente definitiva en el sujeto, ocasiona una contingencia que ha venido siendo protegida por los poderes públicos, tanto para atender la pérdida de la capacidad de trabajo del beneficiario (téngase en cuenta que hasta hace poco, para calificarse como IP se exigía ser dado de alta médicamente), como para tener una consideración universal de la previsión, tratamiento, rehabilitación de la secuela invalidante e integración social de la persona inválida.

3.1. Cuestiones de base: su configuración legal

La LGSS define la IP en su modalidad contributiva como “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva (reducciones en las que podemos cuantificar su incidencia negativa sobre la capacidad laboral) y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”⁶⁸⁹. La Ley quiere asegurar un poco más, respecto a la incertidumbre de la posible recuperación del inválido e incluye también como situación de IP la improbabilidad de recuperación al señalar que no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, “si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”⁶⁹⁰.

Por otro lado, “las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de IP, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas, o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías, una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación”⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Artículo 136.1, párrafo 1º LGSS.

⁶⁹⁰ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, cit., págs. 240-241.

⁶⁹¹ Artículo 136.1, párrafo 2º LGSS.

Por tanto, los cuatro elementos que definen la situación protegida, conforme al artículo 136.1 LGSS, son: a) Sometimiento al tratamiento prescrito, b) Reducciones anatómicas o funcionales graves, c) Previsiblemente definitivas y d) Disminución o anulación de la capacidad del trabajo.

Estamos pues, ante un concepto indeterminado que el TS entiende que “lo decisivo para la determinación de una IP y el grado correspondiente no es la mera descripción objetiva de las secuelas, sino el déficit orgánico o funcional que provocan y en definitiva su incidencia en la capacidad laboral del trabajador”⁶⁹². La IP no se presenta como una realidad uniforme, sino que es preciso evaluar la influencia, en cada sujeto concreto, de la alteración grave de la salud presumiblemente definitiva⁶⁹³. No se trata de una declaración médica sobre el estado de salud, sino de un acto administrativo de consecuencias en el orden laboral y en el de la protección social⁶⁹⁴. Por tanto, es una materia compleja, sometida también a numerosas reformas, pero que ninguna se acerca, desafortunadamente, al trato indiferenciado entre contingencias⁶⁹⁵.

La IP habrá de derivarse de la situación de IT, salvo que afecte a quienes carezcan de protección en cuanto a dicha IT, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena en los que se dé la misma circunstancia, o bien en los casos de acceso a la IP desde la situación de no alta. “Pero existen supuestos de IP no precedida de IT (como la que aparece bruscamente) o situaciones en las que el trabajador, pese a sus lesiones o enfermedades, prefiere mantenerse en el trabajo hasta que la gravedad de su estado físico o psíquico, o el carácter irreversible de sus secuelas, le impiden continuarlo”⁶⁹⁶. Si bien es cierto que a la hora de determinar la fecha del hecho causante, incide la previa existencia o no de una IT⁶⁹⁷.

⁶⁹² STS de 8 de abril de 1989 (RJ 1989, 2948).

⁶⁹³ STS de 24 de enero de 1991 (RJ 1991, 281).

⁶⁹⁴ STS de 6 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7616).

⁶⁹⁵ Sobre las reformas llevadas a cabo en la IP, véase DESDENTADO BONETE, A., “La protección por incapacidad permanente en la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 4, 1997, págs. 61 y ss.

⁶⁹⁶ ALONSO OLEA, M., *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 167.

⁶⁹⁷ El hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en la que se haya extinguido la IT de la que se derive la IP. En los supuestos en que la IP no esté precedida de una IT o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades (artículo 13.2 Orden de 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla

El sistema de calificación de la incapacidad tiene carácter profesional, con las excepciones de las lesiones permanentes no invalidantes y la gran invalidez, y, en este sentido, el porcentaje de incapacidad no envía a una valoración fisiológica por baremo, sino a una estimación aproximada en términos de una apreciación sensible de la repercusión de las lesiones en la capacidad de trabajo en el marco de la profesión habitual. Este criterio profesional no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deban depender de las que, en función del estado del trabajador, puedan haberse adoptado en la relación de empleo: el sistema de calificación es independiente de las incidencias que puedan producirse en esa relación. A efectos de la calificación de la IP han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la “profesión”⁶⁹⁸.

En la modalidad no contributiva podrá ser constitutiva de invalidez las deficiencias permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulan o modifican la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen. El núcleo de los conceptos de modalidad contributiva y no contributiva es similar, pero su función es diversa: el primero se ocupa de fijar la disminución de la capacidad profesional, y en consecuencia, de la capacidad de trabajo; el segundo, pone el acento en detectar una disminución que produce sobre quien la padece una secuela invalidante, exactamente un grado de discapacidad, igual o superior al 75% de la capacidad de trabajo. Interesa fijar la atención en el primero de los conceptos, rico en matices y que afecta de forma directa a la presente investigación. De este modo, la declaración de IP, más allá de la constatación de un estado patológico, es una decisión administrativa que da lugar a pensión (a un tanto alzado en la IP parcial) según el grado (si no hay derecho a prestaciones no se declara la situación invalidante)⁶⁹⁹.

De ahí que es importante conocer que se entiende por incapacidad definitiva para el trabajo, y los continuos cambios que se producen en la jurisprudencia, como por

el Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social). Cuando los interesados no se encuentren en alta o situación asimilada a la de alta, la declaración de IP en los grados de incapacidad absoluta y gran invalidez derivada de contingencias comunes, sólo tendrá lugar a instancia de parte; en tales supuestos, los efectos económicos se producirán desde el momento de la solicitud con efectos económicos al día siguiente (artículo 3 Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, en la materia de racionalización de las pensiones de jubilación e IP).

⁶⁹⁸ SSTS de 3 de mayo de 2012 (RJ 2012, 8955), y de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7269).

⁶⁹⁹ STS de 26 de enero de 1993 (RJ 1993, 276).

ejemplo cuando se pasa del criterio (original y superado) que entendía que: “las patologías anteriores a la afiliación y alta sólo pueden tomarse en cuenta a efectos de calificar la incapacidad si posteriormente se ha producido una agravación trascendente”⁷⁰⁰, a otro criterio (actual y matizado) que establece que: “las reducciones anatómicas o funcionales que han de computarse son todas las existentes en el momento en que se solicita el reconocimiento de la IP”⁷⁰¹. En su actuación, la Administración ha de pasar por todo el espectro de expresiones o requisitos exigidos por la norma: reducción anatómica o funcional grave que ya presumiblemente no cura y puede ser susceptible de determinación objetiva; aquí, en su interpretación, radicará la esencia del control de la Administración⁷⁰².

3.1.1. La relevancia de la noción de profesión habitual

Para la calificación del grado de la IP se toma en consideración más que la lesión en sí misma, la repercusión que ésta pueda tener sobre la capacidad de trabajo, pues el riesgo cubierto no es propiamente la salud del trabajador, sino la carencia de rentas que su falta origina: no basta con que las reducciones anatómicas y funcionales sean graves, sino que además es necesario que, como consecuencia de las mismas, el sujeto se encuentre total o parcialmente incapacitado para trabajar, pues para el reconocimiento del derecho a las prestaciones de IP sólo tienen relevancia las lesiones que disminuyan o anulen la capacidad laboral⁷⁰³. Y, por tanto, por muy grave que sea el cuadro clínico, si éste en conexión a los requerimientos que constituyen el núcleo de la actividad profesional no alcanza relevancia para el desarrollo efectivo de un trabajo, ello impediría la calificación como IP, mientras que una dolencia o lesión aparentemente insignificante puede repercutir anulando la concreta realización de una profesión⁷⁰⁴.

A la hora de evaluar el grado de IP, el concepto de profesión habitual es esencial y determinante en la IP parcial, total y absoluta pues la incapacidad se tiene que dar en la

⁷⁰⁰ SSTs de 26 de enero de 1999 (RJ 1999, 1106), y de 27 de julio de 1992 (RJ 1992, 5664).

⁷⁰¹ SSTs de 14 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 49), de 19 de enero de 2010 (RJ 2010, 3099), y de 21 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3035), entre otras.

⁷⁰² En este sentido, véase ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 182-187.

⁷⁰³ POQUET CATALÁ, R., “La actual doctrina en la conceptualización de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2015, BIB 2015/542, edición digital en westlaw.es, pág. 1.

⁷⁰⁴ STSJ Madrid de 17 de julio de 2006 (AS 2006, 3554).

citada profesión habitual y sólo en ella (si bien es cierto que en el grado de gran invalidez se tienen en cuenta criterios fisiológicos); sin embargo varía según cada uno de los casos, de manera que, unas mismas lesiones o secuelas pueden ser constitutivas de un grado u otro, en función de las actividades o tareas que requiera la profesión habitual del presunto incapaz⁷⁰⁵.

A pesar de la existencia de una norma de Seguridad Social que contiene una definición de lo que jurídicamente es la profesión habitual⁷⁰⁶, ha sido la jurisprudencia la que ha configurado el concepto, si bien ha sufrido cambios a lo largo de los años, con una clara tendencia expansiva. En un principio, el Tribunal Central de Trabajo (en adelante, TCT) entendía que esta expresión hacía referencia al conjunto de trabajos que constituían el contenido del “puesto de trabajo”, independientemente de los correspondientes a su categoría profesional⁷⁰⁷. Posteriormente, matizó esta postura y esta tesis interpretativa es superada por otra que identifica la profesión con el conjunto de tareas que conformaban la categoría profesional que el trabajador ostenta: “al hablar de profesión hay que entender la categoría ostentada dentro de ella y no en relación al puesto de trabajo que se tenía al accidentarse, por lo que el cambio de este último si no conlleva variación de categoría o de oficio es insuficiente por si solo para servir de base a la declaración de incapacidad”⁷⁰⁸; tesis que fue mantenida posteriormente por el Alto Tribunal⁷⁰⁹.

Siguiendo, con esta evolución, el TS entendió que “la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo “sino aquélla que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la

⁷⁰⁵ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 101.

⁷⁰⁶ El artículo 11 Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 8 de mayo) preceptúa que “se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, y en caso de enfermedad, común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los 12 meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la IT de la que se derive la IP”.

⁷⁰⁷ Entre otras, SSTCT de 5 de mayo de 1975 (RTCT 1975, 229), y de 24 mayo de 1975 (RTCT 1975, 2648). El TCT identificó la profesión con el concreto puesto de trabajo, es decir, el conjunto de cometidos del puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, independientemente de los correspondientes a su categoría profesional.

⁷⁰⁸ En este sentido se pronuncian las SSTCT de 1 de marzo de 1977 (RTCT 1977, 1210); de 15 de abril de 1977 (RTCT 1977, 2080); de 20 de septiembre de 1982 (RTCT 1982, 4832), en la que indica que “para dar forma a dicho concepto no han de tenerse en cuenta de forma exclusiva las concretas tareas que llevaba a cabo cuando ocurrió el hecho causante, sino que debe partirse de las que para su oficio fijan las reglamentaciones o convenios”; y de 6 de febrero de 1986 (RTCT 1986, 702).

⁷⁰⁹ STS de 14 de abril de 1987 (RJ 1987, 2773).

empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio, de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional”; es decir, como en el supuesto de los aprendices, no sólo se ha de tener en cuenta la labor desempeñada en un puesto, sino aquélla a que pueda ser trasladado en movilidad funcional”⁷¹⁰.

En un principio, a efectos de calificar una incapacidad, se entendía por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo (pues se hace necesario distinguir entre las situaciones derivadas de accidente, de las de enfermedad), la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, aunque con anterioridad o posterioridad al accidente, el trabajador accidentado hubiera desempeñado otro tipo de trabajo (se seguía el criterio de tener en cuenta las actividades realmente desarrolladas al ocurrir el accidente, independientemente de que el trabajador prestara otro tipo de trabajos antes o después de sobrevenida la contingencia)⁷¹¹. Postura que fue superada, entendiendo que “la profesión habitual no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional”⁷¹².

En caso de enfermedad común o profesional, se entenderá por profesión habitual, aquélla a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el periodo de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se

⁷¹⁰ STS de 17 de enero de 1989 (RJ 1989, 259). En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 23 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2093); de 27 de abril de 2005 (RJ 2005, 6134); y de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3311) al afirmar que “no solo hay que tener en cuenta a la hora de resolver sobre una demanda de invalidez cuáles eran las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o después del accidente sino todas las que integran objetivamente su profesión, las cuales vienen delimitadas en ocasiones por las de su propia categoría profesional o en otras las de su grupo profesional, según los casos y el alcance que en cada caso tenga el *-ius variandi-* empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable”.

⁷¹¹ Entre otras, SSTS de 23 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10399), de 9 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1748), y de 31 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4713).

⁷¹² La STS 4 diciembre 2012 (RJ 2013, 1403), en referencia al desempeño de una segunda actividad en la misma empresa y en el mismo grupo profesional, puntualiza que “para el bombero que pasa a desempeñar una segunda actividad en el propio cuerpo de bomberos, el ámbito de la profesión que hay tener en cuenta para establecer la valoración de la incapacidad no puede ser la segunda actividad sino la actividad normal que se realizaba con anterioridad al reconocimiento inicial de la incapacidad”. En el mismo sentido SSTS de 16 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10700); de 24 de julio de 2012 (RJ 2012, 10272); de 10 de julio de 2012 (RJ 2012, 9590); de 7 de junio de 2012 (RJ 2012, 8725), de 3 de mayo de 2012 (RJ 2012, 8955); y de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7269).

determine⁷¹³. Cuando se trata de enfermedad profesional, que es de evolución lenta y progresiva, puede aparecer cuando el trabajador ya no desempeña la actividad causante del riesgo⁷¹⁴.

Como regla general la jurisprudencia defiende que la profesión habitual, en el caso de la enfermedad profesional, es la ejercida prolongadamente, y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante⁷¹⁵. Y que el ámbito de la profesión habitual que hay que considerar para establecer la valoración de la incapacidad en el proceso de revisión de grado no puede ser la segunda actividad a la que se accede tras el reconocimiento de la IP total, sino la actividad normal que se realizaba con anterioridad al reconocimiento de dicha incapacidad⁷¹⁶.

El concepto de profesión habitual como elemento clave en la IP es una institución jurídica compleja y llena de inseguridad jurídica, siendo difícil encuadrarla con las funciones del puesto de trabajo o con el grupo profesional, de ahí que esté sometida a avatares legislativos y jurisprudenciales⁷¹⁷.

Una posible, aunque quizás utópica, solución sería que los convenios colectivos delimitasen las tareas o cometidos propios de las profesiones. Con ello se conseguiría reforzar la seguridad jurídica al concretar todas las tareas de las diferentes profesiones, y resultaría mucho más claro que lo realmente importante no es delimitar la ocupación habitual entendida de forma coloquial, sino las funciones que normalmente ejerce el

⁷¹³ Entre otras, SSTS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 8605), de 9 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1947) y de 7 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3504). Señalaba el TS que “profesión habitual a efectos de calificación de invalidez, es la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo y más si se contrapone al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra más liviana”.

⁷¹⁴ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, cit., pág. 426.

⁷¹⁵ De acuerdo con las SSTS de 26 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4978) y de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3418), entre otras.

⁷¹⁶ Entre otras, SSTS de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1403); de 2 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10725); de 16 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10700); y de 24 de julio de 2012 (RJ 2012, 10272). En este sentido, GARCÍA NINET, J. I., “El procedimiento de calificación de la incapacidad permanente”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008, pág. 192, señala que “el reconocimiento de la prestación de IP está sometida a una serie de fases en clave administrativa en aras a lograr que el reconocimiento del derecho no quede al arbitrio de la Entidad Gestora, pero que, al mismo tiempo, solo se reconozca el derecho a las prestaciones económicas por IP a aquellos sujetos que efectivamente reúnan los requisitos legalmente previstos en un momento dado y preciso o precisable”.

⁷¹⁷ Véase, GARCÍA VIÑA, J., “Los grados de incapacidad permanente”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008, págs. 171-172.

trabajador, que conforman lo que se conoce como profesión. Por tanto, la clave serían las funciones, las tareas, y no el nombre formal que se le dé a su profesión. Así, con una adecuada ordenación de los cometidos que integran la profesión, se facilitará la precisión a efectos de determinar si el trabajador es o no capaz, y en consecuencia cuáles son las funciones ejercitables desde su capacidad residual. Por lo mismo, desde la perspectiva contraria, se podría saber con mayor claridad cuando, pese a presentar una diferente denominación, determinadas profesiones que resultan ser similares en sus cometidos, son claramente incompatibles⁷¹⁸.

3.1.2. Los grados de incapacidad permanente

La IP, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado en cuatro grados: parcial, total, absoluta y gran invalidez. En todo caso, el reconocimiento de un grado superior de incapacidad elimina al inferior⁷¹⁹. En cualquier caso, el criterio predominante para analizar la capacidad laboral es el denominado profesional, entendida como aptitud genérica para el trabajo no como dificultad para encontrar nuevo trabajo, para aplicar la capacidad residual del inválido⁷²⁰.

a) Incapacidad permanente parcial

Se entenderá por IP parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma⁷²¹. Así pues, ha de haber una disminución de la capacidad de trabajo que alcance al menos el 33% de la misma, pero sin llegar a ser total⁷²². Se indemniza la disminución

⁷¹⁸ POQUET CATALÁ, R., “La actual doctrina en la conceptualización de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente”, *cit.*, pág. 13.

⁷¹⁹ STS de 12 de abril de 1988 (RJ 1988, 2955).

⁷²⁰ Véase, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Invalidez permanente y Seguridad Social*, *cit.*, págs. 215-218.

⁷²¹ Artículo 137.3 LGSS.

⁷²² La STS de 30 de junio 1987 (RJ 1987,4680) argumenta que “ si la IP parcial es aquella que ocasiona al accidentado una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para su profesión habitual, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma, y se da cuando la lesión implique un menor rendimiento cuantitativo o cualitativo o mayor penosidad o peligrosidad, no queda más remedio que

de la capacidad del trabajo, no del rendimiento, ya que conllevará la disminución en la capacidad de ganancia (la capacidad de trabajo se puede ver frustrada por una alteración de la salud temporal o definitiva, reducción o pérdida de empleo, por razones de edad o fallecimiento, y autolimitada por cese voluntario; ello provoca una falta de ingresos y un exceso de gastos para poder reestablecer la situación, es decir, se provoca una disminución en la capacidad de ganancia).

Estamos ante un grado que dificulta, pero no impide (y por eso no conlleva derecho a pensión sino a indemnización a tanto alzado) la realización de la profesión que se venía desarrollando⁷²³. Precisamente esta posibilidad de seguir desarrollando esa actividad profesional previa, que sitúa a la IP parcial, a medio camino entre las lesiones permanentes no invalidantes y la auténtica disminución de la capacidad de trabajo, es lo que ha llevado a apreciar su difícil encaje dentro de un Sistema basado en cobertura de estados de necesidad⁷²⁴.

b) Incapacidad permanente total

Se entenderá por IP total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta⁷²⁵. Así pues, este concepto legal contiene dos elementos: por un lado, exige la inhabilitación del trabajador para las tareas más importantes o esenciales de su profesión, no siendo necesario que sean todas⁷²⁶.

reconocerla en quien siendo soldador Oficial de 2ª tiene que utilizar de la bipedestación y deambulación, verificando esfuerzos, cual lo pone de manifiesto el propio informe técnico de la entidad recurrente, según el cual el lesionado realiza entre otras, operaciones de traslado de un departamento a otro de piezas de hierro, acero y colocación y desalojo de dichas piezas en el banco de trabajo, sin que en ningún momento se hable de la existencia de Ayudante para la realización de tales operaciones”. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 12 de marzo y de 5 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 1325 y RJ 1985, 6065, respectivamente).

⁷²³ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J., *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad (en el sistema español de Seguridad Social)*, cit., pág. 57.

⁷²⁴ Véanse, DESDENTADO BONETE, A., “La protección por incapacidad permanente en la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social”, cit. pág. 17; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Invalidez permanente y Seguridad Social*, cit., pág. 290.

⁷²⁵ Artículo 137.4 LGSS.

⁷²⁶ La STS de 23 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 1895) matiza que ciertamente, el derogado artículo 37 Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956) establecía como causa de IP parcial “la pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro”. “Sin duda cabe sostener que

Y por otro lado, que exista una posibilidad real de que puede dedicarse a otra profesión distinta⁷²⁷. El criterio determinante de este grado será el profesional, por su carácter estrictamente profesional. Además, la compatibilidad entre la pensión de IP total y el desempeño de otra profesión distinta de la que se tuvo en cuenta para la declaración de dicho grado de invalidez ha sido afirmada por numerosas sentencias, en las cuales el Alto Tribunal suele relacionar la lesión con el ámbito laboral⁷²⁸.

c) Incapacidad permanente absoluta

Se entenderá por IP absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio; por lo que quedarían fuera de protección en este grado las lesiones que permitan el ejercicio regular de una profesión u oficio. La definición legal no puede entenderse en un sentido literal y estricto, pues la experiencia muestra que, por grave que pueda ser el estado del incapacitado, siempre resta una capacidad de trabajo residual que puede ser utilizada, incluso de forma regular, en determinados empleos. De esta forma, la calificación de la IP absoluta es “un juicio problemático de las expectativas de empleo” del trabajador, que en los casos incluidos en ese grado quedan extraordinariamente limitadas⁷²⁹. Esta concepción, más realista, de la IP absoluta, es la que late en el artículo 141.2 LGSS y es la que debe prevalecer al

la visión monocular supone limitación para trabajos que impliquen la conducción de vehículos y ello nos sirve de elemento de análisis para resolver si las labores del gruista pueden equipararse a ese tipo de actividad y, en suma, dilucidar si la visión monocular, como la que tiene el recurrente, sería también obstativa de su profesión, Todo ello nos permite afirmar que la profesión del recurrente exige una visión binocular que permita el cálculo de distancias y elimine el riesgo de provocar accidentes en la manipulación y uso de la grúa. De ahí que, en este tipo de profesión, la disminución de la agudeza visual que el mismo padece merezca una calificación específica, el reconocimiento de una IP total, al impedir el desarrollo de las tareas fundamentales de dicha profesión”.

⁷²⁷ La STS de 22 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6687) señala que “el ámbito de la profesión habitual que hay que tener en cuenta para establecer la valoración de la incapacidad en el proceso de revisión de grado, no puede ser la segunda actividad a la que se accede tras el reconocimiento de la IP total, sino la actividad normal que se realizaba con anterioridad al reconocimiento de dicha incapacidad”; en igual sentido, STS de 3 de mayo de 2012 (RJ 2012, 8955).

⁷²⁸ Entre ellas, SSTS de 28 de enero de 2002 (RJ 2002, 3761); de 2 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2430); de 15 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7025); de 29 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7612); de 19 de abril de 2005 (RJ 2005, 4535); de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 10142); de 6 de febrero de 2007 (RJ 2007, 988); y de 13 de junio de 2007 (RJ 2007, 5478).

⁷²⁹ STS de 6 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1794).

enjuiciar las controversias relativas al régimen de compatibilidad entre la pensión y el trabajo⁷³⁰.

El trabajador en situación de IP absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el artículo 24.4 Orden de 15 abril 1969, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de la disposición legal se afirme que sólo puede desempeñar actividades “superfluas, accidentales o esporádicas”⁷³¹.

d) Gran invalidez

Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de IP y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

Es importante la declaración jurisprudencial de que existen supuestos de IP en los que puede objetivarse tal calificación, destacando, al analizar la falta de contradicción en un caso de infección VIH, que lo expuesto no equivale a ignorar que hay supuestos concretos legalmente valorados como alguno de aquellos niveles de IP, en los que puede objetivarse una tal calificación, como hizo el viejo Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de Junio de 1956, y aún hoy se admite para calificar la ceguera total como gran invalidez, o la silicosis según el grado de su evolución y la concurrencia, o no, de cardiopatías que agravan el estado del enfermo profesional⁷³².

⁷³⁰ Entre otras, cabe destacar las SSTS de 19 marzo de 2013 (RJ 2013, 3055), de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 7109), de 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 370) y de 30 de enero de 2008 (RJ 2008, 1984), en las cuales se establece que la situación de IP absoluta es compatible con el desempeño de una actividad laboral a tiempo completo, con tal que no resulte perjudicial para el incapacitado.

⁷³¹ Doctrina seguida entre otras, en las SSTS de 10 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 2618), de 14 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5730), de 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 370) y de 19 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3055).

⁷³² En la STS de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1189) se “asimila a ceguera total, a efectos de su consideración como gran invalidez, la agudeza visual inferior a una décima en ambos ojos, aunque se hubieran adquirido habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente; tampoco es necesaria la continuidad en la colaboración de una tercera personal para la realización de determinadas actividades esenciales de la vida”.

Ante la negativa empresarial a readmitir al trabajador después de ser declarado no inválido en expediente de revisión de incapacidad por mejoría, establece el Alto Tribunal que no constituye despido la negativa empresarial a readmitirlo después de ser declarado no inválido en expediente de revisión de incapacidad por mejoría, resolución dictada superado el plazo de 2 años desde la declaración de invalidez, aunque el expediente se iniciara antes de finalizar dicho plazo⁷³³. Cuando una IP se ha reconocido por primera vez mediante sentencia judicial, es posible que el INSS dicte ulterior resolución administrativa especificando el plazo a partir del que se podrá instar la revisión⁷³⁴.

3.2. Acceso prestacional condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos

Conforme al artículo 138.1 LGSS, se establecen los requisitos que ha de cumplir el beneficiario de la prestación de IP: haber sido declarado en situación de IP y estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta, no exigiéndose periodo de carencia si la causa de incapacidad deriva de contingencias profesionales o por accidente no laboral. Como podemos observar, los requisitos se simplifican si el estado incapacitante tiene origen laboral o se trata de un accidente no laboral, estableciéndose un marcado carácter privilegiado de las causas profesionales frente a la enfermedad común.

⁷³³ STS de 28 de mayo de 2009 (RJ 2009, 4552).

⁷³⁴ SSTs, en unificación de doctrina, de 3 de junio de 2008 (RJ 2008, 5140), de 12 de mayo de 2008 (RJ 2008, 5079), de 27 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 3019), y de 16 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 9232), entre otras, las cuales matizan que “la resolución judicial, revisora del acto administrativo denegatorio de la IP solicitada, se limita a reconocer la existencia de una IP y el grado de incapacidad, no examinando la cuestión sobre la que no se pronunció la resolución administrativa (el plazo a partir del cual se puede instar la revisión, por agravación o mejoría del estado invalidante). Por ello, a la vista de la competencia del INSS en materia de incapacidad, es ajustado a derecho el acto administrativo posterior en el que fija el plazo a partir del cual se puede instar la revisión del estado incapacitante, sin perjuicio del ulterior control judicial del mismo. De seguirse la tesis contraria se establecería un régimen diferente para las resoluciones administrativas y las judiciales que reconozcan el derecho a prestaciones de IP en cualquiera de sus grados, pues mientras las primeras estarían sujetas a un plazo de revisión, las segundas no, interpretación que no resultaría acorde con los principios informadores del ordenamiento jurídico”.

3.2.1. La calificación de la situación de la incapacidad

En materia de incapacidad difícilmente pueden darse supuestos con identidad sustancial, pues cada caso se decide en función de todas sus circunstancias⁷³⁵. El momento procesal en que se resuelve sobre el tema debatido determina la incongruencia o no de la calificación de la invalidez en grado inferior al único solicitado⁷³⁶. No se incurre en incongruencia procesal cuando se reconoce un grado de IP inferior al postulado en la demanda, en tanto aquél no esté expresamente excluido de ésta⁷³⁷. Desde luego, la sentencia incurre en incongruencia omisiva cuando rechaza la calificación de IP total objeto de la pretensión principal, pero no se pronuncia sobre la IP parcial que también había sido solicitada con carácter subsidiario⁷³⁸. La omisión del trámite de audiencia a los interesados (empresa responsable de la prestación) no genera la nulidad de las actuaciones administrativas, pues para ello sería preciso que se hubiera producido indefensión⁷³⁹.

La declaración de la situación de IP corresponde exclusivamente al INSS, y dicha calificación se realizara a través de sus Directores provinciales, a quienes corresponde evaluar, calificar, declarar y revisar la incapacidad⁷⁴⁰; y para el ejercicio de estas facultades se cuenta con los Equipos de Valoración de Incapacidades, quienes examinarán la situación de incapacidad del trabajador y formularán al Director provincial del INSS los dictámenes-propuesta, preceptivos y no vinculantes. Conviene resaltar la importancia de la citada calificación, pues a mayor grado de invalidez se establece una mayor cuantía económica por el porcentaje aplicado en el cálculo de la misma. La valoración de las dolencias del interesado debe entenderse referida con carácter general al momento del hecho causante, salvo que se produzca una agravación de las mismas con posterioridad en cuyo caso, la valoración deberá referirse al momento del juicio oral al no tener la consideración de hecho nuevo⁷⁴¹.

⁷³⁵ STS de 18 de abril de 2007 (RJ 2007, 6365).

⁷³⁶ STS de 29 de enero de 1993 (RJ 1993, 384).

⁷³⁷ STS de 24 de noviembre de 2003 (RJ 2004, 292).

⁷³⁸ STS de 21 de julio de 2000 (RJ 2000, 8328).

⁷³⁹ STS de 12 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3756).

⁷⁴⁰ Conforme prescriben los artículos 1.1 a) y 6.1 Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

⁷⁴¹ SSTs de 5 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4125), y de 7 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1593).

3.2.2. El requisito de estar afiliado y en alta o situación asimilada

Conforme al artículo 124.1 LGSS, es exigencia general a todas las prestaciones, la de estar afiliado y en alta o situación asimilada al alta. La regla general es el alta real (situación en activo del trabajador). Próxima a esta situación es la de alta presunta o de pleno derecho, que tiene lugar cuando el empresario no ha dado de alta formalmente a los trabajadores que emplea, en cuyo caso se presume que se encuentran en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo; y la de alta especial durante la situaciones de huelga y cierre patronal (circunstancias que también suceden en caso de IT, y de muerte y supervivencia).

Además, se encuentra lo que se denominan como situaciones asimiladas al alta (que cubren el requisito de alta, permitiendo al trabajador continuar dentro de la acción protectora de la Seguridad Social a pesar de su cese temporal o definitivo en el trabajo), por lo que el legislador permite el acceso de los trabajadores a estas prestaciones, aceptando la figura de la asimilación al alta, que de otra manera no tendrían derecho a las mismas y que consiste en aquellas situaciones en que se encuentra el trabajador que cubren este requisito de estar dado de alta.

“En Seguridad Social una situación asimilada al alta, es aquella en la que el trabajador no se encuentra dado de alta de forma efectiva o real, sin embargo la Ley establece una ficción, en el sentido de considerar que el trabajador que se encuentra en determinadas circunstancias, se le trata a efectos de reunir el requisito de alta en la Seguridad Social, como si lo estuviera de forma efectiva”⁷⁴².

Es más, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS ha atenuado la exigencia del requisito de alta o situación asimilada, en relación especialmente con las prestaciones de IP y por muerte y supervivencia, mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección. Así pues, si concurría la situación de alta, cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, entonces el requisito ha

⁷⁴² FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, cit., pág. 87.

de entenderse por cumplido⁷⁴³. “Se considera cumplido el requisito de estar en alta o asimilada, en aplicación de la doctrina flexibilizadora, al estar la trabajadora afectada de unas graves dolencias que justifican el haber dilatado su inscripción formal como demandante de empleo, al evidenciarse su imposibilidad de efectuar una actividad laboral con habitualidad, rendimiento y eficacia”⁷⁴⁴.

Debe tenerse en cuenta que el requisito del alta o situación asimilada debe referirse al momento de sobrevenir la contingencia invalidante, y no a la fecha de solicitud de la prestación⁷⁴⁵. Por otro lado, es situación asimilada al alta la del perceptor de una pensión de IP no contributiva a los efectos de generar otra de la modalidad contributiva, siempre que el beneficiario reúna el resto de los requisitos legales para tener derecho a la pensión contributiva⁷⁴⁶.

En referencia al alta o situación asimilada, el TS señala que a efectos de reconocimiento de la pensión de IP absoluta, no derivada de contingencias profesionales, se asimila a la de alta la situación del perceptor de prestación asistencial de desempleo, aunque no esté inscrito en la oficina de empleo, pues dicha inscripción carece de toda finalidad ante la imposibilidad de realizar cualquier trabajo⁷⁴⁷; y que el trabajador que es declarado en IP durante el proceso de despido que es calificado como improcedente debe ser considerado en situación asimilada al alta a efectos de reconocimiento de la prestación y eventual responsabilidad subsidiaria del INSS⁷⁴⁸.

No obstante, se puede causar derecho a la pensión de IP en los grados de absoluta o gran invalidez, derivadas de contingencias comunes, desde la situación de no alta o no asimilada al alta; salvedad que queda condiciona a otro requisito, cual es el periodo mínimo de cotización acreditable de 15 años (periodo mínimo de carencia genérica), siempre que la quinta parte de ese periodo esté comprendida dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante (periodo de carencia específica).

⁷⁴³ Entre otras, SSTS de 21 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2311), de 23 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5524), de 17 de abril de 2000 (RJ 2000, 3959) y de 27 de mayo de 1998 (RJ 1998, 5700).

⁷⁴⁴ SSTS de 3 de junio de 2014 (RJ 2014, 3373), de 17 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7825), de 25 de julio de 2000 (RJ 2000, 7194) y de 23 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5524).

⁷⁴⁵ STS de 21 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 6170).

⁷⁴⁶ STS de 22 de enero de 2013 (RJ 2013, 4107).

⁷⁴⁷ STS de 10 de noviembre de 2003 (RJ 2004, 545).

⁷⁴⁸ STS de 3 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1147).

A nuestro parecer, se tendría que relativizar el requisito general de alta que impera en los riesgos comunes y suprimirlo, al igual que sucede en otras prestaciones, aunque ello implicara corregir la exigencia del periodo de cotización. Y en este sentido, establecer el alta de pleno derecho a todas las contingencias, con independencia de su origen.

Y en todo caso siempre hay medios para probar la existencia de la relación laboral, pues el problema de fondo de su falta de equiparación es fundamentalmente de prueba, por lo que solo en caso de prueba si lo estableciera la Ley se podría aplicar este principio clásico que se aplica a las contingencias profesionales.

Responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización: la excepción a la regla en las contingencias profesionales

Puestos en concordancia el artículo 41 LGSS⁷⁴⁹ y el artículo 124 LGSS⁷⁵⁰, con carácter general son requisitos constitutivos para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, que el beneficiario esté afiliado y en alta o situación asimilada al alta y acredite las cotizaciones exigidas para causar derecho a la prestación. El artículo 125.3 LGSS excepciona de tales requisitos a los trabajadores que se encuentran en la denominada situación de alta presunta o de pleno a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones.

De este modo, el ordenamiento jurídico ha querido proteger especialmente a los trabajadores afectados por contingencias profesionales, quienes tendrán derecho a lucrar

⁷⁴⁹ Las Entidades Gestoras de la Seguridad Social serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida, siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las mismas.

⁷⁵⁰ Señala en su apartado primero que “las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario”. Y en su apartado segundo preceptúa que “en las prestaciones cuya concesión o cuantía esté subordinada, además, al cumplimiento de determinados periodos de cotización, solamente serán computables las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas en esta Ley o en sus disposiciones reglamentarias”.

las prestaciones correspondientes aunque su empleador incumpliera con sus obligaciones de afiliación, alta y cotización⁷⁵¹.

a) El pago en caso de accidente de trabajo

El pago de las prestaciones económicas por IP correrá a cargo, en caso de accidente de trabajo, del INSS o de la Mutua que tuviera a su cargo la protección de la invalidez debida a dicha contingencia; o, cuando se trate de una pensión vitalicia, será el INSS previa constitución por la Mutua del valor actual del capital coste de la pensión. Conforme a lo dispuesto en el artículo 87 LGSS, en materia de pensiones causadas por IP o muerte derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional cuya responsabilidad corresponda asumir a la Mutua o, en su caso, a las empresas declaradas responsables, se procederá a la capitalización del importe de dichas pensiones, debiendo las entidades señaladas constituir en la TGSS, hasta el límite de su respectiva responsabilidad, los capitales coste correspondientes (a pesar de que el régimen común es el de reparto, opera aquí el régimen contrario, de capitalización, como una especialidad en materia de financiación). Por capital coste se entenderá el valor actual de dichas prestaciones, que se determinará en función de las características de cada pensión y aplicando los criterios técnicos-actuariales más apropiados, de forma que los importes que se obtengan garanticen la cobertura de las prestaciones con el grado de aproximación más adecuado y a cuyo efecto el Ministerio de Empleo y Seguridad Social Sociales aprobará las tablas de mortalidad y la tasa de interés aplicables⁷⁵².

⁷⁵¹ BODAS MARTÍN, R., “Sistemas de responsabilidades en materia de contingencias profesionales, en particular, en los supuestos de falta de afiliación, alta y cotización”, *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 213.

⁷⁵² Conviene tener presente la doctrina sentada en las SSTS de 18 de octubre de 2011 (RJ 2012, 524), de 29 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 450), de 3 de abril de 1997 (RJ 1997, 3048), y de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9087) en las que se señala que “el complejo cuadro de responsabilidades que surge en los supuestos de falta de afiliación, alta o cotización está compuesto de los siguientes elementos: 1) El empresario incumplidor de estos deberes es, en principio, el responsable directo de las prestaciones previstas para remediar las consecuencias del accidente; 2) La Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales tiene obligación de anticipar de manera inmediata el pago de tales prestaciones al accidentado, si el empresario responsable directo no lo hace; 3) Subsiste la responsabilidad indirecta de garantía de las prestaciones a cargo de la Entidad Gestora, para el supuesto de insolvencia del sujeto responsable de las mismas, sea la empresa sea la Mutua patronal; y 4) El anticipo de prestaciones por parte de la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales subroga en su caso a ésta en los derechos

Los criterios establecidos por la jurisprudencia del TS relativos a la responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de la Seguridad Social en los casos en que la entidad empleadora haya incurrido en incumplimientos de sus obligaciones con dicha Seguridad Social, son significativos. Es el origen de la contingencia la que determina la aseguradora responsable, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezca con posterioridad⁷⁵³. Es también la fecha del accidente la que ha de tenerse en cuenta a la hora de determinar la relevancia o incidencia que hayan de tener los descubiertos en el abono de las cuotas de la Seguridad Social sobre la fijación de responsabilidades en este orden: esto es, al objeto de determinar las responsabilidades empresariales en el pago de prestaciones derivadas de accidente laboral, es necesariamente la situación existente en el momento en que el accidente se produjo⁷⁵⁴.

En relación con las prestaciones derivadas de accidente laboral sigue siendo válida la aplicación de la doctrina tradicional en relación con la responsabilidad empresarial por falta de cotización, en el sentido de distinguir según se trate de incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar, para, en el primer caso, imponer la responsabilidad del pago de las prestaciones a la Entidad Gestora o Colaboradora y en el segundo a la empresa, con la responsabilidad subsidiaria del INSS (en su consideración de sucesor del antiguo Fondo de Garantía de accidentes de Trabajo)⁷⁵⁵.

b) El pago en caso de enfermedad profesional

Si la IP, en cualquiera de sus grados, deriva de enfermedad profesional, el pago se lleva a cabo por el INSS o la Mutua. Ahora bien, es responsabilidad exclusiva del INSS,

del accidentado tanto frente al empresario responsable directo, como frente al INSS responsable por vía de garantía”.

⁷⁵³ Doctrina seguida por numerosas sentencias, de las que pueden mencionarse, entre otras muchas, las SSTS de 5 de junio de 2000 (RJ 2000, 4807), de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 823) y de 26 de abril de 2001 (RJ 2001, 5122).

⁷⁵⁴ Parecer reiterado en las SSTS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3402), de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2814), y de 26 de junio de 2002 (RJ 2002, 8937).

⁷⁵⁵ Criterio éste que se recoge en numerosas SSTS, entre ellas, de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1436), de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2419), de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000, 7402), de 4 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 2414), de 5 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2140) y de 12 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2516).

y no de la Mutua el pago de las declaradas con posterioridad al 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 51/2007 de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 (BOE de 27 de diciembre)⁷⁵⁶, pero cuya génesis fue durante el tiempo en que la actividad se desarrollaba sometida al riesgo profesional en periodos en los que el aseguramiento de la contingencia correspondía en exclusiva al INSS (esto es, periodos anteriores a la citada fecha). En orden a la posible asunción por parte de la Mutua de la cobertura de las prestaciones de IP por enfermedad profesional solo entró en vigor el 1 de enero de 2008, por lo que no se puede determinar la responsabilidad de una Mutua respecto a un periodo anterior, ya que lo decisivo es que cuando el riesgo de enfermedad profesional existía con anterioridad a esa fecha, la cobertura de ese riesgo lo asumía en exclusiva el INSS, sin que se haya producido en ese periodo un problema de concurrencia de entidades encargadas de la cobertura⁷⁵⁷.

Para que la falta de ingreso de las cotizaciones del empresario en plazo legalmente establecido pueda determinar la declaración de responsabilidad empresarial tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección⁷⁵⁸. Debe tomarse como punto de partida la literalidad misma del artículo 126.2 LGSS, que impone la responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones por el incumplimiento de las obligaciones en materia de cotización, entre otras, cuyo incumplimiento no se circunscribe a la ausencia de cotización, sino que abarca también la cotización por cantidad inferior a la procedente en la medida en que influya sobre el importe de una prestación⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ Disposición final octava.

⁷⁵⁷ SSTs de 6 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1696), de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1884), de 25 de noviembre de 2013 (RJ 2014, 44), de 4 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 8120), de 22 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7663), de 10 de julio de 2013 (RJ 2013, 6751), de 25 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4509), de 19 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3471), de 12 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3820), de 18 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2511) y de 15 de enero de 2013 (RJ 2013, 3804).

⁷⁵⁸ SSTs de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1729), de 29 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9590), de 17 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3005), de 28 de abril de 1998 (RJ 1998, 3872) y de 8 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3970).

⁷⁵⁹ SSTs de 3 de abril de 2001 (RJ 2001, 3415), de 17 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 627), de 22 de julio de 2002 (RJ 2002, 9520), de 19 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2940), de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10133), y de 9 de abril de 2007 (RJ 2007, 3979).

3.2.3. El requisito del periodo mínimo de carencia en la enfermedad común y en las situaciones de no alta en la Seguridad Social

No se exige acreditar periodo mínimo de cotización previo, si la causa que origina el estado incapacitante es profesional o bien en los casos de accidente no laboral. Ahora bien, en los supuestos de IP absoluta o gran invalidez derivada de accidente no laboral si el interesado no se encuentra en alta o situación asimilada a la fecha del hecho causante, se ha de acreditar un periodo mínimo de 15 años, de los cuales al menos 3 años (una quinta parte del periodo genérico) debe estar comprendida dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante⁷⁶⁰.

En el caso de IP parcial para la profesión habitual, el periodo mínimo de cotización exigible será de 1800 días, que han de estar comprendidos en los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la IT de la que se derive la IP⁷⁶¹.

En el resto de grados (incapacidades total, absoluta y gran invalidez), la carencia exigida es la siguiente: a) Si el sujeto causante tiene menos de 31 años de edad, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante de la pensión; b) Si el causante tiene cumplidos 31 años de edad, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los 20 años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de 5 años. En este supuesto, al menos la quinta parte del periodo de cotización exigible⁷⁶² deberá estar comprendida dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante⁷⁶³.

Debe tenerse en cuenta que cuando la fijación del hecho causante se sitúa al inicio de la baja médica, en el cómputo del periodo carencial para el cálculo de la pensión de IP, se tienen en cuenta no solo las cotizaciones realizadas durante la situación de IT, también las ficticias por no agotamiento del periodo máximo de las prórrogas⁷⁶⁴. Por otro

⁷⁶⁰ Artículo 138.3 LGSS.

⁷⁶¹ Artículo 138.2 b) LGSS.

⁷⁶² La STS de 15 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2043) señala que el requisito de carencia específica no puede ser exigido a quien permaneció en prisión y no le fue facilitado trabajo productivo.

⁷⁶³ Artículo 138.2 a) y b) LGSS. ROQUETA BUJ, R., “La incapacidad permanente”, *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Colección Laboral Práctico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 43, señala que “se diferencia el esfuerzo contributivo exigible por tramos de edad”.

⁷⁶⁴ Argumenta la STS de 18 de mayo de 2010 (RJ 2010, 2610) que “si bien, en principio la carencia para la prestación de IP se cubre con las cotizaciones efectivamente realizadas hasta el momento del hecho causante, tal afirmación se ciñe a los supuestos de coincidencia del hecho causante con el dictamen emitido

lado, la prórroga excepcional hasta 730 días contemplada en el artículo 131 bis 2 LGSS no es computable a efectos de completar el periodo mínimo de carencia de una prestación por IP⁷⁶⁵.

Cabe señalar la doctrina dictada en recurso de casación en unificación de doctrina en defensa de la legalidad, que entendía que a los solos efectos de obtener la carencia exigible para poder acceder a las prestaciones de IP, derivada de enfermedad común, seguía vigente la doctrina jurisprudencial sobre los denominados días-cuota por gratificaciones extraordinarias, por lo que el año no consta sólo de los 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuotas abonados por gratificaciones extraordinarias. Tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, dicha doctrina ya no resulta aplicable en cuanto se refiere al cálculo del periodo de carencia necesario para la pensión de jubilación, al haberse incorporado al artículo 161.1.b) LGSS la previsión de que “a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias”. No procede modificar, con pretendido fundamento en dicha Ley 40/2007, la doctrina jurisprudencial que ha venido excluyendo el cómputo de los días-cuota a efectos del cálculo de la base reguladora o el porcentaje aplicable a ella por años de cotización⁷⁶⁶. Conviene señalar aquí que esta doctrina de los días-cuota, viene a compensar en cierta manera a la enfermedad común ante el trato privilegiado de las contingencias de origen profesional.

3.2.4. El acceso a la pensión de los mayores de 65 años por causa profesional

El acceso a la situación de IP desde la situación de jubilación ha transcurrido por diferentes etapas, a saber: una permisividad absoluta, hasta la reforma operada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social (BOE de 16 de julio); una prohibición absoluta, tras la promulgación de aquella

en el expediente de calificación o con la extinción de la IT, debiendo hacerse excepción en los casos en que el hecho causante quede determinado al inicio de la baja médica, en cuyo caso habrán de tenerse en cuenta las cotizaciones correspondientes a la situación de IT y las posibles cotizaciones ficticias por no agotamiento del periodo máximo o de la prórroga”.

⁷⁶⁵ STS de 16 de abril de 2012 (RJ 2012, 5708).

⁷⁶⁶ Entre otras, SSTS de 2 de julio de 2014 (RJ 2014, 4311), de 25 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2543), de 11 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2113), y de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 254).

Ley; y, finalmente, la situación actual, después de la reforma operada tras la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (BOE de 13 de julio), que podemos catalogar como prohibición relativa pues permite dicho cambio si la IP deriva de contingencias profesionales⁷⁶⁷.

No se reconocerá el derecho a las prestaciones de IP derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1.a) del artículo 161 LGSS y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, en cuyo caso se reconocerá ésta⁷⁶⁸. Por contingencias profesionales los mayores de la citada edad sí podrán acceder a la IP, favoreciéndose así la permanencia en activo de los trabajadores una vez alcancen una determinada edad, con el objetivo de retrasar la edad de jubilación.

Así pues, se reconocerá la pensión de IP a trabajadores mayores de la edad legalmente prevista para acceder a la jubilación en dos casos: si deriva de contingencias comunes, cuando el beneficiario no reúna los requisitos para acceder a la jubilación; y cuando derive de contingencias profesionales, sin ninguna condición. Se pretende así que el que acceda a la condición de pensionista, cumplida la edad prevista para la jubilación, lo haga por el camino de ésta, subsistiendo la posibilidad de optar entre la pensión de invalidez y la de jubilación si el beneficiario se encuentra trabajando y se produce una IP derivada de contingencia profesional⁷⁶⁹. Por tanto, se produce un claro trato diferenciado entre contingencias en el requisito de acceso, privilegiando a las profesionales.

Las contingencias profesionales no se encuentran incluidas en la limitación contenida en el artículo 138.1 LGSS y, por ende, y a sensu contrario, se reconocerá el derecho a las prestaciones de IP derivada de contingencias profesionales aun cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad ordinaria de jubilación y

⁷⁶⁷ VALDUEZA BLANCO, M. D., “El tránsito de la situación de jubilación a la de incapacidad permanente causada por enfermedad profesional, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010 (RJ 2010, 2604)”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2011, BIB 2010/2930, edición digital en westlaw.es, pág. 1.

⁷⁶⁸ Artículo 138.1 LGSS.

⁷⁶⁹ En las SSTs de 26 de abril de 2010 (RJ 2010, 2604) y de 5 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7736) se consagra como regla general la posibilidad de acceder a la prestación por invalidez desde una situación de jubilación o de requisitos para obtenerla, siempre que el origen de la contingencia sea profesional. La STS de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 2131), señala que “lo previo y determinante es conocer si realmente las limitaciones funcionales que presenta el trabajador -y no la naturaleza de los padecimientos que las originan- alcanzan la entidad legalmente exigible para la calificación de total para la profesión habitual, para desarrollar un trabajo, una tarea concreta”.

cumpla con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. Esta posibilidad nos puede conducir a dos situaciones diferentes: 1ª) Que el trabajador que se encuentra en activo, pudiendo jubilarse por haber alcanzado la edad y cumplido los requisitos -jubilado en potencia-, cause pensión de incapacidad; 2ª) Que el trabajador, al haber cumplido la edad exigida y reunido los requisitos, haya causado pensión de jubilación y ya desde ésta -jubilado en acto- solicite el tránsito a una pensión de IP⁷⁷⁰. El elemento diferenciador de estos dos supuestos es la situación de alta en el Sistema siendo, en este sentido, clara y concluyente, la STS de 26 de abril de 2010⁷⁷¹.

Pero además, otra diferencia, en este sentido, se produce en la cuantía de la prestación pues cuando el trabajador, con 65 o más años, acceda a la IP derivada de contingencias comunes, por no reunir los requisitos para el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación, la cuantía de la pensión será el resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al periodo mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación (actualmente fijado en el 50%)⁷⁷².

Además, el TC establece que lo decisivo para que entre en juego la norma impositiva de la declaración de invalidez no es la edad aisladamente considerada, sino el encontrarse en disposición de alcanzar la jubilación, cuyos requisitos se concretan en el cumplimiento de una determinada edad y el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido; de ello puede concluirse que el legislador encauzaba a través de la prestación por jubilación la protección de la totalidad de las contingencias de quienes reunían los requisitos para alcanzarla⁷⁷³.

⁷⁷⁰ VALDUEZA BLANCO, M. D., “El tránsito de la situación de jubilación a la de incapacidad permanente causada por enfermedad profesional, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010 (RJ 2010, 2604)”, *cit.*, págs. 4-5.

⁷⁷¹ STS de 26 de abril de 2010 (RJ 2010, 2604), argumenta que “tratándose de los jubilados en potencia, obviamente el requisito del alta está cubierto, y por lo que se refiere a los jubilados en acto también se puede producir el tránsito a tenor del juego de la asimilación al alta”.

⁷⁷² La STS de 22 de junio de 2010 (RJ 2010, 2709) recuerda que “el porcentaje a aplicar para calcular la cuantía de una pensión de IP cuando quien accede a ella ha cumplido ya 65 años pero no tiene la carencia necesaria, 15 años, para lucrar una pensión de jubilación, es el 50% de la base reguladora”, en consonancia con el artículo 139.5 LGSS.

⁷⁷³ La STC de 20 de septiembre de 2004 (RTC 2004, 149) expresa que “el demandante de amparo entiende que resulta discriminado, al no poder alcanzar la prestación correspondiente a la gran invalidez por el solo hecho de haber cumplido la edad de 65 años, frente a quien, encontrándose en idéntica situación, es decir, prestando servicios y de alta en la Seguridad Social, no ha cumplido dicha edad, el cual sí puede ser

Se establece que puede acceder a las prestaciones de IP el pensionista de jubilación anticipada, al no haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación: “dada la redacción del artículo 138.1 LGSS, la imposibilidad de acceder a la pensión de IP por parte de quien ya es beneficiario de pensión de jubilación se produce sólo a partir de los 65 años (...) debe matizarse el alcance de la norma prohibitiva y ha de limitarse tal exclusión a los que hubieran alcanzado la edad ordinaria”⁷⁷⁴.

Lo que intenta claramente la norma es que quien accede a la condición de pensionista más allá de la edad ordinaria de la jubilación, lo haga por el camino de ésta, salvo en el supuesto de que estuviere trabajando y se produzca una IP derivada de contingencia profesional, en cuyo caso cabe la opción entre las pensiones de invalidez o jubilación⁷⁷⁵.

3.3. Sistemas de cálculo de la cuantía: determinación de la base reguladora de las pensiones de incapacidad derivada de contingencias profesionales

La cuantía de la pensión de IP se halla al aplicar unos porcentajes, variables según el grado de incapacidad, a la base reguladora; dichos porcentajes no varían según el riesgo causante, pero sí varía el cálculo de la base reguladora.

La base reguladora de las pensiones de IP derivada de enfermedad común se determinará conforme unas normas: a) Se hallará el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante; b) Al resultado obtenido se aplica el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista para la jubilación, considerándose como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho

declarado en situación de invalidez. Sin embargo conviene advertir que el término de comparación no resulta del todo exacto, pues el demandante de amparo se fija exclusivamente en la circunstancia de haber cumplido los 65 años como causa impositiva de la declaración de invalidez cuando lo cierto es que, para que opere tal impedimento es preciso, no sólo haber cumplido la indicada edad, sino reunir el resto de requisitos necesarios para acceder a la pensión de jubilación”. En el mismo sentido, SSTC de 29 de abril de 2004 (RTC 2004, 78) y de 30 de octubre de 2003 (RTC 2003, 197).

⁷⁷⁴ Véanse SSTC de 21 de enero de 2015 (RJ 2015, 462), de 13 de junio de 2007 (FJ 2007, 5356) y de 22 de marzo de 2006 (FJ 2006, 2316).

⁷⁷⁵ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, cit., pág. 278.

causante, para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento (en el caso de no alcanzarse 15 años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50%)⁷⁷⁶.

La base reguladora de la prestación por contingencias profesionales, salvo en el supuesto de IP parcial, se calcula de igual forma en todos los grados, y sobre el promedio de los salarios reales de los últimos 12 meses de trabajo efectivo del trabajador (conviene recordar que desde la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, la cotización al Sistema ya no se efectúa sobre bases de cotización, sino sobre el salario real), lo que supone un incremento en la cuantía de la base reguladora, respecto de la calculada por contingencias comunes.

Así pues, la base reguladora estará constituida por el salario real del trabajador, que se calcula sumando los siguientes conceptos retributivos⁷⁷⁷:

- Jornal o sueldo diario. El salario base que por jornada normal de trabajo perciba el trabajador en la fecha del accidente se multiplicará por los 365 días del año⁷⁷⁸.
- Gratificaciones o pagas extraordinarias computables, que serán computadas por su importe total anual⁷⁷⁹.
- Beneficios o participación en los ingresos computables. Su importe será el percibido por el trabajador en el año anterior al accidente.

⁷⁷⁶ Artículo 140.1 LGSS.

⁷⁷⁷ Artículo 60. segunda del Reglamento para aplicación del Texto Refundido de la legislación de accidentes del trabajo, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956.

⁷⁷⁸ La STS de 27 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9637) señala que “el artículo 60 del Reglamento de Accidentes de Trabajo establece las reglas para establecer el salario base de indemnización o renta, en los casos que el trabajador perciba su retribución por unidad de tiempo, precisando, en su apartado 1.a) que el salario base diario de la indemnización por IT estará indefinido (...) por la retribución que por jornada normal de trabajo, ya sea en concepto de jornal o sueldo, perciba el trabajador en la fecha del accidente. En una interpretación lógica y teleológica del precepto no cabe referir “*sensu strictu*” el salario base a la retribución satisfecha al trabajador en el momento del accidente, sino que la expresión debe alcanzar al salario que el mismo tenga derecho a percibir, conforme la norma legal, convencional o contrato individual”.

⁷⁷⁹ La STS de 5 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2632) señala que para el cálculo de la base reguladora de una invalidez derivada de contingencias profesionales se consideran las pagas extraordinarias en su importe anual, no únicamente la parte proporcional de lo percibido por éstas hasta el momento de la baja por enfermedad determinante tras de la IP.

- Pluses y retribuciones complementarias computables. La suma total de las cantidades percibidas se dividirá por el número de días efectivamente trabajados en la empresa en que se accidentó⁷⁸⁰ y el cociente se multiplicará por 273 (salvo que el convenio colectivo o la normativa establezca un número inferior de días en cuyo caso este será el multiplicador), obteniéndose así el importe total anual computable. A estos efectos, el periodo realmente trabajado se fijará retroactivamente desde el día inmediato anterior al siniestro, sin que pueda exceder en ningún caso de un año⁷⁸¹. Así, los complementos salariales diarios se multiplican por los días laborables efectivos⁷⁸², ya que el coeficiente 273 refleja los días laborales legales establecidos por el ET.

3.4. El recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo

Aunque pudiera parecer que esta institución jurídica es hija de estos tiempos, en los que los accidentes de trabajo han despertado la conciencia social y se busca disminuirlos, se trata de una figura antigua en nuestra legislación⁷⁸³. El estudio del recargo requiere en primer lugar determinar su naturaleza jurídica, para luego afrontar otros problemas, como los requisitos para su imposición, sujetos responsables del pago, cuantía y prescripción, entre otros.

⁷⁸⁰ La STCT de 4 de marzo de 1988 (RTCT 1988, 2313) señala que “aunque se haya pactado no trabajar los sábados, éstos mantienen su carácter laboral y se recuperan durante los primeros cinco días de la semana, por lo que han de computarse a la hora de determinar en número de días efectivamente trabajados en el año anterior al accidente”.

⁷⁸¹ Disposición adicional undécima del Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1998 (el antiguo multiplicador 290, fue sustituido por 273): “A efectos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, el cociente que resulte de dividir la suma de los complementos salariales percibidos por el interesado en el año anterior al hecho causante, entre el número de días realmente trabajados por aquél en el mismo periodo, se multiplicará por 273, salvo que el número de días laborales efectivos en la actividad de que se trate sea menor, en cuyo caso, se aplicará el multiplicador que corresponda”.

⁷⁸² La STS de 17 mayo de 2005 (RJ 2005, 5812) señala que a efectos de cómputo en la base reguladora de los complementos salariales del año anterior, el concepto legal “días laborales efectivos” se identifica con el número de días naturales del año, previo descuento de los festivos, domingos y vacaciones, pero no de los días “recuperables”, que son días trabajados.

⁷⁸³ Véase el interesante estudio, CAPILLA BOLAÑOS, J. A., “Recargo de prestaciones en materia de accidente laboral y estudio de la indemnización. Criterios de cuantificación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, págs. 57-77.

3.4.1. Aproximación conceptual

Cuando se han infringido las medidas de seguridad y salud en el trabajo, o medidas de prevención, y como consecuencia de ellas se produce el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, está previsto que, además de las prestaciones ordinarias que se originan por los riesgos profesionales, se tenga derecho a otras medidas complementarias, consistentes en la imposición de un recargo sobre las prestaciones que se deriven del accidente de trabajo o enfermedad profesional⁷⁸⁴.

El antecedente más remoto lo encontramos en la LAT⁷⁸⁵, y en términos similares se pronunciaron las sucesivas normas legales y reglamentarias sobre accidentes de trabajo⁷⁸⁶, si bien su contenido fue expandiéndose progresivamente a lo largo de los años hasta nuestros días, mantenido en la actualidad en el artículo 123.1 LGSS⁷⁸⁷. Para algún sector doctrinal, la existencia de esta institución clásica en nuestro ordenamiento no tiene otro fundamento que la inercia del precedente histórico⁷⁸⁸, pero nosotros defendemos la pervivencia de esta figura que aunque sea sobreprotectora, supone una sanción con función indemnizatoria que conecta la responsabilidad empresarial, la prevención del riesgo laboral y el resarcimiento de la víctima.

⁷⁸⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 118.

⁷⁸⁵ El artículo 5.5 LAT establece que “las indemnizaciones determinadas por esta Ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución”.

⁷⁸⁶ La Ley de Seguridad Social 1966 introdujo, en su artículo 147, nuevas matizaciones ampliatorias y recogió por primera vez la cuantificación del recargo entre un 30% y un 50%. Fue a partir de la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de 1972 cuando el recargo se extiende a todas las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, y de igual modo se mantuvo en el artículo 93.1 LGSS 1974.

⁷⁸⁷ A cuyo tenor, “todas 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 y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.

⁷⁸⁸ GONZALO GONZÁLEZ, B., LÓPEZ CUMBRE, L., “Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de Seguridad Social”, cit., pág. 139.

3.4.2. Su debatida naturaleza jurídica

Reviste especial importancia la determinación de la naturaleza jurídica del recargo como sanción, como indemnización o como un híbrido entre ambas, si bien los Tribunales se decantan por la naturaleza sancionadora⁷⁸⁹, aunque su debate doctrinal y jurisprudencial aún perdura en la actualidad, pues estamos ante una materia sumamente compleja, rodeada de una amplia problemática.

La postura doctrinal tradicional y predominante es la que se inclina por el carácter eminentemente sancionador o punitivo del recargo⁷⁹⁰, dado que integra los requisitos de la sanción⁷⁹¹: procede de una autoridad administrativa, requiere previamente un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales por parte del empresario, tiene una finalidad represiva de los comportamientos ilícitos, y no es susceptible de aseguramiento.

Si bien otro sector doctrinal pone en cuestión su naturaleza sancionatoria al entender que no concurren todas las notas que caracterizan a la sanción pues no se impone por un incumplimiento objetivo tipificado en la norma, no tiene como único presupuesto para su aplicación la comisión de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, y el importe del recargo ingresa en el patrimonio del trabajador accidentado, cuando lo lógico sería, si se tratara de una sanción típica, que ingresara en el propio sistema de Seguridad Social, perjudicado también por el ilícito empresarial al ser en definitiva el responsable de la prestación generada por el accidente o la enfermedad⁷⁹².

⁷⁸⁹ DE VICENTE PACHÉS, F., “La responsabilidad del pago de las prestaciones por incapacidad permanente”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008, pág. 222.

⁷⁹⁰ Véase, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 147.

⁷⁹¹ Como argumentos empleados para respaldar esta postura, véase SEMPERE NAVARRO, A. V., *La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo*, V Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 27/28 mayo 1994, pág. 28.

⁷⁹² Así lo comentan, entre otros, SEMPERE NAVARRO, A. V., *La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo*, cit., pág. 28; CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 122.

La postura jurisprudencial mayoritaria la configura como una medida eminentemente sancionadora, de carácter punitivo⁷⁹³, y que como tal, debe ser objeto de interpretación restrictiva⁷⁹⁴.

Aunque este es el criterio predominante tanto en la doctrina como entre la jurisprudencia, existe otro sector doctrinal que, sin desconocer que esta institución presenta algunos matices propios de la sanción, mantiene la naturaleza indemnizatoria o prestacional atendiendo básicamente a su finalidad reparadora, cual es el compensar al trabajador un daño más allá de los principios tasados de responsabilidad en el régimen general de prestaciones de accidentes de trabajo, y los destinatarios de la misma (que es el propio trabajador accidentado o sus causahabientes)⁷⁹⁵.

La jurisprudencia venía proclamando el carácter indemnizatorio del recargo⁷⁹⁶, si bien otra posterior confirma el carácter sancionador del recargo y establece que su importe no es deducible de la indemnización por daños y que su cuantía no depende de la intensidad del daño sino de la entidad de la infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales⁷⁹⁷.

Una tercera postura, intermedia, concibe el recargo como una figura híbrida, de naturaleza dual o compleja, al tiempo sancionatoria e indemnizatoria, opinión que compartimos. Es una sanción compleja unitaria de carácter indemnizatorio, de naturaleza eminentemente sancionadora, pero que a su vez está impregnado de un componente

⁷⁹³ Entre otras, las SSTTS de 20 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3972) y de 22 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7170) señalan que “su carácter sancionador se deja notar en su ineludible imputación al patrimonio del empresario infractor y en la prohibición de aseguramiento”.

⁷⁹⁴ STC 21/2011 de 14 de marzo (RTC 2011, 21), y STS de 23 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2627).

⁷⁹⁵ STSJ Navarra de 15 de febrero de 2006 (AS 2006, 989).

⁷⁹⁶ SSTTS de 17 de febrero de 1999 (RJ 1999, 2598) y de 2 de febrero de 1998 (RJ 1998, 3250).

⁷⁹⁷ La STS de 8 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7591) puntualiza que “es cierto es que la naturaleza del recargo por faltas de medidas de seguridad es un tanto compleja teniendo algunos matices propios de la sanción, aunque, acaba teniendo una consideración “*sui generis*” que le aparta de la sanción propiamente dicha al ser beneficiarios de su cuantía el trabajador o sus causahabientes”.

indemnizatorio en razón del perjuicio causado por el siniestro laboral⁷⁹⁸. La doctrina judicial también se ha referido en alguna ocasión a la naturaleza dual del recargo⁷⁹⁹.

Recientemente el Alto Tribunal le atribuye una posible naturaleza de prestación⁸⁰⁰, por infracción empresarial de las normas que le son aplicables en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

Todas las posturas al respecto son aceptables inicialmente: a) La calificación del recargo como sanción viene avalada por el texto legal que lo impone directamente sobre el empresario infractor y prohíbe el aseguramiento de esa responsabilidad, lo que muestra que se requiere infringir una norma y que sólo responde del pago el infractor; b) Su naturaleza indemnizatoria la avala el hecho de que sea el beneficiario del recargo el perjudicado por la infracción, esto es, quien puede reclamar la indemnización por daños y perjuicios del artículo 1.101 CC; c) Su consideración como prestación de la Seguridad Social se basaría en que se fija en atención a una prestación, no se reconoce sin el previo devengo de una prestación del Sistema, complementa la prestación previamente

⁷⁹⁸ Como doctrina científica, conviene señalar a MONEREO PÉREZ, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 89; SEMPERE NAVARRO, A. V., *La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo*, cit., pág. 33, indica “que no queda más remedio que admitir la presencia de elementos propios de las indemnizaciones junto a otros caracterizadores de las sanciones”.

⁷⁹⁹ Entre otras, STSJ Cantabria de 31 de julio de 2003 (AS 2004, 853), y STSJ Cataluña de 16 de julio de 2002 (AS 2002, 2972).

⁸⁰⁰ La STS de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1250) declara que “es claro que nuestra precedente doctrina se basaba en una consideración mixta del recargo, en la que el aspecto punitivo del mismo obstaculizaba el mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 127.2 LGSS. Pero un nuevo examen de la cuestión, previo a la publicación de la STJUE 5 de marzo de 2015 (TJCE 2015, 99), nos ha llevado a conclusión diversa, pese a que seguimos manteniendo la existencia de aquella faceta preventivo/sancionadora en el marco de una naturaleza compleja, por presentar tres finalidades diversas (preventiva, sancionadora y resarcitoria) y articularse su gestión, reconocimiento, caracteres y garantías, en forma prestacional. Pero de todas formas, el criterio mayoritario de la Sala ha entendido más adecuado mantener la naturaleza plural del recargo, resarcitoria y preventivo/punitiva, sin inclusión en ninguna categoría jurídica novedosa, por considerar que ello no solamente podría dar lugar a disfunciones imprevisibles, sino que es innecesario a los efectos aquí tratados, en tanto que la Sala se decanta -ya desde la primera deliberación del presente asunto- por rectificar su anterior doctrina y entender que a los efectos de que tratamos -la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo- ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva; o lo que es igual, de forma opuesta a nuestros precedentes, entiende ahora la Sala -tras meditada reconsideración del tema- que la consecuencia inducible de las previsiones del artículo 123.2 han de ceder frente a las derivables del artículo 127.2 LGSS”.

reconocida, se paga junto con ella y es reconocida y abonada, finalmente, por la misma Entidad Gestora⁸⁰¹.

3.4.3. Requisitos constitutivos del recargo

La propia redacción del artículo 123 LGSS permite afirmar que para la imposición del recargo se precisa que concurren una serie de requisitos o circunstancias, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia⁸⁰²:

- Lesión del trabajador: debe producirse un daño al trabajador, ya sea en accidente de trabajo o enfermedad profesional, sin el cual no es posible imponer el recargo⁸⁰³.
- Infracción del empresario de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, ya que si es cumplidor escrupuloso de su obligación de suministrar seguridad, la responsabilidad por recargo no puede llegar a nacer.
- Relación de causalidad entre la lesión y la infracción empresarial⁸⁰⁴. Ello supone excluir la imprudencia profesional o la fuerza mayor, aunque la jurisprudencia en general tampoco exige una culpa o negligencia específicas por parte del empresario, adoptando más bien un criterio cuasi-objetivo en base a la teoría del riesgo y a la culpa *in eligendo* o *in vigilando*⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ CAPILLA BOLAÑOS, J. A., “Recargo de prestaciones en materia de accidente laboral y estudio de la indemnización. Criterios de cuantificación”, *cit.*, pág. 58.

⁸⁰² Al respecto, véanse, SEMPERE NAVARRO, A. V., *La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo*, *cit.*, págs. 19 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, *cit.*, pág. 33.

⁸⁰³ STSJ Aragón de 14 de febrero de 2012 (AS 2012, 980): en función de la gravedad del daño, oscila el recargo que normalmente será del 50% en caso de muerte.

⁸⁰⁴ Entre otras, SSTS de 30 de enero de 2012 (RJ 2012, 3633), de 24 de enero de 2012 (RJ 2012, 3355), de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 2024), y de 25 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4985), en las cuales se indica que “debe presumirse que la conducta omisiva de la empresa de las medidas de seguridad, en casos de enfermedad profesional (como la derivada del amianto), contribuye al incremento del riesgo sobre la salud de los trabajadores y permite establecer el nexo causal entre dicho incumplimiento y la enfermedad profesional, a efectos de reconocer el recargo en las prestaciones derivadas de aquella contingencia”.

⁸⁰⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 125.

El citado precepto no contiene criterios precisos de atribución, pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es la “gravedad de la falta”. Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con ésta directriz legal. Así sucede al menos cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave, o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida, por su entidad o por sus circunstancias, no merece el máximo rigor sancionador.

En el orden laboral, el recargo del que tratamos puede oscilar entre un 30% (mínimo) y un 50% (máximo), cuya fijación quedará a la apreciación del juzgador según las circunstancias del caso, siempre que no resulte arbitrario y fuera de toda lógica, con arreglo al “criterio jurídico general de gravedad de la falta”, como ocurriría por ejemplo fijando el porcentaje máximo en caso de una falta leve o el mínimo en caso de una falta muy grave⁸⁰⁶.

3.4.4. Reconocimiento, cuantía y sujeto responsable del pago

Desde el punto de vista del alcance material, este incremento recae sobre todas las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que tengan causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, es decir, IT, IP en cualquiera de sus grados⁸⁰⁷, indemnización por lesiones permanentes no invalidantes, o muerte y supervivencia⁸⁰⁸. No se aplica el recargo a las mejoras voluntarias⁸⁰⁹ de la acción protectora, pues aunque estén

⁸⁰⁶ La STS de 4 de marzo de 2014 (FJ 2014, 2400) establece que “en el caso examinado, la infracción administrativa se basó en que la situación de trabajo lesionaba el derecho a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad e integridad física de la trabajadora y se calificó como falta muy grave que debía ser sancionada con la sanción prevista para tales faltas, en su grado medio”. En el mismo sentido SSTS de 1 de febrero de 2006 (FJ 2006, 4362) y de 19 de enero de 1996 (FJ 1996, 112).

⁸⁰⁷ La STS de 27 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8348) expresa que en la pensión de IP por gran invalidez, el recargo opera sobre el total de la prestación, incluido el complemento, y no sobre el 100% de la misma.

⁸⁰⁸ STSJ Andalucía de 14 de julio de 2000 (AS 2000, 2507) y STSJ Cataluña de 4 de marzo de 1999 (AS 1999, 5746).

⁸⁰⁹ RABANAL CARBAJO, P., “El papel de la empresa en la declaración de incapacidad permanente”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 69, 2007, pág. 185, indica que “se trata de los supuestos en que, conforme a lo previsto en el artículo 191 LGSS, los convenios colectivos establecen una

incluidas en el ámbito de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social y participen de los caracteres que ostentan las prestaciones propias de ésta, no supone que les sean de aplicación todas las disposiciones que regulan las prestaciones propias y básicas de la Seguridad Social⁸¹⁰.

Se reconoce al INSS la competencia para declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de medidas de seguridad o higiene en el trabajo, así como para fijar el porcentaje aplicable en que han de incrementarse las prestaciones económicas⁸¹¹.

La tramitación del expediente de recargo puede iniciarse bien de oficio, a instancia de la Inspección de Trabajo⁸¹², o bien a instancia del propio interesado o de su representante legal. En todo caso, se requerirá de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el informe-propuesta sobre los hechos y circunstancias concurrentes, disposición infringida, causa concreta, de las enumeradas en el artículo 123 LGSS, que motive el aumento de la cuantía de las prestaciones y el porcentaje de éste que se considere procedente. Iniciado el expediente, el INSS tiene el deber de poner en conocimiento de los interesados la apertura del mismo. Posteriormente se dará trámite de audiencia al empresario, presunto responsable, para que en un plazo de diez días formule alegaciones y presente los documentos que estime pertinentes, poniendo fin al procedimiento la resolución de la Dirección Provincial del INSS.

El plazo máximo para resolver el expediente de recargo es de 135 días hábiles, desde la fecha del acuerdo de iniciación del procedimiento de oficio o de la recepción de la solicitud de iniciación del mismo⁸¹³, transcurrido el cual sin que recaiga resolución

mejora directa en las prestaciones, de modo que, en los casos más comunes, la pensión de IP que se reconozca por el sistema de Seguridad Social tenga que ser complementada por la empresa con un complemento de pensión determinado, o mejor aun con una cantidad a tanto alzado”.

⁸¹⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 118, en base a las SSTS de 20 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2591); de 11 de julio de 1997 (RJ 1997, 6258); de 20 de julio de 2000 (RJ 2000, 7639); y de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9673).

⁸¹¹ Artículo 1.1 e) Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social.

⁸¹² Artículo 7.8 Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 15 de noviembre), señala que entre las medidas que pueden adoptar los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social finalizada la actividad comprobatoria inspectora, cabe señalar la de “instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene”.

⁸¹³ STS de 12 de noviembre de 2013 (RJ 2014, 489).

expresa, la solicitud se entiende desestimada y el interesado podrá ejercitar las reclamaciones judiciales oportunas⁸¹⁴.

El reconocimiento del derecho a percibir el recargo sólo procede si la responsabilidad en esta materia no ha prescrito, y en este sentido, a falta de disposición legal expresa, la reclamación del derecho al recargo por falta de medidas de seguridad está sujeta al plazo de prescripción de 5 años del artículo 43.1 LGSS⁸¹⁵, iniciándose el computo de dicho plazo desde la fecha de la declaración del derecho a la prestación de que se trate, por lo que el día inicial de cómputo (*dies a quo*) es el de la fecha en que se adopta la resolución firme pertinente⁸¹⁶.

La cuantía del recargo se pondera en función de la mayor o menor intensidad de la falta cometida, es decir, teniendo en cuenta no el daño sufrido por la víctima, sino la gravedad del incumplimiento⁸¹⁷.

3.4.5. Compatibilidad

El artículo 123.3 LGSS señala que la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción⁸¹⁸. No obstante, la compatibilidad del recargo con otras responsabilidades está íntimamente unida a la naturaleza jurídica del mismo. Pues si se postula la naturaleza estrictamente sancionatoria, se plantea el problema de la aplicación del principio *non bis in idem*, que dificultaría cuando no impediría directamente la acumulación con una sanción penal o administrativa derivada del mismo incumplimiento⁸¹⁹. Si bien, al considerarlo como un híbrido entre la sanción y la indemnización, con efectos tanto

⁸¹⁴ Véase, DESDENTADO BONETE, A., “El daño y su valoración en los accidentes de trabajo”, *cit.*, págs. 87-90.

⁸¹⁵ STSJ Cataluña de 4 de marzo de 1999 (AS 1999, 5746).

⁸¹⁶ STS de 12 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1016).

⁸¹⁷ La STS de 19 de enero de 1996 (RJ 1996, 112) declara que “el artículo 123 LGSS no contiene criterios precisos de atribución, pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es la gravedad de la falta, lo que supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esta directriz legal”.

⁸¹⁸ La jurisprudencia y la doctrina judicial no cuestionan dicha compatibilidad; véanse STS de 20 de julio de 2000 (RJ 2000, 7639), y STSJ Madrid de 18 de enero de 2001 (AS 2001, 1299).

⁸¹⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V., *La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo*, *cit.*, pág. 43.

represivos como resarcitorios, la imposición de la sanción penal o de la sanción administrativa, no impedirá que valorando los mismos hechos pueda imponerse el recargo de prestaciones, pues la vertiente reparadora del recargo evitaría la contradicción con el principio *non bis in idem*⁸²⁰.

3.4.6. Prohibición de aseguramiento del recargo

Recae directamente sobre el empresario infractor la responsabilidad del pago del mencionado recargo, sin que sea posible asegurar este riesgo, ya que se declara la nulidad de pleno derecho de cualquier pacto o contrato celebrado con este fin⁸²¹, excluyendo la responsabilidad subsidiaria del INSS en cuanto a su abono cuando el empresario sea declarado insolvente⁸²². Esta debatida figura, pervive como elemento de resarcimiento de los daños causados a la víctima, y con finalidad preventiva ante el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo del empresario⁸²³.

Sin embargo, la redacción confusa del artículo 15.5 Ley de Prevención de Riesgos Laborales generó algunas dudas acerca de la admisibilidad del aseguramiento, al establecer que la empresa podrá, respecto de sus trabajadores, concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, si bien la posición jurisprudencial deja claro que no es posible⁸²⁴.

⁸²⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, *cit.*, pág. 85.

⁸²¹ DÍAZ AZNARTE, M.T., “Muerte y supervivencia”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006, pág. 536. Entre otras, las SSTs de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 4391), de 12 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1030), y de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1714) matizan la regla tradicional de la prohibición de su aseguramiento público o privado, al no ser una verdadera prestación de la Seguridad Social.

⁸²² SSTs de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 4391), de 22 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7170), y de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1714).

⁸²³ RABANAL CARBAJO, P., “El papel de la empresa en la declaración de incapacidad permanente”, *cit.*, pág. 184. Señala tres supuestos donde existe un interés mayor de la empresa en la declaración de incapacidad, “pues de ella no derivan meramente los efectos reflejos siempre predicables de ella, sino obligaciones directas y patrimoniales para el empleador: aquellos casos en que las normas colectivas anudan a la incapacidad mejoras voluntarias (complementos de prestaciones); los casos en que las mismas normas establecen compromisos de recolocación cuando la incapacidad no es absoluta, y los supuestos en los que se establece el recargo de prestaciones”.

⁸²⁴ En este sentido, STS de 2 de febrero de 2000 (RJ 2000, 9673).

3.5. Particularidades de la invalidez derivada de enfermedad profesional

Conforme al artículo 142 LGSS, los Reglamentos generales de desarrollo de la LGSS adaptarán, en cuanto a enfermedades profesionales, las normas de esta Ley a las peculiaridades y características especiales de dicha contingencia (contenidas en los artículos 22 a 26 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas); dichas particularidades son las siguientes:

- Fecha inicial del devengo de las pensiones: La iniciación del derecho a percibir las pensiones por IP derivada de enfermedad profesional tendrá lugar en las siguientes fechas:
 - Cuando el trabajador se encuentre al servicio de una empresa en el momento del consiguiente reconocimiento médico y de su cese en el trabajo como consecuencia de la declaración de la IP, dicha fecha será la del día siguiente al cese; cuando el trabajador al servicio de una empresa se encuentre en la situación de IT específica (tras los 545 días) al declararse la invalidez, la expresada fecha será la del día siguiente a la terminación de la situación indicada;
 - Cuando el trabajador no se encuentre al servicio de ninguna empresa al producirse el reconocimiento médico oficial que se lleve a efecto como consecuencia de haber instado, en la forma procedente, que se le reconozca la situación de IP, dicha fecha será aquella en que haya tenido lugar el reconocimiento cuando el trabajador se encuentre en la situación de invalidez provisional o desempleo total y subsidiado, al ser declarada su IP por enfermedad profesional, la expresada fecha será la del día siguiente al del cese en las indicadas situaciones.
- Compatibilidad con el trabajo: Los pensionistas por enfermedad profesional podrán realizar trabajos por cuenta ajena, siempre que hayan obtenido previamente autorización del correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social (no es suficiente la mera comunicación a la Entidad Gestora, como en los demás supuestos de IP). Para la concesión de tales autorizaciones se tendrá en

cuenta la naturaleza y condiciones del trabajo a realizar y las circunstancias que concurran en la enfermedad profesional del trabajador⁸²⁵. El informe pericial a partir de las tareas que el trabajador desarrolla, para concluir si la enfermedad comporta una disminución o anulación de su capacidad laboral desde la doble perspectiva de su eficacia y la seguridad en el trabajo, propia y para terceros⁸²⁶.

- Comprobación previa empresarial: Los empresarios que empleen a trabajadores que sean pensionistas por enfermedad profesional deberán comprobar, antes de admitirles al trabajo, que han obtenido la autorización anteriormente comentada, dando lugar en caso de incumplimiento por parte de los trabajadores o empresarios a las sanciones legalmente previstas.
- Reconocimientos médicos periódicos: Las Entidades Gestoras o Servicios Comunes correspondientes podrán disponer que se practiquen a los trabajadores que hayan sido declarados inválidos por enfermedad profesional los reconocimientos médicos que se consideren procedentes e instar⁸²⁷, como resultado de los mismos, las consiguientes revisiones de su incapacidad. En estos casos no regirán los plazos señalados con carácter general para las revisiones, pero entre los reconocimientos sucesivos deberán transcurrir, al menos, seis meses. Los reconocimientos médicos en caso de empresas con riesgo de silicosis⁸²⁸, los trabajadores han de ser reconocidos, al menos, una vez cada seis meses.

⁸²⁵ FERRANDO GARCÍA, F. M., “La enfermedad profesional como contingencia desencadenante de la incapacidad permanente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 161, 2014, BIB 2014/449, edición digital en westlaw.es, pág. 4, señala que “a fin de afirmar o descartar la existencia de incapacidad laboral, el informe pericial deberá analizar la relación existente entre la sintomatología de estas secuelas y las funciones laborales que lleva a cabo el trabajador”.

⁸²⁶ STS de 23 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10300).

⁸²⁷ FERRANDO GARCÍA, F. M., “La enfermedad profesional como contingencia desencadenante de la incapacidad permanente”, *cit.*, págs. 1-2, señala que “el diagnóstico de la enfermedad y la valoración de sus consecuencias incapacitantes se basa en criterios médicos que requieren la traducción de un experto, ya que normalmente la ciencia personal del juez no es suficiente para su perfecta comprensión y aplicación al supuesto de hecho: la aportación al proceso laboral de los criterios científicos que permiten determinar el origen y gravedad de la enfermedad se efectúa por medio de diversos informes médicos, tanto los que constan en el expediente administrativo de IP o de determinación de la contingencia, tramitados por la Entidad Gestora, como aquellos que se presentan como medio de prueba pericial”.

⁸²⁸ VALDUEZA BLANCO, M. D., “El tránsito de la situación de jubilación a la de incapacidad permanente causada por enfermedad profesional, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010 (RJ 2010, 2604)”, *cit.*, pág. 6, señala que “no está de más recordar que enfermedades como la silicosis y la asbestosis tienen un largo periodo de latencia (tiempo que transcurre entre la exposición al agente causante y la aparición de la enfermedad), que puede superar los 10 años”.

3.6. El proceso especial de reclamación judicial en materia de contingencias profesionales y su tratamiento procesal

En materia procesal existen también particularidades relacionadas con las contingencias profesionales en los procesos de Seguridad Social⁸²⁹. En el artículo 142.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social⁸³⁰ se establece una carga procesal para el empresario, con carácter excepcional dentro del proceso laboral en similares supuestos, para prevenir la posible insolvencia del empresario no asegurado⁸³¹.

El apartado 2º del artículo 142 de esta Ley establece otra particularidad al requerir en los procesos para la determinación de contingencia o de la falta de medidas de seguridad en accidentes de trabajo y enfermedad profesional, y en los demás supuestos en que lo estime necesario, la resolución en la que se admita la demanda a trámite deberá interesar de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, si no figurase ya en el expediente o en los autos, informe relativo a las circunstancias en que sobrevino el accidente o enfermedad, trabajo que realizaba el accidentado o enfermo, salario que percibía y base de cotización, que será expedido necesariamente en el plazo máximo de diez días. Con antelación de al menos cinco días a la celebración del juicio, el secretario judicial deberá reiterar la remisión de dicho informe si éste no hubiere tenido todavía entrada en los autos.

⁸²⁹ En el proceso de prestaciones de Seguridad Social (artículos 140 y ss. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), se comienza por reclamación previa ante las Entidades Gestoras, que deben ser parte del mismo, y serán representadas por sus propios letrados. El Juzgado de lo Social competente se determina por un fuero especial. Ha de aportarse el expediente administrativo y, en caso de accidente de trabajo, el informe de la Inspección. Los requisitos para recurrir tienen significativas particularidades, al igual que ocurre con la ejecución. Además, para las demandas por accidente de trabajo se podrá acordar por el juez el embargo de bienes y cualquier otra medida cautelar para asegurar el resultado positivo del juicio.

⁸³⁰ BOE de 11 de octubre.

⁸³¹ El citado artículo 142.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, señala que “si en las demandas por accidente de trabajo o enfermedad profesional no se consignara el nombre de la Entidad Gestora o, en su caso, de la Mutua, el secretario judicial, antes del señalamiento del juicio, requerirá al empresario demandado para que en plazo de cuatro días presente el documento acreditativo de la cobertura de riesgo. Si transcurrido este plazo no lo presentara, vistas las circunstancias que concurran y oyendo a la TGSS, el juez acordará el embargo de bienes del empresario en cantidad suficiente para asegurar el resultado del juicio y cuantas medidas cautelares se consideren necesarias”.

3.7. Indemnización por lesiones permanentes no invalidantes

Conforme establece el artículo 150 LGSS se entiende por tales, las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales (no se incluyen las lesiones causadas por contingencias comunes) que, sin llegar a repercutir en la capacidad laboral del trabajador hasta el punto de constituir una IP, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo⁸³² anejo a las disposiciones de desarrollo de la LGSS.

Las incapacidades permanentes parcial, total, absoluta y gran invalidez encuentran su punto en común en la superación de un porcentaje mínimo de discapacidad a partir del cual se puede hablar, por tanto, de que estamos ya dentro de la contingencia general de IP. Por debajo de este mínimo se protege no obstante en nuestro nivel contributivo las lesiones permanentes no invalidantes, en cuanto una manifestación más dentro de nuestro Sistema de los privilegios de la cobertura en contingencias profesionales⁸³³.

La prestación consiste en una indemnización, por una sola vez, con las cantidades alzadas que se determinen en el citado baremo. No cabe por vía interpretativa o apelando a la equidad ampliar este baremo a supuestos no previstos por el legislador⁸³⁴. Y el pago se realizará por la Entidad que estuviera obligada al pago de las prestaciones de IP, todo ello sin perjuicio del derecho del trabajador a continuar al servicio de la empresa.

Serán beneficiarios de esta indemnización los trabajadores que se encuentren en alta o situación asimilada en el Régimen General de la Seguridad Social y hayan sido dados de alta médica. Señala la STS de 13 de julio de 2011 (RJ 2011, 6402), que “se considera en situación asimilada al alta, a los efectos de solicitar el reconocimiento del

⁸³² Este baremo se contiene en la Orden Ministerial ESS/66/2013 de 28 de enero, que actualiza las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes, derogando la anterior Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes (vigente hasta el 1 de Enero de 2013).

⁸³³ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J., *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad (en el sistema español de Seguridad Social)*, cit., pág. 55.

⁸³⁴ La STS de 19 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9294) señala que no es indemnizable según baremo una lesión (atrofia del cuádriceps izquierdo) que no esté prevista en el mismo, ni siquiera por asimilación a otras que sí lo están.

baremo correspondiente, al trabajador que está en situación de IP total derivada de enfermedad común”⁸³⁵.

El accidente de trabajo y la enfermedad profesional son objeto de un tratamiento privilegiado en la normativa sobre estas lesiones al tratarse de contingencias estrictamente ligadas a la condición del sujeto amparado por un conjunto de normas, tanto laborales como de Seguridad Social que sin perder de vista otros ámbitos ajenos al trabajo en los que pudiera verse afectada la salud del trabajador y su capacidad, bien como sujeto productivo, bien en cuanto a su aptitud para desenvolverse en las condiciones de vida ordinaria⁸³⁶.

Las indemnizaciones a tanto alzado que procedan por las lesiones, mutilaciones y deformidades serán incompatibles con las prestaciones económicas establecidas para la IP, salvo en el caso de que dichas lesiones, mutilaciones y deformidades sean totalmente independientes de las que hayan sido tomadas en consideración para declarar tal invalidez y el grado de incapacidad de la misma. Señala el TS que las diferencias existentes entre la calificación del grado de IP y la aplicación del baremo en las lesiones no invalidantes son manifiestas y notorias⁸³⁷.

Como característica más sobresaliente, conviene resaltar que las citadas lesiones, mutilaciones o deformidades han de ser causadas de forma sobrevenida por una

⁸³⁵ La STS de 13 de julio de 2011 (RJ 2011, 6402) señala que “es doctrina consolidada la determinación del hecho causante en función de la fecha del acontecimiento dañoso que motivó la posterior declaración de incapacidad, lo cual ha venido deslindando en tales términos ámbitos de responsabilidad de diferentes entidades aseguradoras. En el caso de la enfermedad profesional es obvio que no cabe establecer una fecha inicial en los términos del accidente de trabajo pero no es menos cierto que por su propia naturaleza sólo puede adquirirse en tanto mantuvo su actividad profesional, durante la que rige la presunción de alta de pleno derecho con arreglo al artículo 125.3 LGSS precepto que por encontrarse en el Capítulo comprensivo de normas que rigen las condiciones generales de las prestaciones sin estar limitada al régimen de IP no sugiere una interpretación restrictiva del mismo por lo que la consideración de alta debe amparar las consecuencias que se deriven aun cuando éstas no resulten apreciadas hasta transcurrido un tiempo entre la finalización de la actividad y la concreción de las secuelas” (FJ 2º).

⁸³⁶ Como podemos extraer de la citada STS de 13 de julio de 2011 (RJ 2011, 6402).

⁸³⁷ La STS de 2 de abril de 2002 (FJ 2002, 6467) señala que “en la aplicación del baremo de las lesiones permanentes no invalidantes, la problemática es simple, sobre todo cuando no se discute sobre el carácter permanente de la lesión de que se trate, como acontece en el supuesto de autos. En estos casos queda fuera de discusión la capacidad laboral del lesionado, pues se parte de la base de que las limitaciones padecidas no alteran ni merman esa capacidad. Por consiguiente, únicamente se tendrá que determinar la enfermedad de que se trata, y luego incardinarla en el número del baremo que corresponda; y esta incardinación se efectúa mediante la interpretación de las reglas que integran dicho baremo. De ahí que, en esta materia se pueda producir más fácilmente la contradicción entre sentencias, pues para ello basta con que dichas sentencias hayan interpretado de forma diferente las mismas reglas del baremo”.

contingencia profesional, sin que a estos efectos tengan relevancia alguna las lesiones derivadas de enfermedad común o accidente no laboral. Con ello se evidencia una nueva manifestación del privilegio que la Seguridad Social mantiene, y que proviene de la tradicional evolución histórica de la protección por riesgos profesionales, en el sentido de que lo que se produce es más la cobertura de un riesgo -la causa- que la de una contingencia -la consecuencia-, lo que parece más un sistema pionero de seguro social, que un sistema integrado de cobertura, de Seguridad Social⁸³⁸.

La competencia para declarar la existencia de esas lesiones⁸³⁹ y otorgar la indemnización corresponde a los Directores provinciales del INSS. Y el plazo máximo de resolución y notificación es de 135 días⁸⁴⁰.

Para algún sector doctrinal, la protección de esta situación carece de razón de ser en un sistema de Seguridad Social evolucionado, cuyas prestaciones en ningún caso se destinan a compensar daños, sino a sustituir rentas profesionales perdidas o limitadas, a facilitar medios de vida suplementarios en los casos de cargas familiares o, a proveer de medios materiales de subsistencia a las necesidades sociales⁸⁴¹.

Como se viene observando en la presente investigación, el aseguramiento del accidente de trabajo (la obligatoriedad del seguro y la responsabilidad objetiva) fue un avance que permitió dar importantes pasos en la construcción de los Seguros Sociales y de la Seguridad Social. Pero a nuestro juicio la propia noción de accidente de trabajo, o de enfermedad profesional, es una barrera que ha aplomado la construcción de la Seguridad Social. ¿Qué debe importar que la IP, derive de riesgos comunes o profesionales? ¿Por qué la exigencia de un periodo de carencia en los riesgos comunes y

⁸³⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., págs. 273-274.

⁸³⁹ La STS de 19 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1970) puntualiza que el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción se inicia a partir del momento en que, calificadas las dolencias, se determina su origen profesional.

⁸⁴⁰ Véase el anexo del Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social.

⁸⁴¹ GONZALO GONZÁLEZ, B., LÓPEZ CUMBRE, L., “Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de Seguridad Social”, cit., pág. 139.

no en los profesionales? La explicación de esta y otras preguntas es, claramente, histórica, pero en sí misma no tiene una nota de progreso ni un ápice de justicia.

4. LAS ESPECIALIDADES EN LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA CAUSADAS POR RIESGOS PROFESIONALES

Son de aplicación todas las particularidades de que goza, en general, la protección social por riesgos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional, que como observamos es más protector que en los supuestos de contingencias comunes: juega una presunción *iuris et de iure* a favor de quienes tuvieren reconocida una IP absoluta o gran invalidez, de que su fallecimiento es debido a riesgo profesional; el artículo 172.2, in fine, contiene una segunda presunción menos poderosa, en la que se podrá probar que la muerte deriva de contingencias profesionales, siempre que el fallecimiento tenga lugar dentro de los 5 años siguientes a la producción del accidente y sin límite de tiempo si deriva de enfermedad profesional; los trabajadores del Régimen General se considerarán en alta de pleno derecho, a efectos de devengar la protección por riesgo profesional, aun cuando el empresario hubiere incumplido sus obligaciones de afiliación o alta del trabajador; no se requiere periodo de cotización alguna; se establece una indemnización a tanto alzado para determinados familiares⁸⁴².

Además, la base reguladora de las prestaciones se calcula siempre sobre los salarios reales del año anterior al hecho causante; cabe imponer un recargo de un 30% a un 50%, sobre la prestación, según sea la gravedad de la falta, cuando el accidente o la enfermedad han sido provocados por falta de medidas de prevención; la Entidad Gestora o Colaboradora que cubra las contingencias profesionales, en cada caso, deberá proceder al anticipo de las prestaciones, aun cuando el empresario incumpla sus obligaciones de encuadramiento o de cotización⁸⁴³, sin perjuicio de que luego pueda repercutir contra la empresa, pues resulta aplicable el principio de automaticidad de las prestaciones, que

⁸⁴² PÉREZ ALONSO, M. A., *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS (Especial referencia a la Ley 40/2007)*, Colección Laboral, núm. 182, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 29.

⁸⁴³ Véase CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., págs. 292-293.

opera ante la ausencia de cobertura del riesgo por parte del sujeto obligado y con el fin de garantizar los derechos de los beneficiarios⁸⁴⁴.

4.1. La consideración de alta de pleno derecho y la presunción de fallecimiento por riesgo profesional

En la originaria legislación reguladora de la protección social en España, el fallecimiento únicamente producía efectos en el Sistema si la muerte se producía a consecuencia de un accidente de trabajo, pues la LAT establecía que cuando la muerte del trabajador derivase de accidente de trabajo, se devengarían una serie de cantidades a tanto alzado, de cuyo abono era responsable el empresario⁸⁴⁵. Esta diferenciación en favor de la protección ofrecida por el Sistema cuando la muerte deriva de contingencias profesionales ha pervivido hasta la actualidad⁸⁴⁶.

Para causar derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia, el legislador exige que se tenga en cuenta la situación del sujeto causante en el momento de

⁸⁴⁴ DÍAZ AZNARTE, M. T., “Muerte y supervivencia”, *cit.*, págs. 570-571.

⁸⁴⁵ El artículo 5 LAT señalaba que “si el accidente produjese la muerte del obrero, el patrono queda obligado a sufragar los gastos del sepelio, no excediendo estos de 100 pesetas, y además a indemnizar a la viuda, descendientes legítimos menores de 10 y 6 años y ascendientes, en la forma y cuantía que establecen las disposiciones siguientes: 1ª. Con una suma igual al salario medio diario de dos años que disfrutaba la víctima, cuando ésta deje viuda e hijos o nietos huérfanos que se hallasen a su cuidado. 2ª. Con una suma igual a diez y ocho meses de salario, si sólo dejase hijos o nietos. 3ª. Con un año de salario a la viuda sin hijos ni otros descendientes del difunto. 4ª. Con diez meses de salario a los padres o abuelos de la víctima, si no dejase viuda ni descendientes, y fueran aquellos sexagenarios y careciesen de recursos, siempre que sean dos o más los ascendientes. En el caso de quedar uno sólo, la indemnización será equivalente a siete meses de jornal que percibía la víctima (...). 5ª. Las indemnizaciones determinadas por esta Ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución.”

⁸⁴⁶ DÍAZ AZNARTE, M. T., “Muerte y supervivencia”, *cit.*, págs. 526-527, señala que la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922 no aportó demasiadas novedades, pero la configuración de la protección de los familiares del trabajador fallecido en accidente de trabajo experimenta una reforma sustancial con la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria de 1932, y su Reglamento de desarrollo de 31 de enero de 1933, modificando la naturaleza de las prestaciones. Posteriormente, la Ley de Enfermedades Profesionales de 13 de julio de 1936 incluye la cobertura de ésta protección, si bien el Decreto de 22 de junio de 1956, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo unifica la protección por muerte con independencia de que derivara de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, estableciendo la obligación para el empresario de asegurar estos riesgos. “Por otro lado, si la muerte del trabajador se producía por contingencias comunes, se partía de la no atribución de responsabilidad al empresario y la correlativa voluntariedad del aseguramiento para el trabajador mediante un seguro privado. Hasta la LBSS no se unifica la protección por muerte y supervivencia y que intenta la homogeneización de la protección por causas profesionales y comunes”.

fallecimiento, que ha de estar en alta real o situación asimilada, si bien esto no es aplicable a los supuestos relacionados con contingencias profesionales; o incluso los sujetos que no se encuentren en situación de alta real, presunta o asimilada, pero que acrediten periodo mínimo de cotización de 15 años en el momento del hecho causante, como tuvimos ocasión de ver en la IP, en sus grados de absoluta y gran invalidez⁸⁴⁷.

Si el origen del hecho causante es una contingencia profesional, el artículo 2.2 Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967⁸⁴⁸, por la que se establecen las prestaciones por muerte y supervivencia, indica que, en todo caso, causarán derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia los trabajadores fallecidos por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Si el fallecimiento se produce por contingencias profesionales, y el sujeto causante no se encuentra dado de alta real por el empresario en la Seguridad Social, se entenderá que se encuentra en una situación asimilada, como es el alta presunta o de pleno derecho del artículo 125.3 LGSS⁸⁴⁹ (a pesar del incumplimiento empresarial de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización del empleado)⁸⁵⁰.

Se considerarán de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes fallezcan y tengan reconocida por tales contingencias una IP absoluta para todo trabajo o la condición de gran inválido, cualquiera que fuere el lapso de tiempo transcurrido desde la declaración de la IP⁸⁵¹. Presunción *iuris et de iure*

⁸⁴⁷ Las SSTS de 18 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8435), de 13 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1098), y de 21 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5554) señalan que “para determinar la base reguladora en caso de un causante sin cotizaciones en los 15 años anteriores al hecho causante, se aplica por analogía el criterio establecido para los trabajadores migrantes y se toman las bases de cotización de los 2 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, con las revalorizaciones que le hubieran correspondido hasta el momento del hecho causante”.

⁸⁴⁸ BOE de 23 de febrero.

⁸⁴⁹ En este sentido, CHACARTEGUI JÁVEGA, C., “La protección reforzada de las contingencias profesionales en el ordenamiento jurídico español”, *cit.*, págs. 203-204.

⁸⁵⁰ Las SSTS de 3 de abril de 1997 (RJ 1997, 3048), de 16 de junio de 1995 (RJ 1995, 4906), de 18 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3985), y de 27 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10509) indican que “la falta de alta no excluye al trabajador de las prestaciones de la Seguridad Social en materia de accidentes de trabajo, ni por supuesto de la protección derivada de la relación de aseguramiento concertada entre la empresa incumplidora y la Mutua Patronal. Y en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones, el incumplimiento de las obligaciones del empresario en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de su responsabilidad, sin perjuicio de lo cual las Entidades Gestoras, Mutuas Patronales o, en su caso, los servicios comunes procederán al pago de las prestaciones a los beneficiarios”.

⁸⁵¹ Artículos 172.2 LGSS, y 2.2 Orden de 13 de febrero de 1967. Por tanto el reconocimiento de alguno de estos grados de invalidez conlleva que cuando fallezca se reconocerán a sus beneficiarios aquellas prestaciones a que tendría derecho si el fallecimiento hubiera tenido lugar como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional (incluida la indemnización especial a tanto alzado).

que no opera cuando el fallecido tenga reconocida una IP total derivada de una contingencia profesional⁸⁵², en cuyo caso la presunción es sólo *iuris tantum*, por lo que deberá probarse que la muerte ha sido debida al accidente de trabajo o a la enfermedad profesional, siempre que el fallecimiento haya ocurrido dentro de los 5 años siguientes a la fecha del accidente, y en caso de enfermedad profesional se admitirá tal prueba, cualquiera que sea el tiempo transcurrido⁸⁵³. Por tanto, si se quiere probar que el fallecimiento tiene su origen en un accidente de trabajo, deberá acreditarse que entre la fecha del accidente y la muerte no han transcurrido más de 5 años, no teniéndose en cuenta el tiempo transcurrido entre ambos acontecimientos si el fallecimiento tiene su causa en una enfermedad profesional; y en el resto de situaciones hay una presunción de hecho a favor de que la causa de la muerte es debida a contingencias comunes y no profesionales.

Por otra parte, los trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible la muerte y sin que se hayan tenido noticias suyas durante los 90 días naturales siguientes al del accidente, podrán causar las prestaciones por muerte y supervivencia, excepción hecha del auxilio por defunción⁸⁵⁴.

En cuanto a la declaración de fallecimiento habrá que estar a los plazos que fija el artículo 193 CC, y que están a su vez relacionados con los plazos de ausencia legal recogidos en los artículos 183 y ss. CC. Para ello será necesario el transcurso de 10 años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición; también se producirá pasados 5 años desde las últimas noticias habidas del ausente o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente 75 años⁸⁵⁵.

⁸⁵² SSTS de 14 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3766) y de 21 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7327).

⁸⁵³ Artículo 172.2 LGSS. En este sentido, la STS de 14 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3766) señala que no se considera fallecido por enfermedad profesional al trabajador pensionista de IP total por tal causa, cuyo óbito sucede muchos años después y tiene causa en una enfermedad común.

⁸⁵⁴ Artículo 172.3 LGSS.

⁸⁵⁵ PÉREZ ALONSO, M. A., *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS (Especial referencia a la Ley 40/2007)*, cit., págs. 29-30.

4.2. Inexigencia de un previo periodo mínimo de cotización

El legislador opta por limitar la exigencia de que el trabajador fallecido tenga un periodo mínimo de cotización a los supuestos de enfermedad común⁸⁵⁶, concretamente, para la pensión de viudedad, un mínimo de 500 días cotizados dentro de un periodo ininterrumpido de 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión, no exigiéndose periodo de carencia cuando la muerte del trabajador deriva de contingencias profesionales o accidente no laboral. Esta circunstancia ha derivado en el intento por parte de los posibles beneficiarios de estas prestaciones de conseguir por parte del orden jurisdiccional social, el reconocimiento de que la muerte deriva de un accidente o de una enfermedad profesional, y no de enfermedad común⁸⁵⁷. Lo que parece claro es que las modificaciones normativas que se suceden han llevado la asistencialidad a las pensiones de viudedad⁸⁵⁸.

Si el trabajador no está en activo, ni en situación asimilada al alta y la muerte deriva de enfermedad común o accidente no laboral, se exige un periodo de cotización de 15 años, a tenor del artículo 174.1, in fine LGSS. Si el sujeto causante era pensionista de jubilación o IP, ambas en la modalidad contributiva, no se exige periodo de cotización alguno.

Tampoco se exige cotización previa en la pensión de orfandad y a favor de familiares. Conviene matizar que la redacción del artículo 175 LGSS dada por la Ley 40/2007 suprime el requisito del periodo mínimo de carencia cuando el sujeto causante fallece por enfermedad común, de modo que únicamente se le exige al sujeto causante para el devengo de la pensión de orfandad el requisito de estar en alta o asimilada al alta, “pasando así la pensión de orfandad a ser una pensión menos contributiva y más asistencial, si bien la conexión contributiva se mantiene todavía, de un lado, por la

⁸⁵⁶ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J., *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad (en el sistema español de Seguridad Social)*, cit., pág. 108, señala que “si tenemos en cuenta que la enfermedad común es el riesgo que presenta una mayor incidencia cuantitativa cabe pensar que pueda latir algún argumento de tipo financiero detrás de la medida, en aras a evitar posibles situaciones fraudulentas”.

⁸⁵⁷ DÍAZ AZNARTE, M. T., “Muerte y supervivencia”, cit., pág. 530. De la misma autora, “Muerte y supervivencia”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008, pág. 261.

⁸⁵⁸ Sobre esta cuestión, véase con mayor profundidad, ALONSO OLEA, M., “Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 39, 2002, págs. 13-19.

exigencia de la situación de alta o asimilada al alta y de otro lado, porque para los casos en los que el sujeto causante proceda de la vía de no alta ni asimilada al alta, se le exigirá un periodo mínimo de cotización de 15 años”⁸⁵⁹.

En la medida en que se asiste a una relajación de los requisitos exigidos, que puede facilitar la generación de la pensión, puede hablarse de cierta “asistencialización” de la pensión, si bien esta supresión del requisito de carencia estando el causante en alta o asimilada al alta, no garantiza por sí misma la protección a los beneficiarios con necesidades económicas superiores⁸⁶⁰. Por ello, tras la reforma, sigue siendo difícil de mantener que la pensión de orfandad atienda siempre y en todo caso a la situación de necesidad en la que quedan los hijos del fallecido al cesar de percibir los medios económicos con que éste atendía a su subsistencia⁸⁶¹.

La Ley 26/2015, de 28 de julio⁸⁶², introduce una serie de preceptos en el capítulo VIII, del Título II LGSS con el fin de regular las consecuencias del delito de homicidio doloso en el ámbito de las prestaciones de muerte y supervivencia; concretamente para impedir el acceso y mantenimiento de las mismas a quienes hubieren sido condenados por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, siendo la víctima sea el sujeto causante de la pensión.

No podrá tener la condición de beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia que hubieran podido corresponderle, quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio, en cualquiera de sus formas, cuando al víctima fuera el sujeto causante de la pensión⁸⁶³; dicho impedimento va dirigido a todas las prestaciones por muerte y supervivencia (auxilio por defunción, prestación de

⁸⁵⁹ PÉREZ ALONSO, M. A., *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS (Especial referencia a la Ley 40/2007)*, cit., págs. 68-69.

⁸⁶⁰ LÓPEZ TERRADA, E., “Muerte y supervivencia”, *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Colección Laboral Práctico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 121.

⁸⁶¹ ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, cit., pág. 442.

⁸⁶² BOE de 29 de julio.

⁸⁶³ Artículo 179 ter.1 LGSS (artículo rubricado: Impedimento para ser beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia); El artículo 179 ter es introducido por el apartado uno de la Disposición final décima de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 29 julio). “Las modificaciones introducidas en la LGSS serán de aplicación a los hechos causantes de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social y del Régimen especial de Clases Pasivas del Estado producidos a partir de la fecha de su entrada en vigor, siempre que los hechos delictivos hayan ocurrido, asimismo, a partir de la misma fecha (vigencia: 18 agosto 2015)”.

viudedad, pensión de orfandad y prestaciones a favor de familiares) y afecta a cualquiera que fuera el autor del delito.

La Ley otorga amplias facultades a la Entidad Gestora para proceder a la revisión de las resoluciones en las que se hubiera reconocido el derecho a una prestación de muerte y supervivencia en dichas circunstancias imponiéndole al condenado la obligación de devolver las cantidades percibidas por tal concepto. La revisión no está sometida a plazo, aunque para el reintegro de las prestaciones percibidas rige el plazo de prescripción de cuatro años contados a partir de la fecha de su cobro. La prescripción queda interrumpida cuando recaiga resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de que el sujeto investigado es responsable de un delito doloso de homicidio, así como la tramitación de un proceso penal y de los diferentes recursos⁸⁶⁴.

4.3. Base reguladora calculada sobre salarios reales

El cálculo de la base reguladora difiere si la muerte es debida a riesgos profesionales o comunes. Al igual que en la pensión de IP derivada de riesgos profesionales, la base reguladora se determinará sobre las retribuciones efectivamente percibidas⁸⁶⁵, esto es, el resultado de dividir entre 12 los salarios reales del año anterior al hecho causante. Conviene matizar que salario es la remuneración o remuneraciones que efectivamente perciba el accidentado por el trabajo que realice por cuenta ajena, en dinero o en especie, cualquiera que sea su forma o denominación, sin más excepciones que las legalmente previstas⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ Artículo 179 ter.2 LGSS.

⁸⁶⁵ PÉREZ ALONSO, M. A., *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS (Especial referencia a la Ley 40/2007)*, cit., pág. 41, quien señala además que “el punto de referencia en contingencias profesionales es el salario real vigente en el momento de producirse la muerte del sujeto causante computado anualmente”.

⁸⁶⁶ Conforme al artículo 58 Reglamento de Accidentes de Trabajo, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley y el Reglamento de accidentes de trabajo (BOE de 15 de julio), el salario comprende: “a) Las dietas de viaje y gastos de locomoción, el plus de distancia y el de transporte urbano reglamentario; b) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones o despidos; c) Las cantidades que se abonen en concepto de quebranto de moneda y las indemnizaciones por desgaste de útiles o herramientas; d) Las prendas de trabajo, los productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas o establecidos por las Reglamentaciones de Trabajo, con excepción de la manutención obligatoria y vivienda, cuyos importes están también sujetos a cotización, e) El importe del Subsidio Familiar, Plus Familiar y dote por matrimonio; f) Las prestaciones económicas

Por tanto, se dividirá entre 12, la suma de los salarios percibidos por el causante durante los 12 meses anteriores, el cómputo anual de pagas extraordinarias, los devengos no periódicos o de periodicidad superior a la mensual, el promedio anual de las horas extraordinarias, las gratificaciones complementarias y los pluses.

Si el sujeto causante fallece como consecuencia de un acto terrorista, goza de un tratamiento jurídico privilegiado por las circunstancias que concurren en su fallecimiento⁸⁶⁷:

- Consideración de que el fallecimiento es debido a accidente de trabajo⁸⁶⁸.
- Consideración de las víctimas de actos terroristas como sujetos causantes de estas prestaciones aunque no se encuentren en situación de alta o asimilada.
- En cuanto a la base reguladora para el cálculo de la correspondiente pensión, se determinará dividiendo por 14 el resultado de multiplicar por 12 la última base mensual de cotización. Cuando la persona víctima del acto terrorista no se encontrase en alta o en situación asimilada, en el momento de producirse aquél, se tomará como base mensual de cotización la base mínima de cotización del Régimen General de la Seguridad Social correspondiente a trabajadores mayores de dieciocho años. Si la persona víctima del acto terrorista tuviese la condición de pensionista de la Seguridad Social, se tomará como base reguladora la correspondiente a la pensión que viniera disfrutando, actualizando la misma conforme a la evolución experimentada por el IPC desde el mes de determinación de la base reguladora hasta el segundo mes anterior al que se produjera la comisión de aquél.

que perciban los trabajadores en situación de baja temporal, por accidente de trabajo, enfermedad, paro involuntario o servicio militar”.

⁸⁶⁷ Según la normativa aplicable, prevista en el Real Decreto 1576/1990, de 7 de diciembre, por el que se regula la concesión en el Sistema de la Seguridad Social de pensiones extraordinarias motivadas por actos de terrorismo.

⁸⁶⁸ El artículo 2.1 Real Decreto 1576/1990 señala que “las pensiones referidas en el artículo anterior se causarán con arreglo a los términos establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social para las pensiones de invalidez y supervivencia derivadas de accidentes de trabajo”.

- En cuanto a la cuantía de la indemnización, será igual al 200% de la cuantía de aplicar el porcentaje que corresponda a la base reguladora, determinada de conformidad con lo previsto anteriormente.

4.4. Responsabilidad empresarial por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene

Cuando el fallecimiento del trabajador se produce a consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, pudiéndose constatar que la lesión se ha generado por el incumplimiento previo por parte del empresario de las normas que le son aplicables en materia de seguridad e higiene en el trabajo, las prestaciones a las que tienen derecho los beneficiarios se incrementarán con un recargo de entre el 30% y el 50%, dependiendo de la gravedad de la falta. En este sentido, se aplica lo comentado en la IP⁸⁶⁹.

4.5. Indemnización especial a tanto alzado

De entre todas las prestaciones por muerte y supervivencia, ésta es la más singular pues se basa en la cobertura de la Seguridad Social a determinados familiares como consecuencia de una contingencia profesional. En caso de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional se concederá una indemnización a tanto alzado, que se otorga por una sola vez, a favor del cónyuge superviviente o del sobreviviente de una pareja de hecho, de los huérfanos⁸⁷⁰ o de los ascendientes⁸⁷¹.

Esta indemnización, dirigida por el legislador a los familiares de los trabajadores fallecidos por contingencias profesionales que se encuentren en situación de necesidad (pues dependían económicamente del causante), es de carácter complementario de la

⁸⁶⁹ Epígrafe 3.4. El recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo.

⁸⁷⁰ En la STC de 22 de mayo de 2006 (RTC 2006, 154) el TC ha declarado que es irrelevante que los hijos se hayan tenido dentro o fuera del matrimonio para que se aplique esta indemnización, en coherencia con lo establecido en el artículo 14 CE en relación con los artículos 39 y 41 CE.

⁸⁷¹ El artículo 177 LGSS establece que “en el caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174 y los huérfanos tendrán derecho a una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía uniforme se determinará en los Reglamentos generales de esta Ley”.

pensión de viudedad y de la pensión de orfandad (cuando se otorga al cónyuge superviviente o superviviente de una pareja de hecho, y a los huérfanos, que reúnan las condiciones para ser beneficiarios de las pensiones de viudedad y orfandad), pero sustitutiva si se otorga a los padres del causante⁸⁷², pues como establece la Ley, cuando no existieran otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia, el padre o la madre que vivieran a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tengan, con motivo de la muerte de éste, derecho a las prestaciones a favor de familiares, percibirán ésta indemnización. La cuantía de la indemnización depende del tipo de beneficiario:

- La indemnización especial, en favor del cónyuge superviviente con derecho a pensión de viudedad (también de pareja de hecho⁸⁷³), será igual al importe de 6 mensualidades de la base reguladora de la pensión de viudedad. Si el causante fuera pensionista de IP en el momento del fallecimiento, las 6 mensualidades serán del importe de la pensión que viniera percibiendo dicho causante.
- La indemnización especial en favor de los huérfanos con derecho a percibir pensión de orfandad, comprenderá una mensualidad de la base reguladora para cada uno de los huérfanos beneficiarios, cuando exista también cónyuge superviviente, con derecho a esta indemnización especial. Y la misma cuantía más la cantidad que resulte de distribuir entre los huérfanos beneficiarios el importe de seis mensualidades de la referida base reguladora, cuando no exista cónyuge superviviente con derecho a esta indemnización por tratarse de huérfanos absolutos o de huérfano de un solo progenitor o se esté ante un supuesto de violencia de género⁸⁷⁴; así pues, la indemnización a tanto alzado también admite

⁸⁷² En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 287.

⁸⁷³ La STS de 3 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4507) señala que la existencia de la pareja de hecho debe acreditarse mediante inscripción de la unión de hecho en el registro específico de la Comunidad Autónoma o bien a través de documento público, sin que a estos efectos sea documento público hábil el Libro de Familia; y la STS de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3610) afirma que la convivencia se puede acreditar por cualquier medio de prueba, si bien el certificado de empadronamiento no es constitutivo ni el único medio de prueba.

⁸⁷⁴ La STS de 25 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1632) nos recuerda que el legislador señala en el artículo 38.1 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas), que cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad por medidas de protección integral contra la violencia de género, el huérfano tendrá derecho a los incrementos previstos para los casos de orfandad absoluta. Sobre este tema, véase el interesante estudio de GARCÍA ROMERO, B., “La violencia de género desde la perspectiva del

la figura del acrecimiento, de tal manera que si no existen beneficiarios de la pensión de viudedad, la cuantía que les correspondería de esta indemnización, incrementará el importe de la que corresponda a los huérfanos, a distribuir equitativamente entre todos los beneficiarios.

- La indemnización del padre y/o madre del causante es de 9 mensualidades de la base reguladora, si se trata de un ascendiente, o 12 mensualidades de la base reguladora si se trata de ambos ascendientes.

Así pues, los ascendientes del sujeto causante, sin tener en cuenta ni su edad ni su estado civil, también tienen derecho a esta indemnización, si bien sólo se devengará si concurren una serie de circunstancias: no han de existir otros familiares con derecho a pensión por muerte o supervivencia (pensiones de viudedad, orfandad o en favor de familiares); deben acreditar que vivían a expensas⁸⁷⁵ del sujeto causante (no hace falta una dependencia económica absoluta respecto del causante, basta carecen de medios económicos suficientes ayudando el fallecido al sostenimiento de las cargas familiares); y no pueden compatibilizar la indemnización con la percepción de prestaciones.

El derecho al percibo de la indemnización especial a tanto alzado a que se refiere el artículo 177 LGSS no requiere reconocimiento previo en vía judicial, sino que tal derecho surge “*ope legis*”, por la circunstancia de reunir los solicitantes la condición de beneficiarios de la prestación de viudedad y orfandad derivada de contingencias profesionales⁸⁷⁶. Se trata de una protección adicional o complementaria a las pensiones de viudedad y orfandad, ya que son idénticos sujetos y en idénticas condiciones los que perciben la indemnización⁸⁷⁷.

derecho del trabajo y de la seguridad social”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2012, BIB 2012/295, edición digital en westlaw.es, págs. 1-27.

⁸⁷⁵ De acuerdo con las SSTs de 9 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 3379), y de 9 de diciembre de 1988 (RJ 1998, 10496), entre otras, “el nivel de ingresos para poder decir que se vive independientemente lo constituye el salario mínimo interprofesional, dado que las percepciones inferiores no aseguran el mínimo vital indispensable”. Señala ALONSO OLEA, M., “Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad”, *cit.*, pág. 17, que el legislador hace “al salario mínimo interprofesional, suelo de la retribución del trabajador a tiempo completo, legal o convencional, para fijar el tope máximo de sus respectivas prestaciones asistenciales”.

⁸⁷⁶ STSJ Castilla-La Mancha de 19 de septiembre de 2002 (AS 2002, 3812) y STSJ Cataluña de 18 de junio de 2001 (AS 2001, 3500).

⁸⁷⁷ LÓPEZ TERRADA, E., “Muerte y supervivencia”, *cit.*, pág. 132.

5. LAS PRESTACIONES EXCLUSIVAS POR RIESGOS PROFESIONALES

Entre las prestaciones económicas que comprenden la acción protectora de la Seguridad Social se encuentran las prestaciones económicas por riesgo durante el embarazo, y por riesgo durante la lactancia natural. La primera tiene por objeto sustituir la pérdida salarial durante el tiempo de suspensión del contrato, como consecuencia de la necesidad de evitar que las trabajadoras embarazadas estén expuestas a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan afectar negativamente a su salud o la del feto, al no haberse podido adaptar su puesto de trabajo, ni su traslado a otro puesto de trabajo de la empresa. La prestación por riesgo durante la lactancia natural pretende sustituir los ingresos dejados de percibir ante una suspensión del contrato de trabajo, cuando el puesto de trabajo genera riesgo para la lactancia natural de hijos menores de nueve meses y no es posible adaptar las condiciones de trabajo o cambiar a la trabajadora a otro puesto compatible.

Ambas, al igual que el subsidio de IT en el supuesto concreto de observación por enfermedad profesional, son prestaciones preventivas (porque muchas veces con el mero asilamiento preventivo del paciente, mientras el estudio y diagnóstico se corrige la situación de necesidad), a diferencia del resto de prestaciones que hemos analizado que son reparadoras; y ambas tienen, con acierto, expresamente la consideración de contingencia profesional.

5.1. Riesgo durante el embarazo

De manera particular la situación de riesgo durante el embarazo constituye un hecho de trascendencia jurídica merecedor de la protección en varias disciplinas. El artículo 45.1.d) ET la regula como un supuesto de suspensión de la relación de trabajo con derecho a reserva de puesto de trabajo. Los artículos 134 y 135 LGSS, la recogen como una contingencia protegida por la Seguridad Social mediante una prestación económica (desarrollo en el Capítulo IV del Real Decreto 295/2009)⁸⁷⁸. Asimismo,

⁸⁷⁸ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (RCL 2009, 590), por el que se regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE de 21 de marzo).

el artículo 26.3 Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en sus artículos 134 y 135, la contempla como una situación de riesgo laboral con un tratamiento especial en el marco de lo que se reconoce como “protección de la maternidad”⁸⁷⁹.

5.1.1. Situación protegida y beneficiarias

“A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida, el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”⁸⁸⁰. Su finalidad es sustituir parcialmente la pérdida salarial durante el tiempo de suspensión del contrato, con subsistencia de la obligación de cotizar, y tiene la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales⁸⁸¹.

Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada⁸⁸².

Esta adaptación de la actividad productiva a la singular situación de la trabajadora se lleva a cabo incidiendo sobre condiciones materiales en que se trabaja y, expresamente, en la distribución del tiempo de trabajo; en cierta forma, se lleva a cabo, por así decirlo, sobre el terreno, sin movilidad funcional o geográfica que innove el contenido del

⁸⁷⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ SANTOS, E., “Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal en los supuestos de embarazos de alto riesgo”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 2012, BIB 2012/3373, edición digital en westlaw.es, pág. 2. En la citada obra hace un interesante análisis de la STSJ Galicia de 29 de febrero de 2012 (AS 2012, 1332).

⁸⁸⁰ Artículo 134 LGSS.

⁸⁸¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, cit., pág. 220, señala que “ha cambiado con acierto el criterio mantenido hasta la LO 3/2007 de considerar a la prestación como una contingencia común, lo que al hilo de las críticas vertidas por la mayoría de la doctrina han terminado por convencer al legislador de la conveniencia de considerar el origen de la contingencia como profesional”.

⁸⁸² Artículo 26.1 Ley 31/1995.

contrato de trabajo (cambio de horario, transformación de las características del puesto, alteración de los procesos de trabajo, supresión de horas nocturnas)⁸⁸³.

No se considera situación protegida la situación derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado por la trabajadora embarazada⁸⁸⁴. Si la trabajadora no puede, por su estado, prestar servicios, y esta imposibilidad nada tiene que ver con el trabajo que desarrolla, habrá de solicitar la baja por IT (según que esa imposibilidad derive de contingencias profesionales o de contingencias comunes), o, en su caso, si fuera posible comenzar el disfrute del permiso de maternidad.

Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, no pudiera evitarse el riesgo, entra en juego un segundo nivel de protección, recogido en el artículo 26.2 Ley 31/1995 y que comporta la entrada en escena de variaciones en las funciones desempeñadas, produciéndose su cambio de destino (como medida de protección de la maternidad)⁸⁸⁵.

No obstante, pese a esta consideración, no procede exigir la responsabilidad subsidiaria del INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, en el caso de insolvencia del empresario responsable, al tratarse de una prestación de naturaleza “preventiva” y no “lesiva”, cuya cualidad de “profesional” no se predica de la contingencia sino sólo de la prestación⁸⁸⁶.

⁸⁸³ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo”, *Aranzadi Social*, núm. 21, 2002, BIB 2003/144, edición digital en westlaw.es, pág. 3.

⁸⁸⁴ Artículo 31.2 Real Decreto 295/2009.

⁸⁸⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo”, *cit.*, pág. 4.

⁸⁸⁶ Las SSTs de 10 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6875), y de 19 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3869) señalan que “no procede la exención de responsabilidad de la Mutua, y consiguiente responsabilidad subsidiaria del INSS. El mecanismo de responsabilidad subsidiaria que históricamente se atribuía al Fondo de Garantía y en la actualidad está a cargo del INSS, va referido a contingencias profesionales “lesivas”, mientras que la prestación por riesgo tiene una indudable naturaleza “preventiva”, como lo evidencian no sólo su presupuesto -el riesgo-, sino que tenga origen en el artículo 26 Ley de Prevención de Riesgos Laborales”. En el mismo sentido STSJ Valencia de 10 de marzo de 2015 (JUR 2015, 145277).

La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora por cuenta ajena⁸⁸⁷, siempre que esté afiliada y en alta en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social. Tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁸⁸⁸, la protección de riesgo durante el embarazo tiene la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales⁸⁸⁹, y no se exige acreditar periodo de mínimo carencia.

5.1.2. Cuantía de la prestación económica

La cuantía de la prestación es del 100% de la base reguladora. Se tomará como base reguladora la equivalente a la que esté establecida para la prestación de IT, derivada de contingencias profesionales, utilizando como referencia temporal la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo⁸⁹⁰. No es necesario un excesivo incremento de las cuantías económicas destinadas a financiar esta protección, por las escasas oportunidades en que se debe aplicar, por los pasos que se deben superar⁸⁹¹, y porque las Mutuas son reacias a otorgar esta prestación, ya que asumen su coste, si bien es el empleador el titular del deber de protección de esta situación de riesgo profesional.

5.1.3. Nacimiento, duración y extinción de la prestación

El nacimiento de la prestación económica se produce el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo⁸⁹², se abonará durante

⁸⁸⁷ Conforme a la Disposición adicional octava LGSS, también gozan de protección por esta contingencia las trabajadoras autónomas, las socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y socias de trabajo de otras cooperativas y las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

⁸⁸⁸ BOE de 23 de marzo.

⁸⁸⁹ Artículo 134 LGSS. PÉREZ ALONSO, M. A., “Informe sobre el RD 295/2009, de 6 de marzo en materia de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia para trabajadores por cuenta ajena”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2009, BIB 2009/490, edición digital en westlaw.es, pág. 17, señala que esta consideración “conlleva como lógica consecuencia que no precisa requisitos de cotización para el acceso a la misma”.

⁸⁹⁰ Artículo 135 LGSS y artículo 34 Real Decreto 295/2009.

⁸⁹¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, cit., pág. 222.

⁸⁹² La STSJ Baleares de 15 de octubre de 2002 (JUR 2003, 60914) establece que “el derecho al subsidio nace el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, y no desde la fecha de su solicitud, careciendo de trascendencia, a los efectos de la *litis*, que fuera con

todo el periodo necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora y/o el feto⁸⁹³, y finalizará el día anterior a aquél en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado⁸⁹⁴.

La extinción del subsidio puede producirse por las siguientes causas⁸⁹⁵: por suspensión del contrato de trabajo por maternidad; reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado; por reanudación de su actividad profesional en el caso de las trabajadoras por cuenta propia; extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas⁸⁹⁶; por interrupción del embarazo; y por fallecimiento de la beneficiaria⁸⁹⁷.

5.1.4. Reconocimiento, gestión y pago

La prestación económica por riesgo durante el embarazo se gestiona en principio por la Entidad Gestora, aunque desde la Ley Orgánica 3/2007 se admite también la colaboración de la Mutua, al considerarse como riesgo profesional, pero no de las empresas⁸⁹⁸. La gestión por parte de las Mutuas comprende la declaración del derecho al subsidio, su denegación, suspensión, anulación y extinción de derecho y, en general, cualquier actuación dirigida a comprobar los hechos, condiciones y requisitos para el

posterioridad cuando se acompañara el informe del médico de la Mutua, pues a falta entonces de reglamentación adecuada, el vigente artículo 21 Real Decreto 1251/01, de 16 de noviembre, que establece el procedimiento para el reconocimiento del derecho, dispone que la solicitud debe contener la fecha de suspensión del contrato y si bien es cierto exige determinada documentación, no impone ninguna limitación a la fecha de efectos, sino que la Entidad Gestora si no estima acreditados los datos podrá solicitar informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y dictar en definitiva la resolución que proceda”.

⁸⁹³ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, cit., pág. 418.

⁸⁹⁴ Artículo 135.2 LGSS; y artículo 35.4 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE de 21 de marzo).

⁸⁹⁵ Artículo 35.4 Real Decreto 295/2009.

⁸⁹⁶ STS de 10 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6875), anteriormente citada, señala que en tanto no se produzca la extinción del contrato de trabajo, el mero cese de actividad de la empresa (en este caso por revocación de la licencia de vuelo) no es, por sí misma, causa de extinción de la prestación de riesgo durante el embarazo.

⁸⁹⁷ Art. 135.2 LGSS.

⁸⁹⁸ A tenor del artículo 135.4 LGSS, “la gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales”.

acceso al derecho y su mantenimiento⁸⁹⁹. En el ejercicio de las competencias que tienen asumidas en el ámbito de esta prestación (y de la de riesgo durante la lactancia), las Entidades Gestoras y las Colaboradoras pueden facilitarse recíprocamente los datos de las beneficiarias que resulten necesarios para el reconocimiento y control de estas prestaciones.

La intención de controlar los abusos que pueden producirse en la obtención de las prestaciones de riesgo durante el embarazo ha llevado a la regulación de un procedimiento de reconocimiento complejo y confuso, que en ocasiones desemboca en discrepancias entre los órganos intervinientes.

El procedimiento de reconocimiento de la prestación es ulterior y consecuencia de una fase previa en la que la trabajadora embarazada comunica al empresario su estado de gestación, acreditando dicha situación a través de un informe médico expedido por el facultativo del Servicio Público de Salud, en el que se hace constar su estado y fecha probable del parto; desde este momento el empresario está obligado a adoptar las medidas preventivas necesarias, de modo que el responsable de prevención estudiará la situación de la trabajadora en función de las tareas que realiza y la evaluación de riesgos del puesto de trabajo. Al mismo tiempo, se adoptarán las medidas preventivas necesarias para evitar que la trabajadora y/o el feto estén expuestos a condiciones que pueden suponer un riesgo para su salud⁹⁰⁰.

El pago se realizará por la Entidad Gestora o Colaboradora, por periodos mensuales vencidos⁹⁰¹. Asimismo la Entidad Gestora competente podrá declarar la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, así como la Entidad que, en su caso, deba anticiparlas⁹⁰².

El control del buen uso de la prestación de riesgo durante el embarazo tiene particular interés, sobre todo si se tiene en cuenta que los diferentes agentes implicados se pueden mostrar reacios a soportar los costes derivados de las diversas situaciones que pueden plantearse en torno a la protección de la trabajadora embarazada (adaptación del

⁸⁹⁹ Disposición adicional 11 Real Decreto 193/1995, de 7 diciembre.

⁹⁰⁰ RODRÍGUEZ SANTOS, E., “Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal en los supuestos de embarazos de alto riesgo”, *cit.*, pág. 8.

⁹⁰¹ Artículo 38.2 Real Decreto 295/2009.

⁹⁰² Artículo 36.4 Real Decreto 295/2009.

puesto de trabajo, cambio de puesto, asunción del coste de la prestación en caso de suspensión del contrato, etc.)⁹⁰³.

5.2. Riesgo durante la lactancia

Se trata de una prestación contributiva, con la que se pretende sustituir los ingresos dejados de percibir ante una suspensión del contrato de trabajo. La suspensión procede cuando el puesto de trabajo genera riesgo para la lactancia natural de hijos menores de nueve meses y no es posible adaptar las condiciones de trabajo o cambiar a la trabajadora a otro puesto compatible⁹⁰⁴.

5.2.1. Situación protegida

El artículo 49 Real Decreto 295/2009, en consonancia con el artículo 135 bis LGSS, define esta contingencia en los siguientes términos: “Se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26.3 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”⁹⁰⁵.

⁹⁰³ RODRÍGUEZ SANTOS, E., “Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal en los supuestos de embarazos de alto riesgo”, *cit.*, pág. 2.

⁹⁰⁴ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2012, BIB 2012/644, edición digital en westlaw.es, pág. 5, señala que “la doctrina jurisprudencial deja claro que el riesgo por lactancia no puede presumirse en ningún caso, ni siquiera por la concurrencia de circunstancias que en abstracto puedan suponer un peligro para la madre trabajadora o el hijo lactante. Es siempre preciso acreditar el riesgo específico, dadas las circunstancias concurrentes, y en supuestos como el analizado, implicarán que se acredite la lactancia natural, pues de otro modo la lejanía de la madre por largos periodos -exigida por su puesto de trabajo- no afectará en ninguna manera a la salud del hijo”.

⁹⁰⁵ Las SSTs de 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1467), de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3552) y de 17 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3421) argumentan que “esta situación protegida es compleja porque la misma no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto de trabajo compatible con la situación de la lactante; medidas que de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de

El debate que plantea la STS de 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 5116) gira en torno a cuál debe entenderse qué es el bien protegido por la prestación de riesgo durante la lactancia desde la perspectiva de la Seguridad Social. Si debe ser, desde un punto de vista amplio, la preservación de la lactancia natural como valor indiscutible para la salud del lactante por encima, incluso, de las exigencias y condicionamientos derivados de la propia organización productiva; o, si de lo que se trata es de proteger, más restrictivamente, la salud del lactante cuando se constate que existe un riesgo específico para la misma causado por las circunstancias del trabajo en el sentido de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo⁹⁰⁶.

Lo que se pretende tutelar con la prestación de riesgo durante la lactancia es esencialmente la salud del hijo, y eventualmente la de la madre en la medida en que sea transmisora, mediante el alimento natural, de enfermedades o patologías que, además de incidir en su salud, afecten a la del hijo; y no los derechos de conciliación de la trabajadora. En todo caso, no deja de sorprender que el TS⁹⁰⁷ haya abierto la puerta de los riesgos psicosociales para garantizar el ejercicio del derecho a la lactancia; especialmente si se atiende al criterio sentado en jurisprudencia anterior, respecto precisamente del trabajo a turnos, en el que la concesión del derecho a la prestación queda condicionado a que el riesgo preciso y específico para la salud de la madre y del hijo haya quedado debidamente acreditado, rechazando así que la mención expresa que se contiene en el artículo 26 Ley de Prevención de Riesgos Laborales de este sistema de distribución del tiempo de trabajo represente una presunción *iuris tantum* de riesgo por lactancia⁹⁰⁸.

Como consecuencia de existencia de la situación de riesgo durante la lactancia natural se le reconocerá a la trabajadora la correspondiente prestación económica. Reconocimiento que se producirá puesto que se trata de una trabajadora por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural,

la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad”.

⁹⁰⁶ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia”, *cit.*, pág. 5.

⁹⁰⁷ En STS de 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 2147).

⁹⁰⁸ BARCELÓN COBEDO, S., “La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2012, BIB 2012/2777, edición digital en westlaw.es, pág. 12.

siempre que se encontrase afiliada y alta en el Régimen General de la Seguridad Social en la fecha en que se inició aquella suspensión⁹⁰⁹.

Además, como consecuencia de que la prestación por riesgo durante la lactancia natural tiene la consideración de prestación derivada de contingencia profesional, no será necesario que la trabajadora acredite periodo de carencia alguno, considerándose a la trabajadora, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de la obtención de aquella prestación, aunque su empresa hubiera incumplido sus obligaciones⁹¹⁰.

5.2.2. La prestación

La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural reconocida consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora equivalente a la que se establece para la prestación económica por IT consecuencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, tomando como referencia la fecha en que se inició la suspensión del contrato de trabajo por la causa referida⁹¹¹.

El derecho a la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural nacerá el mismo día que se inicie la suspensión del contrato de trabajo o permiso por riesgo durante la lactancia natural. La prestación se abonará durante el periodo de suspensión o permiso que sea necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora o de su hijo. Asimismo, el derecho a la prestación económica se extinguirá siempre que se produzca alguna de las causas siguientes: el cumplimiento por el hijo de los nueve meses de edad; la reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado; la extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas; la interrupción de la lactancia natural; y el fallecimiento de la mujer trabajadora o del hijo lactante⁹¹².

Es preciso indicar que tanto la trabajadora como la empresa estarán obligadas a comunicar a la Entidad Gestora o Colaboradora cualquier circunstancia que implique la

⁹⁰⁹ Artículo 32.1 Real Decreto 295/2009.

⁹¹⁰ Artículo 32.3 Real Decreto 295/2009.

⁹¹¹ Artículos 135.3 LGSS, y 33 y 34.1 Real Decreto 295/2009

⁹¹² Artículo 50 Real Decreto 295/2009.

suspensión o extinción del derecho a la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural⁹¹³.

Por último, la gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se llevará a cabo por el INSS o la Mutua que resultase competente en el momento de la suspensión del contrato, con independencia de que mientras durase la situación de riesgo durante la lactancia natural, se produzca un cambio de la Entidad que cubriera las contingencias profesionales⁹¹⁴.

5.2.3. Análisis jurisprudencial sobre la existencia o inexistencia del riesgo

La existencia del riesgo no se presume por realizar determinado tipo de trabajos sino que debe probarse por la trabajadora y por la empleadora⁹¹⁵.

Por un lado, el Alto Tribunal deniega la prestación a una ATS de hospitalización-oncología del Servicio de consultas externas, por considerar que no se han identificado los riesgos específicos para ese puesto de trabajo⁹¹⁶; a enfermera/DUE en servicio de neonatología, por ausencia de prueba del riesgo específico de estar sometida a radiación, a riesgos biológicos, químicos y tóxicos, ni por el trabajo a turnos⁹¹⁷; así como a una ATS/DUE de un hospital⁹¹⁸, o de consultas externas⁹¹⁹ o de una unidad de urgencias⁹²⁰;

⁹¹³ BLASCO LAHOZ, J. F., “Situación protegida a efectos del reconocimiento de derecho a prestación económica por riesgo durante la lactancia natural”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2010, BIB 2010/410, edición digital en westlaw.es, pág. 3.

⁹¹⁴ Artículo 51.1 Real Decreto 295/2009.

⁹¹⁵ Entre otras, las SSTs de 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 2147); de 17 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3424); y las cuatro de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3552; RJ 2011, 3553; RJ 2011, 5811; y RJ 2011, 5812), señalan que “la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo” (...) “Pero, en cualquier caso, la acreditación de un riesgo específico con relevancia para la salud de la madre y/o del lactante, que no se pueda prevenir o remediar más que mediante la suspensión del contrato de trabajo, corresponde en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora a las que va a afectar tal importante vicisitud de la relación laboral”.

⁹¹⁶ STS de 17 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3421).

⁹¹⁷ STS de 24 de junio de 2013 (RJ 2013, 6110).

⁹¹⁸ STS de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3553).

⁹¹⁹ STS de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011, 5811).

⁹²⁰ STS de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011, 5812).

a una farmacéutica hospitalaria, encargada de preparar fórmulas magistrales con soluciones bacteriológicas⁹²¹; a una médica pediatra que presta servicios en un centro de salud⁹²²; o a un médico del servicio de urgencias hospitalarias⁹²³.

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina judicial respecto a una enfermera (ATS/DUE) de equipo de atención primaria⁹²⁴; a la que presta servicios en planta de un hospital⁹²⁵; a ATS/DUE, destinada en Centro de Salud, con funciones propias de su titulación y de coordinadora de enfermería⁹²⁶; a educadora de un centro de acogida de adolescentes en situación de exclusión social y con problemas de conducta⁹²⁷; a una trabajadora social con funciones de acompañamiento, entrevistas y visitas a personas en situación de exclusión social⁹²⁸; y tampoco se aprecia la existencia del riesgo en las labores realizadas por la trabajadora por no coincidir su horario con los tiempos de descarga ni realizar funciones con exposición directa al benceno, tales como intervenir en descarga de combustible, realizar mediciones, intervenir en el varillado de los tanques, existiendo además un sistema de recuperación de vapores para evitar la exposición⁹²⁹.

El TS señala que sí existe riesgo en el puesto de azafata de vuelo de aeronaves ya que el régimen de turnos y condiciones de trabajo impiden mantener el ritmo de lactancia natural (se tiene derecho a la prestación si la empresa no ofrece un puesto alternativo exento de riesgo o un cambio en el sistema de distribución del tiempo de trabajo y en las condiciones de intimidad e higiene a efectos de que las trabajadoras puedan efectuar la extracción y conservación de la leche)⁹³⁰; a enfermera de ambulancia medicalizada del servicio de emergencia, que presta servicios en régimen de trabajo a turnos rotatorios⁹³¹.

Sí que existe situación de riesgo por exposición a agentes biológicos o químicos en el puesto de trabajo de ATS/DUE de medicina interna, oncológica, traumatología y medicina general, en la que se atiende eventualmente a pacientes con virus VIH, VHC o

⁹²¹ STS de 3 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4500).

⁹²² STS de 21 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7060).

⁹²³ STS de 21 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3825).

⁹²⁴ STSJ Extremadura de 24 de junio de 2010 (AS 2010, 2169).

⁹²⁵ STSJ Andalucía de 2 de abril de 2009 (JUR 2009, 259418).

⁹²⁶ STSJ Asturias de 29 de noviembre de 2013 (AS 2013, 3147).

⁹²⁷ STSJ País Vasco de 27 de enero de 2015 (JUR 2015, 96945).

⁹²⁸ STSJ Murcia de 2 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 49012).

⁹²⁹ STSJ Navarra de 5 de marzo de 2010 (AS 2010, 1088).

⁹³⁰ SSTS de 24 de abril de 2012 (JUR 2012, 174443) y de 22 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 355).

⁹³¹ STS de 12 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1338).

salmonera⁹³²; o celadora en un Servicio Público de Salud⁹³³; o matrona que presta servicios en un paritorio⁹³⁴; de operaria de cadena de montaje, cuyo puesto de trabajo se encuentra sometido a altas temperaturas así como a riesgos de infección o de enfermedades del riñón por la imposibilidad de acudir a los servicios en las pausas establecidas⁹³⁵; de conductora de autobús⁹³⁶; o de expendedora-vendedora en estaciones de servicios de gasolina por su exposición al benceno, agente químico de riesgo para las trabajadoras lactantes⁹³⁷.

6. EL ENRAIZAMIENTO DEL SISTEMA EN EL SEGURO DE ACCIDENTES

Pese a lo expuesto, y a que del tratamiento conjunto de las contingencias se muestra como un criterio evolucionado respecto de las iniciales etapas de la Seguridad Social, lo cierto es que la fragmentación en el tratamiento de las contingencias se ha instalado en los sistemas normativos de nuestro entorno sin que destaquen iniciativas para llevar a cabo ninguna modificación clara al respecto. Y ello porque entendemos que, siguiendo el razonamiento de Fuchs⁹³⁸, la evolución de la primigenia figura del accidente de trabajo y la tendencia al trato privilegiado de las contingencias profesionales, se acercan a determinadas funciones del seguro de accidentes:

1ª) Compensación financiera: En general, los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales conducen a una pérdida parcial o total de la capacidad de ganancia y son la causa de un perjuicio económico para el asegurado y sus familiares a cargo, por lo que el seguro de accidentes provee una compensación financiera. La eficacia de estas prestaciones compensatorias depende de hasta qué punto es posible restablecer la situación económica que existía antes de un accidente del trabajo o de una enfermedad

⁹³² STSJ Murcia de 25 de octubre de 2010 (JUR 2011, 22734).

⁹³³ STSJ Murcia de 16 de julio de 2010 (JUR 2010, 296181).

⁹³⁴ STSJ Murcia de 7 de julio de 2010 (JUR 2010, 275864).

⁹³⁵ STSJ Madrid de 29 de junio de 2010 (AS 2010, 2645).

⁹³⁶ STSJ Madrid de 30 de abril de 2010 (AS 2010, 1646).

⁹³⁷ STSJ Castilla-La Mancha de 8 de julio de 2010 (AS 2010, 2191).

⁹³⁸ FUCHS, M., “Estructura y legitimación del seguro estatutario de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: un estudio de derecho comparado”, *Revista Asturiana de Economía*, núm. 18, 2000.

profesional, debido a que esas prestaciones deben cumplir una función de reemplazo del salario o del ingreso, que no aparece tan nítido en los riesgos comunes⁹³⁹.

2ª) Rehabilitación: El trato diferenciado del accidente de trabajo no tiene como referente primordial sólo la prestación de tipo económico, sino que extiende sus objetivos a la restitución de la capacidad laboral del trabajador accidentado para facilitar así su reinserción en la vida activa, debido a que la comunidad asegurada tiene interés en preservar el capital humano representado por sus miembros. Haciéndolo, efectúa una importante contribución a la economía nacional, ya que, a largo plazo, un eficaz régimen de rehabilitación resulta, en términos de seguro, más barato que el simple pago de prestaciones en dinero de larga duración a las víctimas de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales⁹⁴⁰.

3ª) Prevención: En aras a la prevención de los accidentes de trabajo, los regímenes de seguro utilizan tres instrumentos: la prevención activa de los accidentes, las cotizaciones y primas fundadas en el riesgo, y el régimen sancionador⁹⁴¹.

- La prevención activa de los accidentes. Incluye toda una serie de medidas, que apuntan al objetivo de lograr que tanto los trabajadores como los empleadores acaten las medidas de seguridad necesarias cuando organicen y ejecuten el trabajo (aunque las instituciones de seguro de accidentes pueden imponer multas si las normas no se cumplen, prefieren usar poco este instrumento); en este sentido, se asigna gran importancia a las estadísticas de accidentes y a la investigación.
- Cotizaciones y primas fundadas en el riesgo. Uno de los elementos decisivos para guiar los esfuerzos de prevención de los regímenes de accidentes es la estricta aplicación de los principios técnicos de seguro cuando se evalúan las cotizaciones y primas de los empleadores. El principio de la equivalencia impone que las primas del seguro correspondan al riesgo asegurado, mientras que paralelamente, la prima también debe reflejar la probabilidad de que se produzcan accidentes individuales en la empresa, circunstancia que se determina a través de la llamada

⁹³⁹ *Ibidem*, págs. 11-12. La compensación financiera sería incompleta si no se tomara en cuenta la situación de los familiares a cargo cuando un accidente del trabajo o una enfermedad profesional ha conducido al fallecimiento del asegurado. Por regla general, la legislación del seguro de accidentes otorga a los sobrevivientes el derecho de percibir una pensión

⁹⁴⁰ *Ibidem*, págs. 12-13.

⁹⁴¹ *Ibidem*, págs. 15-17.

tasa de experiencia. Sólo combinando estos dos elementos constitutivos de la prima se puede motivar a las empresas para que pongan en práctica una eficaz prevención de accidentes, si bien, lo usual es que se de preferencia al enfoque con base en los riesgos, en lugar de a la simple tasa uniforme. Por lo normal, las cotizaciones se fijan sobre la base de la masa salarial de la empresa, multiplicada por un factor de riesgo para cada rama u ocupación, y en las cotizaciones se efectúan deducciones o se aplican cargas suplementarias según si existen o no regímenes de prevención de accidentes o si se acatan las normas de seguridad. Vincular el costo del seguro con la prevención es la razón que legitima un sistema de reparación específico y diferenciado de los accidentes de trabajo, pues si los costos de reparación que enfrentan las empresas son independientes de la siniestralidad, es más eficiente que aquel sistema que tratara de forma indiferenciada los riesgos independientemente de su origen, cosa que no compartimos.

- Régimen sancionador. El buen éxito de los programas de prevención de accidentes sólo se puede garantizar si trabajadores y empleadores actúan de conformidad con las normas de seguridad profesional.

Siguiendo a ALONSO OLEA: “hay que hacer que los riesgos pierdan la especialidad que les viene de su origen para crear como riesgo único refundido la situación de necesidad definiéndola como la incapacidad transitoria o definitiva para el trabajo, o la imposibilidad objetiva de obtener éste, por cualesquiera causas, con su efecto consiguiente de imposibilidad de obtención de rentas”⁹⁴².

⁹⁴² ALONSO OLEA, M., “La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, *cit.*, pág. 169.

CAPÍTULO IV. LOS RIESGOS PROFESIONALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA

1. LA PROTECCIÓN DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN LAS NORMAS INTERNACIONALES

A continuación, entramos, en el análisis de la regulación de la protección del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional tanto en la UE como a nivel internacional, lo cual nos permite apreciar que cada vez más se van diluyendo las diferencias que caracterizaban estas contingencias, concediéndoles un trato privilegiado frente a las comunes, pues conviene recordar que fue el primer riesgo social que se protegió históricamente. Asimismo, la Seguridad Social, configurada como sistema orientado a la protección integral del individuo, se instaura a nivel internacional con el Convenio (núm.) 102 OIT⁹⁴³ objeto de estudio en el apartado siguiente.

1.1. Ámbito universal: la Organización Internacional del Trabajo

La principal función de la OIT consiste en elaborar normas internacionales sobre el trabajo, a través de convenios y recomendaciones que fijan las condiciones mínimas de protección en el desarrollo del trabajo, y a su vez, velar por la aplicación de dichas normas. Promueve una regulación común de los riesgos profesionales, mediante diversos convenios, y en este sentido conviene que examinemos los más significativos.

La actual globalización ha generado un deterioro de los derechos laborales en todo el mundo y, por tanto, la función de la OIT cobra mayor protagonismo, al convertirse en el Organismo que por tradición histórica y su buen hacer, señala a los Gobiernos la

⁹⁴³ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 128.

necesidad de dar prioridad al cumplimiento de las Normas, Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo⁹⁴⁴.

1.1.1. El convenio 102 de la OIT relativo a la Seguridad Social (Norma Mínima)

Buena parte de los convenios OIT dedicados a los riesgos profesionales abarcan exclusivamente aspectos preventivos, y mantienen un tratamiento separado de cada contingencia bajo el enfoque de los seguros sociales. La proliferada normativa de la OIT sobre riesgos profesionales y, en general, sobre Seguridad Social⁹⁴⁵, influyó de manera decisiva en la mayor parte de las legislaciones nacionales, incluida la española, al precederlas e impulsar su adopción⁹⁴⁶.

La actividad normativa de la OIT no es la única fuente de Derecho internacional de Seguridad Social, pero es la más relevante⁹⁴⁷. Para la consecución de sus fines, la OIT

⁹⁴⁴ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J., “Introducción: La Organización Internacional del Trabajo y los Derechos Sociales”, *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España*, (Colección la Tribuna del Derecho), Editorial Laocoonte, Pamplona (Navarra), 2009, pág. 13.

⁹⁴⁵ La OIT, en el Informe sobre el Trabajo en el Mundo, del año 2000, considera como Seguridad Social la protección que una sociedad asegura a sus miembros mediante una serie de medidas públicas, entre las cuales incluye “los seguros sociales, la ayuda social o asistencia social y los sistemas universales, a saber: la Seguridad Social en cuanto a protección que la sociedad entrega a sus miembros a través de una serie de medidas públicas para compensar la ausencia o la reducción substancial de ingresos del trabajo resultante de diversas eventualidades (por ejemplo la enfermedad, la maternidad, los accidentes de trabajo, la cesantía, la invalidez o el fallecimiento); para otorgar a las personas prestaciones de salud, y para otorgar prestaciones a las familias que tengan niños” (ARELLANO ORTIZ, P., “Identificación de acciones y estrategias para mejorar la protección de las trabajadoras y trabajadores migrantes y sus familias mediante la Seguridad Social”, *Migración Laboral: logros y retos*, Revista Perspectiva Laboral, núm. 1, del año 4 (febrero), OIT, Costa Rica, 2014, págs. 56-57).

⁹⁴⁶ En este sentido, OJEDA AVILÉS, A. y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDAS, C., “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006, pág. 39.

⁹⁴⁷ En este sentido, ROALES NIETO LÓPEZ, J. L., “Introducción: La influencia de la actividad de la OIT en la legislación laboral española”, *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España*, (Colección la Tribuna del Derecho), Editorial Laocoonte, Pamplona (Navarra), 2009, pág. 16, señala que “nuestra legislación recepciona automáticamente el contenido formal y material de los tratados internacionales con su publicación en el BOE, sin perjuicio de que la mayoría de los muchos mandatos materiales que aprueben las normas de la OIT, convenios y recomendaciones, deban ser trasplantadas a normas internas para su aplicabilidad ya que de forma muy extraordinaria las normas provenientes de la OIT son directamente ejecutivas o autosuficientes”.

ha venido elaborando convenios⁹⁴⁸ y recomendaciones, siendo los primeros la fuente formal más importante del Derecho internacional en materia social⁹⁴⁹. Es por ello que estimamos conveniente realizar una panorámica normativa al respecto, para justificar nuestra tesis de suprimir o, al menos, atenuar en un primer paso el actual trato diferenciado entre contingencias.

Comenzando por la primera y principal vía de aproximación a la protección frente a los riesgos profesionales, el Convenio (núm.) 12 relativo a la indemnización por accidentes de trabajo en la agricultura⁹⁵⁰, establece en su artículo 1 que “todo miembro de la OIT que lo ratifique se obliga a extender a todos los asalariados agrícolas el beneficio de las leyes y reglamentos que tengan por objeto indemnizar a las víctimas de accidentes sobrevenidos a causa del trabajo o durante la ejecución del mismo”. Cuatro años más tarde, en 1925, se adopta el Convenio (núm.) 17 relativo a la indemnización por accidentes de trabajo⁹⁵¹, y la Recomendación (núm.) 23 sobre jurisdicciones competentes para la solución de los conflictos relativos a la indemnización por accidentes del trabajo⁹⁵².

En el mismo año 1925 y en la misma Conferencia se adopta el Convenio (núm.) 18 relativo a la indemnización por enfermedades profesionales⁹⁵³. El principio de igualdad de trato por razón de nacionalidad y su proyección en materia de indemnización

⁹⁴⁸ En su condición de norma adoptada por una organización internacional, el convenio OIT genera para los Estados que lo ratifican obligaciones que deben expresarse en su legislación y en sus prácticas jurídicas internas de los países.

⁹⁴⁹ ROALES NIETO LÓPEZ, J. L., “Introducción: La influencia de la actividad de la OIT en la legislación laboral española”, *cit.*, pág. 17, señala que “la OIT aprueba esencialmente dos tipos de normas: convenios, con valor vinculante para los Estados que los ratifican, y las recomendaciones, que generalmente actúan como guía, aclaración u orientación para la interpretación del contenido de los convenios, o como complemento de éstos, y a diferencia de los convenios, que son normas vinculantes para los Estados que los ratifican, las recomendaciones son simples propuestas sin fuerza de obligar”.

⁹⁵⁰ Adoptado en la 3ª reunión de la Conferencia General de la Organización, celebrada en Ginebra el 12 de noviembre de 1921, entrando en vigor el 26 de febrero de 1923. Ratificado por España el 9 de mayo de 1931, publicado en la Gaceta de 11 de mayo del mismo año. Ha recibido 77 ratificaciones.

⁹⁵¹ Adoptado durante la 7ª reunión el 10 de junio de 1925, con entrada en vigor el 1 de abril de 1927. Ratificado por España el 24 de mayo de 1928, publicado en la Gaceta de 26 de mayo del mismo año. Ha recibido 74 ratificaciones.

⁹⁵² Adoptada en la 7ª reunión de la Conferencia General de la Organización, celebrada en Ginebra el 10 de junio de 1925.

⁹⁵³ Adoptado en la 7ª reunión de la Conferencia General de la Organización, celebrada en Ginebra el 10 de junio de 1925, entrando en vigor el 1 de abril de 1927. Ratificado por España el 8 de abril de 1932, publicado en la Gaceta de 14 de abril del mismo año. Ha recibido 68 ratificaciones. Indica la lista de enfermedades y de sustancias tóxicas (plomo, sus aleaciones o sus compuestos; mercurio, sus amalgamas y sus compuestos, e infección carbuncosa) y la lista de las operaciones, industrias o profesiones correspondientes.

por accidente de trabajo dota de contenido al Convenio (núm.) 19⁹⁵⁴ y a la Recomendación (núm.) 25 relativos a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo⁹⁵⁵. En 1934 se aprueba del Convenio (núm.) 42 relativo a la indemnización por enfermedades profesionales⁹⁵⁶.

En 1952, la OIT aprueba el Convenio (núm.) 102, Norma Mínima de Seguridad Social, con toda la carga de experiencia recogida gracias a los numerosos convenios sobre

⁹⁵⁴ Convenio adoptado en la 7ª reunión de la Conferencia General de la Organización, celebrada en Ginebra el 5 de junio de 1925, entrando en vigor el 5 de septiembre de 1926. Ratificado por España el 24 de mayo de 1928, publicado en la Gaceta de 26 de mayo del mismo año. Ha recibido 121 ratificaciones. La peculiaridad de este Convenio, en cuanto a su ámbito personal de aplicación, radica en que solamente existirá la obligación de aplicar el mismo trato que a sus propios nacionales a los nacionales de cualquier otro Estado miembro que lo haya ratificado, y que fueran víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, sin ninguna condición de residencia, previendo la celebración de acuerdos especiales bilaterales para los pagos que un miembro o sus nacionales tengan que hacer fuera de su propio territorio, acuerdos en los que podrá contemplarse el supuesto de las indemnizaciones por accidentes del trabajo ocurridos a trabajadores empleados de manera temporal o intermitente en el territorio de un miembro, por cuenta de una empresa situada en el territorio de otro miembro, a fin de fijar que la legislación aplicable sea la de este último miembro. El contenido de la Recomendación (núm. 25) tiene en cuenta el fenómeno de la exportación del cobro de las cantidades que se adeuden a los beneficiarios de indemnizaciones por accidentes del trabajo cuando no residan en el país en que ésta debe abonárseles, de modo que se garantice su pago a pesar de esta circunstancia, así como la observancia de condiciones fijadas en las leyes y reglamentos para el pago de esas cantidades; la posibilidad de entablar acciones ante los Tribunales competentes en el país donde haya adquirido derecho a la indemnización sin que se exija la presencia física del demandante en caso de conflictos que puedan suscitarse por falta o suspensión de pago, o reducción del importe de una indemnización debida; y la extensión de los beneficios de las exenciones de derechos fiscales, de la expedición gratuita de documentos oficiales y de las demás ventajas concedidas por la legislación de un miembro en materia de indemnización por accidentes de trabajo, a los nacionales de los demás miembros que hayan ratificado el Convenio correspondiente.

⁹⁵⁵ En este sentido, véase COLINA ROBLEDÓ, M., “La protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en las normas internacionales de ámbito universal: la Organización Internacional del Trabajo”, *cit.*, págs. 96-97.

⁹⁵⁶ Adoptado en la 18ª reunión de la Conferencia General de la Organización, celebrada en Ginebra el 21 de junio de 1934, entrando en vigor el 17 de junio de 1936. Ratificado por España el 12 de mayo de 1958, publicado en el BOE de 22 de agosto de 1959. Ha recibido 53 ratificaciones. Amplía las listas del Convenio (núm.) 18, a la silicosis con o sin tuberculosis pulmonar, siempre que la silicosis sea una causa determinante de incapacidad o muerte, al fósforo o sus compuestos, al arsénico o sus compuestos, al benceno o sus homólogos, sus derivados nitrosos y amónicos, los derivados halógenos de los hidrocarburos grasos, a los trastornos patológicos debidos al radio y otras sustancias radiactivas y a los rayos X, y a los epitelomas primitivos de la piel, por la que se obliga a la garantía a las víctimas de enfermedades profesionales o a sus derechohabientes de una indemnización basada en los principios generales de la legislación sobre indemnización por accidente de trabajo, de modo que la tasa de aquélla no sea inferior a la establecida por la legislación nacional de que se trate por el daño resultante de los accidentes de trabajo, sin perjuicio de la libertad de cada Estado miembro de adoptar las modificaciones y adaptaciones que estime oportunas.

contingencias concretas y protección social en determinadas ramas de actividad ya aprobados en las décadas precedentes⁹⁵⁷.

El Convenio (núm.) 102⁹⁵⁸ dedica su parte VI a las prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional en favor de las personas protegidas, definidas por parámetros cuantitativos en dos categorías: a) Categorías de asalariados que constituyan, por lo menos, el 50% de todos asalariados, y para las prestaciones a que da derecho la muerte del sostén de la familia, también a los cónyuges y a los hijos de los asalariados de esas categorías; o b) Cuando se haya formulado una declaración de excepción temporal, a categorías de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50% de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, 20 personas, y para las prestaciones a que da derecho la muerte del sostén de familia, también a los cónyuges y a los hijos de los asalariados de esas categorías⁹⁵⁹.

Las contingencias cubiertas, deben venir caracterizadas por los siguientes elementos: estado mórbido; incapacidad para trabajar que resulte de éste y entrañe la suspensión de ganancias según la defina la legislación nacional; pérdida total de la capacidad para ganar o pérdida parcial que exceda de un grado prescrito cuando sea probable que dicha pérdida total o parcial sea permanente o disminución correspondiente de las facultades físicas; y pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de la familia: en el caso de la viuda, el derecho a las prestaciones puede quedar condicionado a la presunción, conforme a la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades⁹⁶⁰.

En el capítulo de las prestaciones, cuando se trata de las económicas, en los supuestos de incapacidad para trabajar o de pérdida total de capacidad para ganar, cuando es probable que sea permanente, de disminución de las facultades físicas o de muerte del

⁹⁵⁷ OJEDA AVILÉS, A., “La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009, pág. 17.

⁹⁵⁸ Adoptado durante la 35ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 28 de junio de 1952, entró en vigor el 27 de abril de 1955. Fue ratificado por España, parcialmente (partes I-IV, VI y XI a XIV), publicado en el BOE de 6 de octubre de 1988 y de 8 de abril de 1989, registrado en la Oficina Internacional del Trabajo el 29 de junio de 1988 y en vigor para España a partir del 20 de junio de 1989. Ha recibido 51 ratificaciones.

⁹⁵⁹ Artículo 33 Convenio (núm.) 102.

⁹⁶⁰ Artículo 32 Convenio (núm.) 102.

cabeza de familia, la cuantía de los pagos periódicos al beneficiario tipo deberán ser, al menos, del 50% del salario anterior del beneficiario, que se determinará de acuerdo con el salario por un número normal de horas de trabajo fijado por contratos colectivos, por la legislación nacional y por la costumbre, incluyendo los subsidios por carestía de vida, si los hubiere, de un trabajador asalariado calificado adulto del sexo masculino (ajustador o tornero de industria mecánica que no sea la industria de máquinas eléctricas; o trabajador ordinario calificado de la categoría que ocupe el mayor número de personas protegidas; o persona cuya ganancia sea igual o superior a las ganancias del 75% de todas las personas protegidas, determinándose estas ganancias sobre una base anual o sobre la que se prescriba; o de persona cuya ganancia sea igual al 125% del promedio de las ganancias de todas las personas protegidas) o trabajador asalariado no calificado de sexo masculino (trabajador ordinario no calificado de una industria mecánica que no sea la industria de máquinas eléctricas, o de la categoría que ocupe el mayor número de personas protegidas para la contingencia considerada), o del cabeza de familia y del importe de las asignaciones familiares pagadas a una persona protegida que tenga las mismas cargas familiares que el beneficiario tipo, para el caso de que haya cónyuge y dos hijos en la unidad familiar⁹⁶¹.

Y del 40% para los sobrevivientes (viuda con dos hijos), o en caso de pérdida parcial de la capacidad para ganar, o de una disminución correspondiente de las facultades físicas, la cuantía de los pagos periódicos será una proporción conveniente de la prestación prevista en caso de pérdida total. Tanto en un caso como en otro, los pagos periódicos podrán sustituirse por el abono de una sola vez de un capital, cuando el grado de la incapacidad sea mínimo o cuando se garantice a las autoridades competentes el empleo razonable de dicho capital⁹⁶².

Las prestaciones de asistencia médica, cuyo objetivo es el de “conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales”, incluirán la de los profesionales sanitarios de todo orden de medicina general y de especialidades, hospitalaria, ambulatoria y domiciliaria, la odontología, el mantenimiento en hospitales, centros de

⁹⁶¹ OJEDA AVILÉS, A., “La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas”, *cit.*, pág. 25.

⁹⁶² COLINA ROBLEDO, M., “La protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en las normas internacionales de ámbito universal: la Organización Internacional del Trabajo”, *cit.*, págs. 97-98.

convalecencia, sanatorios o instituciones similares, el suministro de material odontológico, farmacéutico, médico-quirúrgico, aparatos de prótesis y su conservación, así como anteojos.

Estas prestaciones se reducen cuando el Estado ratificante fórmula declaración de exclusión o excepción temporal, por insuficiente desarrollo de su economía y de sus servicios médicos, a la asistencia médica general, incluida la domiciliaria, la asistencia de especialistas hospitalarios y ambulatoria, el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos u otros profesionales calificados, y la asistencia hospitalaria⁹⁶³. También se prevé la colaboración y el complemento, cuando fuera oportuno, de los servicios generales de reeducación profesional a fin de proceder a la readaptación profesional para un trabajo adecuado a las personas de capacidad reducida.

Tanto las prestaciones económicas como las prestaciones técnicas deberán garantizarse durante toda la duración de la contingencia protegida (si bien con respecto a la incapacidad para trabajar, la prestación económica podrá no pagarse en los 3 primeros días en caso de suspensión de ganancias por el trabajador asalariado afectado) por lo menos a las personas protegidas, empleadas como asalariadas en el territorio del Estado miembro que ratifique el convenio en el momento del accidente o de contraerse la enfermedad, y a sus viudas e hijos respecto de los pagos periódicos derivados del fallecimiento del trabajador protegido.

“Hemos de saludar la aparición de este Convenio como un esfuerzo gigantesco de solidaridad sólo posible en un mundo afligido por una guerra de proporciones desconocidas hasta entonces, y gracias a la ímproba labor cartesiana de Beveridge, en cuyos escritos se basó la comisión redactora. Por primera vez tenemos una visión de conjunto de las contingencias y el objetivo, quizá posible, de cuantificar las prestaciones con referencia a los sueldos de un trabajador tipo. Hay mejoras puntuales y también mínimos de población asegurada, así como criterios estadísticos para la medición de los niveles protectores. Sin embargo se quería facilitar la ratificación a un gran número de países, por lo que la OIT siguió un planteamiento de doble rasero, es decir, la norma

⁹⁶³ Véase, OLIVAR DE JULIÁN, J. M., *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España*, (Colección la Tribuna del Derecho), Editorial Laocoonte, Pamplona (Navarra), 2009, págs. 595-597.

mínima como nivel básico para la mayor parte de países, y una norma superior para los más avanzados, norma esta que nunca llegó a ser aprobada”⁹⁶⁴.

Conviene señalar que es el único instrumento internacional, basado en principios fundamentales de Seguridad Social, que establece normas mínimas aceptadas a nivel mundial para las 9 contingencias de la Seguridad Social, aceptadas universalmente como básicas (asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, de desempleo, de vejez, prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional, familiares, de maternidad, de invalidez, y prestaciones de sobrevivientes); los Estados firmantes cumplieran con ratificar sólo 3 de las partes o normas sobre las distintas contingencias, es decir, si bien el Convenio abarca todas estas ramas, los Estados miembros solamente necesitan ratificar 3 del total de 9 (siempre que una de las ratificadas sea riesgos profesionales, invalidez, muerte y supervivencia, desempleo o jubilación)⁹⁶⁵, lo que permite una extensión progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en los países que lo ratifican, con excepciones temporales, hasta que el Estado firmante lo considere necesario, en el caso de países insuficientemente desarrollados (proporciona un incentivo a los países que lo han ratificado al ofrecerles flexibilidad en su aplicación, en función de sus niveles socioeconómicos).

Una observación de índole técnica habríamos de hacer a las 9 partes de referencia. El Convenio ubica en ellas a las 9 contingencias reconocidas, siendo una la de “prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional”, lo que no encaja en una perspectiva unificada de las contingencias, pues en verdad los riesgos profesionales se sitúan en un momento temporal anterior a éstas, como primer elemento de una relación de causa a efecto, y lo correcto habría sido suprimirlos en esta nueva época, como han hecho los Países Bajos⁹⁶⁶, o lo contrario, haber incluido además los riesgos comunes como décima contingencia⁹⁶⁷.

⁹⁶⁴ OJEDA AVILÉS, A. y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *cit.*, págs. 41-42.

⁹⁶⁵ OJEDA AVILÉS, A., “La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas”, *cit.* pág. 18.

⁹⁶⁶ A este respecto, incluimos en el Anexo I del presente capítulo un estudio referido a la Seguridad Social holandesa, la cual no distingue un trato diferente entre contingencias comunes y profesionales.

⁹⁶⁷ En el estudio, *Establecimiento de normas de Seguridad Social en una sociedad global*. Documentos de Política de Seguridad Social, OIT, Ginebra, 2008, se indica que el Convenio (núm. 102) es el único convenio internacional que define “las 9 ramas clásicas de la Seguridad Social” y que establece los niveles mínimos para cada una de estas ramas, que son: prestación en caso de accidentes del trabajo y enfermedades

El argumento de la inclusión de los riesgos profesionales como contingencia esencial en la parte VI no radicó exclusivamente en el hecho de su enorme importancia para la Seguridad Social, motor y origen de toda ella, sino a la influencia del modelo británico en la estructura del Convenio. El legislador británico había decidido en su Ley de 1946 no diluir a los riesgos profesionales dentro del tratamiento de la morbilidad, la incapacidad y la muerte, a pesar de que la principal propuesta de Beveridge marchaba en el sentido de organizar las prestaciones con independencia del tipo de riesgo que las hubiera provocado, y aquella Ley justificaba la deferencia mostrada en una distinta cuantía de las prestaciones y de las cotizaciones respecto de las contingencias comunes⁹⁶⁸.

Los convenios de Seguridad Social de la OIT, y más especialmente el Convenio (núm.) 102, son considerados los principales instrumentos para el cumplimiento del derecho a la Seguridad Social, estableciendo las obligaciones de los Estados para la puesta en práctica de regímenes de Seguridad Social para cada contingencia⁹⁶⁹.

1.1.2. El Convenio 121 de la OIT relativo a las prestaciones por riesgos profesionales

El año 1964 se aprobaron el Convenio y la Recomendación (núm.) 121 relativos a las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales⁹⁷⁰,

profesionales (las contingencias cubiertas comprenden un estado mórbido, la incapacidad para el trabajo, la invalidez o la disminución de las facultades físicas por un accidente del trabajo o por una enfermedad profesional prescrita); asistencia médica (la contingencia cubierta comprende cualquier estado mórbido, cualquiera que fuere su causa y la necesidad de asistencia médica que de ella se derive; la necesaria durante el embarazo, el parto y sus consecuencias; y la de carácter preventivo); prestación de enfermedad (incapacidad para trabajar, resultante de un estado mórbido que entrañe la suspensión de ganancias); prestación de desempleo (suspensión o la pérdida de ganancias ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente); prestación de vejez (la contingencia cubierta es la supervivencia más allá de una edad prescrita, por lo general, no más de 65 años); prestaciones familiares (responsabilidad del mantenimiento de los hijos, es decir, de un hijo en edad de asistencia obligatoria a la escuela o que tiene menos de 15 años de edad); prestaciones de maternidad (asistencia médica requerida por el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias que éstos ocasionen); prestación de invalidez (incapacidad para ejercer una actividad profesional cuando sea probable que esta incapacidad sea permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad); y la prestación de sobrevivientes (la contingencia cubierta es la pérdida de los medios de subsistencia sufrida por la viuda o por los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia”.

⁹⁶⁸ OJEDA AVILÉS, A. y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *cit.*, págs. 42-43.

⁹⁶⁹ En este sentido, véase, *Establecimiento de normas de Seguridad Social en una sociedad global*. Documentos de Política de Seguridad Social, OIT, Ginebra, 2008.

⁹⁷⁰ Adoptados durante la celebración de la 48ª reunión de la Conferencia, el 8 de julio de 1964. El Convenio entró en vigor el 28 de julio de 1967, y ha sido ratificado por 24 Estados.

actualizándose los convenios y recomendaciones precedentes, constituyéndose en el referente, a escala internacional, de la protección frente a las contingencias profesionales.

El ámbito personal de aplicación de estos instrumentos en principio incluye a todos los trabajadores asalariados, incluidos los aprendices, de los sectores público y privado, comprendidos los de las cooperativas y, en caso de fallecimiento de éstos, las categorías que se citan de beneficiarios, si bien, mediante declaración anexa a la ratificación, los miembros podrán excluir: a la gente del mar, incluidos los pescadores de pesquerías marítimas, y a los funcionarios públicos, siempre que estas categorías estén protegidas por regímenes especiales que concedan prestaciones equivalentes a las que establece el Convenio, podrán prever las excepciones que estimen necesarias, que incluyen los colectivos aludidos por el Convenio (núm.) 17 a los que se añaden “otras categorías de asalariados no exceptuados”, elemento cuantitativo que completa al cualitativo anterior, y respecto del que se fija un límite, de manera que, en todo caso, el número total de trabajadores protegidos no debería ser inferior al 75% de todos los asalariados que trabajen en establecimientos industriales⁹⁷¹.

Entrando en el campo de la acción protectora, la relación de prestaciones en especie, de asistencia médica del Convenio (núm.) 102, se completa con “la asistencia suministrada, bajo la vigilancia de un médico o de un dentista, por miembros de otras profesiones conexas con la profesión médica” y, en el lugar de trabajo, con “el tratamiento de urgencia a las víctimas de accidentes graves y los cuidados ulteriores a las víctimas de lesiones leves que no acarreen interrupción del trabajo”, aun cuando el mínimo para el caso de los miembros cuya economía y recursos médicos estén insuficientemente desarrollados y expresamente se acojan, mediante declaración motivada, a la excepción temporal que el propio Convenio permite, deberá incluir: la asistencia médica general, incluso en régimen domiciliario; la asistencia médica especializada hospitalaria y extra hospitalaria; el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos u otros profesionales cualificados; la hospitalización; y la asistencia de emergencia en el lugar de trabajo a las víctimas de accidentes de trabajo⁹⁷².

⁹⁷¹ En este sentido se expresan los artículos 3, 4 y 5 del Convenio.

⁹⁷² VALDUEZA BLANCO, M. D., “El Convenio n° 121 de la OIT sobre prestaciones en caso de accidente de trabajo y Enfermedad profesional y los mecanismos de control de su aplicación”, comunicación al XX Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 25-28 de septiembre de 2012, págs. 8-9.

También en relación con las prestaciones en especie se prevén las medidas de prevención contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y los servicios de readaptación profesional, que preparen a la persona incapacitada para reincorporarse a su actividad anterior o a otra compatible con sus calificaciones y aptitudes, y para facilitar la recolocación adecuada de los trabajadores inválidos⁹⁷³.

Las prestaciones económicas presentan régimen distinto según la naturaleza de la situación protegida, y distinguimos 3 supuestos: la IT o inicial, la pérdida de la capacidad para ganar, cuando sea probable que sea permanente, o por disminución correspondiente de las facultades físicas en todos los casos en que esta pérdida de capacidad o esta disminución de facultades excedan de un porcentaje prescrito y subsistan una vez terminado el periodo de IT, y el caso de fallecimiento del sostén de la familia.

Para los tres supuestos se prevén prestaciones periódicas y, para los dos últimos supuestos, es factible, además, bajo determinadas circunstancias⁹⁷⁴, su sustitución por una suma global. Asimismo, conforme establece el artículo 16, de acuerdo con lo que se prescriba, se pagarán incrementos de los pagos periódicos u otras prestaciones suplementarias o especiales a las personas incapacitadas cuyo estado requiera la ayuda o asistencia constantes de otra persona⁹⁷⁵.

En el caso de la IT o inicial, en el que se realizarán en forma de pagos periódicos, su cuantía, incrementada con el importe de las asignaciones familiares, deberá ser, al menos, del 60%⁹⁷⁶ del total de las ganancias anteriores, calculadas según reglas prescritas o a tenor de clasificación de categorías y las consiguientes retribuciones fijadas para ellas a las que haya pertenecido el trabajador beneficiario, pudiendo fijarse un límite máximo que se identificaría, en todo caso, con el salario de un trabajador calificado de sexo masculino (ajustador o tornero de industria mecánica, excepto de máquinas eléctricas, trabajador ordinario calificado empleado en el grupo principal de actividades económicas que ocupe el mayor número de personas protegidas de sexo masculino económicamente activas, persona con ganancias iguales o superiores a las del 75% del total de las personas protegidas; y personas con ganancias del 125% del promedio de ganancias de todas las

⁹⁷³ Artículo 26 Convenio (núm.) 121.

⁹⁷⁴ Véanse los artículos 14. 4 y 15 del Convenio.

⁹⁷⁵ VALDUEZA BLANCO, M. D., “El Convenio nº 121 de la OIT sobre prestaciones en caso de accidente de trabajo y Enfermedad profesional y los mecanismos de control de su aplicación”, *cit.*, pág. 9.

⁹⁷⁶ El Convenio (núm.) 102, los fija en el 50% del salario de referencia.

personas protegidas), o de un trabajador ordinario no calificado por un número normal de horas de trabajo fijado por convenio colectivo, legislación nacional o costumbre, y del importe de las asignaciones familiares pagaderas a un beneficiario tipo (varón con cónyuge y dos hijos)⁹⁷⁷.

Las prestaciones económicas en caso de fallecimiento del sostén de la familia consistirán también en pagos periódicos a la viuda, al viudo a cargo e incapacitado (salvo cuando las prestaciones a otros supervivientes sean superiores a las que se establecen en este Convenio o cuando otros sistemas de Seguridad Social, distintos de los que cubren los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, establezcan en favor de la viuda prestaciones superiores a las previstas en el Convenio (núm.) 102 para la invalidez), a los hijos a cargo del causante fallecido, y a cualquier otra persona que designe la legislación nacional, calculadas según lo indicado anteriormente, fijándose el porcentaje mínimo en este caso en el 50% del total de las ganancias del causante, más una cantidad a tanto alzado en concepto de gastos funerarios. Los pagos periódicos deben ser revisados en su cuantía, suspendidos o terminados en función de la evolución del grado de pérdida de capacidad de ganancia⁹⁷⁸ o de disminución de las facultades físicas, para lo que las legislaciones nacionales deben determinar las condiciones y según la evolución del coste de la vida⁹⁷⁹.

En cuanto a la iniciación del derecho a las prestaciones, no puede ser subordinada ni a la duración del tiempo del empleo ni a la duración del periodo de afiliación al seguro o al pago de las cotizaciones. Sin embargo, en lo relativo a las enfermedades profesionales puede establecerse un periodo de exposición al riesgo previsto⁹⁸⁰.

Las prestaciones económicas podrán suspenderse en determinados supuestos: mientras el interesado no esté en el territorio del Estado miembro; esté a cargo de fondos públicos o de la Seguridad Social: en caso de intento fraudulento de obtención de la prestación de que se trate; si el accidente del trabajo o la enfermedad profesional hubieran sido provocados por un delito cometido por el interesado, por estado de intoxicación voluntaria o por falta grave e intencional del mismo; cuando la persona interesada, sin

⁹⁷⁷ Artículo 13 Convenio (núm.) 121.

⁹⁷⁸ La capacidad de ganancia requiere el concurso de la capacidad laboral y de la posibilidad objetiva de colocación adecuada, pues si alguno de estos términos desaparece o se reduce, surge la incapacidad de ganancias.

⁹⁷⁹ Artículo 18 Convenio (núm.) 121.

⁹⁸⁰ Artículo 9.2 Convenio (núm.) 121.

causa justificada, no utilice los servicios médicos o conexos o los servicios de readaptación profesional puestos a su disposición, o no observe las reglas para comprobar la existencia o prolongación de la contingencia o las establecidas respecto de la conducta de los beneficiarios; y mientras el cónyuge superviviente viva en concubinato⁹⁸¹.

La Recomendación (núm.) 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, incluye la aplicación, por etapas, de la legislación nacional sobre la materia, a todas las categorías de trabajadores por cuenta ajena que hubieran quedado exceptuadas inicialmente a tenor de la previsión contenida en el Convenio⁹⁸², y el aseguramiento a través de un seguro voluntario, que no deberá financiarse con cotizaciones destinadas a financiar los sistemas obligatorios para trabajadores asalariados, de las prestaciones estipuladas u otras análogas a los miembros de cooperativas, de producción o de servicios, a los trabajadores autónomos con especial mención a los propietarios que trabajan en la explotación de pequeños negocios o granjas agrícolas.

Se consideran accidentes de trabajo los sufridos durante las horas de trabajo en el lugar de trabajo, cerca de él o en cualquier lugar en el que el trabajador se encontrara debido a su empleo, sea cual fuere la causa del accidente; los sufridos durante periodos razonables, antes y después de las horas de trabajo, y que estén relacionados con el transporte, la limpieza, la preparación, la seguridad, la conservación, el almacenamiento o el empaquetado de herramientas o ropas de trabajo; y los sufridos en el trayecto directo entre el lugar de trabajo y la residencia principal o secundaria del trabajador, o el lugar donde el asalariado toma habitualmente sus comidas, o donde percibe habitualmente su remuneración⁹⁸³.

Respecto a las enfermedades profesionales, considera como tales las que se sabe provienen de la exposición a sustancias o condiciones peligrosas inherentes a ciertos procesos, oficios u ocupaciones. El origen profesional de estas enfermedades debería presumirse, salvo prueba en contrario, cuando el trabajador haya estado expuesto al riesgo durante un periodo determinado y haya mostrado síntomas de la enfermedad dentro de un

⁹⁸¹ Artículo 22 Convenio (núm.) 121.

⁹⁸² A tenor del artículo 2 de la Recomendación.

⁹⁸³ Artículo 5 de la Recomendación (núm.) 121.

periodo determinado tras la terminación del último empleo en que haya estado expuesto al riesgo.

Por lo que respecta a las listas de enfermedades profesionales, se recomienda tomar en consideración las que periódicamente aprueba el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, así como posibilitar la prueba del origen profesional de otras enfermedades no incluidas en aquélla o que estando incluidas se manifiesten en condiciones diferentes a las contempladas en la lista correspondiente⁹⁸⁴.

1.2. Ámbito regional: normas sobre riesgos profesionales del Consejo de Europa

La intervención de la UE en materia de Seguridad Social está enfocada al derecho de libre circulación de trabajadores, y tiene por objeto la coordinación de los ordenamientos nacionales para que la movilidad transnacional no perjudique derechos o expectativas de Seguridad Social.

1.2.1. Las declaraciones de derechos sociales en forma de Cartas

Desde finales de la década de los 50 dos nuevas organizaciones internacionales, el Consejo de Europa y la Comunidad Económica Europea (en adelante, CEE), habían atraído la atención y el ímpetu de los países más comprometidos con la Seguridad Social debido a su condición de miembros de las mismas, por lo que la OIT dejó de ocupar el liderazgo en el avance contra los infortunios; así pues, instrumentos de mayor alcance entraron en vigor en el escenario europeo, y a partir de ese momento pareció quedar implantado un pacto tácito a cuya virtud la OIT continuaba ejerciendo el papel de animador respecto a los países extra europeos, dejando a los otros dos organismos al pupilaje de los asuntos europeos (algunos países han considerado incompatibles la aplicación simultánea de convenios OIT y normas europeas sobre la misma materia y han procedido a denunciar a aquéllos o a no aplicar las partes coincidentes de éstos: España,

⁹⁸⁴ Conforme al artículo 6 de la Recomendación.

a su vez, ha dejado sin ratificar la mayor parte de los convenios OIT más recientes sobre Seguridad Social, quizá bajo la misma filosofía, como el Convenio (núm.) 121⁹⁸⁵.

La “*vis atractiva*”, casi demoleadora de las Comunidades Europeas, hace a veces olvidar la labor magnífica desarrollada, apenas conocida y menos apreciada, por el Consejo de Europa en el ámbito de la protección social⁹⁸⁶. “El sambenito de la no-obligatoriedad y de la no-vinculación automática de los instrumentos del Consejo de Europa planean, injustamente, como una lacra descalificadora sobre la ingente producción normativa de este organismo, que está operando, desde su atalaya de paladín moral, como ralentizador de los procesos revisionistas y desmanteladores imperantes en los Estados de la Europa Occidental. La triple faceta del Consejo de Europa, como promotor de mejoras en los sistemas de Seguridad Social a través de un modelo conceptual dinámico avanzado, como freno a las tendencias de *reformatios in peius* (transitorias o permanentes) y como espacio de diálogo impulsor de la aproximación y consenso este-oeste, le convierten en una herramienta idónea para un desarrollo global de la Seguridad Social europea, así como en foro para la búsqueda de soluciones conjuntas a problemas comunes emanados de sistemas diversos. La referencia a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales en el acervo normativo del Consejo de Europa, se encuentra en una multiplicidad de instrumentos de distinto rango e intencionalidad, que forman una intrincada maraña difícil de desenredar si no se utiliza un método sistemático de rastreo. En efecto, excepto en contadas ocasiones (algunas disposiciones sobre seguridad e higiene en el trabajo) la regulación de esta materia se realiza como parte

⁹⁸⁵ En este sentido, OJEDA AVILÉS, A. y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *cit.*, págs. 43-44.

⁹⁸⁶ La OIT ha comenzado a utilizar el término de protección social indistintamente con el de Seguridad Social. A nivel internacional, tanto por los organismos internacionales como por los especialistas en estas materias, ambos conceptos se usan como sinónimos. La OIT, en su “Informe Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa” de 2011 ha señalado que el concepto de protección social suele tener un sentido más amplio que el concepto de Seguridad Social, e incluir específicamente la protección que los miembros de una familia o de una comunidad local se prestan entre sí. Ahora bien, en el marco de las políticas públicas, por ejemplo, el concepto de protección social se utiliza en un sentido más restringido que el de Seguridad Social, refiriéndose únicamente a las medidas en pro de los miembros más pobres, vulnerables o excluidos de la sociedad, (ARELLANO ORTIZ, P., “Identificación de acciones y estrategias para mejorar la protección de las trabajadoras y trabajadores migrantes y sus familias mediante la Seguridad Social”, *cit.*, pág. 57).

integrante de la Seguridad Social en su conjunto, otorgándose, eso sí, un tratamiento específico, diferenciado, y con frecuencia privilegiado”⁹⁸⁷.

El reconocimiento del derecho a la Seguridad Social en la UE no supone una novedad de la fallida Constitución Europea. Antes al contrario, referencias a la Seguridad Social de los trabajadores en el espacio comunitario aparecían ya contenidas tanto en la Carta Social Europea de 1961⁹⁸⁸, que en su artículo 12 proclamaba el derecho a la Seguridad Social⁹⁸⁹, como en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989⁹⁹⁰, que incluía expresamente entre sus

⁹⁸⁷ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en las normas internacionales de ámbito regional: el Consejo de Europa”, en AA.VV., *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, págs. 113-115. Señala además el autor, que “el Consejo más que como legislador *erga omnes*, ha actuado como promotor, como impulsor, como generador, como inspirador de un ordenamiento ideal, más virtual que real, más crítico que sumiso, más elástico y flexible que estricto y rígido”.

⁹⁸⁸ La Carta Social Europea (1961-1996) fue elaborada en Turín, en el seno del Consejo de Europa, el 18 de octubre de 1961, y firmada en Estrasburgo el 27 de abril de 1978. En vigor a partir del 26 de febrero de 1965, ratificada por España el 29 de abril de 1980 (BOE de 26 de junio y 11 de agosto). Posteriormente a su aprobación fue sucesivamente enriquecida por tres importantes protocolos de 1988, 1991 y 1995. En el año 1996 se produce una profunda revisión de la Carta Social Europea, dando lugar a la Carta Social Europea revisada. En este sentido, véase DE LA VILLA DE LA SERNA, P., “Las tres Cartas Europeas sobre Derechos Sociales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001, pág. 273.

⁹⁸⁹ El artículo 12 de la Carta Social Europea, rubricado “Derecho a la Seguridad Social”, dispone lo siguiente: “Para garantizar el ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social, las partes contratantes se comprometen: 1. A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social. 2. A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (núm. 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social. 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social. 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes. b) La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los periodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes”.

⁹⁹⁰ En esta ocasión, bajo el Título de “Protección social” la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores determinó que “con arreglo a las modalidades propias de cada país: (...) 10. Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada y, sea cual fuere su estatuto o la dimensión de la empresa en que trabaja, debe beneficiarse de niveles de prestaciones de Seguridad Social de nivel suficiente. Las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adaptados a su situación personal”.

principios básicos la referencia a la protección social de los trabajadores⁹⁹¹. La Carta Social Europea viene a ser el primer intento de crear un Espacio social europeo⁹⁹², adelantándose cerca de 30 años a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, que, expresamente, se reclama tributaria de aquella.

Los derechos laborales tienen su origen en la Carta Social Europea adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961, siendo revisada y ampliada en el sentido de establecer mecanismos de control y posibilidad de reclamaciones colectivas, nace como un complemento necesario del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 que no garantizaba parte de los objetivos señalados en el Consejo de Europa dado que uno de sus fines era salvaguardar el progreso económico y social de sus Estados miembros; sin embargo, estos derechos nacen con un nivel de protección inferior a los establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos porque la Carta no crea un órgano jurisdiccional de protección similar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁹³, sino que su protección se reduce a un control convencional⁹⁹⁴.

Por ello el Consejo Europeo, en la reunión de Colonia de junio de 1999, propone elaborar un Carta de Derechos Fundamentales de la UE que será solemnemente proclamada por la Comisión, el Parlamento y el Consejo Europeo en la reunión de Niza

⁹⁹¹ BARRIOS BAUDOR, G. L. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “La protección social en la Unión Europea: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011, pág. 358.

⁹⁹² En esta línea señala IGLESIAS CABERO, M., “Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea. Particular referencia a la jubilación y al desempleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 44, 2003, pág. 56, que la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, suscrita por España el 27 de abril de 1978, además de recoger un compromiso de las partes firmantes de establecer o mantener un régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente por lo menos al exigido para la ratificación del Convenio (núm.) 102 OIT, sobre norma mínima de Seguridad Social, en el artículo 12 contiene un mandato de coordinación para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, con el compromiso de las partes de adoptar medidas mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales para conseguir la igualdad de trato para los distintos nacionales y para lograr la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social por medio de la acumulación de los periodos de seguro o de empleo, completados de conformidad con la legislación de cada parte contratante.

⁹⁹³ SEVILLA MERINO, J. y VENTURA FRANCH, A., “Evolución del Derecho Social Europeo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, pág. 84.

⁹⁹⁴ FREIXES SANJUAN, T., “La igualdad y el futuro de Europa: reflexiones en torno al proceso de constitucionalización”, *Revista Artículo 14*, núm. 16, 2004, págs. 4-21, señala que a partir del Comité de expertos, el Comité Gubernamental, la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros y en el marco de este control convencional, los Estados deben enviar regularmente informes sobre el desarrollo y la aplicación interna de la Carta, además de los que pida el Comité de los ministros del Consejo de Europa. Los efectos son básicamente políticos pero no tienen ni de lejos el alcance jurisdiccional del Convenio europeo.

en diciembre del año 2000, aunque su valor jurídico quedó en suspenso, pero cierto es que representó un punto de inflexión en la historia de la construcción europea, porque por primera vez, se sitúa al individuo en el centro de gravedad del orden jurídico europeo⁹⁹⁵. La Carta de Derechos Fundamentales representa una novedad, incorpora un sistema de reconocimiento de derechos mixto, busca un equilibrio en la consolidación de los derechos incluyendo derechos de la primera, segunda y tercera generación (es la primera vez en el ámbito europeo que se contemplan los derechos de libertad, los derechos de participación política y los derechos económicos y sociales, en un solo texto); en realidad se traslada a este texto los derechos integrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), la Carta Social Europea (1961), la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales (revisada en 1996) y derechos vinculados a la tradición de los respectivos Estados que conforman la Unión⁹⁹⁶.

Obviamente, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, siendo una declaración de derechos propiamente comunitaria, su contenido se contrae a los derechos sociales de los trabajadores, eludiendo la definición y la garantía de los derechos de sus ciudadanos en general; aparte de que el texto resultó ser de aceptación voluntaria por los Estados miembros y nunca ha pasado por ello de tener importancia secundaria, viendo transcurrir los últimos 12 años sin efectiva aplicación, constituyendo poco más que un adorno en la vitrina comunitaria⁹⁹⁷.

Conviene matizar que los ciudadanos europeos cuentan con tres declaraciones de derechos sociales, en forma de Carta, para su protección. Por orden cronológico son la Carta Social Europea, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 es una declaración elaborada y aprobada en la sede de la CEE, por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la misma, reunidos en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989. Se aprueba en desarrollo del artículo 117 del Tratado CEE para mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, permitiendo su

⁹⁹⁵ RODRÍGUEZ RUIZ, B., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acordes y desacuerdos”, *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 179.

⁹⁹⁶ SEVILLA MERINO, J. y VENTURA FRANCH, A., “Evolución del Derecho Social Europeo”, *cit.*, pág. 83.

⁹⁹⁷ DE LA VILLA GIL, L. E., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001, pág. 19.

equiparación por vía del progreso. Sin embargo, la Carta no fue suscrita por el Reino Unido, uno de los doce Estados miembros que componían la CEE en 1989, por lo que no pasó de ser una mera declaración política desprovista de fuerza obligatoria, no incorporada a los Tratados reguladores de la CEE o de la UE, lo que no le ha quitado significación teórica en estos últimos años, inspirando incluso algunas de las Directivas en materia social⁹⁹⁸.

1.2.2. Los niveles mínimos en materia de riesgos laborales en el Código Europeo de Seguridad Social de 1964

Un reflejo del Convenio (núm.) 102 de la OIT es el Código Europeo de Seguridad Social, firmado en Estrasburgo el 16 de abril de 1964⁹⁹⁹, que pretende conformar un modelo progresivo de Seguridad Social europeo a través de unos niveles mínimos de protección, que los Estados se comprometen a mantener en las distintas ramas de sus sistemas nacionales. La parte VI del Código regula detalladamente las prestaciones en caso de accidente laboral y de enfermedad profesional en sus artículos 31 a 38¹⁰⁰⁰.

No hay una definición de riesgos profesionales en dicha parte, lo cual condiciona gravemente el análisis, pues una gran cantidad de lesiones y muertes producidas en España, y presumiblemente en los demás países, se deben al tráfico de vehículos, por lo que la consideración de laboral o no de los accidentes *in itinere* adquiere especial significado (igual cabe decir de las enfermedades profesionales, pero a remolque del aseguramiento de los accidentes laborales, del que toma prestada su regulación).

⁹⁹⁸ DE LA VILLA DE LA SERNA, P., “Las tres Cartas Europeas sobre Derechos Sociales”, *cit.*, pág. 274.

⁹⁹⁹ Como se ha puesto de manifiesto, España ratificó el Convenio (núm.) 102 anómalamente tarde, como sucedería con el Código Europeo de Seguridad Social, hermano gemelo del Convenio, en 1994, pues son idénticos en materia de riesgos profesionales.

¹⁰⁰⁰ Conforme al artículo 32, “las contingencias cubiertas deberán comprender las siguientes cuando sean ocasionadas por un accidente del trabajo o una enfermedad profesional prescritos: a) Enfermedad; b) Incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias según la defina la legislación nacional; c) Pérdida total de la capacidad para ganar o pérdida parcial que exceda de un grado prescrito cuando sea probable que dicha pérdida total o parcial sea permanente o disminución correspondiente de las facultades físicas, y d) Pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia; en el caso de la viuda, el derecho a las prestaciones puede quedar condicionado a la presunción, conforme a la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades”.

“La extraordinaria vigencia del Reglamento de Coordinación 1408/711, ha empequeñecido -por no decir que casi anulado- la percepción de la interesante norma de mínimos aprobada por el Consejo de Europa en 1964 y revisada en 1990. De esta forma, una regulación que en principio contiene sobre todo normas de conflicto entre legislaciones y es por tanto un mecanismo adjetivo de atribución de responsabilidades, alcanza una virtualidad pragmática muy superior a la otra regulación, la de contenidos mínimos, que si bien referida a aspectos muy concretos de montante de las pensiones, queda, a fin de cuentas, reducida a un estímulo teórico para la convergencia de las distintas legislaciones nacionales, así como a un ejercicio bienintencionado y voluntarioso de buscar los *standards* o niveles uniformes en las contingencias y las prestaciones a lo largo y ancho de Europa”¹⁰⁰¹.

La vinculación del Código Europeo de Seguridad Social al Convenio (núm.) 102 de la OIT, resulta bastante profunda. No se trata de una mera inspiración del primero en el segundo, o de un punto de partida, porque la redacción es casi idéntica, y las herramientas para determinar los niveles de protección¹⁰⁰² son las mismas. El Consejo de Europa se limitó a elevar el número de partes que los países europeos debían ratificar, que eran y son 6 de las 9, mientras que en el Convenio (núm.) 102 solo deben cubrir o garantizar 3 de las 9¹⁰⁰³. Por ello resulta sorprendente constatar la situación de algunos países que han ratificado determinadas partes del Convenio (núm.) 102 que sin embargo

¹⁰⁰¹ OJEDA AVILÉS, A., “La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas”, *cit.*, págs. 15-16. Señala además, que “probablemente la diferencia de trato de los Tribunales, los autores y el público hacia una y otra norma tenga su sentido. Cuando un emigrante que ha trabajado en varios países europeos solicita una pensión de invalidez, pongamos por caso, se preocupa de percibir lo que le corresponde según la legislación vigente, y poco le interesa si esa legislación cumple o no con los mínimos proclamados por el Consejo de Europa, una institución de presencia desdibujada y mucho más débil que la UE. A su vez los Tribunales han de tener en cuenta la legislación aplicable, como en verdad lo es un reglamento comunitario, mientras que un convenio como el Código Europeo de Seguridad Social, que además obliga de manera muy flexible, carece de aplicación directa y por tanto apenas tiene acogida en las consideraciones de los jueces y, por ende, de la doctrina jurídica”.

¹⁰⁰² En este sentido, destaca IGLESIAS CABERO, M., “Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea. Particular referencia a la jubilación y al desempleo”, *cit.*, pág. 54, que “el Convenio (núm.) 102 de la OIT y el Código Europeo de Seguridad Social de 16 de abril de 1964 ya habían previsto que la concesión de pensiones no contributivas se supedita al cumplimiento de una condición en materia de recursos para conseguir una concesión selectiva de la prestación, al objeto de garantizar la equivalencia de las prestaciones concedidas con los recursos de los beneficiarios, en relación con las prestaciones mismas, conforme a la norma internacional”.

¹⁰⁰³ Siempre que una de las ratificadas sea riesgos profesionales, invalidez, muerte y supervivencia, desempleo o jubilación.

han dejado sin hacerlo respecto del Código, sorpresa que aumenta cuando se llega a la conclusión de que ese país no cumple con los requisitos exigidos. En otro orden de cosas, hay países que consideran el Convenio (núm.) 102 y el Código Europeo superados por haber ratificado los convenios OIT posteriores de Seguridad Social.

Cabría entender al Código como una norma utópica, imposible de aplicar en los momentos actuales, y sin embargo hay dos comités del Consejo de Europa (el Comité de Expertos en Seguridad Social y el Grupo de Consultores) que periódicamente se dedican a revisar el nivel de cumplimiento de dichos mínimos, y los Estados miembros a veces maquillan, se esfuerzan, se enojan, ocultan o tratan de desviar la atención de los expertos para que el dictamen final no sea desfavorable: en contraste con la actividad de esos dos comités de control, la OIT solo dispone para la misma función, del Comité de Expertos para la aplicación de los convenios y recomendaciones, obviamente centrado en verificar la observancia de los convenios del núcleo fundamental¹⁰⁰⁴.

España, ha suscrito todas las partes excepto las referidas a Familia (VII) y a Muerte y Supervivencia (X), aun cuando su voluntad de ratificar la totalidad es manifestada en los últimos años. Mucho ha evolucionado el sistema español desde que el Código fuera ratificado por nuestro país en 1994, y algunas leyes-ómnibus han alterado radicalmente los planteamientos: en aquella época los argumentos para no ratificar esas partes fueron que la masa de recursos económicos que España destinaba a las prestaciones familiares quedaba por debajo de las exigencias del Código Europeo de Seguridad Social, y que el requisito de falta de ingresos para ser beneficiario de una pensión de viudedad reducía el ámbito objetivo de destinatarios más allá de lo aceptable, lo que parece haber cambiado en el momento presente hasta los niveles mínimos¹⁰⁰⁵.

El Código ha sido revisado en 1990 y en 1995, y cabe destacar la flexibilidad de sus revisiones, como la apertura a la supresión de un trato diferenciado, como contingencia esencial, para los riesgos profesionales, siempre que vengán recogidos en las contingencias de asistencia sanitaria, IT, IP, muerte y supervivencia, y no se obligue a los afectados a acreditar los periodos de carencia exigidos para los riesgos comunes.

¹⁰⁰⁴ OJEDA AVILÉS, A., “La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas”, *cit.*, págs. 16-17.

¹⁰⁰⁵ VIVES CABALLERO, M., “Código Europeo de Seguridad Social: comentarios a su contenido y a su ratificación por España”, *Relaciones Laborales*, volumen I, 1995, pág. 1377.

1.2.3. El Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972

Pero el Consejo de Europa dispone de otros instrumentos de Seguridad Social que incluye materia sobre los riesgos profesionales, como es el Convenio Europeo de Seguridad Social, firmado en París el 14 de diciembre de 1972¹⁰⁰⁶, que es mimético del Reglamento 1408/71/CEE, sobre coordinación comunitaria en materia de Seguridad Social, al que posteriormente nos referiremos. Probablemente nos encontremos ante el texto más completo en el área de coordinación de la Seguridad de los migrantes. Su similitud con el Reglamento 1408/71/CEE y su perfección como texto dispositivo son el talón de Aquiles de este corpus jurídico que además debe afrontar un agravante técnico-adicional: la coexistencia de disposiciones directamente aplicables con otras para cuya activación se requiere la conclusión de un convenio “*ad hoc*” entre las partes contratantes.

La regulación del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional se contiene en los artículos 38 a 48 del Convenio, conviviendo preceptos directamente aplicables con otros que requieren la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales entre las partes contratantes. En esencia, el capítulo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, es un reflejo de los principios y criterios generales del Derecho internacional de coordinación en materia de Seguridad Social. Así, las rentas de accidente de trabajo y de enfermedades profesionales son reconocidas y abonadas por la institución competente del Estado a cuya legislación se encontraba sujeto el accidentado o la víctima de la enfermedad cuando se produjo el accidente o se originó la enfermedad, siempre que en éste último caso, se hubiera ejercido en dicho Estado una actividad susceptible de provocar la enfermedad de que se trate¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ El Convenio Europeo de Seguridad Social y Convenio Complementario para la aplicación del mismo, se firmaron en París el 14 de diciembre de 1972. El Instrumento de Ratificación del Convenio se publicó en el BOE de 12 de Noviembre de 1986 y entró en vigor el 25 de Abril de 1986. Los países que están adheridos o que han ratificado este Convenio son: Austria, Bélgica, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Turquía.

¹⁰⁰⁷ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en las normas internacionales de ámbito regional: el Consejo de Europa”, *cit.*, págs. 123-124.

2. LA COORDINACIÓN COMUNITARIA DE LOS RIESGOS PROFESIONALES

Los Estados fundadores de la Comunidad, conscientes de la necesidad de establecer medidas en aras a acercar los distintos regímenes jurídicos de los Estados miembros en materia de Seguridad Social, promueven una regulación comunitaria en la materia. Y este intento de aproximar las legislaciones de los Estados, se lleva a cabo mediante un mecanismo de coordinación de los diversos sistemas de Seguridad Social, que intenta evitar los perjuicios que tendría para los trabajadores migrantes la movilidad, estableciendo puentes entre los diferentes sistemas, y regulando las diversas prestaciones que en cada caso se pueden otorgar, atendiendo al origen profesional o no del riesgo.

2.1. La justificación del trato preferente de los riesgos profesionales en los sistemas europeos de Seguridad Social

La legitimación de un trato preferente hacia las víctimas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, es objeto de discusión en varias ocasiones por la doctrina. ¿Cuál podría ser la verdadera justificación de otorgar mejor protección en calidad y cantidad de las prestaciones a los trabajadores que hayan tenido el accidente en el lugar de trabajo o que hayan contraído la enfermedad mientras trabajaban?¹⁰⁰⁸ Mi propósito es dar una visión panorámica de todos los argumentos a favor o en contra del tratamiento preferente hacia quienes resultan ser víctimas de un riesgo profesional. Para dar una respuesta a esa cuestión, permítaseme que muestre alguno de los elementos de esta discusión, pues creo que esos elementos podrían tener relevancia para el futuro de los sistemas de seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales.

En el contexto internacional, puede advertirse que la protección separada y distinta de las contingencias comunes frente a las causadas por riesgo profesional sigue siendo

¹⁰⁰⁸ PIETERS, D., “El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea”, en AA.VV., *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, pág. 195.

aún la regla general que prima¹⁰⁰⁹, pues el seguro autónomo de accidentes dispone de un remotísimo pasado, siendo en casi todos los países, el primer seguro social creado¹⁰¹⁰.

Precisamente el tratamiento diferenciado de los riesgos profesionales tiene un origen histórico determinante, pues cuando aparecen los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales, principalmente a finales del siglo XIX o comienzos del XX, a menudo aspiraban a obtener un acuerdo con concesiones mutuas entre los trabajadores y los empleadores: los trabajadores que fuesen víctimas de un riesgo laboral nunca más se verían en la necesidad de emprender costosas demandas ante los Tribunales contra sus empleadores para obtener indemnizaciones por el daño que hubieran sufrido en su salud e ingresos; nunca más recaería sobre ellos la difícil, de hecho, prácticamente imposible, carga de la prueba requerida por el Derecho civil (o *common law*) por la que era preciso demostrar el nexo causal entre el accidente (o enfermedad) y la actividad profesional; tampoco tendrían que demostrar el alcance del daño¹⁰¹¹.

También había algunas ventajas para los empleadores con la creación de los sistemas especiales de protección de accidentes laborales y enfermedades profesionales: ahora podían pagar periódicamente el seguro del trabajador, y no tenían que hacer frente a reclamaciones altas de compensaciones en caso de que se materializase un riesgo profesional, salvo casos de negligencia manifiesta, etc., si bien, en la mayoría de las ocasiones la compensación pagada tenía como tope ciertos aspectos del daño, la pérdida de ingresos y los costes de la atención médica. Este arreglo de mutua conveniencia se llevó a cabo en una época en que no existía la cobertura general de la salud, en la que tampoco había pensiones para los beneficiarios en caso de fallecimiento en la mayor parte

¹⁰⁰⁹ Sobre esta cuestión, hacemos una comparativa de la Seguridad Social de determinados países europeos, analizando como regulan los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Véase a este respecto, el Anexo II, al final del presente capítulo.

¹⁰¹⁰ Con este seguro se trataba de propiciar un sistema de indemnización automático (incluso en los regímenes más privatizados de gestión de las contingencias profesionales al trabajador suele reconocérsele una acción directa contra la entidad aseguradora), que garantizaba una protección inmediata al trabajador, a cambio de la prohibición a éste de reclamar responsabilidades al empleador.

¹⁰¹¹ PIETERS, D., “El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea”, *cit.*, pág. 195. Indica además, que “el trabajador también fue liberado de la obligación de llamar y ser llamado como testigo contra su empleador para que la víctima tuviera alguna posibilidad de ser compensada; y los trabajadores que eran víctimas de un riesgo profesional no sólo tenían garantizado un derecho sobre el papel a una compensación, sino que realmente recibían esas compensaciones”.

de los casos y en la que la mayoría de las pensiones por invalidez y enfermedad eran insuficientes, en el caso de que existieran¹⁰¹².

Su supervivencia tuvo un periodo de intenso cuestionamiento casi universal, lanzándose críticas a la existencia de regímenes separados de seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Tanto, que la protección especial de los riesgos profesionales se consideró que había desaparecido en países socialmente progresivos, y su supresión fue recomendada de forma general por la propia OIT¹⁰¹³. Por otra parte, en la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas sobre convergencia de los objetivos y políticas en el campo de la protección social (denominada, Recomendación de convergencia) de 27 de julio de 1992 (DOCE L245), el seguro de accidentes ya no aparece como sistema separado de protección social. Se ha afirmado (quizá más por apasionamiento en el debate que por contrastados datos jurídico-positivos comparados) que en todos los países de nuestro entorno se está teniendo un claro y ordenado tránsito desde una estructura basada en la noción del riesgo a una organización verdaderamente funcional, que toma en consideración la gran semejanza -cuando no la identidad- de las necesidades que se derivan de la realización de ciertos riesgos¹⁰¹⁴.

Si estas eran líneas de tendencia planteadas en un momento histórico determinado, lo cierto es que el estudio comparado de las legislaciones sobre accidentes de trabajo (que se incluye al final de este capítulo como anexo) pone de manifiesto la resistencia que las reglas sobre su reparación oponen a su acercamiento a las contingencias de origen común, como tendremos ocasión de analizar.

En línea con el nuevo concepto de Seguridad Social dinámica impulsado desde las diferentes organizaciones internacionales, se considera que los sistemas de protección de riesgos profesionales deben evolucionar hacia la prevención como eje central, puesto

¹⁰¹² *Ibidem*, pág. 195.

¹⁰¹³ GONZALO GONZÁLEZ, B., LÓPEZ CUMBRE, L., “Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de Seguridad Social”, *cit.*, pág. 144.

¹⁰¹⁴ *Ibidem*, pág. 154. “E incluso se ha sostenido la tendencia hacia la superación de la responsabilidad empresarial y hacia la protección de la contingencia, consistente en la incapacidad para obtener ingresos suficientes con independencia de que la causa que la origine sea profesional o no”.

que cuanto más se evite recurrir a mecanismos recuperadores, económicos, prestacionales o asistenciales, más eficaz y eficiente será el propio sistema de protección social¹⁰¹⁵.

Al contrario de lo que ocurre en otras ramas de la Seguridad Social, los sistemas de seguros sociales relativos a los accidentes de trabajo y a las enfermedades laborales, en realidad, aseguran más a los empleadores que a los empleados. En la práctica, esos sistemas se originaron como seguros que cubren la responsabilidad objetiva del empleador. Se trata de un hecho especial que tiene cierto peso sobre la administración de los sistemas afectados, porque resulta confiada a los empleadores, a sus organizaciones o a empresas aseguradoras privadas¹⁰¹⁶.

El panorama internacional comparado existente, muestra un arraigo nacional de este régimen diferenciado frente a su pretendida desaparición. En primer lugar, porque la protección privilegiada de los riesgos profesionales se valora en todos los sistemas como una protección excepcional objetiva o no discriminatoria. Consiste en un plus o mejora con respecto a la protección de idénticas contingencias cuando éstas derivan de riesgos comunes. Su pervivencia, pues, como seguro de accidentes de trabajo, enlaza con la inercia histórica, con el precedente social, antes que con su necesidad objetiva. Y ello porque las necesidades que emanan para el accidentado son las mismas sea cual sea la calificación de la contingencia. De ahí que no resulte extraño el hecho de que el fundamento político del seguro especial de accidentes laborales esté siendo cuestionado en los sistemas comparados más progresivos. Si la protección social pública se concibe hoy como una responsabilidad del Estado en todo caso, ajena a la que pueda derivar del empresario, las necesidades sociales requieren, en consecuencia, un tratamiento igual por parte de la Ley, sin distinción alguna respecto de la naturaleza del riesgo que genere la contingencia en cuestión¹⁰¹⁷.

La situación ha cambiado mucho desde los orígenes de la tutela de los riesgos profesionales. La mayoría de los países de la UE proporcionan a los ciudadanos una cobertura aceptable de la atención sanitaria y recurren a mecanismos que compensan la

¹⁰¹⁵ CORRALES ROMEO, H., “Reflexiones sobre la protección y la prevención de los riesgos profesionales”, *Estudios sobre Seguridad Social: 60 años de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social*, OISS, 2014, pág. 242.

¹⁰¹⁶ Véase, PIETERS, D., “El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea”, *cit.*, pág. 191.

¹⁰¹⁷ GONZALO GONZÁLEZ, B., LÓPEZ CUMBRE, L., “Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de Seguridad Social”, *cit.*, págs. 144-145.

pérdida de ingresos causada por la atención de la salud derivada de causas comunes, como enfermedad común o accidente que no es de trabajo, es decir, también cuando la causa del daño no está relacionada en absoluto con el ejercicio de una actividad profesional. En el contexto actual, la cuestión que se debate ya no es cómo hacer que las víctimas de un accidente laboral o de una enfermedad profesional obtengan una compensación por la pérdida de ingresos (de capacidad) o para que les sea dispensada la atención sanitaria que necesitan, sino más bien, qué sentido tiene dar un trato diferenciado, preferente a las personas que sufran el accidente o que contraigan una enfermedad de un modo relacionado con su trabajo, un trato distinto del que reciben las personas que sufren el mismo daño en su salud fuera del ambiente laboral¹⁰¹⁸.

Podría cerrarse el periodo de excepción que han vivido los riesgos profesionales y dar un paso adelante en la consolidación unitaria y extensión universalista de los sistemas, manteniendo la necesaria atención especializada de aquellos, quizá sólo específicamente en todo lo que suponga una conexión con la seguridad y salud laboral¹⁰¹⁹.

Los seguros de accidentes laborales y enfermedades profesionales liberan a los empleadores, con ciertos límites, de sus obligaciones civiles de pagar compensaciones completas a las víctimas de daño en su salud como consecuencia de trabajar para ellos. Si la compensación civil ha sido reemplazada, al menos parcialmente, por los sistemas de seguros sociales de accidentes laborales y de enfermedades profesionales, no podemos abolir estos últimos sin reinstaurar la compensación completa regida por las normas del Derecho civil¹⁰²⁰.

La razón que a menudo se alega para legitimar a los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales se refiere a la posibilidad de influir en la seguridad e higiene en el trabajo a través del funcionamiento de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales. En otras palabras, la prevención como principal característica de los seguros de riesgos profesionales.

¹⁰¹⁸ PIETERS, D., "El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea", *cit.*, pág. 196.

¹⁰¹⁹ CASAS BAAMONDE, M. E., "La reforma de la protección de los riesgos profesionales", *cit.*, pág. 55.

¹⁰²⁰ PIETERS, D., "El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea", *cit.*, pág. 196. Entendemos que la falta de probar la causalidad conllevaría diversos problemas, como por ejemplo el camino por el que pasan las víctimas de accidentes medioambientales para demostrar los casos cáncer que aparecen cerca de una central nuclear.

Si la prevención se encuentra en el núcleo de la legitimación del tratamiento preferente hacia las víctimas de accidentes laborales y de enfermedades profesionales, el grado de la acción preventiva desarrollada por los sistemas de protección contra los accidentes laborales y las enfermedades profesionales determinará entonces el grado de legitimación, y por tanto, de aceptación pública de esos sistemas.

“El principal argumento en contra de que la Seguridad Social otorgue un tratamiento mejor a las víctimas de accidentes laborales y de enfermedades profesionales procede de una perspectiva que toma como punto de referencia a las necesidades. ¿Tienen más merecimientos los trabajadores que son víctimas de un accidente radiactivo en el trabajo y desarrollan un cáncer que las personas que contraen el cáncer como consecuencia de factores desconocidos? ¿Son los trabajadores heridos de gravedad y con secuelas de por vida por el fuego de una explosión ocurrida en la obra más merecedores que los que resultan heridos de la misma gravedad como consecuencia de un fuego pequeño mientras cocinaban la cena? Quienes se oponen al tratamiento preferente de las víctimas de accidentes laborales y de enfermedades profesionales creen que lo importante es proporcionar una buena atención sanitaria a todos, de calidad que compense la pérdida de capacidad para obtener ingresos a causa de los daños sufridos y sobre todo, que prevenga los daños que sufren los seres humanos, y cuando éstos se producen, que lleve a cabo todos los esfuerzos posibles para restaurar la situación previa al daño. Eso es lo fundamental, y no el origen del daño, sostienen los partidarios de esta posición. Los defensores del trato preferente a las víctimas de un riesgo laboral reaccionan normalmente contra el punto de vista anterior señalando que quien ha tenido un accidente o ha contraído una enfermedad durante su trabajo es más merecedor de ayuda”¹⁰²¹.

2.2. La Seguridad Social europea en los Reglamentos Comunitarios

Conviene analizar el panorama de las normas internacionales sobre riesgos profesionales desde el punto de vista de una de las situaciones jurídicas en que el riesgo

¹⁰²¹ *Ibidem*, págs. 196-197. En opinión de Pieters, los sistemas de seguros sociales de enfermedades profesionales y accidentes laborales “han constituido una balsa de aceite en medio del oleaje de la reforma de la Seguridad Social y de los planes de reforma acometidos por muchos países de la UE en los últimos 10 o 15 años. Ninguno de los Estados miembros que informaron al Consejo de Europa pareció opinar que se hubieran producido grandes cambios en este terreno, cambios de una importancia suficiente como para ser mencionados en el Informe”.

profesional puede encontrarse, cual es el acervo comunitario, si bien se pueden dar todas estas:

- a) Riesgos sometidos a convenios de organismos internacionales, en los que la sumisión a los mismos no es directa, al ser compromisos asumidos por los Estados firmantes que deben hallar expresión normativa interna para su aplicación¹⁰²².
- b) Riesgos sometidos a las normas comunitarias sobre riesgos profesionales, las cuales son directamente aplicables, al emanar de dos importantes Reglamentos que modernizan la coordinación: los Reglamentos 883/2004 y 987/2009.
- c) Riesgos sometidos a convenios bilaterales de Seguridad Social¹⁰²³.
- d) Riesgos sometidos a convenios multilaterales de Seguridad Social¹⁰²⁴.
- e) Riesgos no sometidos a ninguna norma internacional (si el trabajador español sufre un accidente de trabajo o contrae una enfermedad profesional en un país extracomunitario con el que no hay ninguna norma internacional aplicable, tendrá que defender sus derechos ante la autoridad competente del país en cuestión)¹⁰²⁵.

2.2.1. Evolución del funcionamiento de la Seguridad Social europea hasta la coordinación de legislaciones nacionales

Desde principios del siglo XX comienzan a surgir convenios bilaterales entre los Estados europeos más avanzados y próximos regulando los aspectos que después adquirirían cuerpo en las normas comunitarias: trato igual, unicidad de legislación, totalización de periodos, exportación de prestaciones, colaboración entre las entidades gestoras de cada país. Especialmente iban referidos a los accidentes de trabajo, y se multiplican en la postguerra de 1945 con la generalización de los movimientos migratorios en el interior de Europa. Una amplia gama de estos convenios bilaterales son sustituidos por el Reglamento 3/1958/CEE, de 25 de septiembre¹⁰²⁶, relativo a la

¹⁰²² Que hemos tratado en el epígrafe anterior.

¹⁰²³ Que como tendremos ocasión de ver, España tiene firmados 23 en la actualidad con otros países.

¹⁰²⁴ Que a la fecha sólo existe uno, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

¹⁰²⁵ Son supuestos de doble cotización, en el país de origen y en el país de destino.

¹⁰²⁶ Uno de los primeros actos de la Comunidad recién constituida fue concretamente el Reglamento núm. 3/1958 dedicado a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes. “Y no se trató de una contradicción de los padres fundadores, cuya frialdad social estaba fuera de discusión. En realidad se trataba de la

Seguridad Social de los trabajadores migrantes, y el Reglamento 4/1958/CEE, de 3 de diciembre, que establece las modalidades de aplicación de las disposiciones del Reglamento anterior, que regularon por vez primera la coordinación comunitaria de la Seguridad Social y sus principios básicos¹⁰²⁷.

Los mismos fueron sustituidos poco después por otros dos Reglamentos: el Reglamento 1408/71/CEE, del Consejo, de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad¹⁰²⁸; y el Reglamento número 574/72/CEE, del Consejo, de 21 de marzo de 1972 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento número 1408/71/CEE (norma que desarrolla las previsiones contenidas de éste)¹⁰²⁹.

Se pretende que la Seguridad Social no se convierta en una barrera directa o indirecta que impida o entorpezca la libre circulación de personas en la UE¹⁰³⁰. La

exigencia imprescindible para dotar a una de las cuatro libertades de circulación, la de los trabajadores, de la instrumentación indispensable, justamente para que no resultasen desventajas desde el punto de vista de la protección de Seguridad Social a causa del ejercicio de dicha libertad de ponerse a trabajar en otro país comunitario. La situación es distinta respecto de la actual configuración de la ciudadanía. La circulación de aquella época no es parangonable a la actual, caracterizada por un flujo fundamentalmente unidireccional del sur al norte y con neta prevalencia de la mano de obra de baja cualificación profesional. Hoy los flujos migratorios, o de movilidad, se entrelazan en múltiples direcciones”. En este sentido, GUIDO BALANDI, G., “Las prestaciones por riesgos profesionales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, págs. 75-76.

¹⁰²⁷ Publicados en el DOCE, número P-30, de 16 de diciembre de 1958.

¹⁰²⁸ “Recóndito, impenetrable, misterioso, enigmático, son adjetivos atribuibles al Reglamento CEE 1408/71, instrumento éste que puede considerarse el arcano, por excelencia, de la política social comunitaria. Ya de por sí, la terminología empleada, Reglamento CEE 1408/71, parece más próxima a la ciencia ficción (Fahrenheit 451) que a una norma de utilización masiva por parte de millones de europeos. El Reglamento CEE 1408/71, probablemente la disposición comunitaria social de más impacto intensivo o extensivo, sufre de ignorancia, ingratitud u olvido, moviéndose su valoración por el gran público entre el desconocimiento y la indiferencia, o lo que es lo mismo, entre el NO sabe y el NO contesta. Y no parece justo este tratamiento insensible o displicente. El Reglamento CEE 1408/71 no se lo merece. De ningún modo, al Reglamento CEE 1408/71 le sobra corazón, pasión, vitalidad. Es como un amante devoto y entregado cuyos cortejos no reciben respuesta ni suscitan reacción. Quizás antes de continuar con el memorial de agravios y caer en el victimismo, se debería hacer un examen de conciencia y plantear de una vez por todas el por qué de esta situación”. Así describe el Reglamento CEE 1408/71, GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La Coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/1971. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 42, 2003, pág. 71.

¹⁰²⁹ Reglamento 1408/71 publicado en el DOCE, núm. L 149, de 5 de julio de 1979, y Reglamento 574/72 publicado en el DOCE, núm. L 74, de 27 de marzo de 1972.

¹⁰³⁰ De manera que toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. En este sentido, véase BARRIOS BAUDOR, G. L. y

consecución de esta meta, con sus altibajos, con sus éxitos y sus fracasos, es la historia del Reglamento CEE 1408/71, exponente principal de la política social comunitaria, que a lo largo de más de 25 años de vida ha sido espectador de excepción de los avatares de la Seguridad Social europea. Sin embargo, esta evolución ha tenido que pagar también su precio. Los principios básicos de las normas de coordinación están concebidos para el trabajador y solamente de manera indirecta o colateral para el ciudadano. Ha resultado necesario adaptar el Reglamento CEE 1408/71 a este nuevo planteamiento, a esta nueva situación.

A tal efecto, se han incorporado múltiples cambios y alteraciones en el Reglamento CEE 1408/71, aprobándose nuevos reglamentos casi con una periodicidad anual (desde 1971 se han adoptado más de 20 reglamentos modificativos) lo que ha provocado un texto ilegible¹⁰³¹, complejo, críptico, oscuro y oculto, apto únicamente para expertos monotemáticos o estudiosos de las leyes del caos. La modernización, la simplificación, la transparencia del Reglamento se estaba convirtiendo en una necesidad, en una condición “*sine qua non*” para su aplicación por las Instituciones competentes y para conseguir que los ciudadanos pudieran acercarse a esta norma sin tener que anteponer la fe a la razón¹⁰³².

“Ya en 1992 comenzaron a escucharse dentro de la Comunidad voces que exigían una revisión compleja de la legislación comunitaria, constituyéndose el Consejo de Edimburgo, celebrado el 11 y 12 de diciembre de 1992, en portavoz y adalid de la simplificación y la transparencia. El mandato del Consejo de Edimburgo se centraba fundamentalmente en la simplificación y en la visibilidad. Sin embargo, la Comisión desbordó este mandato y emprendió una reforma en profundidad, formal y material, entrando de lleno en una nueva concepción del propio Reglamento, lo que, lógicamente,

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “La protección social en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, págs. 419-434.

¹⁰³¹ Sobre su articulado casi ilegible, también se pronuncia OJEDA AVILÉS, A., “Prólogo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pág. 7, señalando que “no es que ambos Reglamentos hubieran permanecido inmóviles a lo largo de 30 años, pues hubiera sido imposible hacer frente al cúmulo de transformaciones habidas desde la crisis del petróleo en 1969 sin algún tipo de reformas, y de ahí la elevada cifra de cambios que absorbió a través de las “Consolidaciones” y del amplio número de reglamentos que lo modificaron sin por ello querer suplantarlo, como si de un viejo y acariciado Código se tratara. Pero las reformas se acumulaban y terminaron por hacer casi ilegible el articulado, además de plantear dudas sobre las propias bases en que se asentaba”.

¹⁰³² GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La Coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/1971. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados”, *cit.*, págs. 72-73.

en principio no agradó en demasía a los Estados miembros, que son por naturaleza, en el ámbito comunitario, inmovilistas y remisos a cualquier cambio. La Comisión no estaba sola en este proyecto de reforma. En efecto, el Parlamento Europeo se aprestó a ejercer las nuevas competencias que le había atribuido el Tratado de Ámsterdam. En una alianza estratégica, Comisión y Parlamento plantearon un “TODO O NADA” con el fin de presionar y disciplinar a los Estados miembros y conseguir de ellos que cesaran en sus actitudes levantiscas. Si a esto añadimos que el Tribunal de Justicia había actuado desde 1971 como el auténtico motor de progresión del Reglamento, evitando estancamiento y retrocesos, podremos entender que los Estados miembros cerrasen filas ante unas iniciativas que ellos no podían controlar”¹⁰³³.

Hay que tener presente que el conjunto de normas internacionales establece un ideal de cobertura, cambiante e inestable, que sirve como referente internacional a la protección pública que confiere el sistema de Seguridad Social. La obligación de mantener el Sistema no puede ser contraria al necesario carácter dinámico de la Seguridad Social para lograr su objetivo de proteger al individuo ante situaciones de necesidad.

2.2.2. Principios esenciales de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social

Los citados Reglamentos fueron posteriormente derogados, aunque mantienen su vigencia para determinados supuestos, por el Reglamento 883/2004/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la Coordinación de los sistemas de Seguridad Social¹⁰³⁴, que se publicó el 30 de abril de 2004, y en el que se señalaba que entraría en vigor a los 20 días de su publicación, pero que sería aplicable a partir de la entrada en vigor de su reglamento de aplicación: el Reglamento 987/2009/CE, del

¹⁰³³ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDAS, C., “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, págs. 52-53; del mismo autor, “La Coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/1971. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados”, *cit.*, pág. 75.

¹⁰³⁴ Publicado en el DOUE, núm. L 166, de 30 de abril de 2004; corrección de erratas: DOUE, núm. L 200, de 7 de junio de 2004. “Este Reglamento (también llamado “Reglamento de base”) es la cabecera a la que se acudirá para conocer el mecanismo de coordinación de las prestaciones por desempleo”; así lo expresa FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89, 2010, págs. 97-98.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004/CE¹⁰³⁵.

Ambos Reglamentos¹⁰³⁶ aparecen en la actualidad configurados en el ámbito de la UE como las normas básicas en materia de protección social de los trabajadores migrantes, a la par que referente imprescindible al respecto para los diversos sistemas nacionales de protección social¹⁰³⁷. Con ellos, se procede a revisar la anticuada y parcheada normativa de Seguridad Social que regulaban las reglas de funcionamiento de la Seguridad Social en lo que hoy llamamos Espacio Europeo¹⁰³⁸.

No se pretende la unificación a ultranza de las legislaciones internas, sino su aproximación, con la finalidad de que los derechos de libre circulación y de prestación de servicios sean una realidad garantizada en todo el Espacio Europeo, libres de las trabas que puedan oponer los ordenamientos internos, como podría suceder si se autorizara la exigencia de distintos periodos de carencia para lucrar prestaciones. Por eso, más que a la unificación se tiende a la aproximación de los sistemas o, como señaló la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), de 20 de julio de 1991, a la coordinación de las legislaciones nacionales, pero no a la unificación.

Ya con anterioridad (STJCE 100/78) había declarado el Tribunal, que los Reglamentos comunitarios no han organizado un régimen común de Seguridad Social, sino que han dejado subsistir regímenes distintos que engendran créditos distintos respecto a instituciones distintas, ante las que el prestatario posee derechos directos en virtud de, no sólo del Derecho interno, sino del Derecho interno complementado en caso

¹⁰³⁵ Publicado en el DOUE, núm. L 284, de 30 de octubre de 2009.

¹⁰³⁶ Ambos contienen el desarrollo del sistema de coordinación previsto en el artículo 48 del Tratado Fundacional de la UE, cuyo artículo 48 señala que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) La acumulación de todos los periodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) El pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros”.

¹⁰³⁷ BARRIOS BAUDOR, G. L. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “La protección social en la Unión Europea: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa”, *cit.*, págs. 358-359. En relación a su contenido, ver la exposición de ROMÁN VACA, E., “Breve reflexión (crítica) a propósito del Reglamento CE 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, págs. 109-113.

¹⁰³⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados de la Unión, antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pág. 41.

necesario por el Derecho comunitario¹⁰³⁹. Siguiendo esa misma dirección, el TS declaró en sus sentencias de 28 de febrero de 1994 (RJ 1984/1529), de 10 de julio de 1995 (RJ 1995/5486) y de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1505), que “la existencia de una normativa de Seguridad Social en el seno de la UE y la consiguiente internacionalización entre los sistemas de los distintos países integrados en la misma, no comporta la instauración de una propia Seguridad Social de la UE, razón por la que cada uno de los Estados integrados conserva su propia autonomía al respecto”.

El Reglamento 883/2004, que tiene como objetivo la racionalización de los conceptos, las normas y los procedimientos relativos a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros, presenta una serie de cambios respecto al Reglamento 1408/71, entre los que cabe destacar los siguientes: la mejora de los derechos de los asegurados con la ampliación de los campos de aplicación personal y material; la aplicación de las disposiciones a todos los nacionales de los Estados miembros cubiertos por la legislación de Seguridad Social de un Estado miembro y no solamente a las personas que forman parte de la población activa; el aumento de las ramas de Seguridad Social dependientes del régimen de coordinación para incluir las legislaciones relativas a la prejubilación; la modificación de algunas disposiciones relativas al desempleo: mantenimiento, durante un tiempo determinado (3 meses ampliables hasta un máximo de 6), del derecho a las prestaciones de desempleo para el desempleado que se traslada a otro Estado miembro con el fin de buscar empleo; el reforzamiento del principio general de la igualdad de trato¹⁰⁴⁰, de especial importancia para los trabajadores fronterizos, especialmente mediante la inserción de una disposición que estipula la asimilación de los

¹⁰³⁹ En este sentido, IGLESIAS CABERO, M., “Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea. Particular referencia a la jubilación y al desempleo”, *cit.*, pág. 52.

¹⁰⁴⁰ Sobre la igualdad de trato, SEMPERE NAVARRO, A. V. y CANO GALÁN, Y., “Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 57, 2005, págs. 120-121, señalan que debido al escaso reconocimiento de derechos sociales en los orígenes de la CEE, podía sorprender que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación ya estuviera presente en el Tratado de Roma (firmado el 25 de marzo de 1957, por el que se constituyó la CEE), pero ya muchas veces se ha llamado la atención sobre su vigorosa impronta económica. El origen de lo que va a ser la amplia política antidiscriminatoria en el Derecho comunitario, se articulaba en torno a dos ejes: la igualdad que debía existir entre hombres y mujeres en materia salarial (artículo 119 TCEE) y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (artículo 7 TCEE).

hechos; el fortalecimiento del principio de exportación de las prestaciones; y la introducción del principio de buena administración¹⁰⁴¹.

Partimos de la declaración de intenciones que el Reglamento 883/2004/CE establece en sus Considerandos: establecer un sistema de coordinación en las materias de Seguridad Social a aplicar a trabajadores y ciudadanos de la UE¹⁰⁴², garantizar la igualdad de trato¹⁰⁴³, implantar su espíritu modernizador y simplificador¹⁰⁴⁴, evitar el

¹⁰⁴¹ GARCÍA VIÑA, J., “Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, págs. 65-66.

¹⁰⁴² Las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social forman parte del marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas (Considerando 1). Es necesario respetar las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social y establecer únicamente un sistema de coordinación (Considerando 4).

¹⁰⁴³ A tenor del Considerando 5: “En el marco de dicha coordinación, es preciso garantizar a las personas interesadas la igualdad de trato dentro de la Comunidad conforme a las diversas legislaciones nacionales”. De esta manera queda prohibida cualquier tipo de discriminación y no sólo las directas, es decir, las basadas en la nacionalidad de los beneficiarios, sino también las indirectas, esto es, las realizadas mediante actitudes encubiertas pero que conducen a una discriminación. Solo se admiten las discriminaciones a la inversa, en las cuales el discriminado sea el trabajador nacional no desplazado y el favorecido por la legislación sea el trabajador migrante. En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A. V. y CANO GALÁN, Y., “Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea”, *cit.*, págs. 121-122, señalan que “hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam la política antidiscriminatoria se articularía únicamente alrededor del factor diferencial que es el sexo de las personas, prohibiéndose las discriminaciones directas y manifiestas; en una fase posterior se enfoca también hacia las indirectas y ocultas, tanto individuales como colectivas. Sobre la cuestión de que la prohibición de discriminación implica no sólo aquella que se realiza de forma directa, sino y quizás sobre todo, aquella que se efectúa de forma encubierta mediante la aplicación de otros criterios de distinción que conducen al mismo resultado, son de interés las siguientes sentencias: STJCE Sentencia de 12 de febrero de 1974, asunto Sotgiu, C-152/74, sobre una indemnización por separación, cuyo objeto era compensar los inconvenientes con que tropezaba el trabajador separado del hogar familiar; STJCE de 8 de mayo de 1990, asunto Biehl, C-175/88, a propósito de una condición de residencia permanente en el territorio nacional para obtener un eventual reembolso de un impuesto pagado en demasía; y STJCE de 3 de diciembre de 1974, asunto Van Binsbergen, C-33/74, según la cual un Estado no puede hacer imposible exigiendo la residencia en su territorio, la concesión de la prestación de servicios de parte de personas residentes en otro Estado miembro, toda vez que su legislación sobre determinados servicios no condiciona la misma al cumplimiento de una condición específica”.

¹⁰⁴⁴ El Reglamento (CEE) nº1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, ha sido modificado en numerosas ocasiones para reflejar no ya sólo la evolución experimentada a nivel comunitario, incluidas las sentencias del Tribunal de Justicia, sino también los cambios que se han producido en las legislaciones nacionales. Este tipo de factores ha contribuido a que las normas de coordinación comunitarias resulten complejas y sumamente extensas. Por ello, para lograr el objetivo de la libre circulación de personas, se ha hecho imprescindible sustituirlas, a la vez que se lleva a cabo su modernización y simplificación (Considerando 3). En este sentido, GONZÁLEZ ROMO, J. A., “La protección en la UE. El Reglamento 883/2004 por fin entra en vigor”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 91, 2011, pág. 108, señala que el Reglamento 883/04 no supone un texto innovador, configurador de un nuevo sistema, más bien intenta ser un simple catalizador ante los fenómenos ocurridos en los últimos años dentro de la UE y que afectan al

enfrentamiento de las legislaciones nacionales¹⁰⁴⁵, establecer normas de protección de los riesgos profesionales¹⁰⁴⁶, y fomentar la movilidad de los trabajadores¹⁰⁴⁷.

Los Estados promotores de la Comunidad fueron conscientes de la necesidad de establecer una serie de medidas que tuvieran la finalidad de superar la diversidad de regímenes jurídicos existentes en los distintos Estados miembros en materia de Seguridad Social. La justificación para proceder a una regulación comunitaria en la materia, radicaba en que las diferencias entre tales regímenes influían negativamente en la competencia entre empresas, por cuanto la apertura de fronteras en un mercado común podía suponer una fuga de capitales e inversiones hacia los países con bajos costes sociales. Ahora bien, el contenido de la normativa comunitaria sobre Seguridad Social no ha pasado de ser un mecanismo de coordinación de los diversos sistemas de Seguridad Social, los cuales siguen subsistiendo en toda su variedad y diversidad. La UE no ha establecido un régimen común de Seguridad Social, sino que ha preferido limitarse a aprobar unas normas cuya función es coordinar la aplicación de las distintas legislaciones nacionales¹⁰⁴⁸.

Existen momentos en que la efectividad de la normativa de coordinación exige alteraciones en la norma interna de Seguridad Social¹⁰⁴⁹, con lo que llega a provocarse un indirecto, aunque ciertamente limitado efecto armonizador en el ámbito de la Seguridad

ámbito de la Seguridad Social limitándose a ser un texto con afán simplificador y racionalizador de las normas anteriores.

¹⁰⁴⁵ Es menester que las personas que circulan dentro de la Comunidad estén sujetas al sistema de Seguridad Social de un solo Estado miembro, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que ello podría entrañar (Considerando 15).

¹⁰⁴⁶ Por lo que atañe a las prestaciones por accidente de trabajo y por enfermedad profesional, deben establecerse normas de protección que recojan la situación de las personas que residan o se encuentren en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente (Considerando 25).

¹⁰⁴⁷ Para fomentar la movilidad de los trabajadores, resulta especialmente oportuno facilitar la búsqueda de trabajo en los distintos Estados miembros. Por consiguiente, es menester velar por una coordinación más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros (Considerando 32).

¹⁰⁴⁸ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y ÁLVAREZ CUESTA, H., *Principios básicos de Políticas Sociolaborales*, 2ª edición, Eolas Ediciones, León, 2013, pág. 73.

¹⁰⁴⁹ MIRANDA BOTO, J. M., “La jurisprudencia reciente (2000-2005) del TJCE sobre desempleo y su influencia en la jurisprudencia española”, en AA.VV., *Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*, Laborum, Murcia, 2006, señala como ejemplo en este sentido que “el artículo 69 del Reglamento CEE/1407/1971 sobre el periodo de cuatro semanas de percepción de la prestación por desempleo que admite la posibilidad de exportación de dicha prestación comunitaria debe ser interpretada conforme a las pautas del TJCE (Asunto Rydergard, STJCE de 21 de febrero de 2002, C-215/00) lo que obliga al ajuste correspondiente en la legislación interna”.

Social¹⁰⁵⁰. Sin embargo, si bien las técnicas europeas de armonización no han alcanzado todavía su máximo desarrollo, no puede afirmarse lo mismo de las normas de coordinación¹⁰⁵¹, que ya en los años 50, con la aprobación de los Reglamentos números 3 y 4 iniciaron una andadura firme, aunque a veces errática, para materializar y hacer efectiva la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Seguridad Social, evitándose de este modo que ésta se constituyera como barrera directa o indirecta para el ejercicio de esta libertad primordial comunitaria¹⁰⁵².

A pesar del intento de formulación constitucional de la protección social y de la promulgación del Tratado de Lisboa, no se aprecia que se haya dado un mayor protagonismo que el que ostentaba hasta ahora la Unión en materia de protección social. Al contrario, los protagonistas en la articulación del sistema de protección social continuarían siendo los Estados, quedando en manos de las instituciones comunitarias competentes la coordinación de los diversos sistemas estatales vigentes de protección social. Por ello, la pretendida armonización¹⁰⁵³ e, incluso yendo aún más lejos, la unificación entre sistemas de protección social que sería deseable en un espacio único de derechos y libertades, parece difícil de conseguir a corto plazo. De hecho, los propios

¹⁰⁵⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Coordinadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2004, págs. 12 y ss. En cuanto a los obstáculos a la armonización, véase GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La Seguridad Social comunitaria en la última década (1987-1997)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 157, 1998, págs. 7-18.

¹⁰⁵¹ El TJCE en su sentencia de 15 de enero de 1986, asunto Pietro Pinna C-41/84, recoge el concepto de coordinación en contraposición al de armonización. “El artículo 51 del Tratado contempla una coordinación y no una armonización de las legislaciones de los Estados miembros. El artículo 51 del Tratado deja subsistir por tanto la diversidad entre los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros y por tanto en los derechos de los trabajadores allí ocupados. Las diversidades sustanciales y procedimentales entre los regímenes de Seguridad Social de cada Estado miembro y por tanto en los derechos de los trabajadores allí ocupados, permanecen inalterados por el artículo 51 del Tratado. La realización del objetivo de asegurar a los trabajadores la libre circulación en el interior de la Comunidad, como está contemplado en los artículos 48 y 51 del Tratado, se agiliza cuando las condiciones de trabajo, entre las que figuran las normas de Seguridad Social, son lo más cercanas posibles entre los Estados miembros. Tal objetivo, sin embargo, se ve comprometido y su realización se hace más compleja, cuando la diversidad evitable en las normas de Seguridad Social son introducidas por el Derecho comunitario, por lo que se deriva que la normativa sobre Seguridad Social adoptada a raíz del artículo 51 del Tratado, debe evitar añadir ulteriores disparidades a aquellas que se derivan ya de la falta de armonización de las legislaciones nacionales”.

¹⁰⁵² GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La Coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/1971. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados”, *cit.*, pág. 72.

¹⁰⁵³ Sobre la armonización de los sistemas sociales de protección social en el marco de la UE, ver MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 242 y ss.

Estados se muestran reacios a aceptar modificaciones en sus sistemas de protección que supongan una alteración sustancial de los mismos¹⁰⁵⁴.

No existe una legislación única en materia de Seguridad Social que sea aplicable a todos los ciudadanos de los diversos Estados miembros con independencia del territorio de residencia. A lo que se ha llegado por el momento, es a coordinar la aplicación de las diversas normativas de Seguridad Social de los respectivos Estados¹⁰⁵⁵. Esa coordinación opera tendiendo entre sistemas dispares por naturaleza, un “puente jurídico” que va a permitir el paso de un sistema a otro, de modo que los derechos adquiridos o en vía de adquisición en un Estado miembro puedan invocarse en otro Estado como si se hubieran producido en el primero¹⁰⁵⁶. Para ello se han creado diversas reglas de funcionamiento, con el fin de acomodarse a algo primordial en el Derecho de la UE como es, el logro de la libre circulación de las personas entre los Estados de la UE. Esta última, es la característica principal que la distingue de la coordinación aplicable a nivel internacional, y presenta hasta cuatro problemas a los que se hace frente, mediante un principio esencial para cada uno de ellos:

- El de la condición impuesta a los trabajadores migrantes y a los miembros de su familia con respecto a la legislación nacional que le es aplicable, le corresponde la aplicación del principio de igualdad de trato entre nacionales y otros ciudadanos comunitarios¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁴ BARRIOS BAUDOR, G. L. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “La protección social en la Unión Europea: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa”, *cit.*, págs. 373-374.

¹⁰⁵⁵ Sobre el tema de la coordinación europea, véase RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, J., “Visión general de la Seguridad Social en el derecho comunitario europeo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2, 1997, págs. 111-113.

¹⁰⁵⁶ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Editorial Comares, Granada, 1997, pág. 2.

¹⁰⁵⁷ El derecho a circular libremente por el territorio de la UE lleva consigo el reconocimiento de una serie de derechos que lo dotan de contenido. En primer lugar, la eliminación de cualquier tipo de discriminación por razón de la nacionalidad, ya sea en el acceso al empleo, ya sea en la retribución percibida o en cualquiera otra de las condiciones laborales. También supone que la autoridad del país en que se reside aplique las mismas condiciones a los trabajadores migrantes que las que aplica a sus ciudadanos, de forma que la persona que llega a un país miembro no puede hallar ninguna traba o condición más gravosa en sus condiciones de permanencia y de acceso al empleo, que las que pueden tener los nacionales de ese Estado. En este sentido se pronuncia la STJCE de 17 febrero 2005, asunto C-215/03, a raíz de una cuestión prejudicial presentada por un Tribunal de los Países Bajos, e indica que “se señala la existencia de discriminación y por tanto obstaculización del derecho a la libre prestación de servicios, cuando existe una normativa nacional que obliga a los nacionales de otros Estados miembros a presentar un documento de identidad o pasaporte para acreditar su nacionalidad cuando dicho Estado miembro no impone una obligación similar a sus nacionales permitiéndoles probar su identidad por cualquier medio permitido en el

- El de la determinación de la legislación aplicable a los interesados, por la aplicación de la *lex loci laboris* (unicidad normativa).
- El de los derechos adquiridos en otro Estado miembro en materia de Seguridad Social, le corresponde la conservación de los derechos adquiridos.
- El de la adquisición de derechos o del cálculo de prestaciones de la Seguridad Social con respecto a los periodos de trabajo, de seguro o de residencia, cumplidos en un Estado miembro distinto al Estado deudor, mediante la “exportación” de las prestaciones, y de la conservación de los derechos en curso de adquisición, mediante las técnicas de totalización de los periodos de residencia y del prorrateo de las prestaciones¹⁰⁵⁸.

2.2.3. Los riesgos profesionales como parte integrante del ámbito material de aplicación de los Reglamentos

Respecto al ámbito de aplicación personal, cabe diferenciar dos situaciones. Por un lado, los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 son de aplicación a los siguientes colectivos:

- Personas nacionales¹⁰⁵⁹ de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan

Derecho nacional y normativa nacional que establece medida de internamiento con fines de expulsión a los nacionales de otros Estados miembros que incumplan la obligación de presentar un documento de identidad o pasaporte para acreditar su nacionalidad, aunque no exista amenaza del orden público”. También tiene interés la STJCE de 16 de septiembre de 2004, asunto C-465/01, en la que se declara “la existencia de discriminación a un trabajador por cuenta ajena dado que la normativa nacional excluía la elegibilidad de los trabajadores nacionales de otros Estados miembros, en las Cámaras de trabajadores y en los comités de empresa”.

¹⁰⁵⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados de la Unión, antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *cit.*, pág. 42. Del mismo autor, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, *cit.*, págs. 100-101. En el mismo sentido, BARRIOS BAUDOR, G. L. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “La protección social en la Unión Europea: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa”, *cit.*, pág. 372, señala que la movilidad geográfica entre Estados se consigue mediante la plasmación de estos principios de Seguridad Social.

¹⁰⁵⁹ El Reglamento 883/2004, amplía el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1408/71, al incorporar en su artículo 2, no sólo a los trabajadores y supervivientes de los mismos o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, y estudiantes como prevé éste, sino que incluye a todas las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados

estado¹⁰⁶⁰ sujetas a la legislación¹⁰⁶¹ de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites.

- A los supérstites de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supérstites sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros.
- A los nacionales de terceros países¹⁰⁶², que debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por ellos, así como a los miembros de sus familias y supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado¹⁰⁶³ (incluidos por Reglamento 1231/2010, del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento 883/2004 y el Reglamento 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos¹⁰⁶⁴).

residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites. En este sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados de la Unión, antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *cit.*, pág. 47.

¹⁰⁶⁰ Respecto a la extensión temporal, el Reglamento, al exigir como requisito para quedar incluido en su ámbito de aplicación, que la persona esté o haya estado, supone que no resulta necesario que la persona en el momento de causar la prestación se encuentre bajo la legislación nacional comunitaria, por lo que basta que haya cubierto los periodos necesarios bajo dicha legislación. En este sentido, véase la STJCE de 15 de diciembre de 1976, Asunto Mouthaan 39/76.

¹⁰⁶¹ El concepto de legislación comprende todos los tipos de medidas legislativas, reglamentarias y administrativas adoptadas por los Estados miembros. Sobre el tema véase STJCE de 31 de marzo de 1977, Asunto 86/76, Bozzone.

¹⁰⁶² Sobre esta inclusión, véase FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “La aplicación de las normas de coordinación comunitarias sobre Seguridad Social a los nacionales de terceros países: reflexiones a hilo del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 6, 2004, págs. 321-326.

¹⁰⁶³ Nacionales de terceros países con residencia legal en un Estado miembro de la UE (salvo Dinamarca y Reino Unido), de acuerdo con el Reglamento (CE) 1231/2010 por el que extienden las disposiciones del Reglamento (CE) 883/2004 a este colectivo, con las siguientes excepciones: En las relaciones con Dinamarca (es decir, si el interesado está o ha estado sujeto tanto a la legislación danesa como a la de otro u otros Estados miembros); En Dinamarca los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social no son aplicables a los nacionales de terceros países. En las relaciones con el Reino Unido, siguen siendo aplicables, a los nacionales de terceros países, los Reglamentos (CEE) 1408/71 y 574/72.

¹⁰⁶⁴ Dicha previsión ya fue incluida por el Reglamento 859/2003, del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/71 y del Reglamento (CEE) 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no están cubiertos por las mismas.

Por otro lado, los Reglamentos 1408/71 y 574/1972 continúan siendo de aplicación, hasta la fecha en que adopten los nuevos reglamentos por el procedimiento formalmente establecido, en los siguientes supuestos (artículo 90 Reglamento 883/2004):

- Los trabajadores migrantes en lo que se refiere a Groenlandia.
- Quienes sean nacionales de los países firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein), así como a los nacionales de Suiza.

Respecto al ámbito material, los Reglamentos extienden su cobertura a todas las prestaciones integradas en los sistemas de Seguridad Social como son las relativas a accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; enfermedad; maternidad y de paternidad asimiladas; invalidez; vejez; supervivencia; subsidios de defunción; prestaciones de desempleo; prestaciones de prejubilación y prestaciones familiares. Queda excluida, por tanto, del ámbito protector de los Reglamentos la asistencia social y sanitaria¹⁰⁶⁵, lo cual no deja de plantear problemas por cuanto en muchas ocasiones las prestaciones de la Seguridad Social tienden a confundirse dada su complementariedad. Como criterio diferenciador se pone de manifiesto que, mientras las prestaciones de Seguridad Social se otorgan a unas personas que se encuentran en unas situaciones

(DOUE L 124, de 20 de mayo de 2003). Un estudio sobre el Reglamento 859/2003 en, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., "Hacia la igualdad de trato de los no nacionales de la Unión Europea en materia de Seguridad Social: el Reglamento 859/2003, de 14 de mayo", *El principio de igualdad*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, serie Relaciones Laborales, núm. 69, Madrid, 2005, págs. 453-472. "Repentinamente, cambió el panorama con la Sentencia Khalil (STJCE de 11 de octubre de 2001, Asunto C-95/99), por la que se consideraba inaplicable, para los nacionales de los terceros Estados, el artículo 42 del Tratado. Entendía el más Alto Tribunal, que este precepto afectaba únicamente a los ciudadanos comunitarios. Con ello, la Corte de Luxemburgo abría una puerta a la esperanza al poner fin a la polémica sobre la base jurídica defendida por los distintos Estados miembros: artículo 63.4 versus artículo 42. Finalmente, durante Presidencia española del 2002, se resolvieron las dificultades técnicas, consiguiéndose que tanto el Reino Unido como Irlanda accedieran al *opting in*, con lo que solamente Dinamarca quedaría fuera de esta norma de coordinación. Ahora bien, desde el punto de vista de técnica jurídica, los nacionales de terceros Estados no están incluidos en el Reglamento 1408/71, sino en un Reglamento específico, 859/2003" (en este sentido, GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., "El campo de aplicación del Reglamento 883/2004", *cit.*, pág. 57).

¹⁰⁶⁵ Sobre esta cuestión, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pág. 117, señala que el TJCE ha defendido un concepto amplio del concepto comunitario de Seguridad Social y, correlativamente, ha interpretado muy restrictivamente la exclusión de la asistencia social del ámbito de la coordinación comunitaria. Y, así, a título ilustrativo, en su sentencia Levantino (STJCE de 28 de enero de 1993, 65/92) el TJCE atribuyó, a los efectos del Derecho comunitario, el carácter de prestación de vejez de Seguridad Social a los ingresos garantizados a las personas de edad avanzada sometidos a test de ingresos.

concretas de afiliación, cotización debida a su actividad profesional, la asistencia sanitaria responde a necesidades de carácter individual¹⁰⁶⁶.

2.2.4. Particularidades en las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional

En materia de prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional tienen aplicación naturalmente los principios generales que rigen la coordinación comunitaria de los sistemas de Seguridad Social: la paridad de tratamiento o igualdad de trato entre las personas a las que se aplica el Reglamento 883/2004 (artículo 4); de asimilación entre los diversos ordenamientos de las prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos (artículo 5); de la totalización de los periodos (artículo 6); de la supresión de la cláusula de residencia (artículo 7); de la prohibición de acumulación de las prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo periodo (artículo 10)¹⁰⁶⁷; y de la unicidad de la legislación aplicable (artículo 11).

El Reglamento 883/2004 dedica sus artículos 36 a 41 a las contingencias profesionales, dentro del Capítulo 2 cuya rúbrica es “Prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, del Título III titulado “Disposiciones específicas sobre las distintas categorías de prestaciones”; un número de disposiciones sensiblemente inferior a las contenidas en el Reglamento 1408/71 (artículos 52 a 63 bis)¹⁰⁶⁸. Si bien, el Reglamento establece una remisión a lo previsto para la enfermedad común, señala una serie de peculiaridades que conviene analizar para entender mejor que cabida tiene la posibilidad de plantear un tratamiento igualitario entre contingencias¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁶ La sentencia del TJCE de 22 de abril de 1993 dictada en el asunto levantino (STJCE de 28 de enero de 1983, C-65/92), confirma la anterior sentencia del TJCE de 22 de junio de 1972, asunto Frilli (STJCE de 22 de junio de 1972, C-1/72), en que se relativizaba la diferencia entre prestaciones de Seguridad Social y prestaciones de asistencia sanitaria. Se estimaba que el hecho de que pueda o no considerarse una prestación como de Seguridad Social, sujeta por tanto al Derecho comunitario o no, depende del campo de aplicación, de sus objetivos y de sus modalidades de aplicación.

¹⁰⁶⁷ Sobre qué entiende el Tribunal de Justicia por prestaciones de la misma naturaleza puede acudir a la STJCE de 5 de mayo de 1983, asunto Van der Bunt-CrAaig, C-238/81; y a la STJCE de 11 de agosto de 1995, asunto Schmidt, C 98/94. El Tribunal considera que las prestaciones tienen o no la misma naturaleza por su realidad objetiva y no por el nombre o características formales de que las dote la legislación de un Estado miembro respecto a otro Estado miembro.

¹⁰⁶⁸ GUIDO BALANDI, G., “Las prestaciones por riesgos profesionales”, *cit.*, pág. 78.

¹⁰⁶⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y ÁLVAREZ CUESTA, H., *Principios básicos de Políticas Sociolaborales*, *cit.*, págs. 84.

a) Prestaciones en especie

En cuanto a las prestaciones médicas específicas del régimen de los riesgos profesionales, la persona que sufra un accidente de trabajo o haya contraído una enfermedad profesional y que resida o efectúe una estancia en un Estado miembro que no sea el competente tiene derecho a las prestaciones en especie específicas del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, “concedidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, con arreglo a la legislación que ésta aplique, como si la persona estuviera asegurada en virtud de dicha legislación”¹⁰⁷⁰. Así pues, dichas prestaciones se abonan por el Estado de residencia como si el trabajador estuviese afiliado a su Seguridad Social, aunque con cargo al Estado competente y con la duración de las prestaciones previstas para el mismo.

b) Prestaciones económicas o en metálico

En cuanto a las prestaciones económicas o en metálico la norma específica contenida en el artículo 36.3 remite a la regla general del artículo 21¹⁰⁷¹, en el cual se encuentra enunciado con la máxima claridad el principio inspirador de la *lex loci laboris*: “La persona asegurada y los miembros de su familia que residan o se encuentren en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, tendrán derecho a las prestaciones en metálico por parte de la institución competente de conformidad con la legislación que esta última aplica”. Esto es, las prestaciones en metálico se abonan por la institución competente, de acuerdo con su legislación, pero, mediante acuerdo con la institución del lugar de instancia, esta institución puede hacerse cargo del pago.

¹⁰⁷⁰ Artículo 36 Reglamento 883/2004. “Es interesante resaltar como el titular del derecho no se identifica con el término de “trabajador” sino “persona”, connotación semántica hacia la tutela de la ciudadanía” (GUIDO BALANDI, G., “Las prestaciones por riesgos profesionales”, *cit.*, pág. 78).

¹⁰⁷¹ El artículo 21.1 Reglamento 883/2004 dice así: “La persona asegurada y los miembros de su familia que residan o se encuentren en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente tendrán derecho a prestaciones en metálico por parte de la institución competente de conformidad con la legislación que esta última aplica. No obstante y previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de residencia o estancia, tales prestaciones podrán ser facilitadas por la institución del lugar de residencia o estancia con cargo a la institución competente de conformidad con la legislación del Estado miembro competente”.

El cálculo de las prestaciones se contiene también en el artículo 21 y se basa también en el principio antes mencionado. En todo caso, aunque el cálculo de la prestación se haga en función de unos ingresos medios o de una base de cotización media o bien los ingresos a tanto alzado, es una cuestión que debe realizarse bajo la regulación del Estado competente. Solo en el caso de haberse previsto un concreto periodo de referencia¹⁰⁷² se podrán tener en cuenta periodos que la persona interesada haya cumplido estando sujeta a la legislación de otro u otros Estados miembros¹⁰⁷³.

c) Gastos de transporte

Respecto a los gastos de transporte de la persona que ha sufrido un accidente de trabajo o contraído una enfermedad profesional (bien hasta su residencia o bien hasta un centro hospitalario), la institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea su asunción se hará cargo de dichos gastos hasta el lugar correspondiente del otro Estado miembro en que resida dicha persona, siempre que la institución mencionada autorice previamente el transporte, teniendo debidamente en cuenta los motivos que lo justifican (esta autorización no será necesaria en el caso de los trabajadores fronterizos). Igualmente, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea la asunción de los gastos de transporte del cuerpo de la persona fallecida en un accidente de trabajo hasta el lugar de la inhumación se hará cargo de dichos gastos hasta el lugar correspondiente del otro Estado miembro en que residiera la persona en el momento de ocurrir el accidente, según la legislación aplicada por dicha institución¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷² Sobre el tema del periodo de referencia se ha producido una de las pocas decisiones en materia de accidente de trabajo: la Sentencia Duchon, C-290/00, que declaró la invalidez del artículo 9 bis “en la parte en que excluye, a los fines de la prórroga del periodo de referencia en la legislación de un Estado miembro, los periodos de disfrute de rentas de accidente de trabajo que son concedidos con base a la normativa de otro Estado miembro”.

¹⁰⁷³ Artículo 21.2: “La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea que el cálculo de las prestaciones en metálico se efectúe en función de unos ingresos medios o de una base de cotización media, determinará éstos (...) exclusivamente en función de los ingresos comprobados o de las bases de cotización aplicadas durante los periodos cubiertos bajo dicha legislación”; Artículo 21.3: “(...) si se efectúa sobre la base de los ingresos a tanto alzado, computará exclusivamente estos últimos o, llegado el caso, el promedio de los ingresos a tanto alzado de los periodos cubiertos bajo dicha legislación”; y artículo 21.4: “Los apartados 2 y 3 se aplicarán por analogía a los casos en que la legislación que aplique la institución competente disponga un periodo de referencia concreto que corresponda, en el caso de que se trate, parcial o totalmente a los periodos que la persona interesada haya cumplido estando sujeta a la legislación de otro u otros Estados miembros”.

¹⁰⁷⁴ Conforme al artículo 37 Reglamento 883/2004.

d) Enfermedades profesionales

A propósito de las enfermedades profesionales, “cuando la persona que ha contraído una enfermedad profesional haya ejercido, bajo la legislación de dos o más Estados miembros, una actividad que, por su propia naturaleza, pueda provocar dicha enfermedad, las prestaciones a las que la víctima o sus supérstites puedan aspirar se concederán exclusivamente en virtud de la legislación del último de dichos Estados cuyas condiciones se hayan satisfecho”¹⁰⁷⁵. Si la agravación de la enfermedad profesional es espontánea (desde que disfruta de las prestaciones, el interesado no ha ejercido bajo la legislación de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena o propia que pueda provocar o agravar la enfermedad de que se trate), la institución competente del primer Estado miembro se hará cargo de las prestaciones, teniendo en cuenta la agravación, con arreglo a lo dispuesto en la legislación que aplique; si deriva del desarrollo de una nueva actividad en un distinto Estado miembro, la carga será repartida entre las dos instituciones¹⁰⁷⁶, y en este caso no pueden oponerse las eventuales cláusulas de reducción, suspensión o supresión previstas por la legislación de un Estado miembro.

e) Riesgos psicosociales

La legislación de los países miembros debe ser eficiente para afrontar tanto los riesgos tradicionales como los nuevos riesgos emergentes, es decir, los ergonómicos y psicosociales¹⁰⁷⁷.

En este sentido, cabe hacer referencia a la problemática en la calificación de los riesgos psicosociales, lo cual ha requerido la necesidad de acudir a un concepto como es el de enfermedad del trabajo, que proporciona un marco dentro de las coberturas profesionales a las lesiones que producen los denominados riesgos psicosociales, que resuelva la tradicional división entre contingencias profesionales y contingencias

¹⁰⁷⁵ Conforme al artículo 38 Reglamento 883/2004.

¹⁰⁷⁶ El artículo 39 del Reglamento dice textualmente que “si, desde que disfruta de las prestaciones, el interesado ha ejercido una actividad de la naturaleza antes indicada bajo la legislación de otro Estado miembro, la institución competente del primer Estado miembro se hará cargo de las prestaciones, sin tener en cuenta la agravación, con arreglo a lo dispuesto en la legislación que aplique. La institución competente del segundo Estado miembro concederá al interesado un complemento de cuantía igual a la diferencia existente entre la cuantía de las prestaciones a que el interesado tenga derecho después de la agravación y la cuantía de las prestaciones a que hubiera tenido derecho antes de la agravación, según la legislación aplicada por la institución del segundo Estado, en el supuesto de que la enfermedad hubiese sobrevenido bajo la legislación de dicho Estado miembro”.

¹⁰⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., “Prologo”, *cit.*, pág. 16.

comunes; incluso han surgido corrientes que apuntan a realizar un tratamiento de estas patologías semejante al de las enfermedades profesionales, pero este parece un debate resuelto en el marco de la UE, donde se ha descartado esta opción¹⁰⁷⁸.

f) Ausencia de aseguramiento

Por otro lado, el artículo 40 (“Normas para tener en cuenta las particularidades de algunas legislaciones”) contiene unas previsiones sobre una cuestión bastante compleja:

- Falta de disposiciones de referencia sobre el aseguramiento del accidente o falta de aseguradora o institución responsable para la concesión de las prestaciones sanitarias en el Estado de residencia: si en el Estado miembro donde el interesado resida o efectúe una estancia no existe un seguro contra los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales, o aun existiendo ese seguro no hay una institución encargada de conceder prestaciones en especie, estas prestaciones serán concedidas por la institución del lugar de estancia o de residencia responsable de facilitar las prestaciones en especie en caso de enfermedad.
- Si en el Estado miembro competente no existe un seguro contra los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales, se aplicarán, no obstante, las disposiciones del presente capítulo sobre prestaciones en especie a la persona con derecho a las prestaciones correspondientes en caso de enfermedad, maternidad o paternidad asimiladas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro, si la persona sufre un accidente de trabajo o contrae una enfermedad profesional durante su residencia o estancia en otro Estado miembro. Los costes correrán a cargo de la institución competente para las prestaciones en especie conforme a la legislación del Estado miembro competente.

Finalmente, está prevista la posibilidad de reembolso entre instituciones, no regulada expresamente para los riesgos profesionales, con remisión a la regla general para reembolsos del artículo 35¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁸ CORRALES ROMEO, H., “Reflexiones sobre la protección y la prevención de los riesgos profesionales”, *cit.*, pág. 245.

¹⁰⁷⁹ A tenor del artículo 41, “1. El artículo 35 se aplicará también a las prestaciones indicadas en el presente capítulo y el reembolso se efectuará sobre la base de los gastos reales. 2. Dos o más Estados miembros, o

g) **Ámbito territorial**

Respecto al ámbito territorial, los Reglamentos de coordinación no sólo se aplican por las instituciones de Seguridad Social y los órganos jurisdiccionales de los actuales 28 Estados miembros de la UE, sino también a los países del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein), en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo suscrito con la Comunidad Europea y sus Estados miembros (BOE de 25 de enero de 1994). Asimismo, desde el 1 de junio de 2002, también se aplica en Suiza en virtud del acuerdo suscrito por ese Estado con la Comunidad Europea el 21 de junio de 1999 (a este mismo ámbito geográfico de 32 Estados queda circunscrito el derecho que otorga la norma comunitaria a exportar prestaciones).

2.2.5. Determinación de la normativa aplicable en caso de enfermedad y accidente de trabajo

El Reglamento 883/2004 no sustituye a las distintas legislaciones nacionales, sino que se limita a coordinar la aplicación de éstas. Por tal razón, resulta fundamental establecer cuál va a ser la legislación aplicable a la relación de Seguridad Social del trabajador. Será esa legislación la que determine las cotizaciones o aportaciones del trabajador y su empresa, cuál es el Estado y los organismos competentes para conceder y pagar la prestación o cuál es la prestación que puede obtener y los requisitos necesarios para acceder a ella¹⁰⁸⁰.

Partimos del principio de unicidad de la Ley, es decir, los trabajadores estarán sometidos a la legislación de un único Estado miembro¹⁰⁸¹. La regla general es que la legislación aplicable es la del lugar del trabajo (*lex loci laboris*), es decir, el trabajador

sus autoridades competentes, podrán convenir otras formas de reembolso o renunciar a todo reembolso entre las instituciones que de ellos dependan”.

¹⁰⁸⁰ Sobre este tema, ver el interesante estudio de SALDAÑA QUERO, C., “Problemática de Seguridad Social en el marco de la expatriación: una visión global”, *La Expatriación de Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 665-692.

¹⁰⁸¹ La finalidad de esta disposición es “no sólo evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales y las complicaciones que pueden resultar de ello, sino también impedir que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento se vean privadas de protección en materia de Seguridad Social, a falta de legislación aplicable”. Entre otras, STJCE 15 de enero de 2000, Asunto, Comisión contra Francia; STJCE 3 de mayo de 2001, Asunto, Comisión contra Bélgica; y STJCE 7 de julio de 2005, Asunto C-227/03, Van Pommeren-Bourgon diën.

queda sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado en que ejerce su actividad ya sea como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, e independientemente de la residencia del trabajador, o de dónde esté establecido el empleador¹⁰⁸². Así mismo, todo funcionario estará sujeto a la legislación del Estado miembro del que dependa la Administración que le ocupe. Como cláusula residual, cuando no sean aplicables las disposiciones anteriores, cualquier otra persona estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia, sin perjuicio de otras disposiciones contenidas en el presente Reglamento que le garanticen prestaciones en virtud de la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros.

Esta regla general presenta todo un elenco de excepciones que pasamos a comentar seguidamente:

1ª) Si el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia ejerce su profesión en un Estado miembro distinto al que reside y al que regresa normalmente a diario o al menos una vez por semana (trabajador fronterizo o transfronterizo)¹⁰⁸³, la institución competente del Estado donde trabaja es la responsable de sus prestaciones, con ciertas reglas específicas para determinadas prestaciones¹⁰⁸⁴:

- a) En cuanto a las prestaciones en especie, en caso de enfermedad y de accidente de trabajo, tiene derecho de opción para recibir la prestación en el lugar donde reside o en el lugar donde presta su actividad;
- b) En cuanto a las prestaciones por desempleo¹⁰⁸⁵, si está en paro total, solo tiene derecho a percibir la prestación en el país en el que reside, a no ser que pueda

¹⁰⁸² GARCÍA VIÑA, J., “Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *cit.*, págs. 68-69.

¹⁰⁸³ En este sentido, véase STJCE de 22 de septiembre de 1988, Asunto 236/87, Anna Bergemann contra Budensanstalt für Arbeit. Según DESDENTADO BONETE, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pág. 33, “la definición de trabajador fronterizo viene dada por la separación territorial entre esos dos elementos: residencia en un país y trabajo en otro”.

¹⁰⁸⁴ La existencia de reglas especiales para los trabajadores fronterizos está motivada en gran parte, por la búsqueda de la protección más apropiada, según las circunstancias, de los trabajadores que tienen disociado su centro de vida laboral y su centro de vida familiar. En este sentido, MIRANDA BOTO, J. M., “Los trabajadores fronterizos en el Reglamento (CEE) núm. 1480/71”, (Dir. ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A. V.), *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Laborum, Murcia, 2009, pág. 111.

¹⁰⁸⁵ Sobre esta particularidad, véanse STJCE de 6 de noviembre de 2003, Asunto C-311/01, Comisión contra Países Bajos; STJCE 20 de enero de 2005, Asunto C- 101/04, Roger Noteboom; y STJCE de 12 de junio de 1986, Asunto C-1/85.

probar que mantiene lazos más estrechos con el país en el que estuvo empleado por última vez¹⁰⁸⁶; este régimen crea algunos problemas¹⁰⁸⁷.

- c) Asimismo, el artículo 28 señala que el trabajador fronterizo jubilado tendrá derecho en caso de enfermedad a optar por seguir recibiendo prestaciones en especie en el Estado miembro en el que haya ejercido su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia, siempre y cuando dichas prestaciones sean continuación de un tratamiento iniciado en dicho Estado miembro¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁶ Sobre esta particularidad, véanse STJCE de 6 de noviembre de 2003, Asunto C-311/01, Comisión contra Países Bajos; STJCE 20 de enero de 2005, Asunto C-101/04, Roger Noteboom; y STJCE de 12 de junio de 1986, Asunto C-1/85. Sobre esta cuestión, véase DESDENTADO BONETE, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *cit.*, págs. 35-36. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, *cit.*, págs. 152-153. La autora destaca la incoherencia que supone que los beneficiarios que perciban la prestaciones “ante el temor a que su abono se vea extinguido o suspendido en caso de que trasladen su residencia a cualquier otro Estado miembro, (pasen) a convertirse en “prisioneros” de los Estados miembros que las concedan”. Sobre el carácter no contributivo de las prestaciones y la coordinación, véase el interesante estudio SUÁREZ CORUJO, B., “La coordinación comunitaria de las prestaciones especiales no contributivas: reflexiones en torno a la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial al marco español a partir de la STSJ de 8 de marzo de 2001, asunto Jauch”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (Derecho social Internacional y Comunitario), núm. 47, 2003, págs. 271-292.

¹⁰⁸⁷ En primer lugar, es discutible el alcance del propio concepto de trabajador fronterizo cuando se mantienen vínculos personales y profesionales con el Estado de empleo. Este problema se suscitó en el caso Miethé, respecto a un representante de comercio alemán, que por razones personales trasladó su domicilio a Bélgica, pero que mantenía una oficina y una “posibilidad de alojamiento” en Alemania. Aunque Bélgica, como país de residencia, era el competente, el Sr. Miethé trató de conseguir las prestaciones en Alemania. El TJCE en la sentencia de 12 de junio de 1986 (C-1/85) declaró que un trabajador fronterizo en paro total únicamente puede solicitar prestaciones del Estado miembro de residencia, incluso en el caso de que reúna los requisitos del Estado miembro de empleo para la concesión de las prestaciones. Pero declaró también que un trabajador en estas circunstancias que hubiera conservado en el Estado de último empleo “vínculos personales y profesionales” de forma que disponga en ese Estado de mayores oportunidades de reinserción profesional no debe ser considerado como un trabajador no fronterizo incluido en la letra b) ii del artículo 71. La propia situación de desempleo podría afectar al mantenimiento de la condición de trabajador fronterizo. ¿Deja de ser fronterizo un trabajador que pasa a recibir la prestación de desempleo del Estado de residencia? La respuesta del TJCE en el caso Desse, STJCE de 15 de octubre de 1991 fue negativa, pues señala que “un trabajador fronterizo no pierde dicha condición por encontrarse en situación de desempleo total” y durante esta situación puede solicitar prestaciones de IT del país de empleo, computándose el periodo de desempleo de la misma forma que si éste se hubiere cumplido en ese Estado.

¹⁰⁸⁸ Por “continuación del tratamiento”, se entiende la continuación de las pruebas, el diagnóstico y el tratamiento de una enfermedad. Por otra parte, “el titular de una pensión que en los 5 años anteriores a la fecha efectiva de una pensión de vejez o invalidez haya ejercido durante, al menos, 2 años una actividad como trabajador fronterizo por cuenta ajena o propia tendrá derecho a prestaciones en especie en el Estado miembro en que ejerció dicha actividad como trabajador fronterizo, siempre que dicho Estado miembro y el Estado miembro en que se halla la institución competente responsable del coste de las prestaciones en especie facilitadas al titular de una pensión en su Estado miembro de residencia hayan optado por ello y ambos Estados figuren en el anexo V”. Sobre este tema, véase DESDENTADO BONETE, A.,

2ª) Si el trabajador es desplazado a otro país (o en el caso de un autónomo, si lo decide él mismo), sigue asegurado en el país de origen¹⁰⁸⁹ siempre y cuando se den unos requisitos (trabajadores desplazados o expatriados): que exista una relación previa entre la empresa que desplaza y el trabajador desplazado, que la empresa que desplaza esté establecida en el Estado de origen, y que el desplazamiento sea temporal¹⁰⁹⁰. Cabe indicar que el propio Reglamento prevé la posibilidad de realizar excepciones al periodo temporal establecido, permitiéndose en la práctica hasta un periodo de 60 meses, o superior atendiendo al caso concreto¹⁰⁹¹.

3ª) Si el trabajador lleva a cabo el ejercicio de actividades en dos o más Estados miembros simultáneamente, distinguimos estos supuestos¹⁰⁹²:

- a) La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros puede estar sujeta a las siguientes regulaciones:
 - La legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad (esto es, más del 25% en cuanto a jornada y en cuanto a salario, si bien para ello se tiene en cuenta los 12 meses siguientes) en dicho Estado miembro o si depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros.

“Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *cit.*, págs. 64-65.

¹⁰⁸⁹ HERRERO COCO, C., “La protección social de los trabajadores destacados: Legislación aplicable. Particularidades y excepciones”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 198, 1998, págs. 23-30. Señala el autor, que “el traslado de los trabajadores destacados fuera del territorio del país donde trabajan y cuyo sistema de protección social les es aplicable, impondría, en principio, una interrupción de su carrera de seguro por un corto periodo de tiempo que difícilmente les permitiría consolidar derechos en el país al que son destacados”.

¹⁰⁹⁰ El artículo 12 Reglamento 883/2004 señala que “1. La persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada. 2. La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en un Estado miembro y que vaya a realizar una actividad similar en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de esa actividad no exceda de 24 meses”.

¹⁰⁹¹ En este sentido, la Recomendación número 16 de la Comisión Administrativa, de 12 de diciembre de 1984, aconseja que en determinados supuestos se considere la posibilidad de mantener la legislación de origen durante todo el desplazamiento.

¹⁰⁹² Artículo 13 Reglamento 883/2004.

- La legislación del Estado miembro en el que la empresa o el empresario que la ocupa principalmente tenga su sede o su domicilio, siempre que dicha persona no ejerza una parte sustancial de sus actividades en el Estado miembro de residencia.
- b) La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en dos o más Estados miembros puede estar sujeta a las siguientes regulaciones¹⁰⁹³:
 - La legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro.
 - La legislación del Estado miembro en el que se encuentra el centro de interés de sus actividades, si no reside en uno de los Estados miembros en los que ejerce una parte sustancial de actividad.

La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros estará sujeta a la legislación del Estado miembro en el que ejerza una actividad por cuenta ajena o, si ejerce dicha actividad en dos o más Estados miembros, a la legislación determinada de conformidad con estas reglas generales.

Y el último punto al que queremos referirnos en este apartado es el de favorecer la coordinación de todas las políticas públicas involucradas en la mejora de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores: Seguridad Social, prevención, salud pública, etc., puesto que se trata de una realidad que debe ser tratada desde un punto de vista multidisciplinar. En este sentido, sería interesante llevar a cabo una puesta en común de las mejores experiencias gestoras así como la realización de un código de buenas prácticas de gestión, especialmente en la enfermedad profesional, porque es una contingencia en continua redefinición, en la medida que los nuevos riesgos y patologías fronterizas nos llevan a avanzar en una variante, la enfermedad del trabajo¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹³ Sobre esta regulación, bajo la vigencia del Reglamento 1408/71, véase STJCE de 26 de mayo de 2005, Asunto José Allard, C-249/04.

¹⁰⁹⁴ CORRALES ROMEO, H., “Reflexiones sobre la protección y la prevención de los riesgos profesionales”, *cit.*, págs. 246-247.

3. LOS RIESGOS PROFESIONALES EN LAS NORMAS CONVENCIONALES

La Seguridad Social convencional implica un conjunto de normas pactadas entre dos o más Estados, dirigidas a evitar que el individuo vea eliminados o reducidos sus derechos, en materia de prestaciones sociales, al cambiar su residencia de uno a otro país, pero sin que ello afecte a la legislación interna de tales Estados.

3.1. Los Convenios Bilaterales de Seguridad Social

No todos los convenios bilaterales regulan todas las prestaciones, ni con el mismo grado de protección. Como señala ALONSO OLEA “la razón de la diversidad de cobertura de prestaciones sociales en los convenios deriva de que los riesgos que cubre la Seguridad Social son de determinación imposible sin la referencia a un tiempo y a un país concreto, pudiendo decirse que cada periodo histórico tiene un ideal de cobertura”¹⁰⁹⁵.

3.1.1. Validez y conexión con la normativa comunitaria

Los convenios bilaterales, cuya celebración no es demasiado frecuente entre países desarrollados y países en vías de desarrollo (ya sea por la ausencia en estos países de verdaderos sistemas de Seguridad Social, por el escaso número de nacionales extranjeros residentes en uno u otro Estado, o por razones de poca presión política de los emigrantes) son los primeros mecanismos que surgen con el fin de coordinar las legislaciones sociales de dos países, y representan en el plano histórico el núcleo originario del Derecho internacional de la Seguridad Social. Desde sus orígenes, los convenios bilaterales se han mostrado como el instrumento más idóneo para coordinar los diferentes sistemas de protección social, revelándose como los medios que producen mayor seguridad jurídica y un mayor nivel de eficacia. La finalidad que los Estados persiguen al suscribir convenios bilaterales de Seguridad Social no es otra que la de amparar a sus nacionales que emigran a otros países y, al mismo tiempo, a los extranjeros de dichos Estados que se encuentren en su territorio, y ello mediante el establecimiento

¹⁰⁹⁵ ALONSO OLEA, M., *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 17.

de reglas de conexión que no exijan tener que establecer un régimen común de Seguridad Social¹⁰⁹⁶.

Conviene tener presente que el convenio, a partir de su entrada en vigor, una vez ratificado, aprobado y publicado, es también Ley estatal, integrado en el Derecho interno a tenor del artículo 1.5 CC y, de conformidad con la previsión constitucional contenida en el artículo 96 CE, con igual valor jerárquico e idéntica obligatoriedad de cumplimiento, que, si bien pueden contener disposiciones meramente complementarias, también pueden ser contradictorias o de diferente alcance.

El actual Derecho Social Comunitario es el resultado de un largo periodo de evolución histórica puesto en marcha por las sucesivas modificaciones normativas y con un protagonismo excepcional de la jurisprudencia comunitaria, como hemos tenido ocasión de analizar. En algunos casos, la normativa comunitaria tiene su propia regulación, y a ella habrá de atenerse el contenido del convenio bilateral que se pretenda suscribir por alguno de los Estados miembros con otro Estado de la Unión. En los supuestos no expresamente regulados por el Derecho comunitario, y siempre que uno de los Estados parte del convenio no sea miembro de la Unión, habrá que hacer valer el principio general de que las Comunidades europeas, y, por ende, cada uno de sus miembros, están sometidos, al igual que cualquier otro Estado, al Derecho internacional general, y, supletoriamente, en todo caso¹⁰⁹⁷.

Un sector doctrinal incluye a los denominados actos convencionales suscritos por Estados miembros de la UE entre las llamadas fuentes obligatorias¹⁰⁹⁸, toda vez que, en tanto que vinculan a Estados de la Comunidad, entran a formar parte del ordenamiento jurídico comunitario¹⁰⁹⁹, mientras que otros autores entienden que no estamos en presencia de normas propias del Derecho comunitario¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁶ SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L., “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 47, 2003, págs. 18-19.

¹⁰⁹⁷ MARTÍNEZ LAGE, S., “Las fuentes del Derecho Comunitario”, *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, pág. 177.

¹⁰⁹⁸ MOLINA DEL POZO, C. F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Editorial Trivium, Madrid, 1987, pág. 304.

¹⁰⁹⁹ STJCE de 12 de diciembre de 1972, Asunto International Fruit, 24/72.

¹¹⁰⁰ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., pág. 268.

La doctrina, pues, discute sobre la consideración de los convenios bilaterales como fuentes del Derecho comunitario. Es doctrina pacífica la que entiende que el Derecho comunitario derivado está formado por el conjunto de normas jurídicas que, con base en los Tratados fundacionales -Derecho originario-, son dictadas por los órganos institucionales de la Unión que tienen reconocida la competencia para ello¹¹⁰¹. En este sentido, comparto la opinión de quienes afirman que sólo pueden catalogarse como fuente del Derecho comunitario los convenios de Seguridad Social suscritos por la Comunidad como institución con terceros Estados -miembros o extracomunitarios-, al ser la propia Comunidad la única que puede crear Derecho escrito propio; por contra, los convenios bilaterales suscritos individualmente entre Estados miembros, entre sí o con terceros países, no pueden considerarse propiamente Derecho de la Comunidad, sino Derecho interno de cada país que, como tal, podrá entrar en colisión con el resto de su legislación estatal o con el Derecho comunitario, por aplicación de las reglas de eficacia, primacía y jerarquía normativas¹¹⁰².

Al igual que los Reglamentos comunitarios, tampoco los convenios bilaterales suscritos por España tratan de establecer, hoy por hoy, normas armonizadoras unitarias que sustituyan total o parcialmente las legislaciones internas sobre Seguridad Social de los Estados parte, sino que su contenido se limita a un sistema de coordinación de los diversos ordenamientos jurídicos implicados, y en cuestiones muy concretas, por lo que, en este aspecto, no difieren de la filosofía que preside la normativa comunitaria.

En cuanto a la evolución de la jurisprudencia comunitaria sobre la primacía de los reglamentos *versus* convenios bilaterales suscritos por los Estados miembros cabe distinguir un cambio jurisprudencial: 1º) La STJCE de 7 de junio de 1973, Asunto Walter: interpretó que en caso de conflicto entre los convenios bilaterales firmados entre Estados miembros y los Reglamentos Comunitarios, éstos últimos tenían preeminencia¹¹⁰³: “el

¹¹⁰¹ MOLINA DEL POZO, C. F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, cit., pág. 287.

¹¹⁰² SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L., “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, cit., págs. 22-23.

¹¹⁰³ En este sentido, afirmó que “en los supuestos en que el principio de prioridad o prevalencia pueda ser un obstáculo a la concepción más amplia posible del derecho de libertad de circulación de los trabajadores, el Reglamento que aplica el artículo 51 del Tratado de Roma, debe ser interpretado en función de la finalidad de libre circulación establecida por dicho artículo; en el caso de que la aplicación de las disposiciones comunitarias puedan acarrear una disminución de las prestaciones concedidas por la legislación de un Estado miembro, entre las que cabe incluir las dimanantes de los convenios bilaterales, se prescindirá de la aplicación de aquéllas”.

Reglamento que sustituye a los convenios bilaterales sobre Seguridad Social concluidos entre Estados miembros, es de categórica eficacia y no permite otras excepciones que las expresamente allí reguladas”. Pero pronto cayó el Tribunal en la cuenta de que en su ánimo de preservar el principio de prioridad dispensaba a los trabajadores migrantes un trato poco favorable, lo que motivó el cambio de su doctrina, para adoptar otra más favorable a los intereses de los beneficiarios. 2º) La STJCE de 7 de febrero de 1991, que establece el Principio de Rönfeldt: “si antes del tratado de adhesión existía entre dos Estados miembros un convenio bilateral sobre Seguridad Social, debe aplicarse tal convenio si el sistema de cálculo de la prestación dispuesto en el mismo es más favorable al trabajador que el que suscribe el Reglamento”.

El TS mantuvo en un principio una postura acorde con la seguida inicialmente por el TJCE, como puede verse con la lectura de la STS de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1376), pero a partir de la STS de 12 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3750) ha acomodado sus pronunciamientos a los más modernos del Tribunal de Luxemburgo: el TJCE ha puntualizado que la aplicación de los convenios bilaterales de Seguridad Social queda condicionada a que sus normas sean más beneficiosas para el trabajador que los preceptos reglamentarios de la UE, prevaleciendo en tal sentido aquéllas sobre éstas, lo que implica que siempre que el sistema del convenio correspondiente sea más ventajoso para el interesado que el Reglamento, se puede pedir la aplicación de dicho sistema y los Tribunales les estarán obligados a reconocerlo, fijando la cuantía de la pensión teórica correspondiente de acuerdo con lo previsto por el convenio. Al hilo de ese razonamiento, el Alto Tribunal declaró en la STS de 20 de enero de 2000 (RJ 2000, 984) y en otras posteriores, la necesidad de que el interesado invoque la aplicación del convenio bilateral para que el Tribunal pueda tenerlo en cuenta¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁴ En este sentido, IGLESIAS CABERO, M., “Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea. Particular referencia a la jubilación y al desempleo”, *cit.*, págs. 55-56.

3.1.2. La regulación homogénea de las prestaciones económicas por riesgos profesionales como parte integrante de su contenido

El seguro de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, es realmente socorrido en los convenios bilaterales negociados por nuestro país con otros Estados¹¹⁰⁵. En efecto, si el capítulo de enfermedad y maternidad o el de pensiones es el fruto de intensas deliberaciones, cuando se llega al capítulo de riesgos profesionales el consenso aparece inmediatamente, sin que surjan problemas importantes que reseñar. La dificultad de coordinar esta rama o la decisión firme de no coordinarla, pueden ser la causa de esta indiferencia negociadora. De hecho, las disposiciones que regulan esta materia en los convenios bilaterales suscritos por España, parecen clónicas, y dudo que, en muchos casos, se hayan aplicado alguna vez. Lo curioso es que en la mayor parte de los convenios de Seguridad Social suscritos por España, figure el capítulo de prestaciones económicas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, pero solamente en algunos pocos, se regulan las prestaciones en especie por esta contingencia¹¹⁰⁶.

Es de resaltar que en cuanto a la Ley aplicable, la regla general en los convenios es la unicidad de la Ley, y que esta única legislación aplicable será la del país donde el trabajador se encuentre prestando el servicio, salvo en el caso de desplazamiento temporal de trabajadores expatriados de un Estado a otro, donde se permite mantener la legislación del Estado de origen durante un determinado periodo de tiempo¹¹⁰⁷.

En cuanto al ámbito personal, no solamente se aplican a los trabajadores nacionales que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de uno o ambos países firmantes, sino que en algunos casos también serán de aplicación a

¹¹⁰⁵ La firma de estos convenios persigue un doble objetivo: Establecer los diferentes supuestos que pueden plantearse en los casos de desplazamientos de trabajadores y determinar la normativa aplicable en materia de altas, bajas y cotización; y establecer criterios para la obtención de prestaciones en el caso de que se haya estado sometido a la Seguridad Social de ambos Estados firmantes.

¹¹⁰⁶ OJEDA AVILÉS, A. y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *cit.*, págs. 67-68.

¹¹⁰⁷ Cada convenio tiene su propio contenido, pero guardan un esquema y contenido muy similar en cuanto a legislación aplicable: parten del principio general de sometimiento a una única legislación en materia de altas y cotizaciones y se rigen por el criterio general de que la legislación aplicable es la del Estado donde el trabajador presta el servicio (*lex loci laboris*). Para los trabajadores desplazados por su empresa desde el territorio de un Estado al de otro Estado firmante, se establece la excepción a esta regla anterior, en el sentido de mantener como legislación aplicable de forma exclusiva la del Estado origen, hasta un máximo de tiempo que varía según el convenio que resulte de aplicación; y a partir de dicho plazo el sometimiento a la legislación del Estado de destino.

los nacionales de terceros países que trabajen o hayan trabajado en uno o en ambos países y a sus familiares y derechohabientes.

El periodo de desplazamiento contiene un desplazamiento inicial y una prórroga ordinaria, que varía según los casos, desde los 24 meses hasta los 60 meses, o más en algún caso, y se distingue entre trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia.

En el apartado de prestaciones incluidas, cada convenio bilateral contiene una regulación diferente de las prestaciones recogidas en los mismos, así como los requisitos para el reconocimiento de las mismas. A nivel general, la mayoría de ellos incluye previsiones en relación con: asistencia sanitaria por maternidad, o enfermedad o accidente; prestaciones económicas por IT y maternidad; prestaciones por IP, vejez, y muerte y supervivencia; prestaciones de protección familiar; y prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional. En cuanto a ésta última, todos señalan que “la prestación se determinará por el país a cuya legislación se hallara sujeto el trabajador en la fecha de producirse el accidente o de contraerse la enfermedad”.

Más allá de las singularidades que en cada Estado tienen las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, destaca la idea de la conveniencia y eficacia de que los mismos garanticen la protección integral frente a los propios riesgos profesionales, pues se trata de la mejor respuesta posible para combatir eficazmente un fenómeno de consecuencias tan complejas como es la siniestralidad laboral, tanto en su vertiente humana, como en la económica y social, velando por mejorar la salud laboral de los trabajadores¹¹⁰⁸.

La idea primordial que debe presidir en la actualidad la llamada Seguridad Social convencional no es precisamente la de su perpetuidad en los términos en que la conocemos, sino, a pesar de la evidente complejidad que ello conlleva, la de encaminarse hacia su progresiva unificación, objetivo que no puede lograrse sino desde una verdadera armonización de legislaciones que sustituya la tradicional coordinación normativa, y ello mediante la elaboración de un Texto único de Seguridad Social de obligado cumplimiento

¹¹⁰⁸ CORRALES ROMEO, H., “Reflexiones sobre la protección y la prevención de los riesgos profesionales”, *cit.*, pág. 241.

para todos los Estados, al menos en aquellos aspectos básicos, tanto sustantivos como procesales-administrativos, con el lógico respeto a las especialidades históricas o insustituibles de cada legislación. La idea de un Código europeo único sobre Seguridad Social evitaría, entre otras cosas, la disparidad de criterios que existen respecto al número, estructura y contenido de los convenios bilaterales sobre Seguridad Social suscritos por cada uno de los Estados de la Unión con terceros países.

“Pero en tanto se llega a esa entelequia, y, al menos en lo referente a España, no estaría de más unificar la estructura general y el contenido de todos los convenios bilaterales sobre Seguridad Social, labor que sí es factible realizar sin necesidad de esperar a que se produzca la deseable, pero todavía lejana, armonización legislativa, ya que nada impide a nuestro país unificar por vía convencional -siempre dentro del marco del Derecho comunitario- su legislación de Seguridad Social con la de terceros países no comunitarios, especialmente con la de los Estados Latinoamericanos y los del área del Magreb, estructurando un convenio único aplicable a todos los que desearan establecer relaciones de política social con España. Por un lado, se trataría con ello de reestructurar el esquema formal actual de los convenios, sustituyéndolo por otro más sencillo, comprensible, coherente y técnicamente mejor elaborado, con refundición y supresión de los diversos Acuerdos, Convenios adicionales, Protocolos y Anexos que tanto proliferan. Por otro lado, se lograría la uniforme extensión de las prestaciones, la aplicación igualitaria de la Seguridad Social a todos los colectivos afectados, la desaparición de los desequilibrios que se aprecian en los ámbitos subjetivo y objetivo entre unos y otros convenios”¹¹⁰⁹, y la tan aclamada indiferenciación de contingencias. De una vez por todas, el conjunto de normas internacionales, y en gran medida estos convenios bilaterales, que son el estadio primitivo del Derecho internacional, deben hacer eliminar el trato privilegiado entre contingencias por varios motivos:

- No se respeta el principio de consideración conjunta de los riesgos, que debe prevalecer en todo sistema nacional, comparado e internacional, a diferencia de los originarios seguros sociales.

¹¹⁰⁹ SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L., “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, *cit.*, págs. 46-47.

- Se ha de tener presente el principio de igualdad de trato, para que iguales situaciones de necesidad sean protegidas de forma igual con independencia del origen común o profesional de la contingencia.
- El trato privilegiado entraña un tratamiento preferencial que es lesivo para las víctimas de los riesgos comunes, y por lo tanto opuesto a los principios de igualdad y justicia, ya que todas las víctimas de accidentes tienen las mismas necesidades y, por tanto, deben recibir un igual trato.
- Indirectamente, al establecer una regulación con un trato privilegiado entre contingencias, se gratifica sufrir una contingencia profesional, lo que choca con la finalidad protectora de todo sistema de Seguridad Social.

3.2. El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social constituye un instrumento de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social, en materia de pensiones, de los diferentes Estados iberoamericanos que lo ratifiquen y que, además, suscriban el Acuerdo de Aplicación que lo desarrolla. Se firmó el 10 de noviembre de 2007, en el marco de la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, entrando en vigor el 1 de mayo de 2011 al ser ratificado por siete Estados: Bolivia y España (en los que es efectivo desde el 1 de mayo), Brasil (desde el 19 de mayo de 2011), Ecuador (desde el 20 de junio de 2011), Chile (desde el 1 de septiembre de 2011), Uruguay (a partir del 1 de octubre de 2011) y Paraguay (desde el 28 de octubre de 2011). Por su parte, el Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, firmado en Lisboa el 11 de septiembre de 2009, entró en vigor el 1 de septiembre de 2011¹¹¹⁰.

El Convenio limita su campo de aplicación personal a las personas, con independencia de su nacionalidad, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes¹¹¹¹.

¹¹¹⁰ Ambos BOE de 8 de enero de 2011.

¹¹¹¹ Artículo 2 Convenio. En este sentido, SALDAÑA QUERO, C., “Problemática de Seguridad Social en el marco de la expatriación: una visión global”, *cit.*, pág. 684, señala que “al contrario que los Reglamentos comunitarios, no todos los convenios bilaterales se aplican únicamente a los nacionales de los Estados miembros sino que, en algunos casos, también serán de aplicación a nacionales de terceros Estados”.

El campo de aplicación material, afecta a las ramas de Seguridad Social relacionadas con las prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia, y de accidente de trabajo y enfermedad profesional¹¹¹², excluyéndose expresamente las prestaciones relativas a las víctimas de guerra o de sus consecuencias, los regímenes no contributivos, y la asistencia social¹¹¹³.

Por otro lado, el Convenio señala estas especialidades:

- Igualdad de trato: las personas incluidas en el campo de aplicación, tienen derecho a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones establecidas en la legislación del Estado parte en que desarrollen su actividad, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del Convenio¹¹¹⁴.
- Totalización de los periodos de cotización: para adquirir el derecho a las mismas se tendrán en cuenta los periodos de seguro, cotización o empleo acreditados en cualquier otro Estado parte, siempre que dichos periodos no se superpongan, asegurando así una prestación futura a los trabajadores que desarrollan su actividad en distintos países iberoamericanos¹¹¹⁵.
- Conservación de los derechos adquiridos y el consiguiente pago de prestaciones en el extranjero: salvo disposición en contrario, las prestaciones económicas de carácter contributivo se podrán percibir con independencia de que el interesado se encuentre o resida en el territorio del otro Estado parte. Las prestaciones reconocidas por aplicación del Convenio a beneficiarios que residan en un tercer

¹¹¹² Artículo 3.1 Convenio, el cual añade que “las prestaciones médicas previstas en las legislaciones de los Estados Parte quedan excluidas del Convenio, sin perjuicio de que dos o más Estados Parte puedan ampliar el ámbito objetivo, extendiéndolo a prestaciones o regímenes excluidos en principio.”

¹¹¹³ Artículo 3.4 Convenio.

¹¹¹⁴ Artículo 4 Convenio. Sobre el tema, CASSAGNE, J. C., “Hacia la operatividad del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CIMSS)”, *Estudios sobre Seguridad Social: 60 años de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social*, OISS, 2014, págs. 233-234, señala que “el enfoque bilateral para resolver la problemática de la Seguridad Social común de Iberoamérica resulta inadecuado tanto por la imposibilidad de llevarlo a cabo (por la cantidad de países y los diferentes intereses nacionales) como por las desigualdades de trato que se producirían a raíz de la libertad de estipulación convencional que se reserva cada Estado; esa desigualdad puede ocasionar una fragmentación tal que llegue a conculcar el principio de igualdad de trato”.

¹¹¹⁵ Conforme al artículo 5 Convenio.

país, se harán efectivas en las mismas condiciones y con igual extensión que a los propios nacionales que residan en ese tercer país¹¹¹⁶.

- Garantía de la revalorización de las pensiones, cuando así esté prevista en la legislación de uno de los Estados en los que se haya trabajado¹¹¹⁷.

Los principios de igualdad de trato, unicidad de la legislación aplicable, conservación de los derechos adquiridos y mantenimiento de los derechos en curso de adquisición, han de ser reconocidos de una manera efectiva y no meramente declarativa, para resolver los problemas de los migrantes iberoamericanos¹¹¹⁸.

En cuanto a la determinación de la legislación aplicable, como regla general, los trabajadores a quienes se aplica este Convenio están sujetos exclusivamente a la legislación de Seguridad Social del Estado parte en cuyo territorio ejerzan una actividad, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, que dé lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación de dicha legislación¹¹¹⁹. Pero si se trata del traslado temporal de un trabajador por cuenta ajena, podrá mantener la legislación del Estado parte de origen por un periodo máximo de 12 meses, pudiéndose prorrogar dicho desplazamiento otros 12 meses más.

Establece que la persona que ejerza una actividad dependiente al servicio de una empresa con sede en el territorio de uno de los Estados parte que desempeñe tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que sea trasladada para prestar servicios de carácter temporal en el territorio de otro Estado parte, continuará sujeta a la legislación del Estado parte de origen hasta un plazo de 12 meses, pudiéndose éste prorrogar por otro periodo similar, con carácter excepcional, previo consentimiento expreso de la Autoridad competente del otro Estado parte¹¹²⁰.

Por último, conviene señalar que respecto a las particularidades de las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional, el artículo 18, establece: “El derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional

¹¹¹⁶ Según lo dispuesto en el artículo 6 Convenio.

¹¹¹⁷ Artículo 7 Convenio.

¹¹¹⁸ CASSAGNE, J. C., “Hacia la operatividad del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CIMSS)”, *cit.*, pág. 231.

¹¹¹⁹ Regla general establecida en el artículo 9 Convenio.

¹¹²⁰ Artículo 10 Convenio.

será determinado de acuerdo con la legislación del Estado parte a la que el trabajador se hallase sujeto en la fecha de producirse el accidente o de contraerse la enfermedad”.

El Parlamento Europeo, consciente de la fragmentación que producirán en el sistema de Seguridad Social de los Estados miembros y de terceros países, la celebración de convenios bilaterales, por cuanto ello “conduciría a un sistema fragmentado en el que se registraría un trato desigual a los ciudadanos de la UE”, ha propiciado que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social constituya una herramienta que puede servir de plataforma de coordinación a escala europea¹¹²¹.

3.3. El traslado del trabajador a un país sin normativa legal ni convencional

La vocación proteccionista del Estado español en relación con los trabajadores migrantes, plasmada expresamente en el artículo 42 CE, no se restringe a la negociación y firma de convenios bilaterales, pues si así fuera se estaría incumpliendo el mandato constitucional, ya que no es posible formalizar Instrumentos bilaterales con todos los Estados del mundo: una política de estas características estaría abocada al fracaso, máxime teniendo en cuenta, a veces, el mínimo volumen de intercambios de mano de obra y el nulo o reducido nivel de desarrollo de la Seguridad Social de otros Estados¹¹²².

Hay que tener en cuenta que existe una lista de países que ni pertenecen a la UE, ni tienen firmados convenios bilaterales, ni han ratificado el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Ante la ausencia de normas de coordinación (comunitarias, bilaterales o multilaterales), nuestro legislador ha optado por una solución interna, es decir, el artículo 125.2 LGSS incluye entre las situaciones asimiladas al alta “los traslados por la empresa fuera del territorio nacional”.

Consecuentemente, los trabajadores desplazados estarán cubiertos y protegidos por nuestro sistema de Seguridad Social, obviándose y superándose, de este modo, los inconvenientes y desventajas que, en este campo, los desplazamientos pudieran acarrear.

¹¹²¹ Resolución de 14 de Marzo 2013 sobre la integración de los inmigrantes, el impacto sobre el mercado de trabajo y la dimensión externa de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la UE, 2012/2131 (INI).

¹¹²² GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresa españolas”, *La Mutua*, núm. 3, 2000, págs. 19-20.

Bien es verdad que esta política puede implicar una doble cotización al producirse un doble aseguramiento.

En efecto, el mantenimiento de la Seguridad Social española no conlleva la exención de cotizar en el Estado de destino del trabajador. Ahora bien, entre el incremento de costes o la protección del trabajador, ha primado esta última, y el aseguramiento en España debe reputarse como positivo y beneficioso para el trabajador.

Habrá que analizar qué es lo que prevé cada una de las legislaciones (la de origen y la de destino) que afectan al trabajador desplazado en materia de Seguridad Social. Por un lado se ha de cumplir con lo establecido en la normativa de Seguridad Social del país de destino, en cuanto a afiliación y cotización, generando derecho a percibir prestaciones a las que, en el país de destino, den lugar las cotizaciones que haya ingresado durante su estancia. Respecto a la situación del trabajador en España, la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982¹¹²³ desarrolla la situación de asimilación al alta contenida en el artículo 125 LGSS, y establece que en estos supuestos, el trabajador se encontrará en situación asimilada al alta continuando la obligación de cotizar mientras dure el desplazamiento¹¹²⁴.

No obstante, cuando el trabajador se traslade, acompañado de sus familiares beneficiarios, al territorio de un país en el que sea obligatoria la afiliación a su Seguridad Social y no exista el reconocimiento de las cotizaciones realizadas en el mismo a efectos de la Seguridad Social española, si la asistencia sanitaria estuviese comprendida en la acción protectora de la Seguridad Social del país de traslado, tanto la Empresa como el trabajador quedarán excluidos de la obligación de cotizar a la Seguridad Social española por dicha contingencia (artículo 4 de la Orden).

Por último, los trabajadores que se encuentren en situación de asimilada al alta continuarán cubiertos en la misma forma e intensidad que los trabajadores que realicen su actividad laboral en España¹¹²⁵.

¹¹²³ Orden de 27 de enero de 1982 por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de empresas españolas (BOE núm. 40, de 16 de febrero de 1982).

¹¹²⁴ SALDAÑA QUERO, C., “Problemática de Seguridad Social en el marco de la expatriación: una visión global”, *cit.*, pág. 692.

¹¹²⁵ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresa españolas”, *cit.*, págs. 20-21.

Así pues, la protección frente a los riesgos de origen profesional se ha ido consolidando, a nivel internacional, como un área singular en los sistemas de protección, definiendo modelos diferenciados en contraposición a las coberturas que se derivan de una contingencia de carácter no laboral, lo que ha dado lugar a la constitución de seguros específicos para ofrecer cobertura frente a estas contingencias profesionales¹¹²⁶.

4. EL CONCEPTO DE ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

En sentido técnico, enfermedad profesional no es cualquier enfermedad contraída en el trabajo, sino únicamente la que, teniendo su origen en el medio de trabajo, está tipificada como tal en el correspondiente cuadro o lista oficial. “Se define médicamente como el daño, la patología médica o traumática, provocada por la presencia, en el medio ambiente laboral de factores o agentes físicos, químicos, o biológicos que merman la salud del trabajador”¹¹²⁷.

Este modo de identificar y calificar las enfermedades profesionales emana de los convenios de la OIT (básicamente, Convenio (núm.) 42 de 1934 y Convenio (núm.) 121 de 1964), y ha sido adoptado también por la UE, cuya Recomendación 2003/670/CE (que sustituye a la 90/326/CEE) proporciona una “lista europea de enfermedades profesionales” que los Estados miembros deberían introducir en sus sistemas nacionales, así como una “lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha”, a las que los Estados miembros también deberían prestar atención¹¹²⁸.

4.1. Instrumentos jurídicos de la OIT que reglamentan la enfermedad profesional

Las enfermedades profesionales fueron consideradas como accidente de trabajo desde 1900, si bien la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922 es el primer texto normativo

¹¹²⁶ CORRALES ROMEO, H., “Reflexiones sobre la protección y la prevención de los riesgos profesionales”, *cit.*, pág. 241.

¹¹²⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 48.

¹¹²⁸ Este apartado, completa el estudio de la enfermedad profesional en el ámbito nacional, que figura en el Capítulo II.

en el que no se consideran como tales; y todo ello gracias a la legislación internacional, con su orientación hacia la unificación de leyes, así como a la acción normativa de la OIT, y especialmente la irradiación de sus convenios específicos sobre protección de enfermedades profesionales. El Convenio (núm.) 18, relativo a la indemnización por enfermedades profesionales, revisado posteriormente por los Convenios (núm.) 42 y 121, estableció la obligación de los Estados miembros de considerar como enfermedades profesionales las enfermedades y las intoxicaciones producidas por las sustancias recogidas en el mismo, siempre que aquellas afectasen a los trabajadores pertenecientes a las industrias o profesiones correspondientes y resultaran del trabajo en una empresa sujeta a la legislación nacional (artículo 2)¹¹²⁹. Para la OIT la enfermedad profesional es “todo estado patológico derivado de la exposición a riesgos derivados de la actividad laboral”.

Es en 1925, con este Convenio, cuando se establece la primera lista de enfermedades profesionales, el cual incluía tan solo tres enfermedades¹¹³⁰. Poco después fue modificado por el Convenio (núm.) 42 de 1934, en el que figuraban diez enfermedades¹¹³¹.

Con posterioridad, el Convenio (núm.) 102¹¹³², “relativo a la norma mínima de la Seguridad Social”, que no realiza una definición de la enfermedad profesional, estableció

¹¹²⁹ El Convenio (núm.) 18 de la OIT fue adoptado el 10 de junio de 1925, con una entrada en vigor el 1 de abril de 1927, y ratificado por España el 29 de septiembre de 1932. El Convenio (núm.) 42 fue adoptado el 21 de junio de 1934, con fecha de entrada en vigor el 17 de junio de 1936, y ratificado por España el 12 de mayo de 1958. El Convenio (núm.) 121 fue adoptado con fecha 8 de julio de 1964, y su fecha de entrada en vigor fue el 28 de julio de 1967, pero este Convenio no ha sido ratificado por el Estado español, pese a ser uno de los países que más convenios de la OIT ha ratificado.

¹¹³⁰ La lista de enfermedades y sustancias tóxicas, establecida en su artículo 2 Convenio (núm.) 18, comprendía: la intoxicación producida por el plomo, sus aleaciones o sus compuestos, con las consecuencias directas de dicha intoxicación; la intoxicación producida por el mercurio, sus amalgamas y sus compuestos, con las consecuencias directas de dicha intoxicación; y la infección carbuncosa.

¹¹³¹ Que incluía las tres anteriores, incorporando otras siete nuevas: la silicosis con o sin tuberculosis pulmonar, siempre que la silicosis sea una causa determinante de incapacidad o muerte; la intoxicación producida por el fósforo o sus compuestos, con las consecuencias directas de esta intoxicación; la intoxicación producida por el arsénico o sus compuestos, con las consecuencias directas de esta intoxicación; la intoxicación producida por el benceno o sus homólogos, sus derivados nitrosos y amínicos, con las consecuencias directas de esta intoxicación; la intoxicación producida por los derivados halógenos de los hidrocarburos grasos; los trastornos patológicos debidos: a) al radio y a otras sustancias radiactivas, y b) a los rayos X; y los epitelomas primitivos de la piel. Conforme lo establecido en el artículo 2 Convenio (núm.) 18.

¹¹³² El Convenio (núm.) 102 fue adoptado con fecha 28 de junio de 1952, produciéndose su entrada en vigor el 27 de abril de 1955.

que deberá garantizarse a las personas protegidas conforme a su artículo 33, la concesión de prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional (artículo 31), precisando cuales son las contingencias cubiertas (artículo 32). Recordemos que es una “norma de mínimos” que establece un umbral de requisitos por debajo del cual el Estado firmante del mismo dejaría de cumplir con sus obligaciones derivadas del mismo, aunque no impone ni métodos ni fines que alcanzar, pues superando tales mínimos los Estados pueden operar en libertad plena. Al igual que el Código Europeo de Seguridad Social, se trata de textos internacionales ambiciosos a pesar de las enormes cautelas adoptadas para evitar el fracaso, que imponen la protección de un mínimo de contingencias, la cuantía mínima de las prestaciones y unos porcentajes mínimos de población asegurada¹¹³³.

En 1964, la OIT aprobó un nuevo Convenio¹¹³⁴, el (núm.) 121, relativo a las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (al que se le unió como anexo una Lista de enfermedades profesionales¹¹³⁵, que permitía su modificación sin necesidad de adoptar un nuevo convenio), el cual no realiza una definición de la enfermedad profesional, pero sí establece la obligación de los Estados miembros de llevar a cabo cualquiera de las siguientes opciones relativas a su determinación (artículo 8): a) Prescribir una lista de enfermedades reconocidas como enfermedades profesionales (sistema “de listas”); b) Incluir en su legislación una definición general de las mismas, suficientemente amplia para que abarque unas enfermedades concretas (sistema “abierto”); c) Establecer una lista de enfermedades añadiendo, además, una definición general de enfermedades profesionales o bien otras

¹¹³³ OJEDA AVILÉS, A. y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006, pág. 36.

¹¹³⁴ Este Convenio, que propugna un sistema mixto, no ha sido ratificado por España. En el ámbito de la UE, con la misma fecha se adoptó la Recomendación (núm.) 121, sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, con el objeto de complementar el Convenio (núm.) 121, y cuyo número 1 del apartado 6 señala que “Todo miembro debería, en las condiciones establecidas, considerar como enfermedades profesionales las que se sabe provienen de la exposición a sustancias o condiciones peligrosas inherentes a ciertos procesos, oficios u ocupaciones”.

¹¹³⁵ Que concretamente contenía 29 enfermedades profesionales, y que fue modificada en 1980. La lista de la OIT desempeña una función clave en la armonización del desarrollo de la política relativa a las enfermedades profesionales y a la promoción de su prevención. De hecho, ha logrado una importancia considerable en el campo de la salud y la seguridad en el trabajo. En ella se especifican claramente los trastornos o enfermedades susceptibles de prevención. En realidad, la lista no incluye la totalidad de las enfermedades profesionales; su objeto es exponer las que tienen mayor incidencia en las empresas de muchos países y cuya prevención puede beneficiar en mayor medida la salud de los trabajadores.

disposiciones que permitan establecer el origen profesional de las que no figuren en la lista o que manifiestan bajo condiciones diferentes de las prescritas; es lo que se conoce como (sistema “mixto”), que integra las ventajas de los otros dos y permite solventar sus posibles inconvenientes.

El concepto genérico de “enfermedad laboral” denota un trastorno o dolencia causado por la exposición a condiciones de trabajo que son dañinas para la salud. Hablando en términos generales, hay dos modos conceptuales de abordar conceptualmente las enfermedades laborales: definir las o enumerarlas. Nuestro ordenamiento adopta una fórmula que podría denominarse “sincrética”: definición para el caso de la “enfermedad del trabajo” (y que se reconduce al concepto de accidente de trabajo *ex* artículo 115.2.e) LGSS, si la ha contraído por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, y siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa determinante la ejecución del mismo); la técnica de enumeración -con algún margen ampliatorio- para la “enfermedad profesional”. En el primer caso, cuando se formula una definición abierta, cada trastorno o dolencia puede ser admitido como una enfermedad laboral; en el segundo caso, una enfermedad sólo puede ser calificada de enfermedad laboral cuando aparece mencionada en una lista¹¹³⁶.

En nuestros días, cada vez con más frecuencia se recurre a “sistemas mixtos”: se opera con una lista como referencia, pero al mismo tiempo se le da la oportunidad a la víctima de ofrecer pruebas (más difíciles) del hecho de que su enfermedad (no incluida en la lista) ha sido causada realmente por la exposición a condiciones de trabajo que son dañinas para la salud¹¹³⁷. También aquí los legisladores normalmente proveen de ciertas reglas especiales a cerca de la prueba que permiten al empleado demostrar la existencia de una enfermedad laboral con más facilidad, como sucede en nuestro país con la

¹¹³⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica”, *cit.*, pág. 88.

¹¹³⁷ En la STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 4339), la enfermedad que provocó el fallecimiento del trabajador causante de la prestación debe calificarse como profesional por cuanto que “en el punto 6 Real Decreto 1995/1978, se consideran como tales “las causadas por irritación de las vías aéreas superiores por inhalación o ingestión de polvos líquidos o vapores, en trabajos en los que exista exposición a polvos, líquidos, gases o vapores, irritantes de las vías aéreas superiores”, ampliación de enfermedades que debe acoger el caso del cáncer de laringe provocado por la inhalación de asbesto”. Aunque la sentencia no lo recoge, esta dolencia viene actualmente reseñada en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

presunción legal de accidente de trabajo, que la jurisprudencia ha entendido perfectamente aplicable a la “enfermedad del trabajo”¹¹³⁸.

Por último, con fecha 20 de junio de 2002, la Conferencia General de la OIT, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, en su nonagésima reunión, celebrada el día 3 de junio del mismo año aprueba la Recomendación (núm.) 194 de la OIT “sobre la lista de enfermedades profesionales y el registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”, revisada en el 2010 (no ratificada por España), en la que se plantea la obligación de la autoridad competente nacional de elaborar una lista de enfermedades profesionales a los fines de la prevención, registro, notificación y, de ser procedente, indemnización de las mismas, mediante métodos adecuados a las condiciones y práctica nacionales y, de ser necesario, por etapas y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas.

El objetivo no es tanto establecer una lista de enfermedades que den objeto a su reparación, como se hizo en su día con la aprobación del Convenio (núm.) 121, como fijar una lista de enfermedades profesionales que deberían ser tenidas en cuenta por los distintos Estados miembros para lograr los fines de prevención, registro y notificación de las mismas.

La Recomendación propone los siguientes objetivos a) Que sean incluidas las enfermedades sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de 1964, en su versión de 1980, en las listas nacionales a efectos de la prevención, registro, notificación e indemnización (techo mínimo que todos los Estados deberían asumir en sus respectivas legislaciones); b) Que se incluyeran en las citadas legislaciones los cuatro grandes grupos de enfermedades profesionales (enfermedades profesionales desglosadas según sus agentes, enfermedades clasificadas según el aparato o sistema afectado, cáncer profesional y otras enfermedades); y c) Que la lista nacional incluya las “presuntas enfermedades profesionales”¹¹³⁹.

¹¹³⁸ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, cit., pág. 129.

¹¹³⁹ MORENO CÁLIZ, S., “La lista española de Enfermedades Profesionales a la luz de recientes textos internacionales”, cit, págs. 119-120.

La propia Recomendación insta a cada Estado miembro, a comunicar su lista nacional de enfermedades profesionales, después de su elaboración y revisión, para facilitar el reexamen y actualización periódica de la lista que aprueba la Organización en la Recomendación. En este sentido la Conferencia General de la OIT pretende que cada Estado miembro proporcione a la Oficina Internacional del Trabajo anualmente estadísticas exhaustivas sobre los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, incluyendo, si bien con la cautela oportuna (sólo cuando sea procedente) los sucesos peligrosos y los accidentes en trayecto o *in itinere* con la finalidad de favorecer el intercambio y la comparación internacionales de estas estadísticas proporcionadas.

4.2. La enfermedad profesional en la normativa de la Unión Europea

En el ámbito de la UE, en primer lugar, el Código Europeo de Seguridad Social de 1964 no contiene una definición de riesgos profesionales, ya sea del accidente de trabajo como de la enfermedad profesional; y no indica cuál es el sistema de delimitación de la enfermedad profesional que debe acogerse: el de lista cerrada o el de conexión trabajo-enfermedad, limitándose su artículo 32, a enumerar las contingencias cubiertas en el caso de sufrir la actualización de aquel riesgo.

En segundo lugar, el Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, de 14 de junio, de aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan en el interior de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/1972, de 21 de marzo, por el que se establece las modalidades de aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, de desarrollo del anterior, reconocen su aplicación a todas las legislaciones relativas a las ramas de Seguridad Social relacionadas con las prestaciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional y no elaboran un concepto propio de enfermedad profesional, pues se remite, de forma genérica, a las específicas legislaciones de los Estados miembros en dicha materia; y, posteriormente y de igual manera, el Reglamento (CE) núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, recoge diferentes disposiciones sobre la aplicación del reglamento a las

prestaciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional, sin llevar a cabo definición alguna¹¹⁴⁰.

Conviene reiterar que a diferencia de los accidentes de trabajo, repentinos, inmediatos y, en la mayor parte de los casos fortuitos, la enfermedad profesional suele ser la consecuencia de un largo proceso cuya manifestación se dilata en el tiempo, pudiendo aparecer la dolencia una vez finalizada la actividad laboral durante la que el trabajador se vio expuesto a condiciones de trabajo dañinas, generadoras de la enfermedad. Lógicamente, esta situación ya de por sí compleja cuando se trata de un trabajador sedentario que ha desarrollado su profesión en varias empresas de un solo país, se complica geométricamente para el trabajador migrante que ha estado sometido a varias legislaciones como consecuencia del ejercicio de su carrera laboral. Y aquí entran en juego las de normas de coordinación comunitaria que van a establecer el Estado o la institución competente y a determinar la legislación aplicable, fijando responsabilidades, eximiendo obligaciones o procediendo al reparto de cargas¹¹⁴¹.

En tercer lugar, sí se ha elaborado una lista de enfermedades profesionales europeas¹¹⁴² mediante distintas recomendaciones¹¹⁴³ de la Comisión Europea. La UE aconseja eliminar los límites imperativos o condiciones limitativas en la definición de los riesgos profesionales y ampliar los efectos protectores de los sistemas de presunción legal

¹¹⁴⁰ Mediante normas no vinculantes, con valor de meras recomendaciones, es donde la Comunidad Europea lleva a cabo su delimitación de las enfermedades profesionales mediante la elaboración de una lista, aunque de carácter no vinculante para los Estados miembros.

¹¹⁴¹ OJEDA AVILÉS, A. y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *cit.*, págs. 63-64.

¹¹⁴² Citando a MARTÍNEZ DE VIÉRGOL LANZAGORTA, A., “La consideración del síndrome del *Burn out* como constitutivo de la contingencia profesional del accidente de trabajo origen de la declaración de incapacidad permanente absoluta”, *cit.*, pág. 214, “si bien la lista europea de enfermedades profesionales como fuente jurídica viene a ser una recomendación, y nos otorga derechos directamente invocables ante los Tribunales nacionales, deberá ser tenida en cuenta en los litigios judiciales para poder aclarar la interpretación de las disposiciones nacionales o comunitarias”.

¹¹⁴³ En este sentido, véase la STJCE de 13 de diciembre de 1989, Asunto C-322/88, Salvatore Grimaldi contra Fonds des maladies professionnelles, DOCE C-16, la cual señala que “a la luz del párrafo quinto del artículo 189 del Tratado CEE, las Recomendaciones de la Comisión de 23 de julio de 1962, relativa a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales, y 66/462/CEE, de 20 de julio de 1966, referente a las condiciones de indemnización de las víctimas de enfermedades profesionales, no pueden, por sí mismas, crear derechos para los justiciables que éstos puedan invocar ante los Jueces nacionales. No obstante, éstos últimos deben tener las Recomendaciones en cuenta a efectos de la solución de los litigios que les sean sometidos, especialmente cuando éstas pueden aclarar la interpretación de otras disposiciones nacionales o comunitarias”.

o de lista abriendo un derecho más allá de la lista, pero a diferencia de la OIT no deja abierto el portillo judicial¹¹⁴⁴.

Junto al sistema mixto que propugna la OIT (lista de enfermedades profesionales acompañada de una cláusula general que permita calificar como tales otras dolencias no listadas), la UE se fundamenta en una doble lista de patologías profesionales, esto es, una lista básica, que todas las legislaciones de los Estados miembros deberían integrar, y una lista complementaria, integrada por aquellas enfermedades a considerar por los legisladores para incorporarlas en un futuro.

Así, la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, “relativa a la lista europea de enfermedades profesionales”, que sustituye con la intención de mejorarla, a la Recomendación 90/326/CE, de la Comisión, de 22 de mayo de 1990¹¹⁴⁵, realiza una serie de recomendaciones específicas a los Estados miembros¹¹⁴⁶ en su artículo 1¹¹⁴⁷, destacando entre ellas: que elaboren y mejoren medidas de prevención eficaz de las enfermedades profesionales recogidas en la lista europea, haciendo participar activamente a todos los agentes interesados y recurriendo, si fuera preciso, al intercambio

¹¹⁴⁴ Entre otros, BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A., *Curso de Seguridad Social I. Parte general*, cit., pág. 301; LÓPEZ GANDÍA, J. y AGUDO DÍAZ, J., *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*, cit., pág. 17.

¹¹⁴⁵ DOCE L 160, de 26 de junio de 1990.

¹¹⁴⁶ Aunque no se trata de una norma obligatoria, como un reglamento o una directiva, sin embargo es una recomendación que se sitúa en un contexto más amplio de la política europea en materia de prevención de riesgos laborales y de tutela de la salud laboral (en tal sentido, la Recomendación de 3 de junio de 2002, que establece las bases de una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo para el periodo 2002-2006, con el objetivo de reducir el número de enfermedades profesionales instando a los Estados miembros a armonizar las estadísticas de trabajo y enfermedades profesionales en curso), cara a la creación de un marco europeo común mejor coordinado en cuanto al propio concepto y en cuanto a la declaración, notificación, registro, y recogida de datos en los países de la UE (LÓPEZ GANDÍA, J. y AGUDO DÍAZ, J., *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*, cit., pág. 18).

¹¹⁴⁷ “Que introduzcan la lista europea en sus disposiciones legislativas y un derecho de indemnización por causa de enfermedad profesional para el trabajador afectado por una enfermedad; que garanticen la declaración de todos los casos de enfermedades profesionales y que hagan que sus estadísticas de enfermedades profesionales vayan siendo paulatinamente compatibles con la lista Europa y se ajusten a los trabajos en curso en el marco del programa estadístico comunitario sobre el sistema de armonización de las estadísticas europeas de enfermedades profesionales; que introduzcan un sistema de recogida de información o de datos sobre la epidemiología de las enfermedades de carácter profesional; que promuevan la investigación en el ámbito de las enfermedades relacionadas con una actividad profesional; que transmitan a la comisión los datos estadísticos y epidemiológicos relativos a las enfermedades profesionales reconocidas a escala nacional; que promuevan una contribución activa de los sistemas nacionales de salud a la prevención de las enfermedades profesionales mediante una mayor sensibilización del personal médico para mejorar el conocimiento y el diagnóstico de estas enfermedades” (Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales).

de información, experiencias y buenas practicas por medio de la Agencia europea para la seguridad y la salud en el trabajo¹¹⁴⁸; que establezcan objetivos nacionales cuantificados para la reducción de las tasas de enfermedades profesionales reconocidas y, de forma prioritaria, de las que se mencionan en la lista europea¹¹⁴⁹; que garanticen una amplia difusión de los documentos de ayuda al diagnóstico de las enfermedades profesionales incluidas en sus listas nacionales, teniendo en cuenta, en particular, las notas de ayuda al diagnóstico de enfermedades profesionales publicadas por la Comisión¹¹⁵⁰. Además, la Recomendación “reconoce la competencia de los Estados miembros para fijar por sí mismos los criterios para el reconocimiento de cada enfermedad profesional conforme a su legislación y sus prácticas nacionales vigentes” (artículo 2).

Por último, señalar que la Recomendación estableció una “lista europea de enfermedades profesionales”¹¹⁵¹, que debían estar directamente ligadas con la actividad

¹¹⁴⁸ Puntualiza MORENO CÁLIZ, S., “La lista española de Enfermedades Profesionales a la luz de recientes textos internacionales”, *cit.*, pág. 123 que “destaca por encima de la indemnización del daño la prevención de los daños derivados de la enfermedad profesional, prevención que resulta ser una constante a lo largo del texto de la Recomendación”.

¹¹⁴⁹ La Comisión insta a los Estados miembros a cuantificar las tasas de enfermedades profesionales reconocidas en la lista, con preferencia de la lista del anexo I, con la finalidad de reducir las mismas en la línea apuntada por el Consejo en el documento aprobado por Resolución de 3 de junio de 2002, que establece las bases de la nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo para los años 2002-2006. El primer objetivo a tener en cuenta por el Consejo y la Comisión es la reducción del número de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, instando a los agentes implicados a fijarse objetivos cuantificados, en el marco de la armonización de las estadísticas de trabajo y enfermedades profesionales en curso. De hecho, el Consejo expresamente invita a la Comisión y a los Estados miembros a “reforzar los trabajos actualmente en curso sobre la armonización de las estadísticas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con objeto de disponer de datos comparables que permitan evaluar objetivamente el impacto y la eficacia de las medidas adoptadas en el contexto de la nueva estrategia comunitaria”. Resolución 2002/C 161/01, publicada en el DO C-161 de 5 de julio de 2002. En este sentido, MORENO CÁLIZ, S., “La lista española de Enfermedades Profesionales a la luz de recientes textos internacionales”, *cit.*, pág. 123.

¹¹⁵⁰ Según describe, LÓPEZ GANDÍA, J. y AGUDO DÍAZ, J., *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*, *cit.*, pág. 19, la Recomendación afecta también como objeto de armonización al diagnóstico de la enfermedad profesional, teniendo en cuenta las notas de ayuda al diagnóstico dictadas en 1997 (publicadas en 1999 por el Instituto de Medicina y Seguridad en el Trabajo) para uso y consulta por el personal médico de los servicios nacionales de salud para mejorar el conocimiento y diagnóstico de las enfermedades profesionales y luchar contra su infradeclaración, que es un fenómeno que se da en muchos países de la UE y especialmente en España; a ello se refiere también la Recomendación 194 OIT de 2002 que viene a establecer pautas para el establecimiento, revisión y aplicación de sistemas de registro de enfermedades profesionales, con el objetivo de mejorar los procedimientos de identificación y registro y notificación de enfermedad profesional a fin de determinar sus causas, y de promover una armonización de los sistemas nacionales de registro y notificación, así como de un procedimiento simple para mantener actualizada la lista de enfermedades profesionales.

¹¹⁵¹ A diferencia de lo que ocurre en la lista de la Recomendación de la OIT no hay cláusula alguna de cierre que permita reconocer como enfermedad profesional, otra distinta a las catalogadas o descritas en el anexo,

ejercida, y una “lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha, que deberían declararse y cuya inclusión en el anexo I de la lista europea podría contemplarse en el futuro”, pero que mientras tanto deben ser indemnizadas por el Estado.

ANEXO I. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN HOLANDESA: LA AUSENCIA DE TRATO DE FAVOR EN LAS PRESTACIONES DE ORIGEN PROFESIONAL

Hasta ahora, las únicas experiencias históricas de tratamiento indiferenciado de riesgos, han sido las de la extinta URSS y sus países satélites, con la desaparición de la rama del seguro de accidentes de trabajo y la reclasificación de las ramas de seguros sociales en dos grupos con independencia de la contingencia (asistencia económica y asistencia sanitaria). Un supuesto excepcional viene constituido por Holanda donde, ya desde 1967 con las “Leyes Veldkamp” se abandonó la distinción clásica entre el régimen de los accidentes de trabajo y el régimen de las demás enfermedades y accidentes, por considerarse discriminatoria. En la Seguridad Social holandesa, a todas las enfermedades y accidentes se les dota de igual trato, independientemente de cuáles sean sus causas.

Con independencia de si el daño de la persona y la pérdida de la capacidad laboral que éste lleva aparejada se ha producido por una enfermedad o un accidente laboral o de si se ha producido por otro motivo, la Seguridad Social holandesa concede las mismas prestaciones con las mismas condiciones que otorga en caso de haber sufrido una enfermedad o un accidente de cualquier clase. Holanda ha adoptado una posición excepcional a este respecto, sin que se haya puesto seriamente en tela de juicio. Todos los demás Estados miembros de la UE otorgan una posición más beneficiosa a las personas que sufren una enfermedad profesional o un daño laboral¹¹⁵². Ahora bien, el principio de

salvo dos excepciones: a) La que se incluye en el grupo 2 de las enfermedades profesionales de la piel y cánceres cutáneos que incluye a las afecciones cutáneas provocadas en el medio profesional por sustancias alergizantes o irritantes científicamente reconocidas y no consideradas en otros epígrafes; b) La que se incluye en el grupo de enfermedades infecciosas o parasitarias, que se refiere a aquellas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, curas médicas, asistencia domiciliaria y otras actividades similares en las que se ha probado un riesgo de infección. No se incluyen determinadas enfermedades provocadas por agentes físicos, que sí menciona la Recomendación de OIT como las provocadas por radiaciones no ionizantes (térmicas, ultravioletas). MORENO CÁLIZ, S., “La lista española de Enfermedades Profesionales a la luz de recientes textos internacionales”, *cit.*, pág. 125.

¹¹⁵² PIETERS, D., “El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea”, *cit.*, pág. 192. En el mismo sentido, según los autores OJEDA AVILÉS, A. y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA, C., “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y

conjunta consideración de las contingencias ha quedado convertido en una utopía, pues en los países en los que se ha establecido, los resultados no han sido especialmente positivos.

El sistema de Seguridad Social holandés¹¹⁵³ hace la distinción entre los seguros sociales y las provisiones sociales (prestaciones asistenciales). La principal característica que los diferencia es la forma de financiación, pues mientras que los seguros sociales se financian mayormente a través de cotizaciones y en menor medida a través de aportaciones del Estado, las provisiones sociales se financian totalmente a cargo de los Presupuestos Generales del Estado. Los seguros sociales a su vez se dividen en seguros nacionales y seguros de los trabajadores que, salvo algunas excepciones, cubren a los trabajadores por cuenta ajena.

- Seguros nacionales. Su finalidad es asegurar a toda la población en general (y residentes legales) contra las contingencias de vejez, supervivencia y gastos especiales de asistencia sanitaria. Mediante Decreto se amplía y limita el ámbito de los asegurados. Aunque estos seguros se financian mayormente mediante cuotas, ya que en caso de tener rentas nace la obligación de cotizar, la residencia viene siendo el criterio determinante para poder estar acogido a los mismos. Las cuantías de las prestaciones guardan relación con el salario mínimo legal y su importe final se obtiene en algunos casos teniendo en cuenta la situación familiar del beneficiario (solteros, parejas, etc.). No se establecen en función de los salarios percibidos con anterioridad al hecho causante ni, en su caso, a las cotizaciones del asegurado.
- Seguros de trabajadores por cuenta ajena. Su finalidad es asegurar a los trabajadores por cuenta ajena, y asimilados, contra las contingencias de

enfermedades profesionales”, *cit.*, pág. 53, las prestaciones del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los distintos sistemas de Seguridad Social europeos parecen cortadas por el mismo patrón en lo básico, dejándose los distintivos nacionales para lo secundario. “Únicamente Holanda se desvía del resto de los países y no tiene prevista una regulación separada y autónoma de este seguro, quedando incluidas las prestaciones correspondientes dentro de la rama general de enfermedad y accidente. La solución holandesa puede repugnar a algunos países anclados en la tradición, pero ésta fórmula, en plena remodelación del modelo Bismark, debería ser objeto de análisis y estudio”.

¹¹⁵³ Información extractada de “La Seguridad Social en Países Bajos”, Comisión Europea (Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión), http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SeguridadSocialRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Netherlands_es.pdf

incapacidad laboral de corta y de larga duración, desempleo y asistencia sanitaria. Mediante Decreto se amplía y limita el ámbito de los asegurados. Se trata de seguros mayormente contributivos y, en los casos que proceda, las cuotas y prestaciones se basan en los salarios percibidos.

En los Países Bajos no existe un régimen especial del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por lo que si el trabajador queda incapacitado para el trabajo por riesgos profesionales, tiene derecho a la aplicación del régimen general: prestaciones en especie de su seguro de enfermedad, prestaciones de enfermedad en metálico y prestaciones de invalidez.

a) Prestaciones en especie

Los cuidados médicos están cubiertos por dos regímenes de seguros distintos que se complementan mutuamente: el seguro de asistencia sanitaria (basado en la Ley del Seguro de Asistencia Sanitaria) y el seguro de los gastos especiales por enfermedad (basado en la Ley General de los Gastos Excepcionales de Enfermedad). Las personas que tienen la obligación de asegurarse con arreglo a esta Ley General de los Gastos Excepcionales de Enfermedad son los residentes legales en los Países Bajos, o las personas que viven en otro país, pero que trabajan en los Países Bajos y pagan el impuesto sobre la renta neerlandés.

Como tomador de un seguro de enfermedad con arreglo a la Ley del Seguro de Asistencia sanitaria, se tiene derecho a las siguientes prestaciones médicas (si bien las pólizas de seguro de enfermedad presentan dos variantes principales: las pólizas basadas en prestaciones en especie y las pólizas basadas en el reembolso de los gastos médicos):

- Asistencia sanitaria: Los cuidados médicos incluyen prestaciones como las que suministran los médicos generalistas, especialistas, psicólogos y ginecólogos. Estas prestaciones incluyen, entre otros, los exámenes anexos de laboratorio y los cuidados de enfermería, las pruebas genéticas, la hemodiálisis no clínica, los servicios para los pacientes con problemas respiratorios crónicos intermitentes y la prevención de las trombosis, las máquinas necesarias para la hemodiálisis no clínica y la respiración artificial para los pacientes crónicos intermitentes, y los cuidados de salud mental (incluyendo la asistencia psicológica general).

- **Productos farmacéuticos:** Los suministros farmacéuticos incluyen los medicamentos y determinados productos alimenticios destinados a un uso médico. Los medicamentos autorizados se reparten, en principio, en grupos de sustancias terapéuticas equivalentes, y el límite máximo de reembolso de un grupo de medicamentos se fija en función del precio medio de los medicamentos de dicho grupo (si un asegurado elige un medicamento cuyo precio supera este límite máximo, deberá abonar la diferencia).
- **Transporte:** El transporte de los enfermos se realiza, previa autorización, en ambulancia, taxi o automóvil particular siempre y cuando exista una prescripción médica (en determinados supuestos, el asegurador puede autorizar un medio de transporte excepcional como, por ejemplo, un helicóptero). Sólo está autorizado el transporte de enfermos en posición acostada o que necesiten vigilancia en cuatro supuestos: pacientes de diálisis renal, pacientes en tratamiento de quimioterapia o radioterapia, invidentes que no pueden desplazarse sin acompañante y, por último, los pacientes en silla de ruedas. La distancia está limitada a 200 kilómetros (viaje de ida).
- **Tratamiento odontológico:** En el caso de los menores de 18 años, el cuidado dental incluye intervenciones de mantenimiento preventivo, la aplicación de fluoruro hasta dos veces al año a partir de los 6 años de edad, emplastes, la atención periodontal y tratamientos quirúrgicos; en el caso de los adultos, se cubren las dentaduras postizas y el tratamiento quirúrgico especializado.
- **Prótesis, gafas, audífonos:** Requieren la aprobación previa del asegurador.
- **Tratamiento hospitalario:** Los cuidados hospitalarios, a excepción de los hospitales psiquiátricos o los servicios psiquiátricos de los hospitales generales o universitarios, son asumidos siempre que tengan una duración superior a un año.

b) Prestaciones de enfermedad en metálico

El Código Civil obliga al empresario a seguir abonando a su trabajador enfermo, al menos el 70% de su salario durante los dos primeros años de enfermedad. El trabajador tiene derecho a los subsidios de enfermedad cuando la relación de trabajo finaliza el primer día de enfermedad o durante el periodo de pago obligatorio del salario. El derecho

a los subsidios de enfermedad se extingue en cualquier caso el primer día del mes en el que cumpla 65 años o cuando el asegurado deje de estar enfermo.

c) Prestaciones de invalidez

Se considerará que el asegurado tiene una incapacidad total o parcial para trabajar cuando, como consecuencia de una enfermedad o una discapacidad, no pueda ganar el salario normal de un trabajador sano con una formación similar y cualificaciones equivalentes en el lugar donde trabaja o ha trabajado el asegurado, o en las proximidades. No se hacen distinciones basadas en la causa de la incapacidad (invalidez o accidente de trabajo), si bien para recibir una prestación, el asegurado debe sufrir una invalidez del 35%. En el caso de las personas con una discapacidad parcial, no se hace hincapié en la protección del ingreso, sino en las posibilidades de rehabilitación.

Los trabajadores por cuenta propia que hayan quedado incapacitados para el trabajo y o están cubiertos por estas prestaciones deben asegurarse por sí mismos contra el riesgo de incapacidad para el trabajo.

El Reglamento de concesión de prestaciones a las personas con una incapacidad parcial para el trabajo ofrece una prestación basada en el salario que se concede por un periodo que varía de 3 a 38 meses. El importe de la prestación depende del grado de discapacidad, del último sueldo del trabajador por cuenta ajena y del salario que recibía este cuando se encontraba parcialmente discapacitado:

- Si el asegurado no trabaja, recibirá un 75% del último salario durante los primeros dos meses y un 70% del último salario a partir de entonces.
- Si el asegurado sufre una discapacidad parcial y trabaja, recibirá un 75% de la diferencia entre su último salario y los ingresos del trabajo obtenidos por encima de su salario durante los primeros dos meses.
- Se puede conceder un complemento salarial o una prestación de seguimiento hasta cumplir la edad de 65 años.
- Si el asegurado gana al menos un 50% de su capacidad de ganancia restante, su salario se complementará con el 70% de la diferencia entre el último salario y la capacidad de ganancia restante.

- Quien, al finalizar el periodo de percepción del subsidio vinculado al salario, no tiene trabajo o gana menos del 50% de la capacidad de ganancia restante, recibe un subsidio basado en un porcentaje del salario mínimo estipulado.

Las personas con una incapacidad total para el trabajo recibirán un 75% de su último salario.

ANEXO II. EXAMEN COMPARATIVO DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y DE LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES EN ALGUNOS PAÍSES DE LA UE

Si bien, cada vez más, en el ámbito de la UE, se van diluyendo las diferencias que caracterizan a las contingencias profesionales y les concedían un trato privilegiado respecto de las comunes, todavía se conservan muchas de sus peculiaridades, pues no hay que olvidar que históricamente el accidente de trabajo fue el primer riesgo social que se protegió; con excepción de Holanda en cuyo sistema no existen estas figuras y su cobertura no se diferencia en nada de la establecida con carácter general, los restantes países de la UE presentan una serie de características similares en su tratamiento que, a continuación, se señalan¹¹⁵⁴:

- Su protección o cobertura corre, por regla general, a cargo de Compañías de Seguros, Fondos especiales o, en el caso de que corresponda a la Seguridad Social, se encargan de ello instituciones específicas.
- Las cotizaciones o primas, salvo alguna excepción, son a cargo exclusivo de la empresa, residuo éste de la antigua teoría de la responsabilidad empresarial.
- La asistencia sanitaria es más amplia y, por lo general, gratuita, con especial relevancia de las medidas de rehabilitación.

¹¹⁵⁴ GONZÁLEZ GÓMEZ, A., “Regulación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales en los países de la Unión Europea”, *La Mutua, Revista Técnica de Seguridad Social y Prevención*, núm. 7, Fraternidad-Muprespa, 2002, pág. 17. En el mismo sentido, OJEDA AVILÉS, A. y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *cit.*, págs. 53-54.

- La *vis atractiva* del accidente de trabajo se extiende a los ocurridos “*in itinere*” o, en otras circunstancias, cuando exista un nexo con el trabajo.
- Las prestaciones se calculan, por regla general, sobre salarios reales percibidos o que se supone podrían percibirse de no haber sufrido el accidente o la enfermedad.
- No se exige en ningún caso periodos de carencia (cotización mínima previa exigida) para los accidentes de trabajo y sólo mínimos periodos de exposición al riesgo (en este sentido hacen referencia al periodo de cotización exigido en caso de enfermedad profesional), en algunos países y para algunas enfermedades profesionales.
- Existen listados de enfermedades profesionales en prácticamente todos los países.
- Por último, es tendencia general procurar la readaptación profesional del accidentado y del enfermo con el establecimiento de medidas de este orden que tienen como fin su reincorporación al mundo laboral.

Pasamos a realizar un breve examen comparativo de la protección de los riesgos profesionales en estos seis ejemplos de países de la UE como son Alemania, Bélgica, Finlandia, Francia, Italia, y Luxemburgo.

ALEMANIA¹¹⁵⁵

a. Cobertura del sistema de Seguridad Social

La Seguridad Social alemana está compuesta legalmente por cinco ramas: el seguro de enfermedad, el seguro de dependencia, el seguro de pensiones, el seguro de accidentes y el seguro de desempleo. Además, existe asimismo la ayuda social pública, las prestaciones mínimas a favor de los demandantes de empleo, las prestaciones de vejez, las prestaciones en caso de reducción de la capacidad de ganancia y diversas prestaciones familiares y subvenciones para alojamiento.

Salvo unas pocas profesiones (por ejemplo, funcionarios, jueces y soldados), todos los trabajadores están sujetos a un seguro público. Por el contrario, quienes ejerzan

¹¹⁵⁵ Información extractada de “La Seguridad Social en Alemania”, Comisión Europea (Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión), http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SeguridadSocialRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Germany_es.pdf.

un trabajo marginal cuyo salario no supere 400 euros al mes y los empleados con contratos de corta duración que trabajen menos de 50 días durante el año natural estarán exentos del seguro.

b. Beneficiarios de las prestaciones por riesgos profesionales

El seguro de accidentes es obligatorio, en particular para los trabajadores y las personas en formación. Hay además otros colectivos de personas que tienen la obligación de estar asegurados: los hijos que van a guarderías de día o que se confían a la custodia de personas especializadas; los escolares cuando se encuentran en la escuela de enseñanza general; las personas en rehabilitación; así como de los estudiantes durante su formación o perfeccionamiento en una escuela superior¹¹⁵⁶.

En principio, los trabajadores autónomos no están obligados a afiliarse, salvo cuando el asegurador de accidentes competente los cubra de manera explícita mediante una disposición de sus estatutos. En cualquier caso, los trabajadores autónomos pueden hacerlo voluntariamente¹¹⁵⁷.

c. Definición de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Los accidentes de trabajo son los accidentes producidos en el ejercicio de una actividad asegurada, y los accidentes padecidos en el desplazamiento al y del trabajo (accidentes que padece el asegurado cuando se dirige a su actividad asegurada o regresa de la misma: *in itinere*).

Las enfermedades profesionales son las enfermedades que padece el asegurado, debido a su actividad asegurada o durante esta, incluidas en una lista oficial (definidas en la ordenanza relativa a las enfermedades profesionales). También existe la posibilidad de probar el carácter profesional de las enfermedades que no figuran en la lista (sistema mixto).

¹¹⁵⁶ El seguro de accidentes laborales obligatorio también cubre a: agricultores; las personas que ayudan en caso de accidente; los trabajadores de rescate para la defensa civil y para los casos de catástrofes; donadores de sangre y de órganos; personas que se dedican al cuidado doméstico de personas impedidas; y determinadas personas dedicadas a trabajos honoríficos.

¹¹⁵⁷ En este sentido, GONZÁLEZ GÓMEZ, A., “Regulación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales en los países de la Unión Europea”, *cit.*, pág. 17.

Tiene que existir una relación de causalidad entre la actividad asegurada y el accidente o enfermedad, así como entre el accidente o enfermedad y el perjuicio para la salud.

d. Alcance de la cobertura de las prestaciones

Asistencia sanitaria y otras prestaciones. En casos de accidentes de trabajo facilita:

- Asistencia Sanitaria. Incluye un amplio abanico de tratamientos médicos como los primeros auxilios, los medicamentos, los tratamientos paramédicos y los medios auxiliares, la atención a domicilio así como las prestaciones de rehabilitación médica.
- Prestaciones para la participación en la vida social. El propósito de estas prestaciones es reintegrar a las personas en la vida social, en particular ayudarlas a: adquirir conocimientos y aptitudes prácticas; comprender el entorno; adquirir, mantener y equipar un alojamiento adaptado para personas discapacitadas; vivir de forma autónoma en un centro de alojamiento; participar en la vida cultural y social.
- Prestaciones para participar en la vida activa de la comunidad (incluyen fundamentalmente prestaciones destinadas a conservar o conseguir un empleo, buscar trabajo, realizar prácticas laborales, prepararse para un trabajo, cursos de formación y perfeccionamiento, así como la reconversión profesional); y prestaciones complementarias (afectan en particular a la práctica en grupo de un deporte de rehabilitación por prescripción de un médico y bajo supervisión médica, los gastos de desplazamientos necesarios para practicarlos, la ayuda a los desplazamientos y la ayuda a domicilio, así como los gastos de custodia de los hijos).

Subsidio IT. Se abona un subsidio diario en caso de accidente durante la duración de la incapacidad para el trabajo, que asciende al 80% de su salario íntegro antes de la declaración de la incapacidad para trabajar, con el límite máximo de su salario neto. Se concede en general una vez finalizado el periodo durante el cual sigue percibiendo su salario, y se abona normalmente durante un máximo de 78 semanas. El pago del subsidio en caso de accidente no finaliza antes de que concluya el tratamiento hospitalario. Esta prestación finaliza cuando se le concede una pensión de invalidez por accidente de trabajo

o enfermedad profesional. Se concede una prestación temporal durante el periodo en el que el asegurado recibe prestaciones para la participación en la vida activa; el importe de la prestación temporal es ligeramente inferior al del subsidio por accidentes.

IP. Para generar derecho a pensión se precisa que debido a un accidente en el trabajo o a una enfermedad profesional, la capacidad de ganancia se vea reducida al menos un 20% durante más de 26 semanas tras el accidente. La cuantía depende del nivel de reducción de la capacidad de ganancia así como de los ingresos profesionales anuales (ingresos de los doce meses civiles anteriores a que se produjera la eventualidad asegurada).

Pensiones de supervivencia. Si el fallecimiento se debe a una contingencia profesional, el cónyuge de un asegurado tiene derecho a una pensión que asciende al 40% de los ingresos profesionales anuales del causante fallecido si tiene 47 o más años, si se encuentra en situación de invalidez profesional o de incapacidad general de ganancia o si tiene a su cargo a un hijo con derecho a una prestación de orfandad.

Si el beneficiario es más joven y no tiene a su cargo a ningún hijo, percibirá durante dos años una pensión anual equivalente al 30% de los ingresos profesionales del causante fallecido. No obstante, se mantiene la pensión transcurrido este periodo de dos años, o bien si la fecha del fallecimiento era anterior al 1 de enero de 2002, o bien si los cónyuges, de los cuales al menos uno debe haber nacido antes del 2 de enero de 1962, contrajeron matrimonio antes del 1 de enero de 2002.

Los hijos menores de 18 años reciben una pensión de orfandad. El huérfano de padre o madre recibe un 20% de los ingresos profesionales anuales del causante fallecido, mientras que el huérfano absoluto (de padre y de madre) recibe el 30%. Si el hijo sigue cursando estudios, se le abonará la pensión hasta que cumpla 27 años.

En determinadas condiciones se puede sustituir la pensión por un pago único.

Así mismo, se abona un subsidio por defunción, a la persona que se hace cargo del sepelio, equivalente a la séptima parte del salario de referencia.

BÉLGICA¹¹⁵⁸

a. Cobertura del sistema de Seguridad Social

El régimen de la Seguridad Social belga para los trabajadores por cuenta ajena incluye las siguientes ramas: prestaciones de enfermedad y de maternidad, seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, subsidios por defunción, prestaciones de invalidez, prestaciones de vejez y de supervivientes; prestaciones por desempleo, y prestaciones familiares. A los trabajadores por cuenta propia se les podrá aplicar unas disposiciones especiales.

b. Beneficiarios de las prestaciones por riesgos profesionales

Todos los trabajadores por cuenta ajena, incluidos los aprendices y los empleados de hogar, están cubiertos contra los accidentes de trabajo y los accidentes producidos en el desplazamiento de ida y vuelta al trabajo.

Todos los trabajadores por cuenta ajena, los desempleados y los inválidos en cursos de formación o de rehabilitación profesional, están cubiertos contra las enfermedades profesionales¹¹⁵⁹.

c. Definición de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Se define un accidente de trabajo como todo accidente padecido por un trabajador en el transcurso y por el hecho de ejercer el contrato de trabajo y “que produce una lesión”.

Si la enfermedad profesional está incluida en la lista de enfermedades reconocidas y la víctima trabaja en un sector expuesto a este riesgo, su enfermedad será reconocida como enfermedad profesional. “Además, la víctima también tiene la posibilidad de aportar pruebas, para una enfermedad que no esté incluida en la lista, de la exposición a determinados riesgos y del vínculo causal entre dicha exposición y la enfermedad”.

¹¹⁵⁸ Información extractada de “La Seguridad Social en Bélgica”, Comisión Europea (Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión), [http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/Seguridad SocialRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Belgium_es.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/Seguridad_SocialRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Belgium_es.pdf).

¹¹⁵⁹ En este sentido, GONZÁLEZ GÓMEZ, A., “Regulación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales en los países de la Unión Europea”, *cit.*, pág. 20.

d. Alcance de la cobertura de las prestaciones

Los accidentes de trabajo dan derecho a percibir las siguientes prestaciones: subsidios por incapacidad para el trabajo, temporal y/o permanente, parcial y/o total, y, en caso necesario, asistencia de un tercero; gastos médicos y relacionados; gastos de desplazamiento; y prestaciones especiales en caso de fallecimiento.

En caso de enfermedad profesional se conceden las siguientes prestaciones: subsidios por IT y/o permanente, parcial y/o total y, en casos graves, asistencia de un tercero; subsidios en caso de cese temporal o definitivo de la actividad profesional como medida de prevención; subsidios en caso de fallecimiento del asegurado por una enfermedad profesional; reembolso de los gastos médicos y relacionados.

Asistencia sanitaria. La víctima de un accidente de trabajo tiene derecho al reembolso de todos los gastos resultantes (hospitalización, quinesiterapia, tratamientos médicos, quirúrgicos, dentales y farmacéuticos y aparatos ortopédicos) aplicando las tarifas en vigor del seguro de enfermedad pagando la aseguradora la parte asumida por el paciente; en determinados supuestos se asumen los gastos de desplazamiento del asegurado y de los miembros de su familia.

IT. Durante el periodo de IT completa, la víctima percibirá el 90% del salario diario medio, hasta tanto su situación es estable¹¹⁶⁰. La IT parcial también da derecho a percibir un subsidio. Si la víctima se reincorpora parcialmente al trabajo, recibirá un subsidio igual a la diferencia entre su remuneración antes del accidente y la remuneración que percibe al reincorporarse. Transcurrido un cierto periodo, se puede reincorporar al trabajo o consolidar la incapacidad. El pago del subsidio se realiza en la misma fecha que el salario.

IP. Tras la consolidación, se concede un subsidio anual durante un periodo de 3 años, plazo durante el cual se puede reexaminar el caso, y cuya cuantía depende del porcentaje de incapacidad y de la remuneración a la que tenía derecho el trabajador en el año inmediatamente anterior al accidente (salario base). Transcurrido dicho plazo de 3

¹¹⁶⁰ En este sentido, GONZÁLEZ GÓMEZ, A., “Regulación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales en los países de la Unión Europea”, *cit.*, pág. 20.

años la pensión se convierte en vitalicia. Puede solicitar el abono de la tercera parte del capital de la renta si la incapacidad es superior al 19%.

En el caso de la asistencia prestada por un tercero, se concede una asignación suplementaria por un máximo de 12 veces el ingreso mensual medio garantizado de acuerdo con el grado de necesidad e indexado desde el inicio del periodo de cobro de la prestación, que termina al nonagésimo primer día de hospitalización. Se autoriza la acumulación con la percepción de nuevos ingresos. Sin embargo, existen limitaciones para acumular esta prestación con las de enfermedad, invalidez, jubilación y otras pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En lo que respecta al pago, es trimestral o mensual según los casos

Prestaciones por muerte y supervivencia. Un accidente de trabajo o en el trayecto al y del trabajo (o una enfermedad profesional) que haya provocado el fallecimiento de la víctima da derecho a:

- un subsidio para gastos funerarios equivalente a 30 veces la remuneración diaria media de la víctima;
- el reembolso de todos los gastos (incluyendo las formalidades administrativas) relativos al traslado de la persona fallecida al lugar de inhumación;
- una renta vitalicia al cónyuge superviviente de una cuantía igual al 30% de la remuneración del causante fallecido;
- una renta temporal para los hijos cuya cuantía es del 15% (huérfanos de padre o madre) o del 20% (huérfanos de padre y madre) de la remuneración del causante, que se abona hasta los dieciocho años o hasta la fecha de vencimiento del derecho a percibir prestaciones familiares.

Las rentas por accidente mortal también se pagan cada trimestre o cada mes.

FINLANDIA¹¹⁶¹

a. Cobertura del sistema de Seguridad Social

En Finlandia, todos los residentes están cubiertos por regímenes de Seguridad Social que regulan las pensiones básicas (pensiones nacionales y pensión mínima garantizada), las prestaciones de enfermedad y maternidad, y las prestaciones familiares. Además, todos los trabajadores por cuenta ajena tienen derecho a prestaciones basadas en el empleo, como la pensión legal de jubilación y las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como en el desempleo. Todos los residentes de municipios tienen acceso a asistencia sanitaria y servicios sociales. En Finlandia, el sistema legal de jubilación incluye la pensión de jubilación y la pensión nacional. Entre las prestaciones de estos dos regímenes figuran la pensión de invalidez, la pensión de supervivencia y la pensión de vejez.

El principal régimen de indemnización de los riesgos profesionales en el marco del seguro de enfermedad y del seguro legal de pensiones es el seguro legal contra los accidentes de trabajo, en virtud del cual el asegurado tiene derecho a percibir una indemnización en caso de perjuicio económico provocado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. El seguro legal contra los accidentes está gestionado por compañías de seguros privadas, que no pueden negarse a conceder y mantener en vigor un seguro solicitado legalmente.

La empresa está obligada a asegurar a todo trabajador contratado más de 12 días durante un año civil, y si la empresa incumple su obligación, o si no está sujeta a esta obligación, el trabajador que haya padecido un perjuicio tendrá no obstante derecho a percibir las indemnizaciones previstas por la Ley sobre el seguro de accidentes.

b. Beneficiarios de las prestaciones por riesgos profesionales

Están asegurados todos los trabajadores que tienen una relación de trabajo en el sector público o privado, salvo los miembros de la familia del empresario y los directivos de la empresa que, a título individual o colectivo con los miembros de sus familias, posean la mitad de la misma (aunque pueden suscribir en virtud de la Ley sobre los seguros de

¹¹⁶¹ Información extractada de “La Seguridad Social en Finlandia”, Comisión Europea (Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión), http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SeguridadSocialRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Finland_es.pdf.

accidentes un seguro voluntario que ofrece las mismas prestaciones que el seguro obligatorio). Y por lo general, los estudiantes en prácticas laborales y los trabajadores enviados en misión al extranjero también están asegurados.

c. Definición de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Se entiende por accidente de trabajo aquel que se produzca en el trabajo o en circunstancias relacionadas con éste, en el trayecto entre el domicilio y el lugar de trabajo, o en el marco de una tarea o misión encomendada por el empresario.

Se considera enfermedad profesional toda afección cuya causa principal pueda ser imputada probablemente a factores físicos, biológicos o químicos relacionados con el trabajo desempeñado durante un periodo de empleo.

d. Alcance de la cobertura de las prestaciones

Asistencia sanitaria. El régimen legal del seguro de accidentes garantiza la indemnización de la atención médica esencial y la pérdida de rentas, y su coste y su pago corren íntegramente a cargo de la aseguradora.

IT. Durante un máximo de un año, se abonan subsidios diarios, que durante las cuatro primeras semanas a partir del accidente, la cuantía es igual al subsidio de enfermedad. Transcurrido dicho plazo, el subsidio diario será de trescientos sesentavos por día (1/360 parte del salario anual del trabajador accidentado)¹¹⁶². El salario anual se calcula, por regla general, tomando como base reguladora los ingresos en el momento del accidente.

IP. Si el accidente implica una incapacidad para el trabajo de una duración superior a un año, el trabajador percibirá una pensión por accidente de trabajo. La cuantía de la misma abonada a un trabajador con una invalidez total asciende al 85% del salario anual hasta los 65 años, y a partir de entonces percibirá una pensión que representará el 70% de su salario anual. Se podrán abonar subsidios diarios y una pensión por accidente de trabajo parcial en caso de una incapacidad parcial.

¹¹⁶² En este sentido, GONZÁLEZ GÓMEZ, A., “Regulación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales en los países de la Unión Europea”, *cit.*, pág. 22.

Si la lesión genera una invalidez general permanente, el asegurado tendrá derecho a un subsidio por inconvenientes. Las lesiones y enfermedades se agrupan en 20 categorías de discapacidad con arreglo a su gravedad.

Los gastos de rehabilitación médica y de readaptación profesional están cubiertos asimismo por el seguro de accidentes. La rehabilitación tiene como principal objetivo permitir que el trabajador vuelva a encontrar una actividad remunerada adecuada y facilitar su autonomía en la vida diaria. Se prevé el reembolso individual de los gastos legítimos de rehabilitación o readaptación, así como de la pérdida de ingresos, normalmente en forma de una pensión por accidente de trabajo.

Supervivencia. En caso de defunción, se abona una prestación por los gastos del sepelio al patrimonio del fallecido o a las personas que han corrido con los gastos del sepelio y una pensión de superviviente al cónyuge superviviente así como a los hijos menores de dieciocho años o de veinticinco si estudian. La pensión de superviviente constituye una renta imponible.

FRANCIA¹¹⁶³

a. Cobertura del sistema de Seguridad Social

El sistema de la Seguridad Social francés consta de cinco grandes apartados:

- el régimen general, que cubre a la mayoría de los trabajadores por cuenta ajena, así como a otras categorías de personas (estudiantes, beneficiarios de determinadas prestaciones, residentes) que, a lo largo de los años, han estado afiliados;
- los regímenes especiales de los trabajadores por cuenta ajena de los cuales algunos cubren todos los riesgos y otros solo el seguro de vejez (los nacionales dependen en dicho caso del régimen general para cubrir los demás riesgos);

¹¹⁶³ Información extractada de “La Seguridad Social en Francia”, Comisión Europea (Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión), http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SeguridadSocialRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20France_es.pdf.

- el régimen agrícola, que engloba todos los riesgos, pero en dos líneas distintas: los agricultores autónomos y los trabajadores agrícolas por cuenta ajena;
- los regímenes de trabajadores autónomos no agrícolas: existen tres regímenes para el seguro de vejez de los trabajadores autónomos (artesanos, comerciantes e industriales así como profesiones liberales) y un régimen del seguro de enfermedad;
- los regímenes del desempleo y los regímenes obligatorios de las pensiones complementarias.

El régimen general se organiza en torno a cuatro ramas: la rama de enfermedad, maternidad, invalidez y fallecimiento; la rama de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; la rama de vejez; y la rama de la familia. Además de este, existen regímenes colectivos extraordinarios, de afiliación obligatoria o voluntaria. Estos regímenes se han creado en el marco profesional (empresas o sectores), fundamentalmente de vejez, enfermedad o invalidez. Estos distintos regímenes pueden complementarse a título personal mediante seguros individuales.

b. Beneficiarios de las prestaciones por riesgos profesionales

En cuanto al campo de aplicación personal, los trabajadores por cuenta ajena (agrícolas o no) y los agricultores autónomos pertenecen obligatoriamente a un seguro de accidentes de trabajo.

c. Definición de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Se consideran accidentes de trabajo los que se derivan de su trabajo o son provocados por éste, incluidos los accidentes en el desplazamiento de ida y vuelta al trabajo.

Son enfermedades profesionales las enfermedades contraídas en el trabajo e incluidas en las listas oficiales de enfermedades profesionales o que están causadas directamente por el trabajo habitual según el dictamen de un comité de reconocimiento de enfermedades profesionales.

d. *Alcance de la cobertura de las prestaciones*

Asistencia sanitaria. Tras padecer un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el asegurado tiene derecho a asistencia sanitaria, si bien los gastos de hospitalización corren íntegramente por cuenta de la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad de los Trabajadores por Cuenta Ajena. Previa presentación del formulario de accidente, el asegurado tiene derecho a percibir de manera gratuita, sin adelantar los gastos (salvo que la cuantía supere la tarifa de responsabilidad), asistencia sanitaria, medicamentos, hospitalización, aparatos y prótesis. En determinados supuestos, el asegurado tiene derecho a una reeducación profesional o una rehabilitación funcional. Los titulares de una renta por accidente de trabajo correspondiente a un grado de IP de al menos el 66,66 % tienen derecho y dan nacimiento al derecho, sin aplicación del copago, a percibir prestaciones en especie del seguro de enfermedad y maternidad.

IT. Si el asegurado es trabajador por cuenta ajena, tiene derecho a un subsidio diario desde el primer día de su incapacidad para el trabajo, equivalente al 60% del salario diario íntegro durante los 28 primeros días y, a continuación, a partir del día 29, al 80% de dicho salario¹¹⁶⁴, con el límite del 0,834% del límite anual máximo de la Seguridad Social. El subsidio diario de los agricultores autónomos es una cuantía a tanto alzado que se abona a partir del octavo día de baja.

IP. Si, debido a un accidente o una enfermedad, el asegurado tiene una incapacidad para el trabajo permanente parcial (de al menos el 10% en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, o el 30% en el caso de los agricultores autónomos) o total, tiene derecho a percibir una pensión. El importe de la pensión se calcula sobre los salarios reales percibidos en los 12 meses anteriores al cese en el trabajo y el porcentaje se establece en proporción al grado de IP.

Prestaciones por fallecimiento. El régimen de los trabajadores por cuenta ajena paga pensiones al cónyuge, a la pareja o a la persona vinculada a la víctima por un Pacto Civil de Solidaridad, a los hijos menores de 20 años y, en determinados supuestos, a los padres del asegurado fallecido. Las pensiones son iguales a un porcentaje del salario anual del asegurado fallecido. Este porcentaje asciende al 40% para el cónyuge (o al 60% en determinados supuestos), al 25% para cada uno de los dos primeros hijos y al 20% para

¹¹⁶⁴ En este sentido, GONZÁLEZ GÓMEZ, A., “Regulación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales en los países de la Unión Europea”, *cit.*, pág. 23.

cada hijo a partir del segundo. La cuantía total de las pensiones de superviviente de la víctima de algún accidente de trabajo abonada no puede superar el 85% del ingreso anual de la persona fallecida.

ITALIA¹¹⁶⁵

a. Cobertura del sistema de Seguridad Social

La legislación italiana establece la cobertura para las siguientes ramas de la Seguridad Social: prestaciones de vejez, invalidez, supervivientes, enfermedad, desempleo, jubilación anticipada, familia, maternidad y prestaciones de paternidad equivalentes, así como prestaciones de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Todos los trabajadores que realicen su actividad remunerada en territorio italiano están obligatoriamente cubiertos por la Seguridad Social.

Tanto los trabajadores por cuenta ajena del sector privado como los trabajadores por cuenta propia tienen la obligación de inscribirse en el Régimen del Seguro General Obligatorio.

El sistema de la Seguridad Social italiano se financia con las cotizaciones a la Seguridad Social pagadas por las empresas y por los trabajadores, así como con los ingresos tributarios. El Servicio Nacional de Salud¹¹⁶⁶ se financia con los ingresos tributarios aportados por todas las personas que residen en el territorio italiano.

¹¹⁶⁵ Información extractada de “La Seguridad Social en Italia”, Comisión Europea (Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión), [http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/Seguridad SocialRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Italy_es.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/Seguridad_SocialRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Italy_es.pdf).

¹¹⁶⁶ La Constitución Italiana se remonta al 1947, con entrada en vigor el 1 de enero de 1948, cuyo artículo 32 establece que “la República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad, y garantizará la asistencia gratuita a los indigentes”. Esa disposición fue la primera en Europa, teniendo en cuenta que no había tal referencia tanto en la Ley Fundamental alemana y en la Carta francesa de 1946. Es evidente, en primer lugar, que el derecho está garantizado para todos, no sólo a los ciudadanos, y que de este modo el principio de la inviolabilidad de los derechos se concreta en el ámbito social. Por Ley de 23 de diciembre de 1978 se crea este SNS, articulado sobre una base regional, y todavía comprensivo de todos los principios generales de la materia: la universalidad, la libertad y la igualdad de acceso, la definición de los niveles esenciales de la calidad del servicio (LEA), la planificación regional, servicio de prestación a través de las unidades sanitarias locales (USL), integradas por las autoridades locales de primer nivel. Véase, FRANCO FERRARI, G., “Derechos Sociales en Italia”, *Estudios sobre Seguridad Social: 60 años de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social*, OISS, 2014, pág. 279.

b. Beneficiarios de las prestaciones por riesgos profesionales

Están asegurados contra los riesgos profesionales todos los trabajadores por cuenta ajena, y trabajadores por cuenta propia que ejercen determinados tipos de actividad profesional o comercial que, de conformidad con la Ley italiana, pueden provocar accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Determinadas medidas legislativas específicas han ampliado la protección del seguro a otras categorías de trabajadores (como directivos, deportistas profesionales, y los que realicen tareas domésticas).

c. Definición de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Son accidentes de trabajo los ocurridos a causa del trabajo, sin que se incluyan los accidentes *in itinere*, salvo casos excepcionales (como que el medio de transporte pertenece a la empresa)

Son enfermedades profesionales tanto las incluidas en las listas como cualquier otra enfermedad para la cual el trabajador pueda demostrar su origen profesional.

d. Alcance de la cobertura de las prestaciones

Asistencia sanitaria. El trabajador asegurado que sufre un accidente en el trabajo o una enfermedad profesional tiene derecho tanto a asistencia sanitaria como a prestaciones complementarias concedidas por el INAIL (Instituto Nacional de Seguros contra los Accidentes de Trabajo). La asistencia sanitaria se presta por el Servicio Nacional de Salud y comprende medicina general, medicamentos, prótesis y aparatos médicos, curas termales (hidroterapia y fangoterapia) y estancias climáticas, reconocimientos médicos y certificados de forenses, y atención ambulatoria de primeros auxilios.

IT. Los tres primeros días después del accidente son cubiertos por el empresario, y a partir del cuarto día desde la fecha del accidente o de la presentación de la enfermedad se abona este subsidio hasta la recuperación o curación. El subsidio equivale al 60% de los ingresos diarios obtenidos en los 15 días anteriores al inicio de la incapacidad para trabajar y hasta el día 90 de baja; a partir del día 91, equivale al 75% de los ingresos diarios, y sin límite de duración.

IP. El subsidio se abona en forma de liquidación de capital si la pérdida de la capacidad laboral alcanza un porcentaje variable entre 6% y 15% y en forma de renta vitalicia si el perjuicio sufrido es superior al 16%. Cuando el impedimento es igual o

superior al 16%, se considera que tiene asimismo consecuencias sobre la capacidad profesional para generar un ingreso: ésta es la razón por la que, en estos casos, también se concede una indemnización para compensar las consecuencias que acarrearán la reducción de ingresos y el deterioro de la calidad de vida.

La cuantía de la renta se calcula en función de la remuneración percibida durante el año anterior al accidente o la aparición de la enfermedad y en función del grado de incapacidad. Las rentas por IP se actualizan todos los años el 1 de julio por Decreto Ministerial en base al IPC. Se podrá revisar el grado de incapacidad, de oficio o a solicitud del trabajador, en cualquier momento durante los dos primeros años y a continuación en intervalos de al menos un año. La solicitud de revisión debe ir acompañada de un certificado médico. La cuantía de las rentas se incrementa en una vigésima parte por hijo a cargo.

En el caso de una IP total que requiere la asistencia personal continuada de un cuidador para realizar las actividades más básicas de la vida diaria, se concede un subsidio mensual por ayuda de un tercero (que completa la pensión de incapacidad) si el INAIL, el hospital en el que está ingresado el asegurado u otro organismo no suministran directamente esta ayuda.

Supervivencia. Si un trabajador fallece por contingencias profesionales sus supervivientes reciben una renta mensual calculada en porcentaje de la última remuneración anual percibida por el difunto: 50% para el cónyuge superviviente; 20% para cada hijo menor de 18 años, o hasta cumplir los 21 años si asisten a un establecimiento de enseñanza secundaria, o hasta los 26 años si realizan estudios universitarios; y 40% concedido a cada huérfano en caso de orfandad absoluta, y con los límites de edad señalados. Si el fallecido no ha dejado cónyuge ni hijos supervivientes: 20% a cada progenitor si vivían a cargo del difunto hasta su fallecimiento; y 20% a cada hermano o hermana a cargo del difunto hasta su fallecimiento.

El INAIL concede un auxilio por defunción a los supervivientes que aporten la prueba de haber tenido que asumir un incremento de los gastos por el fallecimiento del asegurado provocado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

LUXEMBURGO¹¹⁶⁷

a. Cobertura del sistema de Seguridad Social

El sistema de la Seguridad Social de Luxemburgo ofrece las siguientes prestaciones: prestaciones de enfermedad, maternidad y dependencia; prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; prestaciones de invalidez; prestaciones de vejez y de supervivientes; prestaciones de desempleo; prestaciones de jubilación anticipada; prestaciones familiares.

Deben pagarse cotizaciones al seguro de enfermedad y maternidad, así como al seguro de dependencia y al de pensiones (vejez, invalidez y supervivientes). El importe de las cotizaciones representa un determinado porcentaje sobre los ingresos profesionales, si bien, la mitad de la cotización la paga el trabajador y la otra mitad la empresa. Para el cálculo de la cotización por el seguro de dependencia, se tienen en cuenta también los ingresos patrimoniales del interesado, y es este quien debe pagar enteramente esta cotización. En cambio, no se tienen que pagar cotizaciones por el seguro de accidentes de trabajo, las prestaciones familiares o las prestaciones de desempleo.

b. Beneficiarios de las prestaciones por riesgos profesionales

Están asegurados contra los riesgos profesionales los trabajadores por cuenta propia o ajena o, entre otros, los aprendices, los jóvenes voluntarios y los trabajadores con discapacidad empleados en centros ocupacionales. Están asegurados, asimismo, otros grupos, como los estudiantes, las personas matriculadas en clases y exámenes, los profesores, los representantes de los trabajadores y de los empresarios, las personas que participan en actuaciones de rescate o en trabajos voluntarios y los funcionarios, entre otros colectivos.

c. Definición de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Por accidente de trabajo se entiende el ocurrido a consecuencia o en el transcurso de la actividad laboral. Se incluye el accidente *in itinere*, entendiendo como tal aquel que

¹¹⁶⁷ Información extractada de “La Seguridad Social en Luxemburgo”, Comisión Europea (Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión), http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SeguridadSocialRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Luxembourg_es.pdf.

se produce en el trayecto habitual entre el domicilio y el lugar de trabajo (los que afecten a asegurados sometidos a la legislación luxemburguesa fuera del territorio de Luxemburgo se consideran acaecidos dentro del territorio de este país).

Son enfermedades profesionales las incluidas en una lista oficial de enfermedades profesionales, si bien también se puede recibir una compensación en el caso de una enfermedad que no figura en dicha lista, siempre que pueda demostrarse que se debe al trabajo realizado.

d. Alcance de la cobertura de las prestaciones

Asistencia sanitaria. Los asegurados tienen derecho a recibir asistencia sanitaria en el marco del seguro de enfermedad y prestaciones de dependencia como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. La Caja Nacional del Seguro de Enfermedad anticipa estas prestaciones en nombre de la Asociación del Seguro contra Accidentes. Se concede una compensación por daños materiales y daños causados a las prótesis, así como una compensación, dentro de determinados límites, por los daños causados a los vehículos de motor, aunque como consecuencia del accidente el asegurado no haya sufrido daños físicos.

IT. Si está incapacitado para trabajar a consecuencia de un accidente o de una enfermedad profesional, tiene derecho al pago permanente de un subsidio equivalente al salario que se hubiera percibido de haber podido continuar trabajando, y por un plazo no superior a 13 semanas¹¹⁶⁸.

IP. Una vez transcurridas las 13 semanas se le concederá, hasta que se recupere de las lesiones, una prestación de accidentes de trabajo completa que ascenderá a sus ingresos cotizables a la Seguridad Social durante los 12 meses naturales anteriores al accidente.

En caso de que esté capacitado para reanudar su trabajo tras producirse el accidente, se le concederá una prestación de accidentes parcial si sus ingresos han disminuido al menos un 10%, su grado de incapacidad es como mínimo del 10% en el momento de la consolidación, y el Control Médico de la Seguridad Social ha determinado

¹¹⁶⁸ En este sentido, GONZÁLEZ GÓMEZ, A., “Regulación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales en los países de la Unión Europea”, *cit.*, pág. 27.

su incapacidad para proseguir en la actividad que ha ejercido últimamente o de mantener su anterior ritmo de trabajo.

Si se puede recuperar mediante medidas de rehabilitación profesional, recibirá una prestación de espera equivalente al 85% de la prestación de accidentes completa. En caso de que tras la consolidación siga total o parcialmente incapacitado para trabajar, recibirá una indemnización por perjuicios fisiológicos con arreglo a un baremo y una indemnización por daños psicológicos o estéticos.

Prestaciones de supervivencia. Son las siguientes:

- una prestación de accidentes para el cónyuge o la pareja superviviente y equivalente a las tres cuartas partes del 1,85% de los ingresos profesionales anuales que el fallecido habría percibido durante el resto de su vida profesional hasta cumplir 65 años, teniendo en cuenta si el fallecimiento se produjo antes o después de cumplir los 55 años;
- una prestación de orfandad para los hijos del fallecido, equivalente a una cuarta parte de dicho importe.
- y una indemnización por perjuicios psicológicos.

Las pensiones se pagan mensualmente, por adelantado, se actualizan de forma automática para reflejar los cambios en el coste de la vida, y se ajustan periódicamente a la evolución de los salarios. Si el cónyuge o pareja superviviente vuelve a contraer matrimonio o a convivir de hecho, recibirá automáticamente un finiquito en lugar del pago mensual.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El paso de los seguros sociales a la Seguridad Social determinó el abandono de la noción de riesgo como objeto protegido en favor de la contingencia. Pero esta transición no ha sido completa, ya que el nivel contributivo de la Seguridad Social sigue basando su cobertura en la previsión de riesgos, por lo que no se llega a conseguir el principio de universalización de los riesgos.

SEGUNDA. El sistema de gestión de los riesgos profesionales potencia aún más la ya tradicional litigiosidad sobre la calificación de la contingencia, y las Mutuas tratan de exonerarse de responsabilidad trasladando el coste de la protección al Sistema. En ese sentido, la implantación del principio de universalización de los riesgos no sólo no ha avanzado sino que ha llegado a retroceder. Asimismo, los costes de la litigiosidad constituyen un elemento a tener en cuenta en la equiparación de los niveles de tutela, en este sentido se hace necesario la reconsideración de conceptos como accidente de trabajo y accidente *in itinere*, enfermedad profesional, enfermedad del trabajo o los emergentes riesgos psicosociales.

TERCERA. Proponemos la instauración de un sistema de Seguridad Social más equitativo, en lo que se refiere a la cobertura de los sujetos protegidos por lo que se hacen necesarias decisiones político-jurídicas que impliquen iniciativas legislativas, que tengan como objetivo la consolidación del principio de la consideración conjunta de las contingencias. En este sentido, en lo que afecta al cálculo de las prestaciones, deberían incluirse las horas extraordinarias en la base de cotización, además de, en las contingencias de origen profesional, también en las derivadas de contingencias comunes.

CUARTA. Se propone la atenuación de los requisitos de acceso a las prestaciones por contingencias comunes, empezando por la aplicación del principio de alta presunta o de pleno derecho, si se demuestra, por los medios admitidos en derecho, que existió relación laboral. En el mismo sentido pensamos que es necesario suavizar (sin necesidad de que

sean suprimidos) los requisitos de carencia exigidos en la enfermedad común, pensando más en la persona que en evitar el absentismo y el fraude.

QUINTA. Procede acometer una revisión de todos los elementos diferenciadores entre contingencias de origen común o profesional, bajo diferentes perspectivas: su contribución a una tutela adecuada del accidentado por el trabajo, su contribución a una adecuada política preventiva en la materia, y, por último, si tienen justificación suficiente y objetiva para superar el test de constitucionalidad derivada del principio de igualdad.

SEXTA. El problema de la pretendida equiparación de trato entre las contingencias profesionales y las contingencias comunes, se encuentra en dilucidar el camino a seguir: si se produciría, tomando como referente la tutela de las contingencias profesionales que actuaría como paradigma de protección, o bien, la opción jurídico-política podría ser una igualación a la baja, fomentando fórmulas privadas de protección. En su momento nos llegamos a plantear la creación de un sistema mixto que mejorara la regulación actual del trato de las prestaciones derivadas de contingencias comunes a costa del recorte en la tutela de las contingencias de origen profesional, sin embargo, no se puede obviar que el trato de las contingencias profesionales ha actuado de modelo ideal al que debería tender la protección de las contingencias comunes. Por lo que llegamos a la conclusión de que esta última posibilidad sería una regresión, al despojar a las contingencias de origen profesional de las actuales condiciones de su regulación jurídica, que es a lo que conduciría ese hipotético sistema mixto.

SÉPTIMA. No resulta oportuno ni conveniente que se reduzca la protección por contingencias profesionales. Creemos que es importante el mantenimiento de los “privilegios” de la protección profesional. Al mismo tiempo, se debe mejorar la protección de las contingencias comunes mediante su acercamiento a las contingencias de origen profesional, como primordial objetivo, para en un estadio posterior alcanzar la equiparación, cuando, desde luego, las posibilidades financieras del Sistema lo permitan. Si el legislador se desprende de la inercia histórica que ha venido a privilegiar, acentuando las preferencias en torno a la protección de la contingencia profesional, y

materializa nuestra propuesta de iniciar la andadura de acercamiento de las contingencias de origen común al trato dispensado a las contingencias profesionales, sin duda se alcanzarán cotas de mayor equidad entre los sujetos protegidos de la Seguridad Social.

OCTAVA. En el ámbito internacional, también es importante que se produzca un acercamiento de las contingencias para contribuir mejor así al principio de igualdad. Esto supone, por un lado, la adopción de medidas en el marco de un enfoque europeo conjunto, que garantice la viabilidad financiera de los sistemas de Seguridad Social. Por otro lado, debería proponerse una regulación a nivel internacional o europeo, que establezca que la viabilidad futura de los sistemas de Seguridad Social, pasan por adoptar nuevas medidas para evitar el trato diferenciado. Asimismo, nos parece importante que se adapte el sistema de prestaciones a la movilidad geográfica internacional entre trabajadores, adaptando las legislaciones internas para cubrir las necesidades que exigen los desplazamientos de trabajadores. En este sentido sería conveniente que existiera unanimidad en la consideración de lo que constituye accidente *in itinere*, así como que se adoptaran criterios de flexibilidad en las listas de las enfermedades profesionales de los diversos sistemas.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R., *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1991.

ALCÁNTARA Y COLÓN, J. M., “Las recaídas versus recidivas en la incapacidad temporal. Criterios jurídicos”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2015.

ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J. M., “Los servicios sociales: sistema público de protección social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151, 2011.

ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

ALONSO OLEA, M.,

- “Accidente de tráfico y accidente de trabajo”, *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- *Instituciones de Seguridad Social*, 9ª edición revisada, Civitas, Madrid, 1983.
- “La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, en AA.VV., *Cien Años de la 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.
- “Las bases de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964.
- “Los Proyectos de Ley de Contrato de Trabajo del Instituto de Reformas Sociales (en especial en cuanto a los privilegios salariales)”, *Revista del Ministerio de*

Trabajo y Asuntos Sociales, núm. Extra 1 (ejemplar dedicado a Derecho del trabajo: Centenario del Instituto de Reformas Sociales), 2003.

- “Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 39, 2002.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002.

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.,

- “El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 15 (julio-septiembre), 1982.
- *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982.
- “Las prestaciones por Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente en un mundo laboral cambiante”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74 Extra (Seguridad Social), 2008.

APARICIO PÉREZ, J. C.,

- “El futuro de la Seguridad Social”, en AA.VV., *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.
- “Prólogo”, *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, Colección Seguridad Social, núm. 35, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011.

APARICIO TOVAR, J.,

- “Asistencia Sanitaria”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de*

la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad, Comares, Granada, 2006.

- *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989.

ARADILLA MARQUÉS, M. J. y FERNÁNDEZ PRATS, C., “La Sobreprotección de los riesgos profesionales: un fleco pendiente hacia la consideración conjunta de las contingencias”, en AA.VV., *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ARELLANO ORTIZ, P., “Identificación de acciones y estrategias para mejorar la protección de las trabajadoras y trabajadores migrantes y sus familias mediante la seguridad social”, *Migración Laboral: logros y retos*, Revista Perspectiva Laboral, núm. 1, del año 4 (febrero), OIT, Costa Rica, 2014.

BALLESTER PASTOR, M. A., *Significado actual del accidente de trabajo in itinere: paradojas y perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2007.

BARCELÓN COBEDO, S.,

- *El valor de la presunción del artículo 116 de la Ley General de Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2011.
- “La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2012.

BARRIOS BAUDOR, G. L. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.,

- “La protección social en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005.
- “La protección social en la Unión Europea: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración (Derecho Social Internacional y Comunitario)*, núm. 92, 2011.

BLASCO LAHOZ, J. F.,

- “La incapacidad temporal por contingencias comunes”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.
- “Situación protegida a efectos del reconocimiento de derecho a prestación económica por riesgo durante la lactancia natural”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2010.

BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A.,

- *Curso básico de Seguridad Social (Para titulaciones no jurídicas)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- *Curso de Seguridad Social I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

BODAS MARTÍN, R., “Sistemas de responsabilidades en materia de contingencias profesionales, en particular, en los supuestos de falta de afiliación, alta y cotización”, *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

BORRAJO DACRUZ, E.,

- “El nacimiento del Derecho del Trabajo: el debate ideológico y la situación social en España de 1902”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2002.
- “Fundamento en la protección por accidentes de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)”, en AA.VV., *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.
- *Introducción al Derecho del Trabajo*, 13ª edición, Tecnos, Madrid, 2003.

CAPILLA BOLAÑOS, J. A., “Recargo de prestaciones en materia de accidente laboral y estudio de la indemnización. Criterios de cuantificación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008.

CARRIN, G. y JAMES, C., “El seguro social de salud: factores clave que inciden en la transición hacia la cobertura universal”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, volumen 58, núm. 1, 2005.

CARRIZOSA PRIETO, E., “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿imposible concurrencia? (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2014)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 171, 2014.

CASAS BAAMONDE, M. E., “La reforma de la protección de los riesgos profesionales”, *Revista Laboral*, núm. 9, 1990.

CASSAGNE, J. C., “Hacia la operatividad del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CIMSS)”, *Estudios sobre Seguridad Social: 60 años de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social*, OISS, 2014.

CAVAS MARTÍNEZ, F.,

- “Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales”, *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- *El accidente de trabajo in itinere*, Tecnos, Madrid, 1994.
- “El modelo constitucional de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 28 (noviembre), 1993.
- “La protección social en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2007.
- “La reforma de la Seguridad Social 2007”, *Aranzadi Social*, núm. 19, 2007.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La protección de la salud en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C.,

- *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007
- “La protección reforzada de las contingencias profesionales en el ordenamiento jurídico español”, *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

COLINA ROBLEDO, M., “La protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en las normas internacionales de ámbito universal: la Organización Internacional del Trabajo”, en AA.VV., *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.

CORRALES ROMEO, H., “Reflexiones sobre la protección y la prevención de los riesgos profesionales”, *Estudios sobre Seguridad Social: 60 años de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social*, OISS, 2014.

CRUZ VILLALÓN, J., “El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional”, en AA.VV., *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.

DE LA CALLE VELASCO, M. D., “La Comisión de Reformas Sociales: de la represión al análisis de la conflictividad social”, *Studia histórica. Historia contemporánea*, núm. 4, 1984.

DE LA VILLA DE LA SERNA, P., “Las tres Cartas Europeas sobre Derechos Sociales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001.

DE LA VILLA GIL, L. E.,

- “Estudio preliminar”, *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001.
- “La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español”, en AA.VV., *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.
- “Las pensiones sociales: problemas y alternativas”, en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Seguridad Social, núm. 18, 1999.
- “Nacimiento del derecho obrero en España”, *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1970.

DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1979.

DE VICENTE PACHÉS, F., “La responsabilidad del pago de las prestaciones por incapacidad permanente”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.

DESDENTADO BONETE, A.,

- “El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario”, *Seguridad Social. Una perspectiva histórica*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.
- “El daño y su valoración en los accidentes de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (Colección Seguridad Social), núm. 79, 2009.
- “La protección por incapacidad permanente en la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 4, 1997.
- “La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección. Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 25, 1985.
- “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.

DÍAZ AZNARTE, M. T.,

- “Muerte y supervivencia”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006.
- “Muerte y supervivencia”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.

DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

ESPUNY TOMÁS, M. J., “Eduardo Dato y la legislación obrera”, *Historia Social*, núm. 43, 2002.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.,

- *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, Atelier, Barcelona, 2007.
- “Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006.

FERNÁNDEZ DE CASTRO, R., “Comentarios a la Ley de 30 de enero de 1900 sobre los accidentes de trabajo”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Tomo 16º, 1910.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “La aplicación de las normas de coordinación comunitarias sobre Seguridad Social a los nacionales de terceros países: reflexiones la hilo del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 6, 2004.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y ÁLVAREZ CUESTA, H., *Principios básicos de Políticas Sociolaborales*, 2ª edición, Eolas Ediciones, León, 2013.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Accidente de trabajo y relación de causalidad”, en AA.VV., *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.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.,

- “El tratamiento continuista de la Reforma de Pensiones (2007) respecto a prestaciones derivadas de enfermedad común: ¿Nostalgia de la consideración conjunta de contingencias?”, *Aranzadi Social*, núm. 18, 2008.

- “Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014.
- “Hacia la igualdad de trato de los no nacionales de la Unión Europea en materia de Seguridad Social: el Reglamento 859/2003, de 14 de mayo”, *El principio de igualdad*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, serie Relaciones Laborales, núm. 69, Madrid, 2005.
- “La coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados de la Unión, antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.
- “La modalidad asistencial básica de Seguridad Social desarrollada en España: las pensiones no contributivas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 34, 2002.
- “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89, 2010.
- “La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 49, 2004.
- *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, 2ª edición, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

FERRANDO GARCÍA, F. M., “La enfermedad profesional como contingencia desencadenante de la incapacidad permanente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 161, 2014.

FRANCO FERRARI, G., “Derechos Sociales en Italia”, *Estudios sobre Seguridad Social: 60 años de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social*, OISS, 2014.

FREIXES SANJUAN, T., “La igualdad y el futuro de Europa: reflexiones en torno al proceso de constitucionalización”, *Revista Artículo 14*, núm. 16, 2004.

FUCHS, M., “Estructura y legitimación del seguro estatutario de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: un estudio de derecho comparado”, *Revista Asturiana de Economía*, núm. 18, 2000.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C.,

- “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.
- “La Coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/1971. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 42, 2003.
- “La protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en las normas internacionales de ámbito regional: el Consejo de Europa”, en AA.VV., *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.
- “La Seguridad Social comunitaria en la última década (1987-1997)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 157, 1998.
- “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresa españolas”, *La Mutua*, núm. 3, 2000.

GARCÍA NINET, J. I., “El procedimiento de calificación de la incapacidad permanente”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.

GARCÍA NINET, J. I. y otros, *Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

GARCÍA ORMAECHEA, R., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Previsión sobre Accidentes de Trabajo: 1902-1934*, Sucesores de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1935.

GARCÍA PADILLA, M., “Historia de la acción social: Seguridad Social y asistencia”, en AA.VV., *Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y Previsión*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

GARCÍA ROMERO, B., “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2012.

GARCÍA VIÑA, J.,

- “Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.
- “Los grados de incapacidad permanente”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.

GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2012.

GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ, J., “Consecuencias financieras de los accidentes de trabajo en la financiación del sistema de la Seguridad Social”, en AA.VV., *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.

GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

GONZÁLEZ GÓMEZ, A., “Regulación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales en los países de la Unión Europea”, *La Mutua, Revista Técnica de Seguridad Social y Prevención*, núm. 7, Fraternidad-Muprespa, 2002.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. A.,

- “La previsión social de la familia en la Unión Europea”, en AA.VV., *Hacia la protección de la familia. Perspectivas del derecho de familia hoy: preguntas, respuestas y propuestas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- *Las prestaciones contributivas de la Seguridad Social: Análisis teórico-práctico del Régimen General*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2009.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “A vueltas con el concepto de accidente de trabajo, en el supuesto de enfermedades comunes manifestadas en tiempo y lugar de trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2008.

GONZÁLEZ REBOLLAR, H., *Ley de accidentes del trabajo. Estudio crítico a la española de 30 de enero de 1900*, Imprenta de Calón, Salamanca, 1903.

GONZÁLEZ ROMO, J. A., “La protección en la UE. El Reglamento 883/2004 por fin entra en vigor”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 91, 2011.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “El accidente de trabajo en la legislación española de los últimos cien años”, en AA.VV., *Jornadas Conmemorativas del Centenario de la Ley Dato*, Fremap, Madrid, 2001.

GONZALO GONZÁLEZ, B., LÓPEZ CUMBRE, L., “Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de Seguridad Social”, en AA.VV., *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.

GRIS GONZÁLEZ, J. C., “El accidente *in itinere* y el Tribunal Supremo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, 2004.

GUIDO BALANDI, G., “Las prestaciones por riesgos profesionales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.

HERNAINZ MÁRQUEZ, M., *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

HERRERO COCO, C., “La protección social de los trabajadores destacados: Legislación aplicable. Particularidades y excepciones”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 198, 1998.

IGLESIAS CABERO, M.,

- “Nuevos interrogantes en torno al accidente de trabajo. Testimonios jurisprudenciales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009.
- “Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea. Particular referencia a la jubilación y al desempleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 44, 2003.

LANTARÓN BARQUÍN, D., “Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2008.

LEZÁUN GOÑI, M., “Legislación sobre enfermedades profesionales respiratorias”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, volumen 28, núm. Extra 1 (ejemplar dedicado a: Enfermedades respiratorias de origen laboral), Gobierno de Navarra, 2005.

LÓPEZ CUMBRE, L., “Sustitución del trabajador relevista incapacitado”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2012.

LÓPEZ GANDÍA, J. y AGUDO DÍAZ, J., *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*, Bomarzo, Albacete 2007.

LÓPEZ TERRADA, E., “Muerte y supervivencia”, *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Colección Laboral Práctico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MARÍN CORREA, J. M., “Accidente de trabajo. Ampliación del concepto”, en AA.VV., *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, págs. 257-269.

MARTÍN GRANIZO, L. y GONZÁLEZ ROTHVOSS, M., *Derecho Social*, 2ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1932.

MARTÍN VALVERDE, A.,

- “El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal”, en AA.VV., *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.
- “La formación del derecho del trabajo en España”, estudio preliminar en AA.VV., *La legislación social en la historia de España de la Revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “Sobre las enfermedades profesionales no listadas (A propósito de un supuesto de “síndrome de desgaste personal” o de “burn-out””, *Revista de Derecho Social*, núm. 10, 2000.

MARTÍNEZ DE VIERGOL LANZAGORTA, A., “La consideración del síndrome del *Burn out* como constitutivo de la contingencia profesional del accidente de trabajo origen de la declaración de incapacidad permanente absoluta”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2005.

MARTÍNEZ LAGE, S., “Las fuentes del Derecho Comunitario”, *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989.

MARTÍNEZ QUINTEIRO, E., “El nacimiento de los Seguros Sociales, 1900-1918”, en AA.VV., *Historia de la acción social pública en España*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

MATEOS CARRASCO, R., “Políticas de protección social y su influencia en el Presupuesto”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 2 (ejemplar dedicado a: El presupuesto del sistema de la Seguridad Social para 2001), 2001.

MERCADER UGUINA, J. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia”, en AA.VV., *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.

MESO LLAMOSAS, I., “Situación actual y perspectivas de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Seguridad Social, núm. 17, 1997.

MIRANDA BOTO, J. M.,

- “La jurisprudencia reciente (2000-2005) del TJCE sobre desempleo y su influencia en la jurisprudencia española”, en AA.VV., *Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*, Laborum, Murcia, 2006.
- “Las competencias de la Comunidad Europea en materia social”, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- “Los trabajadores fronterizos en el Reglamento (CEE) núm. 1480/71”, (Dirs. ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A. V.), *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Laborum, Murcia, 2009.

MOLINA DEL POZO, C. F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Editorial Trivium, Madrid, 1987.

MOLINA NAVARRETE, C., “Nuevas dimensiones de la prevención y el aseguramiento de riesgos profesionales: Enfermedades de trabajo y Riesgos emergentes”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006.

MONEREO PÉREZ, J. L.,

- “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra (Seguridad Social), 2008.
- *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
- *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1992.
- “Prologo”, *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, Atelier, Barcelona, 2007.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.,

- “Determinación de contingencias (Revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales)”, en AA.VV., *Accidentes de Trabajo y Mutuas*, La Ley, Las Rozas, 2008.
- “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, núm. 19, 2008.
- “El sistema jurídico-positivo vigente. Análisis del modelo normativo”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006.
- “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: teoría general y recapitulación jurídico-crítica”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.
- “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.

MONTERO GARCÍA, F.,

- “La polémica sobre el intervencionismo y la primera legislación obrera en España: 1890-1900 (parte II): El debate político parlamentario”, *Revista de Trabajo*, núm. 61-62, 1981.

- *Los seguros sociales en la España del siglo XX. Orígenes y antecedentes de la previsión social*, tomo I, Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Universidad de Salamanca, Madrid, 1988.

MONTOYA MELGAR, A.,

- “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2004.
- *Curso de Seguridad Social*, 2ª edición, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- *Derecho del Trabajo*, 21ª edición, Tecnos, Madrid, 2001.
- “El Reformismo Social en los orígenes del Derecho del Trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 1 (ejemplar dedicado a Derecho del trabajo: Centenario del Instituto de Reformas Sociales), 2003.
- “Equidad y universalidad en la sanidad pública”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 174, 2015.
- “Estudio preliminar”, *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, en AA.VV., Sempere Navarro, A. V. (Dir.), Ediciones Laborum, Murcia, 2003.
- *Ideología y lenguaje de las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- “La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica”, *Revista de Trabajo*, núm. 54, 1976.
- “Sobre los orígenes del seguro social en España”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 80, 1996.

MONTOYA MELGAR, A. y PIZA GRANADOS, J., *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, 2ª edición, McGrawHill, Madrid, 2000.

MORENO CÁLIZ, S.,

- *La enfermedad profesional. Un estudio de su prevención*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.

- “La lista española de Enfermedades Profesionales a la luz de recientes textos internacionales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004.
- “La tutela de la enfermedad profesional: aspectos controvertidos”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2001.

OJEDA AVILÉS, A.,

- “La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009.
- “Prólogo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.
- “Sobre el concepto de asistencia social y el principio de caja única en la distribución de competencias en materia de protección social”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 8-9, 2003.

OJEDA AVILÉS, A. y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006.

OLIVAR DE JULIÁN, J. M., *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España*, (Colección la Tribuna del Derecho), Editorial Laocoonte, Pamplona (Navarra), 2009.

OSSORIO Y GALLARDO, A., *Accidentes del Trabajo*, Ricardo Rojas, Madrid, 1902.

PALACIO MORENA, J. I., *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924). La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.,

- *Derecho del trabajo e ideología*, 4ª edición revisada, Tecnos, Madrid, 1989.
- *Derecho sindical español*, 5ª edición revisada, Tecnos, Madrid, 1994.

PÉREZ AGULLA, S. y GIL PLANA, J., “Los TRADES y la conciliación de la vida familiar o personal”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014.

PÉREZ ALONSO, M. A.,

- “Informe sobre el RD 295/2009, de 6 de marzo en materia de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia para trabajadores por cuenta ajena”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2009.
- “La acción protectora en el RGSS y su incidencia en el RETA. Problemas aplicativos”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2013.
- *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS (Especial referencia a la Ley 40/2007)*, Colección Laboral, núm. 182, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PIC, P., *Estudio crítico de la Ley de Accidentes de Trabajo francesa de 9 de abril de 1898*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

PIETERS, D., “El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea”, en AA.VV., *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.

PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J., *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad (en el sistema español de Seguridad Social)*, Reus, Madrid, 2008.

POQUET CATALÁ, R., “La actual doctrina en la concepción de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2015.

RABANAL CARBAJO, P., “El papel de la empresa en la declaración de incapacidad permanente”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 69, 2007.

REGA RODRÍGUEZ, A. L., “Ley de accidentes de trabajo de 8 de octubre de 1932”, en AA.VV., *Legislación histórica de previsión social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

RIZZO LORENZO, G., “La elasticidad jurisprudencial de catorce palabras. Algunas consideraciones sobre el accidente *in itinere*”. *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2015.

ROALES NIETO LÓPEZ, J. L., “Introducción: La influencia de la actividad de la OIT en la legislación laboral española”, *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España*, (Colección la Tribuna del Derecho), Editorial Laocoonte, Pamplona (Navarra), 2009.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, J., “Visión general de la Seguridad Social en el derecho comunitario europeo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2, 1997.

RODRÍGUEZ RUIZ, B., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acuerdos y desacuerdos”, *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.,

- “Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo”, en AA.VV., *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.
- “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”, *Pensiones no contributivas*, Colección Seguridad Social, núm. 1, 1991.
- “Seguridad Social, riesgo profesional y accidente de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2000.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y DEL REY GUANTER, S., “Informe español”, en AA.VV., *Protección de la salud y derecho social*, Bosch, Barcelona, 1999.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., “El Instituto de Reformas Sociales en el origen de la Inspección de Trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 1 (ejemplar dedicado a Derecho del trabajo: Centenario del Instituto de Reformas Sociales), 2003.

RODRÍGUEZ SANTOS, E., “Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal en los supuestos de embarazos de alto riesgo”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 2012.

ROMÁN VACA, E., “Breve reflexión (crítica) a propósito del Reglamento CE 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.

ROQUETA BUJ, R., “La incapacidad permanente”, *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Colección Laboral Práctico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SALA FRANCO, T. y otros, *Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

SALDAÑA QUERO, C., “Problemática de Seguridad Social en el marco de la expatriación: una visión global”, *La Expatriación de Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

SALINAS MOLINA, F., “El accidente de trabajo en la jurisprudencia social”, en AA.VV., *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, págs. 337-360.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009.

SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J., “Introducción: La Organización Internacional del Trabajo y los Derechos Sociales”, *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España*, (Colección la Tribuna del Derecho), Editorial Laocoonte, Pamplona (Navarra), 2009.

SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L., “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 47, 2003.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.,

- “El accidente de trabajo in itinere y su análisis jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2013.

- “La reformulación del accidente de trabajo in itinere a tenor de la doctrina incluida en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2014.
- “Los nuevos perfiles de la incapacidad temporal a tenor de su nueva regulación normativa”, *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2014.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo”, *Aranzadi Social*, núm. 21, 2002.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.,

- *El accidente in itinere*, Editorial Comares, Granada, 1998.
- *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Editorial Comares, Granada, 1997.
- “Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995.

SEMPERE NAVARRO, A. V.,

- “Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2004.
- “La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001.
- *La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo*, V Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 27/28 mayo 1994.
- “Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: organización, composición y funciones. La colaboración gestora de las empresas individuales”, en AA.VV., *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.

- “Sucesión de entidad aseguradora en accidentes de trabajo (al hilo de la STS 19 enero de 2009 [RJ 2009, 658])”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2009.
- “Una reflexión crítica sobre el accidente in itinere”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999.
- “Virtualidad de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900”, *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y CANO GALÁN, Y., “Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 57, 2005.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Prontuario de Jurisprudencia Social Unificada*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., “El régimen jurídico de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. La organización y clasificación de las prestaciones en general”, en AA.VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.

SEVILLA MERINO, J. y VENTURA FRANCH, A., “Evolución del Derecho Social Europeo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005.

SOTO CARMONA, A., *El trabajo industrial en la España contemporánea (1874-1936)*, Anthropos, Barcelona, 1989.

SUÁREZ CORUJO, B., “La coordinación comunitaria de las prestaciones especiales no contributivas: reflexiones en torno a la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial al marco español a partir de la STSJ de 8 de marzo de 2001, asunto Jauch”, *Revista del*

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario),
núm. 47, 2003.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F.,

- *Derecho del Trabajo*, 4ª edición, UNED, Madrid, 1986.
- “La Seguridad Social y la Constitución de 1978”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982.

TORTUERO PLAZA, J. L., “La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 44, 2003.

TORTUERO PLAZA, J. L. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M., “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006.

VALDUEZA BLANCO, M. D.,

- “El Convenio nº 121 de la OIT sobre prestaciones en caso de accidente de trabajo y Enfermedad profesional y los mecanismos de control de su aplicación”, comunicación al XX Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 25-28 de septiembre de 2012.
- “El tránsito de la situación de jubilación a la de incapacidad permanente causada por enfermedad profesional, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010 (RJ 2010, 2604)”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2011.

VALENZUELA DE QUINTA, E., “Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: nacimiento, evolución y perspectivas de futuro”, en

AA.VV., *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.

VELARDE FUERTES, J., “El nacimiento de la Seguridad Social con Dato en 1900: Panorama político, social y económico que lo rodeó en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 24, 2000.

VIDA SORIA, J.,

- “Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de la Seguridad Social”, en AA.VV., *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.
- “Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *Revista de Trabajo*, núm. 31, 1970.

VIVES CABALLERO, M., “Código Europeo de Seguridad Social: comentarios a su contenido y a su ratificación por España”, *Relaciones Laborales*, volumen I, 1995.

