

paralización del expediente de sanción administrativa ordinaria en tanto no exista pronunciamiento judicial firme que aprecie la no existencia de delito¹⁴³¹ en el orden jurisdiccional penal, en cuyo caso se reabren las actuaciones administrativas con plena incidencia valorativa de los hechos que hayan sido considerados probados por la jurisdicción penal, pero no sólo con ellos pues en el expediente administrativo pueden obrar otros diversos)¹⁴³², y, de otro, con la contemplada en el art. 42.5 LPRL (en lo tocante a la vinculación que sobre el orden social de la jurisdicción tiene la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo).

Respecto a la primera conexión sistemática recién mentada, entiendo que la diversidad de tratamiento normativo del recargo de prestaciones respecto a las sanciones administrativas ordinarias es palmaria: aunque en ambos casos se suspenda el expediente administrativo incoado y se reanude, con vinculación de hechos probados por la jurisdicción penal pero sin que ésta haya apreciado la existencia de delito, en caso de que la jurisdicción penal aprecie delito el recargo de

¹⁴³¹Nótese que se habla de delito y no de falta, “pues su menor gravedad {la de la falta} no debe actuar aquí para otorgar esa preferencia” del legislador por el orden jurisdiccional penal “cuando la conducta sancionable administrativamente pudiera ser constitutiva de delito”. Cfr. GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones...*, op.cit., pág. 196.

¹⁴³²La STSJ Madrid 19.12.1995 (AS 4830) entendió no aplicable el art. 3 LISOS a la concurrencia de la tramitación del recargo de prestaciones y de proceso penal sustanciado paralelamente sobre los mismos hechos (cuando el INSS había paralizado el expediente, a instancia de la empresa imputada en ambos procesos, recargo de prestaciones y penal), porque señaló que el recargo es una responsabilidad que “se mueve dentro de la relación jurídica de Seguridad Social y no en el ámbito de la la potestad sancionadora de la Administración”, razón que, para ese Tribunal, comportaba la inaplicabilidad del art. 3 LISOS. No obstante, el art. 16.2 OM 18.1.1996 no sigue ese parecer, porque fija la suspensión del expediente incoado en tanto no se pronuncie la jurisdicción penal sobre los hechos objeto de análisis paralelo por parte del INSS.

prestaciones podrá declararse, ex art. 5.5 RPISE (responsabilidad “independiente y compatible”), por los mismos hechos, aun concurriendo identidad de sujeto y fundamento¹⁴³³, mas no la sanción administrativa ex art. 5.4 RPISE¹⁴³⁴.

En relación a la segunda conexión sistemática, la solución brindada por el legislador (que los hechos probados declarados por sentencia firme de la jurisdicción contencioso-administrativa vinculen a la jurisdicción social) no resuelve, a mi modo de ver, los problemas concurrentiales. Así, la discrepancia sobre los hechos puede mantenerse en algún caso y, aun admitiendo los mismos hechos, su valoración puede ser distinta por tratarse de una cuestión de Derecho¹⁴³⁵. Por otro lado, siendo una realidad notoriamente conocida (sin poder detenernos aquí en mayores valoraciones sobre las causas técnicas y humanas que a ella conducen)

¹⁴³³Esa compatibilidad ya había sido defendida en la doctrina, antes de la aprobación del RPISE, por REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora...*, op.cit., pág. 396.

¹⁴³⁴Esa prohibición de concurrencia de sanción penal y administrativa por el mismo hecho, cuando haya identidad de sujeto y fundamento, responde a la tríada aplicativa del non bis in idem, principio que prohíbe “castigar a un mismo sujeto dos o más veces por los mismos hechos” (cfr. QUERALT, J.J.: «Ne bis in idem: significados constitucionales», en AA.VV.: *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la Memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, págs. 885-886, autor que califica a esa prohibición como una auténtica “troyka conceptual”). Mas no sólo juega entre sanción penal y administrativa, sino también entre sanciones administrativas, con la misma tríada aplicativa ex art. 5.7 RPISE. Por eso, MARTÍNEZ LUCAS entra en un callejón sin salida cuando defiende la naturaleza del recargo de prestaciones como sanción administrativa, al tener que reconocer (sin dar más respuesta que “el artículo 42.3 de la Ley 31/1995 deja abierto un grave problema”) que probablemente es una figura que conculca el non bis in idem. Sin embargo, sorprendentemente no da un paso más en su calificación, cual hubiera sido, por lógica, bien la consideración como inconstitucional del recargo de prestaciones, bien la búsqueda de un distinto fundamento en el recargo –el interés del trabajador o sus beneficiarios– que permitiera compatibilizarlo con las sanciones administrativas (cfr. «Consideraciones...», op.cit., págs. 3383-3384).

¹⁴³⁵GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 273-274; GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., pág. 562; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., pág. 415.

que la jurisdicción contencioso-administrativa funciona a un *tempo* más pausado y lento¹⁴³⁶, la mayor celeridad del conocimiento jurisdiccional por el orden social de los litigios sobre recargo de prestaciones va a suponer, curiosamente, que en la práctica forense la situación sea justamente la inversa: que la sentencia del orden social preceda normalmente a la del orden contencioso-administrativo¹⁴³⁷, situación paradójica que, con certeza, debiera tratar de resolverse técnicamente a

¹⁴³⁶A efectos de constatar esta lamentable situación, es harto ilustrativa la lectura del Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, nº 133-7, de 3.1.1996, expdte. nº 121/000111, págs. 125-ss; Proyecto de Ley que quedó orillado por caducidad, en aplicación del art. 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados, al disolverse las Cortes Generales con motivo de la convocatoria de elecciones generales, según recoge el Índice de las Publicaciones del Congreso de los Diputados, BOCG serie A, nº 133-8, de 31.1.1996, pág. 181), texto que recoge, en su epígrafe I («Justificación de la reforma») de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley referido, entre otras ásperas afirmaciones sobre la realidad del lastimoso funcionamiento actual de la jurisdicción contencioso-administrativa, las siguientes: “algunas de las costuras de la ley de 1956 {27.12.1956} han empezado a reventar bajo el peso de la evolución del Ordenamiento y de las demandas que la sociedad dirige a la Administración de Justicia” (pág. 139 del Informe); “concebida en origen como jurisdicción especializada en la resolución de un limitado número de conflictos jurídicos, ha sufrido por de pronto, hasta la saturación, el extraordinario incremento de la litigiosidad entre ciudadanos y Administraciones y de éstas entre sí que se ha producido en los últimos tiempos (...). el instrumental jurídico que (...) se otorga a la Jurisdicción {contencioso-administrativa} ha quedado relativamente desfasado (...) para hacer ejecutar con prontitud las propias decisiones judiciales y para adoptar medidas preventivas que aseguren la eficacia del proceso” (pág. 139 del Informe); “De ahí que, pese al aumento de efectivos de la Jurisdicción, pese al esfuerzo creativo de la jurisprudencia, pese al desarrollo de la justicia cautelar y a otros remedios parciales, la Jurisdicción contencioso-administrativa esté atravesando un período crítico ante el que es preciso reaccionar mediante las oportunas reformas” (pág. 139 del Informe); o, en fin, que aunque “bien es verdad que lograr una justicia ágil y de calidad no depende solamente de una reforma legal”, hay que “ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos” (pág. 140 del Informe). Creo que la rotundidad de estas afirmaciones pone de manifiesto las carencias actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa, a las que el Proyecto pretendía paliar, a modo de ejemplo, mediante la creación (art. 6) de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, para aligerar de trabajo {y de expedientes} a las hoy saturadas Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ.

¹⁴³⁷El gran inconveniente de la construcción diseñada en el art. 42.5 LPRL es, sencillamente, que “raramente recaerá sentencia firme en el orden contencioso-administrativo antes que en el social”, porque “la cronología de las sentencias será la inversa normalmente --primero la social y más tarde la contencioso-administrativa--, imposibilitando esa vinculación”. Cfr.

través de algún tipo de mecanismo procesal que ajustara más las claves normativas a la realidad de lo que acontece en la práctica cotidiana de los foros judiciales¹⁴³⁸.

C.- La tercera y última reflexión que quiero introducir, una vez descartada la calificación del recargo como sanción administrativa, radica en descifrar el problema de calibrar de qué tipo de indemnización (o de sanción no administrativa ni penal, ¿quizás civil?¹⁴³⁹, o de institución diversa a una y otra¹⁴⁴⁰) se trata. Para ello, habremos de partir de la

MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud...*, op.cit., págs. 312 y 319.

¹⁴³⁸En este sentido se ha propuesto completar el tenor del art. 42.5 LPRL, introduciendo mecanismos procesales como “la suspensión del proceso laboral, o su aplazamiento, si existe paralelo procedimiento administrativo sancionador, hasta la firmeza de la resolución administrativa o jurisdiccional contencioso-administrativa” (cfr. CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: Nota especial a la STSJ Castilla-León, Sala de lo Social de Valladolid, 26.7.1995, AL nº 8-1996, ref. 373, pág. 733). Otra solución diversa es la señalada por MOLINER TAMBORERO, quien ha escrito que “lo curioso es que no se haya previsto que las resoluciones de lo social también produzcan el mismo efecto vinculante sobre las sentencias de lo contencioso administrativo, en cuyo caso estaría mejor cerrado el ciclo de las influencias jurisdiccionales” (cfr. «La responsabilidad civil...», op.cit., pág. 398). Finalmente, subrayan la insuficiencia del art. 42.5 LPRL sin dar, empero, solución alternativa, BERNARDO JIMÉNEZ, I.: «La actuación de la Inspección...», op.cit., pág. 461, y TOLOSA TRIBIÑO, C.: «La responsabilidad empresarial en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales», AL nº 17-1996, pág. 371. Volveremos sobre el tema, con mayor detalle, en el Capítulo IV de la Tesis.

¹⁴³⁹Sanciones penales, administrativas y civiles son, así, “los tres tipos clásicos” que la doctrina ha venido estudiando en el marco de un concepto amplio de sanción, comprensivo de todas ellas. Cfr. PAGLIARI, G.: *Profili Teorici...*, op.cit., págs. 8, 36 y 172-173.

¹⁴⁴⁰Con toda claridad ha señalado la STC 164/1995, de 13 de noviembre, analizando (y declarando constitucional) el recargo sobre la deuda tributaria ex art. 61.2 de la Ley General Tributaria, en su fdo. jdco 4º que “no siempre lo que no es sanción se transforma automáticamente en indemnización, o viceversa, que lo que no es indemnización ha de ser necesariamente sanción”, dado que “entre indemnización y sanción puede haber otras figuras con finalidades características, aunque en parte coincidentes no lo sean por entero con las propias de aquellos dos tipos”. Tal es el caso, en opinión del Alto Tribunal, del art. 61.2 de la Ley General Tributaria (Ley 230/1963, de 28 de diciembre, BOE 31.12), cuya redacción actual, dada por la Disposición Adicional 31ª de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986 (BOE 28.12), reza así: “Los ingresos realizados fuera de plazo sin requerimiento previo, comportarán asimismo el

premisa de que “los dogmas de ayer no valen y es urgente encontrar otros nuevos”¹⁴⁴¹, adaptados a las nuevas realidades normativas, y en esa tesitura hay que proceder a la reconstrucción de la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones. Y el punto de partida de esa necesaria reconstrucción, radica en la interpretación sistemática de los arts. 42.3 y 123 LGSS, a cuyo través descifraremos la cuestión analizada y cerraremos con ello el Capítulo II de la Tesis.

c.1).- Por lo pronto, la estructura del art. 42.3 LPRL no arroja lugar a dudas: el recargo de prestaciones se encuadra como indemnización distinta a las sanciones administrativas y a las indemnizaciones por daños y perjuicios¹⁴⁴². Sentado ese aserto, el primer problema que se suscita (que no el único) es el de la posibilidad o imposibilidad de aseguramiento en su condición de indemnización, por la hipotética conexión del recargo con la previsión del art. 15.5 LPRL¹⁴⁴³. A mi juicio, tanto por razones de

abono de interés de demora, con exclusión de las sanciones que pudieran ser exigibles por las infracciones cometidas. En estos casos, el resultado de aplicar el interés de demora no podrá ser inferior al 10 por 100 de la deuda tributaria”.

¹⁴⁴¹NIETO GARCÍA, A.: *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1986, pág. 9.

¹⁴⁴²No creo que se trate de un lapsus del legislador, porque tanto el Proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de 12.1.1995, BOCG nº 99-1, pág. 21, como la Enmienda nº 23 del Grupo Federal IU-IC, BOCG 17.3.1995, nº 99-5, pág. 65, o el Dictamen de la Comisión de Política Social y Empleo, BOCG 2.6.1995, nº 99-10, pág. 165, entre otros textos parlamentarios, presentan el mismo redactado del actual art. 42.3 LPRL.

¹⁴⁴³A favor de la posibilidad de aseguramiento del recargo de prestaciones, si bien con ciertas reservas interpretativas, GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., págs. 118 y 273. Contra, negando la posibilidad de aseguramiento, MOLINER TAMBORERO, G.: «La responsabilidad civil...», op.cit., pág. 399; FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley...*, op.cit., pág. 85; MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad...*, op.cit., pág. 311; SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley...*, op.cit., pág. 80; SEMPERE NAVARRO, A.V.-CARDENAL CARRO, M.: «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales», op.cit., pág. 4;

interpretación auténtica cuanto por criterios de interpretación sistemática hay que desechar la posibilidad actual de aseguramiento del recargo de prestaciones¹⁴⁴⁴.

Respecto a la primera razón (interpretación auténtica), hay que destacar que en el Dictamen de la Comisión de Política Social y Empleo se introdujo un número 6º al art. 42 del Proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales en el que se establecía de modo expreso la prohibición de aseguramiento del recargo en los mismos términos del art. 123.2 LGSS¹⁴⁴⁵, tenor que se mantuvo en el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados¹⁴⁴⁶ que pasó al Senado¹⁴⁴⁷. Ese redactado fue modificado tras prosperar la enmienda nº 97 presentada, durante la tramitación en el Senado del proyecto de ley, por el Grupo Socialista aduciendo, como soporte de la modificación propuesta, “razones técnicas” de ajuste y elusión de reiteraciones, al estar la prohibición de aseguramiento “debidamente recogido en el art. 123.2 del Texto

ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario...», op.cit., pág. 111; BERNARDO JIMÉNEZ, I.: «La actuación de la Inspección...», op.cit., pág. 460.

¹⁴⁴⁴Otra cosa, como se verá en el Capítulo IV de la Tesis, es analizar si, *lege ferenda*, el levantamiento de ese veto, en presencia de ciertas modulaciones o matizaciones para su aplicación, pudiera brindar efectos benignos para la mayor eficacia de esta institución jurídica en cuanto a garantizar el cobro, por parte del trabajador accidentado o sus beneficiarios, del montante correspondiente en supuestos de insolvencia, quiebra o concurso de acreedores empresarial, ante la denegación de la responsabilidad subsidiaria del INSS que vienen proclamando férreamente los Tribunales. Esta cuestión, insisto, se retomará convenientemente en el Capítulo IV de este trabajo.

¹⁴⁴⁵BOCG 2.6.1995, nº 99-10, pág. 165.

¹⁴⁴⁶BOCG 20.6.1995, nº 99-12, págs. 196-197.

¹⁴⁴⁷Texto del Proyecto de Ley remitido por el Congreso de los Diputados, BOCG-SE 26.6.95, nº 83-a, pág. 24.

Refundido de la Ley General de la Seguridad Social”¹⁴⁴⁸, propuesta que prosperó y cuajó sin más alteraciones en el resto de trámites parlamentarios hasta la publicación en el BOE de la LPRL¹⁴⁴⁹.

Respecto a la segunda razón (interpretación sistemática), la Disposición Adicional 1ª LPRL prescribe que el régimen aplicable a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales continuará siendo el previsto en la normativa de Seguridad Social, por lo que la referida remisión supone la plena aplicación de las normas de Seguridad Social que integran el grupo normativo del recargo¹⁴⁵⁰, resultando, en suma, que sigue vigente la prohibición de aseguramiento del recargo de prestaciones¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁸BOCG-SE 12.9.1995, nº 83-b, págs. 64-65. En la misma enmienda se propone la traslación del aseguramiento del riesgo previsto en el art. 42.6 al art. 15.5, tal como ha quedado la redacción actual de estos preceptos.

¹⁴⁴⁹Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales, BOCG-SE 18.9.1995, nº 83-c, pág. 93; Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, 25.9.1995, nº 83-d, pág. 125; Proyecto de Ley, Texto aprobado por el Senado, 3.10.1995, nº 83-e, pág. 159. El texto del art. 15.5 LPRL, en BOE nº 269, de 10.11.1995, pág. 32596.

¹⁴⁵⁰Prohibición de aseguramiento recogida, en el sistema normativo de Seguridad Social, en los arts. 123.2 LGSS, 9.5 RD 1637/1995 y 97.1 OM 22.2.1996.

¹⁴⁵¹Con el aseguramiento quedaría, en gran medida, *mermada* la función preventiva que desempeña el recargo de prestaciones, como ha apuntado GONZÁLEZ LABRADA al señalar que “la consecuencia que puede provocar el aseguramiento voluntario del recargo puede ser muy grave en una sociedad insertada en la actualidad en la primacía de una «lógica» economicista, que impregna todos los ámbitos de la sociedad y que, en el particular ámbito social, guillotina la evolución histórica de la protección social, supedita los valores y las conquistas arrancados por el trabajo al capital, e incita a un individualismo que progresivamente va erosionando la conciencia colectiva; de ahí, que con el aseguramiento del recargo se pueda alterar la ecuación «más vale prevenir que curar» y al cambiar los términos de la ecuación, por aplicación de la lógica económica, se acabe cambiando no los signos, sino el sentido de la ecuación: «vale menos curar que prevenir», y, en consecuencia, la institución del recargo no cumplirá con aquella finalidad con la que nació en 1900” (cfr. «El recargo de prestaciones y la reforma: ¿un retorno a 1900 o la pérdida de su carácter coactivo?», en AA.VV.: *La reforma del mercado de trabajo...*, op.cit., pág. 744). Precisamente una figura con ciertos rasgos de similitud al recargo de prestaciones, la *faute inexcusable* del

c.2).- Un segundo problema se anuda al anterior, y atañe a la cuestión de la revisión judicial del montante declarado procedente por el INSS dentro de los márgenes tasados y predeterminados por la LGSS (30%-50%)¹⁴⁵², aspecto éste sobre el que hasta el momento, a lo largo del un tanto cansino y dilatado panorama que vengo trazando, no me he pronunciado de modo expreso y creo que hora es ya de hacerlo.

A saber: no tratándose el recargo de una prestación propiamente de Seguridad Social pese a su innegable conexión con esa relación jurídica de aseguramiento del riesgo profesional, sino de una indemnización incrementatoria anudada al previo reconocimiento de tales prestaciones y de su correspondiente montante, la determinación inicial de éste se atribuye, como ha quedado expuesto y en vía de tramitación administrativa, al INSS; mas esta opción legislativa, que bien pudiera sustituirse por otra de diverso talante, como la que se defenderá como hipótesis alternativa en el Capítulo IV de la Tesis (en hipótesis, obviamente, con la que se podrá o no convenir, pero a la que trataré de apuntalar con los argumentos que se verán), ha suscitado un reciente cambio de rumbo en la interpretación jurisprudencial de un concreto

Ordenamiento francés (consistente en un incremento de las prestaciones debidas a la víctima del accidente de trabajo), puede asegurarse, lo que ha sido calificado por la doctrina como "contradictorio" y "ambiguo" por eclipsar a través del aseguramiento el efecto preventivo de esa figura (cfr. SAINT-JOURS, Y.: «La sécurité sociale et la prévention des risques sociaux», DS n° 6-1994, pág. 585). Sobre la *faute inexcusable*, CHAUMETTE, P.: «Chapter two: France», op.cit., págs. 32-33; SAINT-JOURS, Y.: *Les accidents du travail. Tome III du Traité de Sécurité Sociale*, LGDJ, París, 1982, págs. 198-ss; CHAUMETTE, P.: «L'activation du lien réparation-prévention», DS n° 9-10/1990, págs. 724-725 y 731-732; MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «Consideraciones...», op.cit., pág. 3369; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo...*, op.cit., bibliografía referenciada en nota a pie n° 8 de la página 18.

¹⁴⁵² Obviamente, el montante del recargo no puede ser inferior al 30% (STCT 12.12.1988, Ar. 8299 y STCT 13.12.1988, Ar. 8322), ni superior al 50% según lo fijado en la LGSS.

aspecto: siendo conocido (y comúnmente admitido) que el montante del recargo fijado en vía administrativa “en función de la gravedad de la infracción imputada” es susceptible de ulterior revisión judicial¹⁴⁵³, hasta fechas recientes ha resultado un imponderable la impugnación en suplicación del importe porcentual declarado procedente en instancia por el Juzgado de lo Social¹⁴⁵⁴. No obstante, ese planteamiento ha sido rectificado en fechas recientes por el TS en sentencia dictada en unificación de doctrina (a mi juicio, de modo plausible), por lo que en la actualidad es posible modificar en suplicación el porcentaje del recargo fijado en instancia¹⁴⁵⁵. Revisión judicial en el orden social y posible modificación del montante fijado por el juzgador *a quo* por parte del juzgador *ad quem* son criterios que en nada desvirtúan la consideración del recargo como indemnización legal, causal, tasada y especial de Seguridad Social: antes al contrario, enriquecen su condición

¹⁴⁵³ STSJ País Vasco 31.3.1992 (AS 1310), 30.7.1993 (AS 3396); STSJ Comunidad Valenciana 18.5.93 (AS 2663); STSJ Cantabria 3.6.1993 (AS 2888). La fijación del recargo en función de la “gravedad de la falta” queda a la discreción del juzgador, pero a condición de que la causa del accidente refiera a defectos en las medidas de seguridad e higiene en el trabajo (cfr. STSJ País Vasco 30.7.1993, AS 3396; STSJ Cantabria 3.6.1993, AS 2888; STSJ Comunidad Valenciana 18.5.1993, AS 2663).

¹⁴⁵⁴ Entre otras muchas, STS, Sala de lo Social, 11.2.1985 (Ar. 632), 3.4.1986 (Ar. 2157), 15.10.1986 (Ar. 9597), 24.10.1986 (Ar. 10222), 22.2.1988 (Ar. 2448), 22.11.1988 (Ar. 7676) y 28.11.1988 (Ar. 7709); STCT 26.9.1983 (Ar. 7739) y 14.2.1984 (Ar. 1321); STSJ Comunidad Valenciana 18.5.1993 (AS 2663); STSJ País Vasco 31.3.1992 (AS 1310); en la doctrina, por todos, GARCÍA NINET, J.I.: «Recargo de las prestaciones...», op.cit., pág. 25. Cuestión distinta (que abre una brecha en la absolutidad de esa concepción y ha sido resuelta atinadamente por la jurisprudencia) plantean dos supuestos: A.- Que la sentencia de suplicación revoque la absolutoria de instancia, en cuyo caso la estimación del recurso del trabajador lleva aparejada la imposición del quantum del recargo por parte del TSJ (v.gr., STSJ Madrid 21.1.1993, AS 319); B.- Que la conducta negligente del trabajador es criterio plenamente válido, en suplicación, para aminorar el importe del recargo fijado en instancia que no hubiera tomado en consideración dicha circunstancia subjetiva (v.gr., STSJ Cataluña 8.4.1993, AS 1831, o STSJ País Vasco 30.7.1993, AS 3396).

¹⁴⁵⁵ Así lo establece expresamente, por razones de fiscalización de la proporcionalidad con la directriz legal de la “gravedad de la falta”, la STS, Sala de lo Social, 19.1.1996, Ar. 112.

indemnizatoria frente a la pretensión de considerarla como sanción administrativa.

Sentado cuanto antecede en las tres reflexiones que hemos visto, al intérprete no se le abren más que dos opciones: bien postular la supresión de la figura del recargo ante la pervivencia de sus variados problemas aplicativos e interpretativos (opción por la que ha abogado, con sólidos argumentos alternativos, el profesor SEMPERE NAVARRO¹⁴⁵⁶), bien propugnar una reconsideración de su naturaleza jurídica en función de la estructura de su dinámica operativa y de la función que desarrolla como parámetros para abogar por su pervivencia en el Ordenamiento. Esa dialéctica debe resolverse, a mi juicio, en favor de la segunda opción, por las tres razones conclusivas (D, E, F) sobre el particular que a continuación se exponen, y sin perjuicio de las propuestas alternativas que

¹⁴⁵⁶Los argumentos en que basa este autor la conveniencia de suprimir el recargo de prestaciones son, sucintamente, los siguientes: A.- Dado que su naturaleza jurídica “provoca desajustes y dudas continuas”, parece preferible “subsumir los aspectos represivos de la figura en las estrictas sanciones administrativas y los indemnizatorios en la responsabilidad de tipo civil”; B.- La función disuasoria del recargo puede ser desempeñada con creces por la “correspondiente tipificación (incrementándose las penas, si es que se consideran poco adecuadas) del ilícito administrativo”; C.- “Si el trabajador entiende que el daño sufrido merece una reparación adicional a la atención que su estado de necesidad suscita al sistema de Seguridad Social, tiene abierta la vía de reclamar una indemnización, que ni estará tasada ni operará en función de previas resoluciones administrativas”, de forma que “al dejar de poseer unos topes” puede ajustarse mejor “a la realidad del caso”; D.- La represión de la conducta infractora ya está cubierta suficientemente por las responsabilidades administrativas y penales; E.- Técnicamente, la desaparición del recargo “elimina unos de los múltiples focos competenciales que ha de pronunciarse sobre los mismos hechos y las responsabilidades de ellos derivadas”; F.- La protección del accidente de trabajo perdería, de esta forma, “uno de sus elementos singulares pero, desde otro punto de vista, se aproxima un tanto hacia el objetivo, hace tantos años marcado, de la protección con intensidad similar fuere cual fuere su causa”. Todas estas sugerentes afirmaciones se contienen en SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs. 46-47. En parecidos términos, proponiendo asimismo la supresión del recargo, se había manifestado con anterioridad ALONSO SECO, J.M.: «Responsabilidad empresarial en orden...», op.cit., pág. 82.

para afianzar esa pervivencia legislativa del recargo se verán en el Capítulo IV de la Tesis.

D.- En primer plano conclusivo, hay que señalar que el recargo de prestaciones es, a mi juicio y desde el plano estructural, una indemnización legal (tal es su origen: arts. 123 LGSS y 42.3 LPRL), especial (por no tratarse de una prestación ordinaria del sistema de Seguridad social, sino de un plus económico que se anuda al montante de las mismas), de Seguridad Social (pues en el ámbito de la relación jurídica de Seguridad Social es donde tiene fijado su hábitat natural, reforzado dicho rasgo por su imposición declarada por una Entidad Gestora como el INSS), tasada (porque su importe consiste en un *quantum* porcentual prefijado y oscilante entre el baremo mínimo del 30% y el máximo del 50%), causal (porque requiere la presencia efectiva del nexo causal entre infracción cometida por el empresario en materia de seguridad e higiene y daño sufrido por el trabajador) y con trazas sancionatorias ligadas a su no-asegurabilidad y a su carácter cumulativo a otras responsabilidades (y, en menor medida, al discutible efecto afflictivo-pecuniario que comporta, al constituir el empresario el capital-coste a disposición de la TGSS, resultando que éste se hace efectivo mensualmente en beneficio del trabajador afectado, mas en ausencia de beneficiario el recargo lo ingresa el Tesoro Público como recurso propio de la Seguridad Social, dato éste, como se ha expuesto con anterioridad, harto criticable por tener un tinte más recaudatorio que una tonalidad indemnizatoria¹⁴⁵⁷).

¹⁴⁵⁷La previsión del actual art. 201.3 LGSS (constitución del capital-coste, cuando no exista “ningún familiar con derecho a pensión”, como “renta cierta temporal durante 25 años, del 30 por 100 del salario de los trabajadores que mueran por consecuencia mediata o inmediata de

Agrupando esos rasgos en una definición conceptual, el recargo de prestaciones sería, desde el plano estructural, una indemnización legal, especial, de Seguridad Social, tasada, causal y con trazas sancionatorias. De donde se deriva que su encuadre sistemático, desde el plano estructural, puede anclarse en los mecanismos que hemos denominado “heterotutelares reparadores”.

E.- En segundo plano conclusivo, resulta que la primera de esas trazas sancionatorias recién referidas (pues no otro engaste tiene esa importante pieza que es la no-asegurabilidad en el marco operativo del mecanismo del recargo) sin duda constituye una distorsión que ensombrece, una vez sentado su carácter indemnizatorio desde el plano estructural, su paralela concepción funcional o teleológica como pura y simple indemnización. Por esa razón, entiendo que se trata de una indemnización legal compleja desde el momento en que, junto a su objetivo principal (la vertiente reparadora que para el trabajador supone el incremento prestacional declarado), se presenta un componente admonitorio-disuasorio canalizador de una vertiente sancionadora para el empresario (cuya fundamentación jurídica radica en considerar al recargo como una de las armas que el legislador ha establecido para reprimir las conductas desviantes infractoras de las medidas de seguridad e higiene en

accidente de trabajo”), tiene su origen histórico “como uno de los ingresos de los que se nutría el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo cuando no existieran derechohabientes del trabajador”. Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., pág. 574 y nota a pie nº 330; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud...*, op.cit., pág. 361.

el trabajo, razón por la que se refuerza el componente admonitorio del recargo a través de la prohibición de aseguramiento¹⁴⁵⁸).

De esta guisa y desde el plano teleológico, el recargo de prestaciones sería una medida más de las previstas por el Ordenamiento jurídico “para reforzar la observancia de las propias normas y, eventualmente, remediar los efectos de la inobservancia” de las mismas¹⁴⁵⁹, en el marco de la eficacia total sancionadora del Derecho, circunloquio que eufemísticamente alude a la coexistencia, en un Ordenamiento jurídico, de técnicas sancionatorias de derecho público y de técnicas sancionatorias de derecho privado, cuyo común objetivo es “potenciar el carácter vinculante de los preceptos jurídicos (de los preceptos primarios, en la terminología de la doctrina científica) para reforzar su observancia ante los casos de incumplimiento a través de mecanismos de respuesta que el mismo sistema normativo introduce en perjuicio de quien lo infringió”¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁸Con todo, pese a la denegación de la hipótesis de aseguramiento que he expuesto por motivos sistemáticos y de interpretación auténtica, no resultan descabelladas las afirmaciones de SEMPERE cuando sostiene que “si se busca su seguridad jurídica” (se refiere a la del cobro del recargo por parte del trabajador o sus beneficiarios) “la posibilidad de desplazar convencionalmente ese riesgo a un tercero contribuye más a ello”. A ello añade que no parece que haya una relación de causa {mayor protección a la salud del trabajador} a efecto en la prohibición de aseguramiento, y pone como ejemplo que “nadie se atreve a afirmar que exista tal nexo entre los accidentes automovilísticos y el hecho de que los conductores hayan asegurado con un tercero su responsabilidad civil para el supuesto de que incurran en un acto ilícito penal o administrativo”. Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., pág. 47 y nota a pie nº 141.

¹⁴⁵⁹BOBBIO, N.: voz «Sanzione» en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, TVET, 1969, pág. 530.

¹⁴⁶⁰ALONSO GARCIA, M.-RIVERO LAMAS, J.: «Sanciones por violación o incumplimientos de normas laborales», XII Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 1988, AEDTSS, pág. 10.

Así las cosas, el recargo de prestaciones se encuadraría, funcional o teleológicamente y partiendo de un concepto amplio y no restringido de sanción, como una indemnización legal enclavada en la encrucijada entre las técnicas sancionatorias jurídico-públicas (caracterizadas por prevenir, eliminar y reprimir las consecuencias de las violaciones de las normas) y las técnicas sancionatorias jurídico-privadas (cuya finalidad es reparar y eliminar los efectos de tales violaciones normativas y la realización coactiva de los derechos subjetivos, removiendo la antijuricidad subsiguiente a la inobservancia de la norma o de la obligación contraída). Dicho lo cual, hay que precisar de qué forma pueden integrarse de forma unitaria en la estructura indemnizatoria del recargo de prestaciones las trazas sancionatorias antedichas. Esa cuestión, que entronca con el análisis de las recientes (y sugerentes) propuestas doctrinales que consideran al recargo ora como sanción civil indirecta, ora como cláusula penal de origen legal, se resuelve, partiendo de la disociación dogmática entre el plano estructural y el funcional, en la próxima apreciación conclusiva, y con ella se cierran definitivamente las páginas de este Capítulo.

F.- En tercer y último plano conclusivo (pese a su extensión, por la que pido anticipadamente disculpas al lector), resulta que el recargo de prestaciones entrelaza una dimensión preventivo-disuasoria (que advierte al deudor de seguridad de las consecuencias desfavorables ligadas a su previo incumplimiento) y otra reparadora (incremento prestacional) como finalidades complementarias “que responden al doble objetivo de

conseguir un mayor control social para la conservación del sistema social y a eliminar o atenuar las consecuencias perjudiciales que las infracciones de la normativa producen para la sociedad y para los concretos sujetos afectados”¹⁴⁶¹. Ello no es sino consecuencia de que, más allá del nudo encorsetamiento como sanción o indemnización de una determinada institución jurídica, la reconducción de las conductas a las pautas deseadas por el legislador admite distintas técnicas de libre configuración de forma que “para determinar la naturaleza de una figura determinada no es decisivo el *nomen iuris* que le dé la Administración o le asigne el legislador”¹⁴⁶².

Por ello, perseverando en el ejercicio reconstructivo que me he propuesto, a mi juicio el recargo de prestaciones es estructuralmente una indemnización, aun cuando teleológicamente presenta trazos sancionatorios que fuerzan a reconducirlo, estrictamente en ese plano, al predio de las sanciones civiles indirectas. Tan es así que esa reconducción, aisladamente considerada, ha abierto la veda a nuevos planteamientos doctrinales sobre el particular, de marcado anclaje iusprivatista, que aquí hay que diseccionar separadamente: «cláusula penal de origen legal» y «sanción civil indirecta».

¹⁴⁶¹ ALONSO GARCIA, M.-RIVERO LAMAS, J.: «Sanciones por violación...», op.cit., pág. 11. En esa línea, califica la STSJ Castilla-La Mancha de 24.2.1992 (AS 1533) al recargo como “indemnización sancionadora o punitiva que se añade a la indemnización resarcitoria de la prestación ordinaria de Seguridad Social, lo que debe diferenciarse claramente de las meras multas dimanadas de la actuación inspectora de la Administración”.

¹⁴⁶² STC 164/1995, de 13 de noviembre, fdto. jdco. 4º.

La consideración del recargo de prestaciones como «cláusula penal de origen legal» propuesta por GONZÁLEZ LABRADA ha de partir, a mi juicio, de la previa superación de un obstáculo difícilmente sorteable: la dialéctica doctrinal sobre si es posible que la cláusula penal pueda tener dicho origen. En sintonía con la admisión de tal posibilidad se han pronunciado MAZZARESE¹⁴⁶³, LOBATO DE BLAS¹⁴⁶⁴ y RODRÍGUEZ TAPIA¹⁴⁶⁵, mientras criterio denegatorio de la hipótesis de origen legal de la cláusula penal han sostenido, remarcando su origen meramente convencional, negocial o pactado, ROCA SASTRE-PUIG BRUTAU¹⁴⁶⁶, DÁVILA GONZÁLEZ¹⁴⁶⁷ y SANZ VIOLA¹⁴⁶⁸.

A mi juicio, siendo cierto que el recargo puede asimilarse en cierto modo a la cláusula penal desde la perspectiva de las funciones que ésta desarrolla¹⁴⁶⁹ (carácter aflictivo/coercitivo/disuasorio/comminatorio¹⁴⁷⁰,

¹⁴⁶³MAZZARESE, S.: «Clausola penale e pena privata», en AA.VV. (a cura di Busnelli e Scalfi): *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, págs. 262-263.

¹⁴⁶⁴LOBATO DE BLAS, J.M.: *La cláusula penal en el Derecho español*, Eunsa, Pamplona, 1974, págs. 144-149.

¹⁴⁶⁵RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: «Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil», ADC, 1993, tomo XLVI, fasc. II, págs. 515-516 y 518-525.

¹⁴⁶⁶ROCA SASTRE, R.M.-PUIG BRUTAU, J.: *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, Edersa, Madrid, 1948, pág. 274.

¹⁴⁶⁷DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*, Montecorvo, Madrid, 1992, págs. 204-215.

¹⁴⁶⁸SANZ VIOLA, A.: *La cláusula penal en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 13 y 59-61.

¹⁴⁶⁹La cláusula penal desarrolla básicamente 3 funciones (GÓMEZ CALERO, J.: *Contratos mercantiles con cláusula penal*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 52; DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*, op.cit., págs. 47-67; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, vol. 1º, Reus, Madrid, 1983, págs. 183-187;

carácter cumulativo a la indemnización ordinaria de daños y perjuicios¹⁴⁷¹, carácter accesorio a una obligación principal a la que refuerza y cuyo cumplimiento garantiza¹⁴⁷², moderación judicial de su montante¹⁴⁷³, carácter subsidiario respecto a la obligación principal que refuerza¹⁴⁷⁴), no me parece de todo punto correcto el pretendido origen legal de la cláusula penal, máxime cuando es una institución apenas tratada de modo parco y lacónico en el Código Civil¹⁴⁷⁵, cuando su proximidad --o, cuando menos, su emparentamiento-- con las penas

RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: «Sobre la Cláusula Penal...», op.cit., págs. 527-529): disuasorio-punitiva (sanción impuesta al deudor-infractor), resarcitorio-indemnizatoria (liquidación de daños) y de garantía (refuerzo de la obligación principal), siendo esta última la función esencial (SANZ VIOLA, A.: *La cláusula penal...*, op.cit., pág. 16).

¹⁴⁷⁰«La especialidad de la cláusula penal consiste en el estímulo al cumplimiento regular de la obligación que supone para el deudor la amenaza de una prestación adicional en el caso de no cumplimiento puntual y exacto de la prestación debida», de forma que supone una “agravación de la posición de deudor incumplidor y una mejoría para el acreedor”. Cfr. SANZ VIOLA, A.: *La cláusula penal...*, op.cit., págs. 17-18 y 79; RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: «Sobre la Cláusula Penal...», op.cit., págs. 526-528; DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*, op.cit., pág. 305. La cláusula penal, según la STC 164/1995, de 13 de noviembre, no tiene función represiva ni sanciona un ilícito administrativo, sino que es estímulo para el cumplimiento o disuasión para el incumplimiento.

¹⁴⁷¹RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: «Sobre la Cláusula Penal...», op.cit., págs. 578-579; SANZ VIOLA, A.: *La cláusula penal...*, op.cit., págs. 25, 51 y 80.

¹⁴⁷²RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: «Sobre la Cláusula Penal...», op.cit., págs. 569-571; SANZ VIOLA, A.: *La cláusula penal...*, op.cit., págs. 14, 16 y 23; MAZZARESE, S.: «Clausola penale e pena privata», op.cit., pág. 262.

¹⁴⁷³RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: «Sobre la Cláusula Penal...», op.cit., págs. 581-587; SANZ VIOLA, A.: *La cláusula penal...*, op.cit., págs. 91-108; DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*, op.cit., págs. 437-446; BRUNI, A.: «Clausola penale e poteri riduttivi del giudice», en AA.VV.: *Le pene private*, op.cit., págs. 287-289.

¹⁴⁷⁴La subsidiariedad de la cláusula penal supone que sólo entre en juego “en caso de incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación principal”. Cfr. SANZ VIOLA, A.: *La cláusula penal...*, op.cit., págs. 27 y 69.

¹⁴⁷⁵“Sólo 4 artículos --1152 a 1155-- dedica el Código Civil a la regulación de la cláusula penal” (cfr. SERRANO ALONSO, E.: «Prólogo» a la obra de SANZ VIOLA, A.: *La cláusula penal...*, op.cit., pág. 10).

privadas delata su potencial complejidad operativa en el Ordenamiento¹⁴⁷⁶ y cuando parece un tanto forzado defender el origen legal de la cláusula penal afirmando que se trata de una “pena de origen legal que constituye asimismo una regla del contrato, de forma imperativa o dispositiva”¹⁴⁷⁷, siendo más correcto, a mi modo de ver, entender que “son las mismas partes de la obligación --acreedor y deudor-- las que en la misma obligación convienen incrementar la responsabilidad del deudor mediante la inclusión de una específica cláusula que agrava la situación del deudor al imponer un plus a la prestación inicial”¹⁴⁷⁸.

Sentado ese claro origen negocial, dispositivo y contractual, otra cosa es que, ciertamente, la cláusula penal es una “verdadera «criatura puente» entre las instituciones sancionadoras y las resarcitorias, en la que las diversas finalidades perseguidas se entremezclan y, al propio tiempo que puede operar como liquidación previa del daño, «resarciendo», sanciona el incumplimiento, sin que puedan separarse ambas funciones sin desnaturalizarla gravemente”¹⁴⁷⁹, perfil éste que de nuevo aproxima a

¹⁴⁷⁶Porque si bien la cláusula penal “supone siempre alguna desventaja o perjuicio para el deudor”, ello no significa que desempeñe “una verdadera función punitiva, represiva, ya que el Derecho moderno no admite las penas privadas y el ius puniendi queda reservado al Estado” (cfr. SANZ VIOLA, A.: «La cláusula penal...», op.cit., pág. 19, autora que señala, no obstante y para salvar esta problemática, que “la cláusula penal no es una auténtica pena privada sino simplemente una sanción, en el sentido de consecuencia del incumplimiento”). Incluye a la cláusula penal como “pena privada de finalidad más retributiva que reparadora” REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora...*, op.cit., pág. 31.

¹⁴⁷⁷RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: «Sobre la Cláusula Penal...», op.cit., pág. 525.

¹⁴⁷⁸SERRANO ALONSO, E.: «Presentación», op.cit., pág. 10; SANZ VIOLA, A.: *La cláusula penal...*, op.cit., pág. 61.

¹⁴⁷⁹FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 58.

esa figura y al recargo de prestaciones¹⁴⁸⁰. Pese a ello, insisto, a mi juicio el auténtico *punctum dolens* de esa construcción (a salvo de mejor parecer) es el maltrecho sostenimiento del origen legal de la cláusula penal, se mire como se mire. Por un lado, si se mantiene, como hace GONZÁLEZ LABRADA con suma valentía por la originalidad del planteamiento, que el recargo de prestaciones es una cláusula penal de origen legal y carácter cumulativo tanto a la prestación de Seguridad Social como a las demás responsabilidades por incumplimiento de normas preventivas, de modo anudado hay que convenir en que ese carácter cumulativo sólo puede atribuírsele por la autonomía de la voluntad de las partes canalizada en acuerdo expreso al efecto, mas no por ministerio de la Ley¹⁴⁸¹. Por otro, como ha señalado DÁVILA con firme aplomo, en puridad “las verdaderas cláusulas penales tienen naturaleza convencional y su fuente sólo es el acuerdo de voluntades, no la ley”¹⁴⁸².

Descartada la calificación del recargo como cláusula penal de origen legal, su dimensionalización en el marco de las sanciones civiles indirectas desde un plano funcional o teleológico ha sido defendida con brillantez por MOLINA NAVARRETE, siguiendo las siempre

¹⁴⁸⁰Al igual que sucede con la interpretación restrictiva que los Tribunales vienen sosteniendo respecto a la cláusula penal, “por su carácter de sanción añadida a una obligación a expensas del patrimonio del deudor” (cfr. SANZ VIOLA, A.: *La cláusula penal...*, op.cit., págs. 22 y 44; ALONSO PÉREZ, M.: «Prólogo», op.cit., pág. 14; DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal...*, op.cit., págs. 22, 25 y 44).

¹⁴⁸¹SANZ VIOLA, A.: *La cláusula penal...*, op.cit., págs. 51-53 y 80; LOBATO DE BLAS, J.M.: *La cláusula penal...*, op.cit., pág. 122.

¹⁴⁸²DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*, op.cit., pág. 215. En parecidos términos pero en referencia genérica a las “penas privadas”, PADOVANI, T.: «Lectio brevis sulla sanzione», en AA.VV.: *Le pene private*, op.cit., págs. 68-69.

interesantes pautas del profesor FRANCESCO GALGANO. Así, las sanciones civiles indirectas como categoría dogmática se colocan “sul punto di congiunzione dell’interesse generale con l’interesse particolare”¹⁴⁸³, de forma que persiguen “la protección de los intereses generales pero a través de la concesión de una ventaja --de tipo patrimonial o *in natura*-- a los particulares, que aparece como su fundamento próximo o directo, aunque su fundamento último y más trascendente es la protección de la efectividad del Ordenamiento jurídico”¹⁴⁸⁴. De esa suerte, el recargo de prestaciones, desde el punto de vista teleológico, se halla a “caballo entre las sanciones públicas y las sanciones privadas, en la encrucijada entre las políticas de prevención de los riesgos de incumplimiento o infracción de la normativa y las de reparación o restitución de los bienes jurídicamente lesionados”¹⁴⁸⁵, de forma que cumpliría “una doble función y un doble interés tutelado: uno de tipo colectivo, centrado en la efectividad de las medidas de prevención (...), y un interés individual del trabajador perjudicado por el siniestro laboral, mediante la realización de una específica función reparadora concretada en la previsión de una compensación especial en forma de indemnización por los daños sufridos, que se cuantifica precisamente a través de un incremento porcentual de la prestación a que se tenga derecho”¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸³ GALGANO, F.: «Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali», *Contratto e impresa* n° 2-1987, pág. 531.

¹⁴⁸⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: «Otra vez a vueltas...», *op.cit.*, pág. 819; GALGANO, F.: «Alla ricerca...», *op.cit.*, págs. 532-533.

¹⁴⁸⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: «Otra vez a vueltas...», *op.cit.*, pág. 821.

¹⁴⁸⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: «Otra vez a vueltas...», *op.cit.*, págs. 821-822; GALGANO, F.: «Alla ricerca...», *op.cit.*, pág. 536.

Por eso, el recargo de prestaciones es, a mi modo de ver, estructuralmente una indemnización legal, especial, de Seguridad Social, causal, tasada y con trazas sancionatorias, “resarcitoria en forma de prestación complementaria”¹⁴⁸⁷, y funcionalmente no puede ser considerado ni como “una pena privada en sentido estricto” (tampoco como cláusula penal de origen legal) ni como “una sanción {administrativa} de Derecho público”, sino como una sanción civil (de marcado componente aflictivo¹⁴⁸⁸, “porque recae sobre el patrimonio del empresario y retribuye un concreto daño ocasionado a un sujeto privado, el trabajador siniestrado, que es el beneficiario o acreedor de la obligación resarcitoria de aquél”, de ahí la imposibilidad de aseguramiento de dicha responsabilidad) e indirecta (porque “tal resarcimiento privado es el medio concretamente seleccionado por el legislador para perseguir un interés netamente colectivo y de relevancia social, la efectividad del cumplimiento de la normativa de prevención”¹⁴⁸⁹). Tal es la conclusión a la que abocan, desde el plano funcional, sus estructurales retazos sancionatorios (desde esa óptica, puede encuadrarse al recargo como mecanismo heterotutelar funcional o teleológicamente sancionador) y que explican, a mi juicio, el carácter complejo de la indemnización en que consiste estructuralmente el recargo de prestaciones.

¹⁴⁸⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: «Otra vez a vueltas...», op.cit., págs. 824-825.

¹⁴⁸⁸ GALGANO, F.: «Alla ricerca...», op.cit., pág. 532.

¹⁴⁸⁹ MOLINA NAVARRETE, C.: «Otra vez a vueltas...», op.cit., págs. 822 y 825.

Disentir de cuanto se ha expuesto (y en los términos en que se ha expuesto) es, con todo, perfectamente posible y legítimo, pues no es fácil deshacerse del perverso influjo que la controvertida naturaleza jurídica del recargo de prestaciones irradia hacia quien se aproxima científicamente a esa institución: inmiscuirse y pronunciarse, con mayor o menor suerte de éxito, sobre los términos del debate con todo lujo de pareceres. Ahora bien, no debe incurrirse, en el curso de la realización de ese menester, en el equívoco de tratar de “ponerle puertas al mar”¹⁴⁹⁰ porque, sabido es, comoquiera que las instituciones jurídicas son lo que son, plantear imágenes meramente dogmáticas y alejadas de la realidad, por más belleza con la que se las describa desde el plano ontológico del deber-ser, en un espejo cóncavo como el del crudo plano de la realidad estructural del ser se deforman (y deformarán, seguro) irremediabilmente. Y sólo espero, con sinceridad, no haber incurrido en ese malsano error.

¹⁴⁹⁰ Porque, sabido es, “los escrúpulos metodológicos pueden llevar a la esterilidad por irrealismo”. Cfr. NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, op.cit., pág. 34.

CAPÍTULO III.- MECANISMOS AUTOTUTELARES DE LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.

“A veces los obreros triunfan; pero es un triunfo efímero.
El verdadero fruto de sus luchas no es el éxito inmediato,
sino la creciente unión de los obreros.”

MARX, K.: *Teoría Económica* (textos seleccionados por R. Freedman,
traducción de J. Solé Tura), Península, Madrid, 1967, págs. 47-48.

1.- Mecanismos autotutelares: delimitación conceptual y razones de su clasificación tipológica en preventivos, sancionadores y conflictuales.

Bajo la nomenclatura común de mecanismos autotutelares de la seguridad e higiene en el trabajo, se ha pretendido agrupar, a efectos expositivo-sistemáticos, a aquellos mecanismos tuitivos en los que, quien reacciona en orden a tutelar el derecho subjetivo o interés legítimo cuya titularidad ostenta o a cuya preservación aspira, es bien el propio sujeto afectado, bien los sujetos con capacidad para representarle en defensa del bien jurídico merecedor de protección. Esa autotutela habilitada por el Ordenamiento puede ser, en consecuencia, adecuado cauce complementario y/o alternativo a los mecanismos de heterotutela.

Por otro lado, la activación de la autotutela, como acto jurídico unilateral o bilateral de tutela extrajudicial, puede llevarse a cabo desde diversos planos y por diversos sujetos. Al tiempo, esos diversos planos no

tienen por qué aparecer como compartimentos estancos del Ordenamiento, sino que presentan conexiones, a modo de vasos comunicantes, que permiten una mayor fluidez articulativa de los diversos resortes autotutelares de la seguridad e higiene en el trabajo previstos en nuestro ordenamiento.

En esa línea, el presente Capítulo parte de una doble óptica diferenciadora de los mecanismos de autotutela. Así, de un lado, los mecanismos autotutelares pueden bifurcarse, en una primera aproximación, en función del interés o derecho afectado cuya protección se impera: si éste es de carácter individual y con ese título se invoca, la autotutela (del trabajador o del empresario privado o público) se entenderá, en consecuencia, como individual; por el contrario, si el derecho subjetivo o interés legítimo es de carácter neta o esencialmente colectivo (aunque éste suponga, las más de las veces, la conjunción de una pléyade de derechos e intereses individuales en juego), a tal carácter (colectiva) habrá de atenerse la autotutela ejercitada.

A su vez, de otro lado y en conjunción con los parámetros anteriores, se ha estimado preciso introducir una segunda diferenciación entre los mecanismos autotutelares en función del marco normativo de actuación en que se desenvuelven. Esta segunda diferenciación absorbe, como se va a ver, a la anterior, y es la que se va a seguir en las exposiciones del Capítulo.

Así, a mi modo de ver, algunos de ellos desempeñan un papel sustancialmente preventivo, ya desde el plano individual (cuando el trabajador acude al cumplimiento de los deberes genéricos o específicos que la LPRL impera en punto a reforzar la eficacia horizontal del derecho fundamental, cuya tutela es el sustrato común de todo el sistema de prevención de riesgos profesionales), ya desde el plano colectivo (pues tal es el caso tanto de los que pudiéramos denominar como mecanismos negociales --autonomía normativa, canalizada fundamentalmente a través de la negociación colectiva-- y como mecanismos participativos --niveles orgánicos y competenciales asumidos por los representantes de los trabajadores y sobre cuyo detalle, con especial hincapié en la figura del DPr, se abundará más adelante--). Otros, un papel eminente sancionador (tal es el caso del recurso al poder disciplinario por parte del empresario, como mecanismo de autotutela de éste frente a los incumplimientos que, en materia preventiva, pueda haber protagonizado el trabajador). Mientras, finalmente, un tercer nivel acogería, según entiendo, a aquellos mecanismos de sesgo básicamente conflictual, ora ejercitados a título individual (*ius interruptionis*, extinción contractual voluntaria por incumplimiento del empresario), ora a título colectivo (paralización de actividades, acogimiento a los sistemas de composición extrajudicial, ejercicio del derecho de huelga).

En esa tesitura diferenciadora de los mecanismos autotutelares, no se han desconocido las múltiples interconexiones existentes entre ellas, sin perjuicio de que se haya estimado oportuno introducir el esquema diversificador trazado a efectos, básicamente, de composición estructural

y sistematización interna de los términos expositivos en que se diseccionan tales mecanismos. En su razón, las divisiones introducidas han priorizado una mecánica de claridad expositiva, en coexistencia secundaria con las remisiones, reenvíos y conexiones ente los diversos mecanismos que oportunamente han sido introducidas cuando así se ha estimado preciso, de suerte que no se ignora, a título de ejemplo, que los mecanismos autotutelares conflictuales se ejercitarán, en la mayoría de ocasiones, con carácter preventivo de los riesgos detectados o acontecibles con certeza, si bien, a mi modo de ver, el talante común que aúna a los mecanismos, aquí englobados bajo el tronco común de sus raíces “conflictuales”, es, precisamente, la existencia, en primer e inmediato plano, de una controversia, de una reivindicación propia del desacuerdo existente en cuanto a la satisfacción-insatisfacción generada por el sistema preventivo diseñado. En suma, sin que sea posible desconocer la esencia preventiva de los riesgos profesionales que, con certeza y desde un plano mediato o de telón de fondo, subyace al recurso a tales instrumentos, no obstante se ha preferido su encuadre sistemático como mecanismos autotutelares conflictuales porque, según entiendo, ése es su perfil jurídico y sociológico primario.

2.- Mecanismos autotutelares preventivos: dimensiones individual y colectiva.

En las páginas que siguen, ha tratado de llevarse a cabo la vertebración, compendiada y sistemática a un tiempo, de los que hemos

denominado como mecanismos autotutelares preventivos, bifurcando a tal efecto su estudio (en función del plano que les sirva de rodera sobre la que transitar hacia la consecución del objetivo de prevención del riesgo y de protección de la vida, integridad y salud de los trabajadores) en una doble dimensión diferenciada, individual y colectiva.

Como podrá comprobarse, se ha dispensado un mayor tratamiento cuantitativo (que no cualitativo, porque en esa óptica se ha tratado de compensar al máximo los contenidos) a la dimensión colectiva, elección de la que respondo plenamente desde el momento en que obedece a una doble opción puramente personal: por un lado, la propia estructura que hemos diseñado aboca a esa necesidad de mayor tratamiento del plano colectivo, como se verá al hilo del desglose de epígrafes llevado a cabo desde el plano metodológico de análisis. Por otro, me he propuesto abordar ese plano colectivo porque creo, sinceramente, que los aspectos en él abordados están, jurídica y sociológicamente, necesitados de firme apuntalamiento, dado que nos hallamos (de nada sirve negar la evidencia) ante un delicado momento en el sistema de relaciones laborales, en el que, según me parece, son reiteradas las políticas (ya no sólo “vientos fríos”, sino auténticas políticas jurídicas) de erosión flexibilizadora y paulatina de gran parte de aquellos derechos de los trabajadores (estabilidad en el empleo, suficiencia salarial, derecho al desempleo, protección frente al despido, por poner sólo algunos ejemplos de entre tantas otras materias por los laboristas conocidas) que, en su día, sirvieron para que la función compensadora y reequilibradora del Derecho del Trabajo pudiera encauzarse a buen puerto.

En ese contexto, no debe permitirse que esa línea de tendencia revierta también en la deletérea erosión de los parámetros preventivos del riesgo profesional, dado el derecho fundamental (y capital) en juego, por lo que razones de convicción (y de conciencia) personal me llevan a remarcar, con especial hincapié, la importancia del plano colectivo de autotutela preventiva en la nueva “cultura preventiva de riesgos” que debiera avecinarse (especialmente, en cuanto a la negociación colectiva y a la correcta articulación de los mecanismos de seguridad participada brindados por la LPRL), por lo que, se quiera o no (y se esté o no de acuerdo, pues eso ya es otra cuestión), los pareceres de quien redacta estas líneas van a dejar, necesariamente, una impronta argumental claramente enfocada hacia ese objetivo. De ahí a la crítica y al debate científico, sólo habrá ya un pequeño paso y así, cuando menos, espero que ese necesario discurrir doctrinal se encamine en beneficio del mejor entendimiento del plano colectivo aquí descrito. Abordemos, pues, la tarea que nos hemos propuesto sin más demora.

2.1.- Mecanismos autotutelares preventivos de dimensión individual: el contrapunto de derechos y obligaciones del trabajador *uti singuli*.

Recuérdese que, en el Capítulo I de este trabajo, se ha defendido la consideración de la obligación general de seguridad como el cauce a cuyo través el legislador ha proyectado la eficacia horizontal del derecho fundamental a la vida, integridad y salud del trabajador, cualquiera que sea la relación contractual (laboral, administrativa o funcional) que le

ligue al empresario-«deudor de seguridad», sujeto sobre quien pesa normativamente, desde un plano objetivo, el deber de prevención de los riesgos como técnica poliédrica para el adecuado cumplimiento de aquel rol que se le asigna, y desde un plano subjetivo, el deber de protección eficaz de aquel bien jurídico del que goza, como primero y principal para el ejercicio de los demás derechos y libertades que la CE otorga al ciudadano, el trabajador a su servicio.

Ahora bien, si la obligación general de seguridad es un *prius* que pesa sobre el empresario como sujeto-deudor, no es menos cierto que la eficacia horizontal del derecho fundamental también se proyecta sobre el trabajador como sujeto-acreedor a quien el Ordenamiento reconoce un complejo derecho subjetivo a la protección eficaz de su vida, integridad y salud, derecho que tiene un peculiar envés en determinados deberes legales, que a tal fin también le impone el propio sistema jurídico, a modo de “mecanismo de cierre del sistema de protección de la vida e integridad de su persona en la realización del trabajo contractualmente debido”, esto es, como cauce para reforzar la eficacia del derecho fundamental¹⁴⁹¹, o, si se prefiere, para garantizar la “efectividad del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud”¹⁴⁹².

¹⁴⁹¹De forma que esta guisa de “deber de autoprotección” del trabajador (GORELLI, J.: «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., pág. 210), sería el broche perfecto para reforzar “la necesaria salvaguardia de las posiciones no disponibles del trabajador como sujeto, como ciudadano” (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Formación en materia...», op.cit., pág. 291).

¹⁴⁹²PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo», op.cit., pág. 44; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «El nuevo marco jurídico de la prevención...», op.cit., pág. 211; STSJ Extremadura --Sala de lo Social-- 10.7.1995 (AS 2711), STSJ Castilla-La Mancha 22.9.1995 (AS 3594), STS --Sala de lo Social-- 28.2.1995 (Ar. 1729).

En razón de la referida proyección horizontal del derecho fundamental del trabajador ex art. 15 CE, se ha afirmado que la posición jurídica del trabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo, ex art. 29 LPRL (trasunto del art. 13 DM), presenta un contenido un tanto peculiar, al revestir “una doble cara, fundamentalmente acreedora y sólo secundariamente deudora”, dado que el Ordenamiento impone al trabajador “un deber de velar por la seguridad y salud propia y de terceros en base a tres parámetros: según sus posibilidades, su formación y las instrucciones del empresario”¹⁴⁹³. Peculiar deber cuya fijación, a mi modo de ver, obedece paladinamente a razones sociológicas y jurídicas¹⁴⁹⁴ y que, en resumidas cuentas, no comporta una “obligación absoluta sino circunstanciada”¹⁴⁹⁵ para el trabajador-

¹⁴⁹³Cfr. MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., págs. 243 y 263-264; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., págs. 248-249.

¹⁴⁹⁴La fijación de ese deber legal al trabajador, probablemente sólo ligada de *lege ferenda* a la relación contractual desde la función integradora de la buena fe recíproca (GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., pág. 188), responde a una realidad que el legislador no podía desconocer ni desde el plano jurídico (*de lege data*, ex arts. 13 DM, 5.b) y 19.2 TRLET), ni desde el plano sociológico, dado que “siendo cierto que las estadísticas dan la razón al legislador respecto a la incidencia del trabajo en la producción de accidentes y enfermedades profesionales”, resulta igualmente verdadero “que el 25 por ciento de los individuos acumulan el 75 por ciento de los accidentes”, problemática cuya razón de ser se ha buscado, al hilo de los planteamientos de la psicología del trabajo y de la conocida «Ley de Marbe», en la existencia de “personas predispuestas al accidente” por diversos “factores psicosociales que motivan tal situación” (cfr. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos», op.cit., pág. 21; GREENBERG, L.: «Aplicación de la legislación sobre seguridad del trabajo», op.cit., págs. 485 y 492; VAQUERO PUERTA, J.L.-CEÑA CALLEJO, R.: *Prevención de riesgos laborales: seguridad, higiene y ergonomía*, op.cit., pág. 57; LLUIS y NAVAS, J.: *Derecho de la Seguridad e Higiene en el Trabajo...*, op.cit., pág. 42; OLIVER HERNÁNDEZ, C.: «La ergonomía como ámbito de aplicación desde la psicología», *Papeles del Psicólogo* nº 65-1996, págs. 53-55).

¹⁴⁹⁵Cfr. SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 115-118.

pseudodeudor conforme a aquellos parámetros precitados, de modo que encierra más bien “obligaciones de segundo orden”, dado que “no son de iniciativa, sino de cumplimiento o de inserción en el sistema de seguridad”¹⁴⁹⁶ pergeñado por el empresario; derivándose su carácter de obligaciones secundarias, o de “cuota residual”¹⁴⁹⁷ en el marco de la obligación general de seguridad, del dato objetivo de que su cumplimiento está condicionado, las más de las veces (por no decir, con más rotundidad, que en todo caso), al previo grado de cumplimiento de las poliédricas obligaciones empresariales¹⁴⁹⁸.

Por las razones expuestas, ese deber ínsito a la obligación de seguridad revierte en la colaboración, disciplina y seguimiento de las medidas de seguridad que el trabajador, destinatario directo de todo el arsenal preventivo¹⁴⁹⁹, debe observar como parámetro de autotutela preventiva individual de imposición *ex lege*, ex arts. 5.b) y 19.2 TRLET¹⁵⁰⁰ y 29 LPRL,

¹⁴⁹⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., pág. 189.

¹⁴⁹⁷ BASENGHI, F.: «La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici nel nuovo quadro legale», en AA.VV.: *La sicurezza del lavoro. Commento ai Decreti Legislativi...*, op.cit., pág. 61.

¹⁴⁹⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., pág. 189; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo», en AA.VV.: *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, op.cit., págs. 202 y 229; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., págs. 249-250.

¹⁴⁹⁹ Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 247.

¹⁵⁰⁰ Con fundamento en los arts. 5.b) y 19.2 TRLET, ya había subrayado la jurisprudencia el deber del trabajador de observar las normas legales y reglamentarias en

y su incumplimiento genera, todo lo más, responsabilidades disciplinarias (por interpretación sistemática de los arts. 29.3 LPRL y 58.1 TRLET), como se abordará más adelante, en otro epígrafe de este Capítulo.

Ahora bien, sin desmerecer para nada cuanto se ha dicho, sería conveniente introducir una serie de precisiones adicionales sobre la cuestión abordada en punto a su completo detalle expositivo. Tales precisiones atañen a los deberes genéricos y a los deberes específicos diseñados en la LPRL, aspectos temáticos en los que voy a entrar a continuación.

2.1.1.- Los deberes genéricos fijados como mecanismo de autotutela preventiva individual del trabajador.

El art. 29.1 LPRL establece que cada trabajador deberá velar por su propia seguridad y por la de las personas a las que pueda afectar su actividad profesional (esto es, a personas ajenas a la empresa pero que realizan actividades profesionales junto con el trabajador correspondiente, v.gr., trabajadores autónomos o de otras empresas presentes en los términos del art. 24 LPRL¹⁵⁰¹), deber legal genérico delimitado por cuatro parámetros de medición de su alcance¹⁵⁰²:

materia de prevención --así, STSJ País Vasco 29.12.95 (AS 4769), 13.2. 96 (AS 269) y 16.1.96 (AS 200)--.

¹⁵⁰¹GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., págs. 212-213.

¹⁵⁰²GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 189-190.

A.- Las posibilidades personales del trabajador (capacidad, aptitud, experiencia, nivel de conocimientos preventivos, información recibida sobre los riesgos) configuran un sólido criterio para la valoración de su conducta preventiva en términos valorativos de diligencia subjetiva¹⁵⁰³ aprestada al cumplimiento de dicha obligación¹⁵⁰⁴.

B.- Anudado a lo que acaba de decirse, a mi modo de ver no basta con la medición estanca de dichas posibilidades personales, sino que éstas tienen que ponerse en relación con las particulares circunstancias objetivas derivadas del puesto de trabajo o función desarrollada, con los demás riesgos generales o particulares existentes en la empresa y con las informaciones recibidas a esos efectos¹⁵⁰⁵. En suma, se trata de la necesaria toma en consideración de “la naturaleza de las medidas preventivas”¹⁵⁰⁶ que contextualizan, en las coordenadas de espacio y tiempo coyunturalmente presentes, el cumplimiento de la obligación de cada trabajador “según sus posibilidades personales”.

C.- La formación recibida por el trabajador modaliza sobremanera el grado de cumplimiento que deba el trabajador observar en punto a la

¹⁵⁰³La diligencia subjetiva atiende a “las características, condiciones y circunstancias personales del sujeto, que van a actuar en su favor, no exigiéndose en consecuencia una diligencia abstractamente considerada, sino concretizada en la propia persona del sujeto”. Cfr. BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento...*, op.cit., pág. 98.

¹⁵⁰⁴La diligencia del trabajador, “siendo un modo con el que se cumple la obligación, recae obviamente en el concepto de cumplimiento y, por tanto, pasa a integrarse en la obligación de cumplir”. Cfr. GÁRATE CASTRO, J.: *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 102.

¹⁵⁰⁵SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., págs. 248-249.

¹⁵⁰⁶GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 190.

obligación preventiva que se le impone. Lógicamente, esa formación requiere la premisa del adecuado cumplimiento empresarial de suministrar la misma, por lo que el comportamiento que es dable esperar del trabajador en este terreno, se supedita al previo cumplimiento empresarial de su obligación formativa, de forma que el incumplimiento empresarial “atenúa la exigibilidad” del cumplimiento obligacional preventivo que pueda pesar sobre el trabajador¹⁵⁰⁷. Por otro lado, reténgase que el nivel formativo atesorado será diverso en función de si el trabajador ha recibido formación específica sobre los riesgos de su puesto de trabajo o función, o si, por el contrario, ha obtenido formación adecuada a su condición, v.gr., de miembro integrante del Servicio de prevención interno o de representante con funciones específicas en la materia (DPr).

D.- El cumplimiento de las instrucciones, “tanto generales como específicas” recibidas del empresario en el ámbito preventivo, constituye el último rasero que modaliza el deber del trabajador analizado en los párrafos precedentes. Sobre el mismo, baste decir que, ex art. 5.c TRLET, el trabajador “está obligado a cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus poderes directivos”, de forma que “el cumplimiento de las instrucciones en materia preventiva” es tanto “una especificación de ese deber de obediencia de carácter general”¹⁵⁰⁸, cuanto una singularizada exigencia de la propia prevención de riesgos que integra,

¹⁵⁰⁷GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 189.

¹⁵⁰⁸GARCÍA ROSS, A.: «Análisis presente y futuro...», op.cit., pág. 378; GORELLI, J.: «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., págs. 213-216.

desde el plano del Derecho objetivo (art. 15.1.i LPRL), la obligación general de seguridad que pesa sobre el empresario¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁹SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 249.

2.1.2.- Los deberes específicos fijados como mecanismo de autotutela preventiva individual del trabajador.

El art. 29.2 LPRL establece una serie de deberes particularizados o específicos, que pueden resumirse sistemáticamente, de acuerdo con el análisis doctrinal que sobre la materia ya ha sido llevado a cabo, en los tres siguientes¹⁵¹⁰:

A.- Utilización y uso adecuado de las protecciones técnicas y de los medios empleados en el trabajo (art. 29.2, puntos 1º, 2º y 3º LPRL). Ese uso exigible será el que resulte de conformidad con la naturaleza de tales protecciones y medios y de los riesgos previsibles ligados a su utilización (por lo que la utilización contraindicada o que genere un riesgo innecesario será considerada como incumplimiento contractual del trabajador¹⁵¹¹), a cuyo fin el trabajador deberá haber recibido, previamente, toda la información y formación precisa (v.gr., adiestramiento empresarial en cuanto a las instrucciones de montaje, uso y mantenimiento de protecciones técnicas establecidas por el fabricante, suministrador o importador de las mismas, o

¹⁵¹⁰VALVERDE ASENSIO, A.: «Responsabilidad administrativa...», op.cit., págs. 156-157; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., págs. 250-254; GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 190-191.

¹⁵¹¹Por otro lado, es cierto tanto que “el nivel de diligencia exigido en el uso adecuado de estos mecanismos puede ser muy diferente respecto de unos instrumentos de trabajo y respecto de otros” (v.gr., no es lo mismo utilizar una llave inglesa, manejar una “pluma” —en las grúas— de gran tonelaje o transportar un recipiente que contiene ácido correoso), como que las propias “circunstancias que puedan rodear al trabajo concreto” modulan también esa diligencia a emplear (v.gr., no es lo mismo conectar a la corriente eléctrica una maquinaria en un medio de trabajo húmedo que en uno seco). Cfr. GORELLI, J.: «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., pág. 220.

utilización de los equipos y medios de protección individual¹⁵¹²) para cumplir eficazmente con ese específico deber que se le impone¹⁵¹³. Asimismo, se establece el deber de no poner fuera de funcionamiento y de utilizar correctamente los «dispositivos de seguridad» existentes (medios de protección colectiva¹⁵¹⁴).

B.- Deber de informar sobre cualquier situación que entrañe, por motivos razonables, riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores (art. 29.2, punto 4º LPRL). El cumplimiento de este deber, que se configura como una expresión puntual del deber de buena fe en el desarrollo del trabajo pactado¹⁵¹⁵, queda supeditado a la “ponderación personal”¹⁵¹⁶ que debe efectuar el trabajador en orden a determinar la presencia de una situación de riesgo real y razonable, tratándose en consecuencia de un deber inmediato o

¹⁵¹²LEVI, A.: «L’uso dei dispositivi di protezione individuale», pág. 209 y DI MONTE, A.: «L’uso delle attrezzature di lavoro», pág. 187, ambos en AA.VV.: *La sicurezza del lavoro. Commento...*, op.cit.

¹⁵¹³Ese canal de información se ubica en el art. 18.1 LPRL, que establece el derecho de los trabajadores a ser informados de las materias allí listadas (riesgos que afectan a la empresa y a cada tipo de puesto de trabajo o función, medidas de prevención y protección aplicables, medidas adoptadas en casos de situación de emergencia, medidas a adoptar ante casos de riesgo grave e inminente), salvo que existan representantes de los trabajadores (en cuyo caso, son éstos los destinatarios de la información). No obstante, existan o no representantes, el trabajador tiene derecho, siempre y en todo caso, a ser informado de los riesgos que afecten a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos. Cfr. VALDÉS DAL-RE, F.: «La participación de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», TS nº 73-1997, pág. 32.

¹⁵¹⁴Sobre esta cuestión, GORELLI, J.: «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., págs. 222-223; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 251.

¹⁵¹⁵GORELLI, J.: «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., pág. 223.

¹⁵¹⁶GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 190.

primario del trabajador (y no mediato o reflejo por derivación de un previo cumplimiento empresarial de alguna obligación específica), que no admite más demora que la imposibilidad derivada de la propia situación de riesgo detectada por el trabajador en el curso de su prestación¹⁵¹⁷. Ahora bien, dada esa perentoriedad en la información del riesgo que el trabajador detecte, la lógica de la realidad de las cosas (y de la interpretación sistemática) debe imponerse, en ocasiones, por encima del mero dictado literal de la LPRL, en punto a los destinatarios en el conocimiento de esa noticia de incidencia preventiva. Así, mientras la LPRL únicamente alude, como destinatarios o sujetos pasivos receptores de tal información, al “superior jerárquico inmediato”¹⁵¹⁸, a los trabajadores designados para desempeñar las funciones de Servicio de prevención interno o a los miembros de dicho Servicio cuando éste exista (nótese que ese deber de información debe entenderse como de transmisión disyuntiva y no acumulativa, esto es, el trabajador cumple informando a alguno de tales sujetos, no a todos¹⁵¹⁹), cabe plantearse la necesidad de integrar una evidente laguna: ¿qué sucede si no puede entablar

¹⁵¹⁷SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 252. Se trata, en consecuencia, de un deber legal “cualificado por la celeridad en su cumplimiento” (GORELLI, J.: «Obligaciones y responsabilidades...»), op.cit., pág. 224).

¹⁵¹⁸Sea el empresario, sea un directivo o un mando intermedio con poderes directivos, cuestión que variará en función de la realidad propia de cada empresa.

¹⁵¹⁹GORELLI, J.: «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., págs. 224-225. No obstante, pudiera deducirse lo contrario si se consulta la tramitación parlamentaria de la cuestión, dado que la Enmienda nº 43 al Proyecto de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso (BOCG-CD, nº 99-5, 17.3.1995, pág. 80), y que prosperó en el texto definitivo de la LPRL, tenía por objeto, precisamente, la consideración conjuntiva y no disyuntiva de la transmisión de la información. Con todo, insisto, a mi juicio la literalidad de la norma debe entenderse aquí como coyuntural: si se puede transmitir conjuntamente, perfecto y adelante conforme al tenor literal del precepto, pero si no (cosa más probable, en la práctica, de lo que a primera vista pudiera parecer) bastará con informar, según la necesidad de inmediatez en la transmisión de la oportuna noticia del riesgo, al destinatario-representante de los trabajadores o del empresario más próximo.

contacto con ninguno de tales sujetos, o cuando la premura en facilitar la información no requiere demora alguna en localizarlos?.

En tales casos, entiendo que cabe la posibilidad (e incluso la conveniencia hermenéutica, pues la realidad práctica a ello abocará en más de una ocasión) de que la referida información sobre la situación de riesgo se transmita al DPr, o, incluso, a algún representante de los trabajadores, unitario o sindical, al que pueda accederse con la mayor celeridad que recaba la norma¹⁵²⁰, pues tal es el sentido en que debe interpretarse una norma (art. 29.2, punto 4º LPRL) que, pese a su silente postura al respecto, presenta una clara vocación finalista de brindar un cauce de autotutela preventiva individual en refuerzo de la eficacia horizontal del derecho fundamental cuya tutela se impera.

Por otro lado, resulta evidente que ese deber de información se genera sobre cualquier situación de riesgo (externo, interno, genérico, específico, grave, inminente, transitorio, permanente, grave e inminente, inevitable¹⁵²¹), según el parecer del trabajador, dado que se trata de una autotutela preventiva que debe activar éste, desde el momento en que se reconoce por el legislador “la importancia que una información precoz tiene a efectos

¹⁵²⁰En favor de esta ampliación de sujetos-destinatarios de tal información, GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 190. No comparten esta interpretación, pero se pronuncian por la necesidad de informar del riesgo “a aquel receptor que {el trabajador} localice antes”, SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 253.

¹⁵²¹SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 252.

preventivos”¹⁵²². No obstante, esa amplitud objetiva del tipo de riesgos sobre los que debe informar el trabajador, supone un cierto efecto paradójico (y hasta contraproducente, según se mire) que ha llevado a afirmar que “toda negligencia en la comunicación de un riesgo apreciado por un trabajador constituye un incumplimiento contractual por su parte”¹⁵²³, aserto con el que puede convenirse, pero con dos matizaciones necesarias: por un lado, únicamente será sancionable aquel incumplimiento cuando sea imputable a un concreto trabajador que haya obrado consciente y voluntariamente ocultando dicha información¹⁵²⁴; de otro, la sanción será asimismo procedente cuando el trabajador entienda subjetivamente que no hay riesgo, pero objetivamente resulte palmario y probado que cualquier observador de la situación hubiera podido deducir, en base a un criterio de pura lógica ordinaria, la existencia de ese riesgo¹⁵²⁵. En todo caso, para paliar los posibles problemas interpretativos que el incumplimiento de este concreto deber pueda suscitar, parece recomendable el recurso a la negociación colectiva (como cauce de fijación tipificadora de las conductas y cuantificadora-moduladora-graduadora de las sanciones disciplinarias oportunas, por incumplimiento de ese deber de información del trabajador), y la toma en consideración, a la hora de proceder a la graduación de la sanción

¹⁵²²PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales...», op.cit., pág. 13.

¹⁵²³PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales...», op.cit., pág. 13.

¹⁵²⁴GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 192.

¹⁵²⁵GORELLI, J.: «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., pág. 225.

a imponer, del efectivo nivel de conocimientos preventivos (formación e información) de cuyo caudal disponga el trabajador.

C.- Deberes de cooperación con el empresario y de colaboración en el cumplimiento de las obligaciones fijadas por las autoridades competentes (art. 29.2, punto 5º y 6º LPRL). En puridad, estos deberes son más genéricos que específicos, pero por su encuadre sistemático en el art. 29.2 LPRL (ubicación, por cierto, extravagante en cuanto asistemática¹⁵²⁶), se ha estimado oportuno abordarlos en esta sede.

Respecto al primero de ellos (cooperación con el empresario), baste decir que es un precepto de alcance más bien “informador”, dado que carece de eficacia y fuerza obligatoria directa al tener que conectarse, como estándar de conducta (buena fe), con el resto de obligaciones del trabajador, aun cuando éstas no vengan expresamente impuestas en el art. 29 (v.gr., la buena fe supone el deber del trabajador de realizar el reconocimiento médico oportuno cuando éste sea obligatorio)¹⁵²⁷. Ahora bien, esa consideración del referido deber como “expresión típica del deber de buena fe y colaboración con el empresario” en punto a facilitar al deudor de seguridad el correcto cumplimiento de su rol¹⁵²⁸, no supone, en absoluto, que nos hallemos ante un «deber de cooperación crediticio», esto es, “no se trata de deberes impuestos al trabajador para que el empresario satisfaga el derecho de aquél

¹⁵²⁶ Señala GORELLI que esa “anómala posición” como obligación específica, responde a la “regulación del art. 13 DM” {al cual transpone el art. 29 LPRL}, precepto comunitario “que regula la obligación laboral de contribuir a que el empresario pueda garantizar que el medio y las condiciones de trabajo sean seguros y no presenten riesgos”. Cfr. «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., pág. 216.

¹⁵²⁷ Cfr. GORELLI, J.: «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., págs. 217-218.

¹⁵²⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 191.

a una protección eficaz”¹⁵²⁹. Por el contrario, el incumplimiento del trabajador genera, todo lo más, responsabilidades disciplinarias¹⁵³⁰, pero no libera al empresario del diligente cumplimiento de su obligación ex art. 14.4 LPRL.

En relación al segundo (colaboración en el cumplimiento de las obligaciones fijadas por las autoridades competentes), hay que convenir en que es un deber de inclusión un tanto forzada, casi traumática, porque no se acierta a ver el sentido de su inclusión legislativa. En pura esencia, la contribución que se predica del trabajador respecto a las “obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo” parece, más bien, una norma admonitoria que un deber, al estar desprovista de carga obligatoria¹⁵³¹, resultando, en definitiva, que “no se sabe muy bien cuál es el deber del trabajador”¹⁵³² fijado en este precepto (29.2, punto 5º) de la LPRL. En todo caso, me parece que con él se abre, por interpretación sistemática y para salvar un tanto la efectividad del precepto, el portillo a una mayor operatividad del art. 40.1 LPRL, en el sentido de que el trabajador, como mecanismo de autotutela preventiva individual, puede recabar el auxilio de la

¹⁵²⁹SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 253; GORELLI, J.: «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., pág. 217.

¹⁵³⁰«Si la conducta del trabajador no se adecúa en su prestación debida a la observancia de la protección imperada” en defensa de su derecho fundamental, surge en consecuencia el incumplimiento contractual. Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., pág. 82.

¹⁵³¹GORELLI, J.: «Obligaciones y responsabilidades...», op.cit., pág. 225.

¹⁵³²SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 254.

Inspección de Trabajo si considera “que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo”: formaría, así, parte del deber de colaboración referido, la ayuda al empresario en relación, v.gr., al cumplimiento de los requerimientos de subsanación de anomalías o deficiencias formulados por la Inspección de Trabajo previa denuncia del trabajador. Ésa y no otra interpretación del precepto analizado se nos ocurre en defensa de su utilidad práctica.

2.2.- Mecanismos autotutelares preventivos *de dimensión colectiva*.

Bajo el común pórtico nominalístico de “mecanismos autotutelares preventivos de dimensión colectiva”, se engloba aquí el estudio de dos de las manifestaciones en que se proyecta la presencia de la autonomía colectiva -- entendida como poder jurídico genérico atribuido a los agentes sociales para la autoregulación, composición y defensa de sus intereses¹⁵³³-- en la prevención del riesgo profesional: una vertiente normativa (negociación colectiva) y una vertiente orgánico-instrumental (órganos representativos y niveles competenciales).

La tercera de las manifestaciones encuadrables en la autonomía colectiva --vertiente conflictual (autotutela colectiva)--, se estudia en otro epígrafe de este trabajo, al entenderse sistemáticamente su funcionalidad más como elemento de autotutela conflictual que puramente preventiva, dado que aun cuando es cierto que esa autotutela conflictual será utilizada muchas veces como válvula de prevención del riesgo (tal es el caso, paradigmático, de la paralización colectiva de actividades ante situaciones de riesgo grave e inminente, ex art. 21 LPRL), en otras se utilizará más desde una perspectiva reivindicativa (huelga, conflicto colectivo judicial) o compositiva (sistemas de solución extrajudicial de conflictos) respecto a problemas de siniestralidad ya acontecidos, lo que aconseja, a mi modo de ver, su análisis desglosado en

¹⁵³³ GIUGNI, G.: *Derecho Sindical*, MTSS, Madrid, 1983, pág. 137, define a la autonomía colectiva como la "potestad de autorregulación de intereses entre grupos contrapuestos".

epígrafe aparte, en el bien entendido de que ello obedece más que nada a razones de índole expositivo-sistemática, como se expuso en las primeras líneas de este Capítulo.

Con carácter previo, empero, a la consideración específica de cada una de las precitadas vertientes es necesario concretar, de modo genérico, que la intervención de la autonomía colectiva en la prevención de riesgos profesionales responde, a mi juicio, a dos exigencias estrechamente conexas. Por un lado, al ser la vida, integridad y salud del trabajador un “bien primario de la colectividad y un derecho fundamental del individuo, así como el bien de un sujeto, el trabajador, cuya persona está implicada en el ejercicio de una obligación contractual”, la dimensión colectiva de tutela de los riesgos profesionales deviene estructuralmente necesaria para la mejora de la individual¹⁵³⁴. Por otro, la participación colectiva para la tutela de la salud laboral es fruto de la necesidad de anudar al sistema heteronómico jurídico-público de prevención organismos flexibles que calen en la realidad de la empresa singular y de los diferentes sectores productivos, en aras de asegurar una acción constante de control y promoción de la seguridad en el trabajo, adecuando e individualizando el contenido de la obligación empresarial de seguridad a las realidades cotidianas del sistema productivo¹⁵³⁵.

¹⁵³⁴Si, como se ha apuntado, la seguridad e higiene en el trabajo es materia eminentemente conflictual, su protección “requiere la facilitación de cauces a quien, por su posición en el conflicto, quiere proteger y, por su situación no subordinada, puede hacerlo”, esto es, a la autonomía colectiva (el entrecomillado es de LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: «La protección de la seguridad e higiene en el trabajo», op.cit., pág. 109).

¹⁵³⁵RENGA, S.: «Modello sindacale di tutela della salute...», op.cit., págs. 658-659; KONTAXOPOULOS, J.: «Hygiène et Sécurité du Travail: enjeux nationaux et communautaries», *Le Droit Ouvrier* n° 572, juin 1996, págs. 230-231. Remarcando con acierto el papel de la autonomía colectiva como instrumento práctico, en su faceta normativa, de fijación de medidas de tutela secundaria y resarcitoria frente al incumplimiento de la obligación de seguridad, EVANGELISTA, S.: *Procedimenti e mezzi...*, op.cit., pág. 3.

2.2.1.- La negociación colectiva como cauce regulador de la materia de seguridad e higiene en el trabajo: crónica de un proceso harto convulso.

Como es conocido, siendo una de las reivindicaciones tradicionales de los trabajadores asalariados (junto a otras, como la limitación de la jornada y la suficiencia salarial¹⁵³⁶) la obtención de un óptimo nivel de seguridad e higiene en las condiciones de prestación de su actividad, no obedece a un mero capricho histórico que el pionero intervencionismo del Estado en la regulación de las relaciones laborales se produzca, precisamente, en el campo de la seguridad e higiene en el trabajo¹⁵³⁷. Es tarea sencilla constatar el predominio abrumador de la heteronomía normativa en la regulación de la materia de seguridad e higiene¹⁵³⁸: a través de una densa, pormenorizada, e ininterrumpida sucesión aluvional de disposiciones, el Estado, al compás de la evolución social, de los avances tecnológicos y de las nuevas realidades

¹⁵³⁶GARCÍA PERROTE, I.: *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, MTSS, Madrid, 1987, pág. 25 y nota nº 36.

¹⁵³⁷Gráficamente ha expresado PALOMEQUE («El derecho constitucional...», op.cit., pág. 38) esta realidad en los siguientes términos: "No ha sido así un mero capricho histórico que uno de los primeros argumentos de las leyes obreras o de fábrica (...) fuera precisamente la prevención de los accidentes y la seguridad e higiene en los lugares de trabajo. Con una normativa protectora de las condiciones de vida y de trabajo del proletariado industrial y limitadora por ello de la voluntad omnimoda del empresario en la fijación de los términos de venta de la fuerza de trabajo el Estado liberal atendía, exitosamente como habría de probarse más adelante, a difuminar las condiciones más llamativas de la explotación de la clase trabajadora como resultado de la industrialización capitalista y la ideología burguesa, y con ello a asegurar la conservación del sistema de trabajo asalariado".

¹⁵³⁸MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje de las leyes laborales de España (1883-1978)*, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 40-ss; MARTÍN VALVERDE, A.: *La legislación social...*, op.cit., págs. LI-LV; SUPIOT, A.: *Critique du Droit du Travail*, Presses Universitaires de France, París, 1994, págs. 68-70

productivas, no ha abandonado en ningún momento el papel ordenacista en la regulación de las condiciones de seguridad e higiene.

Por ello puede afirmarse rotundamente que la regulación de la seguridad e higiene ha estado durante mucho tiempo, quizás demasiado, empantanada en los meandros del intervencionismo estatal, incluso con mayor intensidad que otras instituciones del ordenamiento jurídico-laboral¹⁵³⁹. A ello han coadyuvado, por un lado, un conjunto de factores genéricos, tales como el retraso en la aparición del fenómeno sindical en nuestro país, la represión hacia el asociacionismo obrero¹⁵⁴⁰ --vinculada a la tardía reacción y reconocimiento de la libertad sindical y la negociación colectiva por parte del poder político--, o la debilidad histórica de la contratación colectiva, sometida y subyugada durante un largo período por una fórmula sustitutiva y falsificadora de la misma, el denominado acuerdo paritario¹⁵⁴¹, fórmula de corte corporativo cuya continua presencia histórica ha supuesto un auténtico trucaje del sistema de relaciones laborales en nuestro país. Por otro, un factor específico, como es la propia inercia de la

¹⁵³⁹ Señala MOORE que la heteronomía estatal ha minado el rol de la negociación colectiva como mecanismo de desarrollo de la seguridad e higiene en el trabajo en el Reino Unido, sobre todo en sectores como “aceros, minería de carbón, construcción naviera, ingeniería mecánica o servicios públicos”, erosionando “tanto el poder sindical como el control colectivo de la seguridad y salud en el trabajo” (cfr. *The price of safety...*, op.cit., pág. 18).

¹⁵⁴⁰ GARCÍA-PERROTE, I.: *Ley y autonomía colectiva...*, op.cit., pág. 23, nota nº 31 y bibliografía allí referenciada.

¹⁵⁴¹ Cfr. BAYÓN CHACÓN, G.: «La evolución histórica de la contratación colectiva en España», en AAVV: *Quince lecciones sobre convenios colectivos*, FDUCM, 1976, pág. 43; GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Bosch, Barcelona, 1932, págs. 175-176.

actitud de empresarios y trabajadores, tendente a dejar en manos del Estado la regulación de la normativa de seguridad e higiene¹⁵⁴².

De esta suerte, resulta difícilmente obvia señalar el singular olvido y distanciamiento que el movimiento obrero ha mantenido respecto a la regulación de esta materia (apatía o desdén justificable, pese a todo, mediante el recurso a una realidad incuestionable, cual es la represión histórica hacia el mismo), dado que, en puridad, podemos señalar que sólo a partir de la década de los setenta¹⁵⁴³ pareció despertar en nuestro país la inquietud sindical por la regulación de la materia, a raíz de la proclama de los sindicatos italianos¹⁵⁴⁴ formulada bajo el lema "la salud no se vende, ni mucho menos se regala"¹⁵⁴⁵. El despertar de la concienciación patronal sobre

¹⁵⁴² ALONSO OLEA apuntó, en relación a la fase de madurez del Derecho del Trabajo en nuestro país, ligada a la aparición de las primeras manifestaciones de contratación colectiva, que "la regulación paccionada, pese a su crecimiento, tiende a abandonar zonas enteras a la regulación estatal", entre ellas "las condiciones de seguridad e higiene y de los medios y ambientes de trabajo" como uno de los supuestos "más notorios" (cfr. «La Revolución Industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo», RT nº 32-1970, pág. 43).

¹⁵⁴³ GIMENO FERNÁNDEZ (cfr. «La seguridad e higiene, los convenios colectivos y el Estatuto de los Trabajadores», en AA.VV.: *Los convenios colectivos y la extinción del contrato de trabajo en la ley del Estatuto de los Trabajadores. I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. I*, Madrid, 1981, págs. 160-161) ha señalado la "toma de concienciación" generalizada durante la década de los 70 sobre el tema de seguridad e higiene, citando, entre otros, el caso de Gran Bretaña (Informe Robens, 1972, que cristalizó en la *Health and Safety at Work Act* de 31.7.1974), el de EEUU (*Ley Williams-Steiger*, de 28.12.1970, por la que se aprueba la *Occupational Safety and Health Act*) y la declaración formulada en la Conferencia de Centrales Sindicales Europeas de 1975, que recoge como uno de los objetivos fundamentales del movimiento sindical el "asegurar al trabajador un medio de trabajo sin riesgo para su integridad física o su salud mental".

¹⁵⁴⁴ En la Conferencia Nacional de los Sindicatos CGIL-CISL-UIL celebrada en Rimini durante los días 27-30 marzo de 1972 (jornadas sobre "Tutela de la salud en el ambiente de trabajo"), una de las conclusiones alcanzadas unánimemente consistió en proclamar formalmente el lema "la salud no se vende, ni mucho menos se regala" ("la salute non si vende, ma nemmeno si regala"). Cfr. RENGA, S.: «Modello sindacale di tutela della salute nei luoghi di lavoro dal dopoguerra agli anni novanta», LD nº 4-1994, págs. 623-624.

¹⁵⁴⁵ Cfr. «Palabra clave: condiciones de trabajo y salud», El proyecto nº 12-1990, pág. 115. El lema citado se refiere a la denominada *monetarización de la salud laboral*: los trabajos tóxicos,

la importancia de garantizar la seguridad e higiene en el trabajo tampoco puede cifrarse en épocas precedentes a esa década, y aún abrigamos reservas en punto a estimar que en la actualidad exista una plena concienciación en el sector patronal sobre la importancia de intervenir desde un plano normativo (negociando sobre la mejora de las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo) en aras a obtener la tutela efectiva del bien jurídico protegido por la normativa de seguridad e higiene en el trabajo: la vida e integridad físico-psíquica del trabajador. En el marco del contexto apuntado y ante el posicionamiento de los agentes sociales, ¿qué papel ha jugado la contratación colectiva en la regulación de las condiciones de seguridad e higiene?. Podemos anticipar que ha sido y sigue siendo más bien escaso, aseveración que voy a tratar de demostrar en las páginas que subsiguen y que, probablemente, presenta un esperanzador giro inflexivo al cobijo de la LPRL, por las razones que diseminadamente se expondrán.

Aunque quizás sea conveniente adelantar, como se verá, que la negociación colectiva posterior a la LPRL no arroja un saldo, en ese sentido inflexivo, demasiado brillante por el momento¹⁵⁴⁶, probablemente como lógica sinestesia o derivación refleja de los múltiples avatares que durante

penosos o peligrosos suelen compensarse con la pactación, en vía convencional, de pluses económicos como contrapartida a la insalubridad de los mismos. Es decir, se plantea la minoración del riesgo en términos de contraprestación económica. Esta práctica ha sido rechazada desde el plano teórico por los sindicatos, pero lo cierto es que la negociación colectiva ha arrojado un balance, hasta fechas relativamente recientes, poco coherente con la puesta en práctica de tal desiderátum, salvo contadas excepciones (sobre el tema, GOERLICH PESET, J.M.: «Aproximación al estado de la seguridad e higiene en la negociación colectiva», RPS nº 143-1984, especialmente págs. 30-32 y 44-45).

¹⁵⁴⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Negociación colectiva y prevención de riesgos laborales», Ponencia presentada a las *Jornadas sobre nuevos contenidos de la negociación colectiva*, Albacete, 10-11 de abril de 1997, págs. 1-5 del original xerografiado.

largo tiempo han asolado la experiencia convencional en la materia y de los que, a día de hoy, aún no ha conseguido aquélla zafarse completamente.

2.2.1.1.- La evolución preconstitucional de la contratación colectiva en materia de seguridad e higiene: una aproximación a sus fases e instrumentos normativos.

La aparición y paulatina maduración del denominado acuerdo, pacto o convenio colectivo, auténtica institución nuclear del Derecho del Trabajo, presenta una cadencia evolutiva que podemos estratificar en las tres fases que a continuación se detallan¹⁵⁴⁷:

A.- Fase inicial en la que el convenio es un acuerdo de voluntades (pacto de caballeros), sin capacidad de vinculación jurídica y cuyo cumplimiento depende de la buena voluntad o de la capacidad de disuasión de una y otra partes. En nuestro país, estas manifestaciones se corresponden con acuerdos aislados, configurados como pactos de paz¹⁵⁴⁸, esto es, como válvula de elusión de conflictos colectivos de trabajo, y señaladamente dentro de éstos, como pactos antihuelga¹⁵⁴⁹. En consecuencia, el convenio colectivo "no es producto de la voluntad directa del legislador que lo impone en un momento determinado, creando un instrumento jurídico antes inexistente (...), sino que constituye un producto histórico, espontáneo, puesto que surge sin que la ley lo autorice ni lo prohíba, como un tratado de

¹⁵⁴⁷La periodificación en las tres fases aquí seguidas corresponde a ALONSO OLEA, M.: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, págs. 89-ss.

¹⁵⁴⁸Los convenios colectivos "constituyeron con frecuencia tratados de paz para resolver movimientos de huelga". Cfr. OIT: *La situación laboral y sindical en España*, Ginebra, 1969, págs. 117-118.

¹⁵⁴⁹Este tipo de negociación tiende a evitar la presión latente de huelgas o cierres patronales, mediante la adopción de pactos *de facto* que normalmente se quebrantan con prontitud. Cfr. CÓRDOVA, E.: «Chapter 15. Collective Bargaining», en AAVV: *Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1987, 3ª ed., pág. 308.

paz que pone fin a un conflicto colectivo, concretamente a una huelga casi siempre de cierta importancia"¹⁵⁵⁰.

La precedente aseveración, nos sirve de pórtico para manifestar que, en esta fase, es lo cierto que ni se ha detectado, ni se tiene conocimiento de pacto colectivo alguno que verse sobre la materia de seguridad e higiene. Ello se justifica, de un lado, por el propio carácter embrionario, esporádico y coyuntural de los pioneros acuerdos colectivos en nuestro país, en contraste con la dinámica europea, que presentaba una práctica más brillante en sede de negociación colectiva¹⁵⁵¹. De otro, por la finalidad específica para la que surgen y de cuya razón traen causa: poner fin a un conflicto suscitado en el seno de una empresa, y manifestado en forma de acuerdo paralizador-preventivo de esa concreta manifestación del conflicto social que es la huelga.

B.- Contrato de eficacia limitada a los miembros del grupo profesional, representados por los sujetos que lo suscriben, cuya racionalización jurídica puede encuadrarse en las reglas del mandato y de la representación voluntaria. Esta fase se corresponde con un modelo de contratación colectiva que cristalizará, en primer término, en el sistema de acuerdos paritarios¹⁵⁵², y posteriormente en la implantación del modelo de

¹⁵⁵⁰Cfr. BAYÓN CHACÓN, G.: «La evolución...», op.cit., pág. 37.

¹⁵⁵¹GARCIA PERROTE-ESCARTIN, I.: *Ley y autonomía colectiva...*, op.cit., pág. 22.

¹⁵⁵²Históricamente, el sistema paritario es antecedente relativo de la negociación colectiva, en su papel de fuente reguladora de las relaciones laborales, pudiéndose incluso subsumir en una interpretación amplia y genérica de contratación colectiva ("In its broad sense, collective bargaining is a process of interest accommodation which includes all sorts of bipartite or tripartite discussions relating to labour problems and directly or indirectly affecting a group of workers" --CORDOVA,