

COMUNICACIÓN CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (CHILE): EL DOBLE TRATAMIENTO PREVENTIVO Y REPARADOR DE LAS ENFERMEDADES DERIVADAS DEL TRABAJO¹.

D^a. Susana Barcelón Cobedo
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen².-

La presente comunicación tiene por objeto analizar el tratamiento de las enfermedades del trabajo desde la doble dimensión preventiva (o de evitación de su materialización) y reparadora de sus consecuencias cuando aquélla se actualiza. Dos lógicas distintas que sitúan el problema en perspectivas diferentes: así, desde la lógica preventiva, lo esencial es concretar cuáles han podido ser los factores vinculados al trabajo desencadenantes de la enfermedad (qué es lo que la causa); mientras que tratándose de la lógica reparadora (o de seguridad social) lo clave es determinar las consecuencias provocadas por la enfermedad en la salud del trabajador (qué es lo que se ha causado). Esta dualidad provoca que el concepto de riesgo profesional, más específicamente, de enfermedad del trabajo, sea más o menos rígido o más o menos amplio, en función de cual sea el escenario, si preventivo o reparador, en el que nos situemos. En este trabajo se señalan las divergencias y, también, las posibles semejanzas existentes entre ambas dimensiones respecto del concepto de enfermedad del trabajo; al tiempo que se subrayan las disfuncionalidades que la distinta concepción que se maneja en seguridad social, indudablemente más amplia con el objetivo de permitir una reparación más generosa, provoca en el marco de la prevención. Se completa este estudio con una referencia a la regulación que, sobre este particular, tienen ciertos colectivos de trabajadores que, según qué casos, se acercan más a la lógica preventiva o reparadora de este tipo de enfermedades.

1. Introducción.-

Como sucede en muchos ordenamientos europeos el tratamiento jurídico de las enfermedades derivadas o conectadas con el trabajo comienzan con su recepción en las normas de protección social. Esto significa que todas las dimensiones jurídicas de

¹ Comunicación realizada en el marco del Proyecto de Investigación Coordinado de la Universidad Carlos III de Madrid sobre “*Tratamiento laboral, preventivo y de seguridad social de las enfermedades derivadas del trabajo*”. Entidades participantes: Universidad Carlos III de Madrid y Pablo de Olavide de Sevilla. Investigadores principales: Santiago González Ortega y Susana Barcelón Cobedo. Entidad financiadora: MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN. Ref.: DER2009-12887-C02-01 y DER2009-12887-C02-02 (duración del Proyecto 2009-2012).

² Esta comunicación se incardina en la mesa redonda sobre Seguridad y Salud en el Trabajo.

dichas enfermedades van a quedar afectadas por ese enfoque, esencialmente reparador de las consecuencias (propio de la seguridad social), más que por la posible conexión entre trabajo y la enfermedad en si misma, desde la perspectiva preventiva o de evitación del daño.

Este origen igualmente ha condicionado, por tanto, el tratamiento que recibe este tipo de enfermedades desde la perspectiva de su prevención ya que, con frecuencia, la regulación de las enfermedades causadas por el trabajo ha partido y ha venido a sumarse a ese previo tratamiento reparador. Sin olvidar, claro está, que cuando las enfermedades del trabajo se afrontan desde esta perspectiva de su evitación (o prevención) deja de ser prioritario cuáles hayan sido las consecuencias que la enfermedad haya ocasionado a la salud del trabajador, para ponerse el acento en su posible conexión con el trabajo. Así pues, se podría concluir que mientras que lo importante para la prevención de estas enfermedades vinculadas al trabajo es determinar qué es lo que lo causa (de ahí la incidencia del factor trabajo), cuando se trata de la perspectiva de seguridad social (lógica reparadora) lo decisivo será concretar qué es lo que se causa (es decir, las consecuencias que deriven para la salud del trabajador).

Este planteamiento general en la regulación de las enfermedades del trabajo también está presente en el ordenamiento jurídico español³. En efecto, la prioridad de la lógica de seguridad social, básicamente reparadora del daño, se manifiesta ya desde la primera Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. Ley que se ha considerado de Seguridad Social pero que, en realidad, fue una ley reguladora de la responsabilidad empresarial en materia de accidentes de trabajo. En este sentido, la Ley de 1900 establecía respecto de los riesgos del trabajo un sistema de responsabilidad objetiva según el cual el empresario quedaba obligado a indemnizar al trabajador de aquellos accidentes que sucedieran en el tiempo y lugar de trabajo. Lo que en la práctica significaba para el trabajador la garantía de que, sufrido un accidente de trabajo, recibiría algún tipo de compensación económica; es decir, se garantizaba una protección más directa del daño en tanto que no resultaba preciso que el trabajador tuviese que probar la culpa frente al empresario. Sin embargo, y sin negar que esta asunción, siempre, de responsabilidad por parte del empresario respecto de los daños sucedidos en el lugar de trabajo beneficiaba al trabajador, no obstante les confería un nivel de protección tasado o limitado ya que se traducía en prestaciones cuya cuantía ya estaba tasada con independencia de cual fuese el alcance real del daño; lo que en la práctica significaba que los trabajadores siempre recibían la misma indemnización. Al tiempo que para el empresario resultaba indiferente si el accidente de trabajo había tenido causa en el incumplimiento previo de medidas de seguridad o no, es decir, a efectos de concretar el alcance de su responsabilidad resultaba indiferente que aquél fuese cumplidor o infractor de tales medidas.

Por tanto, si en ese proceso lo lógico hubiese sido que a efectos de imputar la responsabilidad empresarial la causalidad entre trabajo y riesgo fuese determinante (sea accidente o enfermedad); lo cierto es que, como se ha dicho, esa posible conexión deja de ser importante (es decir, la dimensión preventiva) para volver a incidir en la lógica reparadora al establecerse un tipo de responsabilidad por riesgo (responsabilidad objetiva) que habrá de surgir a partir de la incidencia de dos elementos circunstanciales, tiempo y lugar de trabajo. Algo que, dicho sea de paso, sigue manteniéndose en la

³ Vid., artículos 115 y 116 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS).

regulación actual en la que, como se tendrá ocasión de comprobar, es precisamente la presencia de esos dos elementos lo que confiere al riesgo la presunción de su condición profesional.

No obstante lo anterior, tampoco se puede negar la presencia del elemento preventivo en la Ley de 1900 a través de una institución singular que supuso, entonces, (y hoy porque persiste) un plus de reparación vinculada a la infracción, además de permitir que se pueda diferenciar entre el empresario cumplidor e incumplidor de las normas en materia de prevención de riesgos laborales. El concepto que se maneja del recargo de prestaciones se encuentra en el art. 123 LGSS que, a tal efecto, establece que *“Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, en un 30 o un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”*. Se trata pues, de un mecanismo de responsabilidad que requiere de la existencia de un incumplimiento previo por parte del empresario de las medidas en materia preventiva y del que es necesario que derive un daño que, a su vez, merezca ser protegido desde el ámbito de la seguridad social; lo que explica la conexión del recargo con la prevención de riesgos laborales.

Es evidente que el recargo entronca con el deber general de protección que el empresario asume respecto de sus trabajadores frente a los riesgos laborales, recogido en el art. 14.2 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁴ (en adelante LPRL). De forma que, una vez constatado el incumplimiento empresarial del que se derive un accidente de trabajo, entran en juego las distintas responsabilidades previstas legalmente, entre las cuales destaca la imposición del recargo. Ahora bien, para que el recargo resulte de aplicación, es preciso que el accidente de trabajo que trae causa del incumplimiento empresarial previo reconozca el derecho del trabajador (o de sus causahabientes, en caso de que hubiese originado el fallecimiento de aquél) de una de las prestaciones que ofrece el sistema de Seguridad Social. Es decir, no cabe hablar de recargo si no hay derecho a una prestación de seguridad social, ya que es preciso que el trabajador sea beneficiario de una de estas prestaciones pues, difícilmente se puede recargar (en el sentido de incrementar) algo si, previamente, no se ha reconocido.

La finalidad del recargo es doble. De una parte, evitar los accidentes de trabajo que son consecuencia de infracciones empresariales de de la normativa de riesgos laborales; y, de otra, impulsar coercitivamente el cumplimiento del deber empresarial de seguridad recogido en la LPRL, incrementando sus responsabilidades, de forma que a éste no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las correspondientes medidas de seguridad. Lógica preventiva que casa mal con la lógica reparadora ya que introduce en la Ley de Accidentes de 1900 (y sigue en la vigente LGSS) un plus de reparación que, paradójicamente, no está en función del daño sino del incumplimiento empresarial.

⁴ (Boletín Oficial del Estado de 10 de noviembre).

Pues bien, como se podrá comprobar en este estudio (y propiciado, en gran medida, por todo cuanto se ha dicho), es posible apreciar una acumulación de visiones en torno al concepto de la enfermedad como riesgo profesional en la medida en que se maneja un macro concepto de accidente de trabajo (el que proporciona la normativa de Seguridad Social) del que, posteriormente, se ha ido desgajando el concepto mismo de enfermedad. Lo que ha determinado que haya un concepto de accidente de trabajo que responde a la lógica reparadora y otro más próximo a la lógica preventiva mantenido por razones, entre otras, de política normativa. En este sentido, no se puede obviar el mayor desarrollo experimentado por la normas de Seguridad Social frente al operado en el ámbito de la prevención que, sólo, en los últimos años ha sido objeto de una creciente importancia. Esta desigualdad en la evolución normativa ha provocado que, finalmente, el concepto prioritario haya sido el reparador quedando el preventivo algo más relegado; siendo así que la amplitud del concepto de accidente de trabajo utilizado por la Seguridad Social contrasta con la mayor rigidez en el ámbito de la prevención. La conexión con el trabajo, en este caso, es tan intensa que será preciso que se trate de un riesgo que derive, estrictamente, del medio de trabajo. En realidad, más que hablar de riesgos profesionales habría que hablar, por contraposición a aquéllos, de riesgos del trabajo. Por eso, como se tendrá ocasión de comprobar, en el marco de la prevención quedan excluidos algunos de los supuestos que sí son tenidos en cuenta a efectos de su protección social.

En definitiva, se puede decir que existen dos conceptos de accidente de trabajo (y enfermedad) distintos en función de cual sea la lógica desde la que se mire, preventiva o reparadora. Así pues, el objeto de esta comunicación será abordar el análisis de la enfermedad (lo que obliga a partir del concepto de accidente de trabajo) desde las dos lógicas apuntadas; se completa este análisis haciendo referencia a las especialidades que presenta el tratamiento de este tipo de riesgos en el colectivo de trabajadores autónomos y funcionarios públicos en contraposición al de los trabajadores asalariados que, a estos efectos, constituyen el paradigma.

2. La dimensión reparadora de la enfermedad como riesgo profesional.-

Como se ha indicado, la delimitación del concepto de los riesgos profesionales se encuentra en la normativa de Seguridad Social que obliga a diferenciar dos tipos de situaciones o contingencias: el accidente de trabajo y la enfermedad profesional (arts. 115 y 116 LGSS). Nada se dice, al menos no de forma expresa, acerca de las enfermedades del trabajo que se incluyen como un supuesto más dentro de los accidentes de trabajo. Por tanto, el punto de partida de este análisis no puede ser otro que el accidente de trabajo ya que, como se ha dicho, de él se ha desgajado el concepto mismo de enfermedad profesional (además de incluir el de enfermedad del trabajo).

El art. 115 LGSS define el accidente de trabajo en términos de *“toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”*. La referencia a la ocasionalidad contenida en la definición da cuenta de la amplitud del concepto legal de accidente de trabajo que se maneja desde la normativa de Seguridad Social; se exige pues, que el nexo causal entre la lesión corporal (accidente) y la relación de trabajo sea mediata, y no necesariamente directa e inmediata. Resulta obvio que el objeto de la reparación es la lesión que sufra el

trabajador asalariado a resultas del accidente que se produce con motivo del trabajo que presta o como consecuencia del mismo.

A partir de aquí, el art. 115 LGSS ofrece un amplio listado de situaciones que pueden ser consideradas como tales accidentes (*in itinere, in misión*, por razón de representación sindical, etc), y que no sólo se limita a las lesiones corporales que pueda sufrir el trabajador (de ahí que incluya, también, las enfermedades del trabajo, las enfermedades intercurrentes, o las que lo son por agravación de una anterior). Se puede decir, del tenor del mencionado precepto, que el concepto de accidente de trabajo que ofrece la normativa de Seguridad Social es un concepto por acumulación del que es posible diferenciar diversos momentos de expansión; y que no es sino consecuencia, por un lado, de una concepción laxa del mismo que ha pretendido ofrecer mayor cobertura a las consecuencias del daño. Y, por otro, de un tratamiento más favorable de los riesgos profesionales frente a los comunes; lo que se ha concretado en prestaciones económicamente más favorables y de más fácil acceso. Además, del reconocimiento de prestaciones, específicas (caso de las lesiones permanentes no invalidantes y de la indemnización por muerte y supervivencia) o mejoradas (subsidio de incapacidad temporal o permanente), en según qué casos, cuando se trata de riesgos de origen profesional.

Pues bien, por establecer un orden en la configuración de ese amplio concepto de accidente de trabajo se han destacado esos posibles escalones de expansión que han ido debilitando el elemento causal (relación trabajo y accidente de trabajo) en aras de mejorar la protección de las consecuencias del mismo; es, como se ha dicho antes, situar la preocupación en qué es lo que se causa (lógica reparadora) frente a qué es lo que lo causa (lógica preventiva). Si bien, cuando se trata de la enfermedad, en tanto que riesgo profesional, ese debilitamiento no siempre opera con la misma intensidad.

2.1. Accidente de trabajo y enfermedad profesional.

El concepto de enfermedad profesional aparece recogido en el art. 116 LGSS que califica como tal a aquélla “*contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional*”. La noción de enfermedad profesional nace en sede jurisprudencial, esencialmente vinculada a la de accidente de trabajo; sobre este extremo es relevante la emblemática Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1903 cuando señalaba que “*el concepto legal de accidente de trabajo no hace referencia a un suceso más o menos repentino, sino al hecho mismo de la lesión, por lo que también incluye las enfermedades contraídas en el ejercicio de una profesión*”. Esta identificación inicial entre accidente y enfermedad fue dando paso posteriormente a una progresiva desvinculación de ambas contingencias en la normativa de seguridad social hasta alcanzar el tratamiento actual que, claramente, las diferencia y las ha configurado como los dos tipos de riesgo profesional existentes. No se puede pasar por alto que la enfermedad profesional precisa de pruebas de diagnóstico y de la adopción de medidas preventivas propias que las sitúa al margen del accidente de trabajo.

Por tanto, según lo dispuesto en el art. 116 LGSS sólo pueden ser consideradas como enfermedades profesionales las que están listadas; lo que explica que aquéllas que

no lo estén, únicamente, podrán llegar a adquirir tratamiento de riesgo profesional por la vía de los accidentes de trabajo. A tal efecto, las enfermedades profesionales aparecen listadas en el RD 1299/2006 de 10 de noviembre⁵, que dispone el cuadro vigente de estas enfermedades conforme al sistema de doble lista: por un lado, la del Anexo I, que constituye la de las enfermedades profesionales propiamente dichas; y, por otro, la del Anexo II, que integra a aquellas otras enfermedades denominadas “*aspirantes o sospechosas*” por su capacidad de llegar a convertirse en profesionales, pero que todavía no lo son. Esto significa que, hasta que estas enfermedades aspirantes o sospechosas no pasen a ser consideradas profesionales (y, en consecuencia, integren el Anexo I), habrán de ser calificadas como accidentes de trabajo y recibir, en consecuencia, el tratamiento que corresponda desde el punto de vista de la reparación del daño.

El tratamiento legal diferenciado de la enfermedad profesional respecto del accidente de trabajo ofrecido por la normativa de Seguridad Social (art. 116 LGSS) pone de manifiesto que para la enfermedad, en general, y en particular para la enfermedad profesional, la exigencia de causalidad con el trabajo está más presente que cuando se trata del accidente de trabajo. Así, por ejemplo, por lo que hace a la enfermedad profesional, se prevé en el citado precepto que las enfermedades incluidas en el listado reglamentario del Anexo I no exigen que sea probada la existencia de nexo causal entre la patología (o enfermedad) y la prestación de servicios. En este caso y a diferencia de que lo que sucede en el caso del accidente de trabajo (como luego se verá) se trata de una presunción “*iuris et de iure*”, es decir, de las que no admiten prueba en contrario. Por tanto, lo importante es encuadrar la patología dentro del cuadro reglamentario previsto en el Anexo I para que la misma sea considerada como tal. Ahora bien, esta minoración del factor causal es aparente ya que la calificación de una enfermedad dentro del mencionado listado está condicionada a la concurrencia de tres elementos:

a).- que la enfermedad profesional sea consecuencia del trabajo prestado por cuenta ajena. Se observa, por tanto, que para determinar la naturaleza profesional de la enfermedad la relación de causalidad entre ésta y el trabajo es mucho más rígida que cuando se refiere a los accidentes de trabajo para los que sí se admite la ocasionalidad entre accidente (o lesión) y trabajo prestado (conforme el tenor literal del art. 115 LGSS). Esto proporciona mayor seguridad jurídica en tanto que libera al trabajador de la carga de tener que probar el origen profesional de la enfermedad con la complejidad que eso conlleva si se tiene en cuenta que en la práctica totalidad de situaciones se trata de procesos de gestación lentos durante los cuales el trabajador ha podido cambiar de trabajo e, incluso, ver modificadas sus condiciones iniciales del mismo. Sin embargo, esta mayor certeza jurídica provoca de inmediato un efecto negativo respecto de las enfermedades provocadas por variedad de factores o causas en las que el trabajo es una de ellas.

b).- que la enfermedad profesional sea consecuencia de alguna de las actividades que se especifican en el cuadro previsto en la norma reglamentaria. Se parte de una idea

⁵ (Boletín Oficial del Estado de 19 de diciembre) que sigue las directrices marcadas por la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales. Véase, LANTARÓN BARQUÍN, D: “Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica”, Relaciones Laborales, 9/2008, pp. 11-49.

general y es que las actividades listadas en el RD 1299/2006 de 10 de noviembre, puestas en relación con cada enfermedad, son aquéllas que ofrecen un nivel de ocurrencia más probable, frecuente o posible.

c).- que la patología resulte de la acción de elementos o sustancias que en el cuadro reglamentario estén relacionadas respecto de cada enfermedad profesional; de manera que si dichos agentes provienen del trabajo pero no se encuentran entre los que el cuadro de enfermedades profesionales apunta como origen de las mismas no cabe su calificación como tal.

No obstante lo anterior, cuando se está ante las denominadas enfermedades aspirantes o sospechosas del Anexo II, respecto de las que persisten dudas acerca de su consideración como tales, cabe observarse un cierto debilitamiento de la exigencia de prueba al considerarse que la causalidad requerida legalmente ya está implícita. Dicho de otro modo, es posible pensar que el hecho de estar listadas debe ser interpretado en el sentido de que entre las mismas y el trabajo prestado existe una relación de causalidad lo suficientemente notoria como para justificar que dichas enfermedades hayan quedado recogidas en el mencionado Anexo II. De modo que, a efectos de su consideración como accidentes de trabajo (en tanto no pasen a integrar el listado del Anexo I), habrá que presumirse su conexión con el trabajo; algo que no sucede, como se verá a continuación, para el resto de enfermedades no profesionales que sí precisan de la exigencia de prueba del nexo causal entre patología y trabajo, excepto, cuando las mismas sucedan en tiempo y lugar de trabajo (art. 115.3 LGSS).

2.2. La enfermedad común y su consideración como accidente de trabajo. El supuesto de las enfermedades del trabajo.

Como se ha dicho, bajo el término lesión contenido en el art. 115 LGSS no sólo quedan comprendidas las situaciones de necesidad resultado de un efecto traumático provocado por una acción súbita y violenta de un agente exterior sino, también, aquéllas otras que, aún vinculadas al trabajo, sin embargo no suceden de forma súbita. Se trata, entonces, de procesos que van provocando el deterioro lento y progresivo de la salud del trabajador, pero que igualmente le impiden seguir prestando sus servicios. A partir de aquí, es fácil entender que dentro del amplio concepto de accidente de trabajo puedan quedar integradas enfermedades de etiología común siempre que sean ocasionadas por agentes relacionados con el medio de trabajo o con la actividad laboral. Por tanto, dentro del concepto de accidente de trabajo (que no de enfermedad profesional, como se ha visto) pueden comprenderse, además de las lesiones en sentido propio, las enfermedades comunes siempre que éstas sucedan en determinadas circunstancias; y, en consecuencia, pueden recibir la tutela diseñada para los riesgos profesionales. Una vez más, para que la enfermedad pueda adquirir carta de naturaleza profesional es precisa la relación de causalidad con la prestación de servicios (conectando más con la lógica preventiva).

La concreción de las eventuales enfermedades comunes susceptibles de ser calificadas de accidentes de trabajo se encuentra igualmente recogida en el mencionado art. 115 LGSS. Sin embargo y pese al silencio que guarda el citado precepto, lo cierto es que dentro del conjunto de estas enfermedades se está produciendo una singular diferenciación. En efecto, las contempladas en el apartado e) del artículo de referencia están pasando a ser consideradas como si se tratasen de un tercer tipo de contingencia o

riesgo profesional, amén de los ya existentes -enfermedad profesional y accidente del trabajo-. Se habla en estos casos de las denominadas *enfermedades del trabajo* para referirse a aquellas enfermedades de etiología común (por tanto, no profesionales) que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo (art. 115 2 e) LGSS). Pese a la exclusividad impuesta por la norma lo cierto es que por vía jurisprudencial se ha producido una flexibilidad de tal exigencia permitiéndose así que puedan ser calificadas de accidentes de trabajo, las enfermedades comunes en las que el trabajo sea el principal (no necesariamente el exclusivo) factor o elemento desencadenante de la misma. Es lo que sucede con ciertas patologías cardíacas o los llamados riesgos psicosociales (tales como el estrés, el mobing, el acoso laboral, etc); situaciones estas últimas que no están contempladas en el listado de enfermedades profesionales.

En relación con estas patologías, calificadas de no traumáticas⁶, se ha puesto en marcha la elaboración de un fichero en el que queden contempladas las patologías de este tipo conforme vayan apareciendo en el seno de las empresas. La idea de fondo es que a través de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (que actúan como Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, MATEPs) o de la propia Entidad Gestora (Instituto Nacional de la Seguridad Social, INSS) exista un control real de las enfermedades que devienen, principalmente, de la prestación de servicios. Lo que permitirá, de llevar a cabo este listado adecuadamente, adoptar las medidas preventivas oportunas que eviten, a futuro, la aparición de dichas patologías; contribuyendo al tiempo, a reducir la siniestralidad laboral con la consiguiente mejora que para el empresario habrá de representar la reducción de costes en las cuotas en Seguridad Social. No en vano, entre los datos de la empresa que deben obrar en el mencionado fichero se contienen, entre otros, aquéllos que están vinculados al deber general de protección que el empresario asume respecto de sus trabajadores frente a los riesgos laborales, recogido en el art. 14.2 LPRL; entre otros, la modalidad de organización preventiva adoptada por la empresa, la existencia de una evaluación de riesgos del puesto de trabajo, o la existencia de reconocimientos médicos y de información a los representantes de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores. Por este motivo, resulta preciso delimitar, primero, el carácter profesional del riesgo respecto de las patologías (o enfermedades), especialmente en aquellos casos que pueden inducir a confusión, para introducir, posteriormente, las medidas preventivas y de diagnóstico precisas para evitarlas.

Por el momento, y pese a esa catalogación, la consideración de la enfermedad del trabajo como un supuesto diferenciado del accidente de trabajo es meramente nominal sin que comporte tratamiento propio y distinto respecto del mismo; de manera que, desde el punto de vista de la reparación de los daños ocasionados por estas enfermedades del trabajo, el tratamiento será idéntico al que, actualmente, recibe el accidente de trabajo situándose en idéntico plano que aquél. Es de esperar que no suceda lo mismo en el ámbito de la prevención, al menos no cuando existan indicios más que razonables (por su reiteración o frecuencia), de que en ciertos puestos de

⁶ Vid. Anexo V Orden TIN/1448/2010, de 2 de junio, por la que se regula el RD 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral (Boletín Oficial del Estado de 4 de junio)

trabajo existen factores que pueden incidir, directa o indirectamente, en la salud del trabajador.

Junto a estas enfermedades del trabajo, el mencionado precepto se refiere a otras enfermedades comunes que, igualmente pueden adquirir la condición de profesionales, bajo la condición (una vez más) de accidente de trabajo y, no de enfermedad profesional. En este caso, a diferencia de lo que sucede respecto de la enfermedad profesional y de las enfermedades del trabajo, la exigencia de causalidad se encuentra algo más debilitada ya que, en un caso, se trata de enfermedades comunes padecidas con anterioridad por el trabajador pero que se ven agravadas como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente (art. 115 2 f) LGSS). En realidad, se está en presencia de una patología que estaba latente en el trabajador o que ya padecía pero que, a resultas del accidente de trabajo, es cuando la misma se manifiesta por vez primera o se agrava. Y, en otro, las denominadas enfermedades *intercurrentes*, que también pueden llegar a ser calificadas de accidentes de trabajo pese a tratarse, en realidad, de complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo (art. 115.2 LGSS en su apartado g)). En el caso de estas enfermedades, si bien se precisa que la enfermedad guarde una relación directa e inmediata entre el accidente y la enfermedad derivada del proceso patológico iniciado por éste, resulta asimismo posible que se consideren tales las que pueda contraer el trabajador por la influencia del medio en que éste sea colocado para alcanzar su curación (el ejemplo más evidente es el del virus que pueda contraer el trabajador mientras está hospitalizado a consecuencia del accidente).

2.3. El accidente de trabajo como lesión corporal y su mayor debilitamiento con el factor trabajo.

Ese debilitamiento de la relación de causalidad con el factor trabajo con el fin de mejorar las consecuencias del accidente (lógica reparadora) se observa con mayor determinación aún si cabe que para las mencionadas enfermedades intercurrentes o por agravación de una lesión previa del trabajador, cuando se trata de los otros supuestos que configuran el amplio concepto de accidente de trabajo recogido en el art. 115.2 LGSS.

Ejemplo claro de ese debilitamiento son los denominados accidentes de trabajo *in itinere* (art. 115. 2 a) LGSS) que son aquéllos que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de trabajo. Su calificación como accidente de trabajo se fundamenta en la idea de que se trata de situaciones que no hubiesen tenido lugar de no haberse desplazado el trabajador de su lugar de residencia habitual al trabajo o viceversa. Un fundamento que obliga a determinar con precisión lo que debe ser considerado el trayecto normal de ida y vuelta al trabajo, siendo relevante el lugar de partida y llegada (elemento teleológico), el itinerario elegido (elemento geográfico), la duración del desplazamiento y sus posibles interrupciones (elemento cronológico), así como el medio de transporte elegido (elemento instrumental).

O, el supuesto de los accidentes que pueden ocurrir con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical (art. 115. 2 b) LGSS) donde resulta más que palpable que la relación de causalidad se flexibiliza con el fin de dar protección a situaciones cuya conexión con el trabajo no resulta ser tan directa. Lo mismo cabe decir para el caso de los denominados accidentes en misión (art. 115.2 c) LGSS); y para actividades que quedan ya muy alejadas de las tareas propias de

la prestación de servicios, tales como los actos de salvamento y otros de naturaleza análoga (art. 115.2 d) LGSS). La referencia al factor trabajo presente en los mencionados supuestos se hace necesaria si lo que se pretende es su consideración como eventuales riesgos profesionales; lo que no obsta para calificar de forzada la posible conexión entre el accidente de trabajo y la prestación de servicios.

En todo caso, y desde esa lógica reparadora que es a la que responde la ampliación del concepto de accidente de trabajo a los supuestos mencionados, es importante subrayar el papel que juegan las dos circunstancias antes apuntadas de tiempo y lugar de trabajo. De tal manera que el art. 115. 3 LGSS contempla como cláusula general de aplicación a las diferentes situaciones previstas a lo largo de su articulado que “*Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador en tiempo y lugar de trabajo*”. Se trata de una presunción de las denominadas “*iuris tantum*”, es decir, de las que admiten prueba en contrario, lo que en la práctica significa que si el accidente en sentido propio (efecto traumático súbito y violento) o la enfermedad común sucede en tiempo y lugar de trabajo (entendidos ambos conceptos en sentido amplio) la presunción acerca de la naturaleza profesional del accidente juega a favor del trabajador; siendo, en consecuencia, de cuenta del empresario la carga de probar que aquél no guarda conexión con el trabajo pese a que haya sucedido dentro de las coordenadas temporales y espaciales correspondientes al mismo.

Esta inversión de la carga de la prueba resultará favorable para el trabajador ya que, por esta vía, situaciones que podrían plantear problemas interpretativos, más que razonables en según qué casos, acerca de su posible conexión con la prestación de servicios parten *a priori* de su valoración como riesgo profesional; de este modo, y mientras no se pruebe lo contrario, el daño sufrido será reparado con todas las cautelas y privilegios antes mencionados derivados de su naturaleza profesional. Por ejemplo, la situación de incapacidad temporal tendrá que ser abonada desde el primer día de baja médica y su importe será el que resulte de aplicar a su base reguladora el porcentaje del 75 por 100; o, en caso de que se hubiese producido el fallecimiento del trabajador, el cónyuge supérstite o pareja de hecho así como sus hijos tendrán derecho a una indemnización que complementará a la prestación de Seguridad Social que en cada caso corresponda (viudedad u orfandad). Lo que obviamente no obsta para que la empresa litigue en aras a lograr una calificación distinta de la naturaleza del riesgo en cuestión.

3.- La dimensión preventiva de la enfermedad como riesgo profesional.-

Se ha dicho que el concepto de riesgo profesional (accidente de trabajo y enfermedad profesional) desde la lógica preventiva parece haber ido un paso más atrás respecto del tratamiento dispensado desde la lógica reparadora de la seguridad social. El concepto de accidente de trabajo ofrecido por la LGSS, dada su *vis expansiva*, se ha caracterizado por ser comprensivo de multiplicidad de situaciones respecto de las que no siempre es posible hablar en términos de riesgo profesional. Esta disparidad entre ambas lógicas parece estar requiriendo la formulación de un concepto propio acerca de qué deba entenderse por riesgo profesional en el ámbito de la prevención. Sea tal formulación tomando como punto de partida la normativa preventiva; lo que obligaría a acudir al contenido de la LPRL para ver hasta qué punto puede el empresario adoptar medidas que impidan o prevengan la producción de estos accidentes o enfermedades.

En este sentido, el concepto de riesgo laboral que maneja la LPRL (art. 4.2) está referido a la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Entendiendo como daños derivados del trabajo, las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo (art. 4.3 LPRL). Por tanto, la conexión entre trabajo y riesgo resulta ser más que palpable. De este modo, para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad se valorarán conjuntamente, la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo. Una probabilidad que, en algunos casos de los considerados accidentes de trabajo (por ejemplo, el *in itinere*), se escapa de la esfera de actuación y, por ende, del control y la responsabilidad del empresario.

Asimismo, y por lo que hace a la gravedad del riesgo, la misma se mide en función de la probabilidad de que racionalmente aquél pueda materializarse en un futuro inmediato y pueda suponer un daño; siendo así que, por ejemplo, en el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aún cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata. De tal manera que si el empresario frente a la exposición de un riesgo grave e inminente con ocasión del trabajo, no adopta las medidas necesarias e informa lo antes posible a los trabajadores de la existencia del mismo, o no permita que tales medidas se adopten de forma que pueda quedar garantizada la seguridad y salud de los trabajadores, el trabajador podrá interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo y los representantes de los trabajadores podrán acordar por mayoría de éstos la paralización de la actividad de los trabajadores afectados por dicho riesgo (art. 21 LPRL).

Así pues, la probabilidad racional de que el daño se actualice se configura como un factor clave en la elaboración del concepto mismo de riesgo laboral desde la lógica preventiva; de forma que, cuando ese factor no existe difícilmente se podrá alegar tal consideración a efectos de concretar las posibles responsabilidades del empresario en materia de seguridad y salud laboral. En definitiva, la conexión con el trabajo se hace tan intensa que será preciso que se trate de un riesgo que derive, estrictamente, del medio de trabajo. Por eso, más que hablar de riesgos profesionales, la propia LPRL se refiere a aquéllos como riesgos del trabajo; esto justifica que desde la perspectiva preventiva resulte más que evidente que supuestos como los ya mencionados relativos al accidente de trabajo *in itinere*, o el que puede ser consecuencia de una enfermedad intercurrente excedan, con mucho, del concepto de riesgo del trabajo ya que, en ambos casos, difícilmente podrán ser adoptadas por parte del empresario las medidas necesarias para evitar que los mismos pueden causarse; en otras palabras, se escapan del deber general de seguridad exigible al empresario en materia preventiva. De ahí que, en concreto, la figura del accidente de trabajo *in itinere* siempre haya sido tan cuestionada desde un punto de vista preventivo. Por esto, y con carácter general, la jurisprudencia actual tiende a restringir la calificación de estos sucesos como accidentes de trabajo⁷.

⁷ No obstante, existe alguna sentencia que parece dar un paso atrás en este aspecto. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, sección 1ª), de 14 de febrero de 2011 (RJ 2011\2736), que amplía el concepto de accidente de trabajo *in itinere* a través de la flexibilización de alguno de los elementos de su configuración (en este caso, del concepto de domicilio). Véase el comentario realizado por la Profesora NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: “La delimitación del inicio del trayecto en los

Pero también, se podría formular ese concepto de riesgo profesional en el ámbito de la prevención depurando la normativa de Seguridad Social. En este sentido, se podría pensar que es más cómodo elaborar un concepto propio, en tanto que se trata de un ordenamiento que está en construcción, en lugar de utilizar el ofrecido por la normativa de seguridad social. Sin embargo, no parece que sea tarea fácil sobre todo si se observa que, pese al tiempo transcurrido, la normativa de Seguridad Social sigue manteniendo una fuerte imbricación con la dimensión preventiva hasta el extremo de estar recogidas en ella aspectos más propios de la prevención. Un ejemplo ya mencionado es el denominado recargo de prestaciones que actúa como un plus indemnizatorio a cargo del empresario infractor. O el complejo cuadro de responsabilidades en el marco específico de la Seguridad Social derivadas del incumplimiento por parte del empresario de la normativa en prevención de riesgos laborales. Así, es posible que aquél pueda llegar a asumir la responsabilidad en orden al pago de las eventuales prestaciones que deriven de un accidente de trabajo (o enfermedad profesional) siempre que el riesgo profesional devenga de un incumplimiento previo de las normas sobre seguridad y salud laboral (son los supuestos tasados en los arts. 195 a 197 LGSS).

Es lo que sucede, por ejemplo, en los casos de paralización inmediata de las obras cuando, a criterio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se aprecie que no ha sido observada la normativa sobre prevención de riesgos laborales y esto pueda implicar un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores; esa paralización inmediata de la obra es una decisión que habrá de ser comunicada a la empresa para que proceda en consecuencia. Al margen, claro está, de que la empresa disconforme con la decisión de la Inspección decida impugnarla tal decisión ante la autoridad laboral (art. 44 LPRL). Pues bien, para el caso de que la empresa, pese a lo indicado, incumpliese las decisiones adoptadas por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, o de la resolución de la Autoridad Laboral que las confirmen (caso de que la empresa, como se ha dicho, hubiese impugnado) en relación con la paralización inmediata de trabajos por no cumplir éstos las normas de seguridad e higiene, se entenderá que ha existido una falta de formalización de la protección exigible en relación con los accidentes de trabajo que pudieran producirse. Y, consecuentemente, además de otras posibles responsabilidades, la empresa incumplidora pasará a convertirse en responsable de todas las prestaciones de seguridad social que pudieran derivarse de este tipo de riesgo profesional que hubiesen tenido lugar durante ese periodo de tiempo (art. 195 LGSS). Esto es, de las prestaciones de incapacidad para el trabajo, temporal y permanente (en sus diferentes grados) y de las pensiones por muerte y supervivencia.

Asimismo, existe la obligación empresarial de practicar reconocimientos médicos a los trabajadores que vayan a ser contratados para cubrir puestos de trabajo en los que exista un riesgo de enfermedad profesional. Se trata de reconocimientos que son obligatorios para el trabajador que pretenda el puesto de trabajo y que pueden ser previos a la contratación, o periódicos para el mantenimiento de la relación de trabajo (art. 196 LGSS). Pues bien, si resultado de los mismos se calificase al trabajador como no apto para el desempeño de dicha actividad el empresario no podrá contratarlo; igual prohibición se establece para el caso de que la declaración de aptitud no se mantuviera en los reconocimientos posteriores a que viniera obligado el empresario. De este modo, si el empresario incumple la obligación referida a la realización de reconocimientos que

accidentes de trabajo in itinere: el peculiar tratamiento laboral del domicilio del trabajador y su relación con la prevención de riesgos laborales”, *Aranzadi Social*, num. 10/2012, BIB 2012\140.

pueden ser, previos o periódicos, se convertirá en responsable directo de todas las prestaciones que pudieran derivarse de una enfermedad profesional (art. 197 LGSS).

Ahora bien, todo el discurso anterior resulta ser esencialmente válido respecto del accidente de trabajo ya que respecto de la enfermedad derivada del trabajo (ampliable a la profesional) precisa ser matizado. En efecto, se ha visto que las distancias conceptuales entre las lógicas preventiva y reparadora se manifiestan de forma clara y sin fisuras en los supuestos de accidentes de trabajo, limitados a lesión corporal, y cuando se trata de las enfermedades comunes susceptibles de poder llegar a ser calificadas de accidentes de trabajo. No sucede igual cuando se trata de las enfermedades del trabajo ya que la regulación que de las mismas prevé la normativa de Seguridad Social impone que exista entre ésta y el trabajo una relación directa de causalidad; lo que la sitúa más próxima al concepto de riesgo profesional característico de la lógica preventiva. Y esto mismo sucede respecto de ciertos colectivos de trabajadores respecto de los que el concepto que se maneja de accidente de trabajo igualmente resulta ser algo más limitativo y próximo al que se maneja desde la lógica preventiva.

4. Las singularidades de los riesgos profesionales (enfermedades del trabajo) en ciertos colectivos de trabajadores.-

Hasta ahora, todo lo expuesto resulta de aplicación al colectivo de trabajadores asalariados integrados en el sistema español de Seguridad Social en el Régimen General. Sin embargo, junto a este colectivo (sin duda, el más numeroso) es importante subrayar las singularidades respecto al concepto de riesgo profesional que presentan otros trabajadores que no se corresponden con el trabajo por cuenta ajena. A tal efecto, se hará referencia al colectivo de funcionarios que, incluso, utilizan una nomenclatura distinta para referirse a este tipo de riesgo, y al trabajador autónomo.

4.1. El colectivo de funcionarios públicos integrados en el Régimen Especial de Funcionarios Públicos.

Es importante destacar que el colectivo de funcionarios públicos no se encuentra totalmente integrado, a efectos de Seguridad Social, en su Régimen Especial; antes al contrario, existe un destacado número de estos funcionarios públicos (cada vez más numeroso) que forman parte del Régimen General de la Seguridad Social. Por tanto, respecto de éstos resultará de aplicación lo ya indicado hasta ahora.

Asimismo, el colectivo de funcionarios públicos, además de la singularidad expuesta en orden a la concreción de su ámbito de aplicación, presenta otra más, sin duda, la que puede ser el rasgo diferencial más relevante desde la perspectiva de tutela. Se hace referencia al doble mecanismo de cobertura compuesto por los denominados “Derechos Pasivos”⁸. Y el “Mutualismo” que otorga prestaciones gestionadas a su vez por entidades diferenciadas que reproducen una estructura de gestión y funcionamiento semejante a la clásica de Seguridad Social; es decir, la tutela que este colectivo recibe presenta una dualidad consistente en una regulación unitaria para todos los funcionarios que se encuentra en el Régimen de Clases Pasivas. Mientras que, cuando se trata de la

⁸ Su regulación se contiene en RDLegislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se regula el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, BOE de 25 de mayo, en lo sucesivo LCP).

tutela mutualista, complementaria de la anterior, la regulación no es absolutamente unitaria pudiéndose diferenciar tres Regímenes en función de cual sea el colectivo⁹.

No es posible pues, comprender el Régimen de Clases Pasivas sin el Mutualismo ni éste sin aquél en tanto que se trata de dos mecanismos que actúan como vasos comunicantes estableciendo entre ellos una relación singular, complementaria y, en según qué casos, cumulativa. Mediante el sistema de Clases Pasivas el Estado asume la obligación de dar cobertura a las situaciones de necesidad definitivas o vitalicias en las que pueda encontrarse el funcionario público (o sus causahabientes) y que se concretan en prestaciones de carácter exclusivamente económico y pago periódico, por razón de jubilación o retiro, de viudedad, orfandad y a favor de los padres (art. 18.2 LCP). Por su parte el Mutualismo se encarga de sustituir los haberes dejados de percibir en situaciones de necesidad de carácter temporal ligadas al régimen de licencias y permisos previstos legalmente para el colectivo de funcionarios públicos: por razón de enfermedad o accidente (se habla entonces de incapacidad temporal o de lesiones permanentes no invalidantes), por razón de maternidad/paternidad, o las más recientes vinculadas a las situaciones de riesgo por razón de embarazo y lactancia. A las que se añaden, en la práctica generalidad de regulaciones, un destacado cuadro de prestaciones de asistencia social y servicios sociales así como de asistencia sanitaria y prestaciones familiares.

Pues bien, para este colectivo de funcionarios públicos el concepto de riesgo profesional que se maneja es el referido al “acto de servicio”¹⁰. De forma que es el acto de servicio el factor desencadenante y, sus consecuencias, el objetivo a tutelar o a prevenir, según proceda, por parte del ámbito específico de la Seguridad Social. No obstante lo anterior, cuando se trata de concretar qué debe entenderse por accidente o enfermedad en acto de servicio se observa que existe cierto grado de disparidad entre el concepto que se maneja por parte de la normativa de clases pasivas y el que se utiliza por el mutualismo.

Y así, por lo que hace a los derechos pasivos, las únicas referencias recogidas en la LCP relacionadas con el concepto de accidente o enfermedad en acto de servicio se encuentran en el art. 19 LCP cuando diferencia las pensiones que pueden ser dispensadas a los funcionarios públicos en ordinarias y extraordinarias en función de la naturaleza del riesgo. Y, segundo, en el art. 47.2 LCP, cuando señala que “*Dará origen*

⁹ De este modo es posible diferenciar entre: a) Funcionarios Civiles del Estado que manifiesta una notoria capacidad de integración de los otros dos regímenes especiales hasta el punto de que éstos se identifican estructural y funcionalmente en sus aspectos fundamentales con aquél (RDLegislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y el RD 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo); b) Funcionarios de las Fuerzas Armadas (RDLegislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y el RD 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de las Fuerzas Armadas); c) Funcionarios Civiles de la Administración de Justicia (RDLegislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de la Justicia y el RD 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial).

¹⁰ Véase el trabajo BARCELÓN COBEDO, S: “El tratamiento preventivo y reparador de los riesgos profesionales del empleado público en el ámbito de la seguridad social”, en la obra colectiva *Manual de Prevención de Riesgos Laborales en el empleo público*, (Dir. Santiago González Ortega), Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 2012.

a pensión extraordinaria de jubilación o retiro la incapacidad permanente o inutilidad del personal comprendido en este capítulo....., siempre que la misma se produzca, sea por accidente o enfermedad, en acto de servicio o como consecuencia del mismo. En caso de la enfermedad causante de la inutilidad, ésta deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado”. La normativa de Clases Pasivas ofrece pues un concepto de acto de servicio más restrictivo (o limitativo) en tanto que exige una relación de causalidad directa y efectiva con el servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado. La norma introduce un requisito objetivo y alternativo, cual es que el accidente suceda según el previsible y normal discurrir de los actos específicos de su actividad; o bien, que el hecho dañoso sea debido a un concreto riesgo característico y dominante que, por sí y nada más que por ejercer aquella actividad, su práctica está abocada a sufrir el daño (consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado). Se trata de un concepto que responde más a la lógica preventiva (qué es lo que lo causa) que a la reparadora (qué es lo que ha causado).

Algo semejante sucede cuando se trata de delimitar el concepto de enfermedad en acto de servicio, ya que el concepto que el citado precepto propone, en tanto que susceptible de causar las correspondientes pensiones extraordinarias, precisa que dicha enfermedad tenga o traiga causa “*directamente*” del servicio desempeñado o *que se adquiera en acto de servicio*. La concurrencia de ambos requisitos supone que la enfermedad determinante, por ejemplo, de la incapacidad permanente ha de guardar relación íntima con el desempeño del servicio prestado, esto es, con la actividad desarrollada por el interesado al estar en acto de servicio; una actividad que se configura como la causante de la enfermedad o bien, que tal enfermedad es una consecuencia que se deriva de la propia naturaleza del servicio desempeñado. El concepto de enfermedad en acto de servicio propuesto es limitativo circunscribiéndose a patologías que guarden conexión directa e inmediata con el trabajo funcional, no siendo suficiente, por tanto, que las mismas estén conectadas con elementos o factores que no son propios de la actividad¹¹.

Asimismo, el hecho de que la normativa de clases pasivas no se refiera expresamente a la enfermedad profesional sino que haga referencia, sin más, a las enfermedades adquiridas directamente en acto de servicio o como consecuencia del mismo, simplifica el tratamiento de la enfermedad en general. La enfermedad adquiere pues, el calificativo de profesional (en el entendido del “acto de servicio”) siempre que guarde conexión directa con la actividad o servicio desempeñado en tanto que no existe un concepto específico y propio de enfermedad profesional semejante al ya analizado para el trabajador asalariado. En realidad, se trata de una regulación que claramente pretende diferenciar entre lo que es el accidente, entendido éste como una lesión súbita y violenta que procede de factores externos, de lo que son en sentido propio las enfermedades, procesos de etiología más compleja y de aparición lenta y prolongada.

El concepto de riesgo profesional previsto para el colectivo de funcionarios públicos resulta ser más restrictivo y limitativo situándose así, más próximo al establecido para los trabajadores autónomos (como se verá a continuación). Sin embargo, esta regulación, aparentemente más simple, puede verse complicada si se tiene

¹¹ Entre otras, Sentencia Audiencia Nacional de 26 de octubre de 2012, ROJ\4738\2011.

en cuenta que respecto del funcionario público opera igualmente una presunción “*iuris tantum*” (en la medida en que admite prueba en contrario) semejante a la prevista en el art. 115.3 LGSS. En efecto, el art 47.4 LCP establece que “*Se presumirá el acto de servicio, salvo prueba en contrario, cuando la incapacidad o el fallecimiento hayan acaecido en el lugar y tiempo de trabajo*”. La incorporación posterior de esta presunción de laboralidad a la redacción inicial de la LCP ha planteado no pocos problemas aplicativos ya que, a partir de aquí, podría entenderse ampliado el concepto mismo, tanto de enfermedad derivada del acto de servicio, en la medida en que cabría incorporar aquéllas otras que se pudieran manifestarse mientras el funcionario público desempeña su actividad, aunque su etiología, en origen, fuese común siempre, claro está, que guarden relación con el trabajo (por ejemplo, las enfermedades del trabajo). Como el concepto de accidente en acto de servicio que podría extenderse a los *in itinere* no previstos, expresamente, en la normativa de Clases Pasivas¹².

La exclusión del accidente de trabajo *in itinere* en el sistema de Clases Pasivas se ve contrarrestado por la normativa del Mutualismo que, a diferencia de ésta, contempla un concepto más claro y amplio de los riesgos profesionales; en concreto, el art. 57 RD 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, define lo que deba entenderse por accidente en acto de servicio estableciendo en su apartado 1 que “*Se entenderá por accidente en accidente de servicio aquel que se produzca con ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio a la Administración*” para a continuación, en su apartado 2, precisar aún más el concepto en los siguientes términos “*Para la determinación de los supuestos que en este régimen especial tendrán la consideración de accidente en acto de servicio o como consecuencia del mismo, y para las presunciones aplicables al respecto, se estará a lo dispuesto en el Régimen General de la Seguridad Social acerca del concepto de accidente de trabajo*”. Este mayor paralelismo con el concepto que se maneja desde la normativa de Seguridad Social para los trabajadores asalariados también se observa en la definición de enfermedad profesional que la citada norma reglamentaria contiene en el art. art. 60 cuando establece que “*Se entenderá por enfermedad profesional la contraída por el mutualista a consecuencia de la prestación de servicios a la Administración, en las actividades que se especifican en las normas reglamentarias del Régimen General de la Seguridad Social u otras normas que se dicten al efecto, siempre que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias determinados en dichas normas para cada enfermedad profesional*”.

¹² De todas formas, la complejidad de los accidentes de trabajo *in itinere* vuelve a estar presente ya que respecto de esta presunción de laboralidad, el criterio jurisprudencial es nuevamente restrictivo; y así, considera que dicha presunción, por su literalidad y aplicación analógica con lo dispuesto en el art. 115.3 LGSS, sólo alcanza a los accidentes cuando se producen en tiempo y lugar de trabajo. Lo que significa que, o bien el accidente tiene lugar en el tiempo y lugar de trabajo (supuesto en el que rige la presunción de laboralidad del art. 47.4 LCP), o bien, habrá de demostrarse la relación de causalidad entre el accidente y la actividad profesional pues no puede decirse que cualquier accidente que pueda relacionarse de una u otra forma con el tiempo y lugar de trabajo haya de ser calificado como acto de servicio. Desde esta perspectiva, es fácil entender la exclusión que persiste de los denominados accidentes *in itinere* que, a efectos de causar derecho a las pensiones extraordinarias previstas en la LCP, no se entienden derivados del acto de servicio o consecuencia de éste; sino que son calificados de accidente común y, en consecuencia, darán lugar a pensiones ordinarias (Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2012, ROJ\1220\2012).

En definitiva, y a diferencia de lo que sucede en la regulación de los derechos pasivos, el mutualismo ofrece un concepto de accidente en acto de servicio más parecido al que se maneja para calificar el accidente de trabajo en el art. 115 LGSS respecto de los trabajadores asalariados; en tanto que no sólo es posible calificar de accidente en acto de servicio la situación en la que exista una relación de causalidad directa y medita entre aquél y la prestación de servicios para la Administración, sino que cabe igualmente que pueda ser debido *con ocasión* de la misma. Se trata pues, de un concepto que pone el acento en las consecuencias del accidente (lógica reparadora) más que en la conexión con el factor trabajo (lógica preventiva).

4.2. *El trabajador autónomo.*

El artículo tercero del RD 1273/2003, de 10 de octubre¹³, define el accidente de trabajo del trabajador autónomo como aquél que ocurre “*consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del régimen especial*”. La ausencia de cualquier referencia a la ocasionalidad en la definición misma del accidente de trabajo contrasta con la mayor laxitud del concepto para los trabajadores por cuenta ajena (tal y como ya se ha comentado al hacer referencia al art. 115 LGSS). Se está exigiendo pues, un nexo causal de carácter directo e inmediato, frente al carácter mediato que puede darse en el caso de trabajadores asalariados. Este carácter, sin duda más restrictivo, que presenta el accidente de trabajo para este colectivo no es sino reflejo de la mayor dificultad que supone proyectar sobre estos trabajadores, ajenos a una relación laboral, el control necesario respecto del modo y condiciones con el que los mismos desarrollan su actividad, y que va a permitir finalmente valorar si ha habido o no un riesgo profesional. Así, la prestación de servicios de cualquier trabajador por cuenta ajena se encuentra limitada, entre otras, por dos coordenadas esenciales, una de carácter temporal (la jornada) y otro espacial (lugar de prestación de servicios). Pues bien, si se intenta trasladar al trabajador por cuenta propia, entendiendo como tal aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas, el esquema característico de cualquier relación de trabajo, esta ecuación no resulta tan perfecta o exacta siendo, sino imposible, cuando menos difícil, proyectar ambos elementos sobre un trabajador que, además, es el titular del lugar donde han de prestarse los servicios; y cuya jornada puede ser tan extensa o no como el mismo decida en función de la marcha de su negocio.

Esto explica que, por un lado, dentro de los supuestos de accidente de trabajo tasados por el RD 1273/2003, de 10 de octubre, queden expresamente excluidos los accidentes de trabajo *in itinere* (art. 3.3 a). Una exclusión que parece lógica, dada la ausencia absoluta del elemento cronológico; ya se ha dicho que estos trabajadores no tienen una jornada de trabajo. O una ausencia menos absoluta, pero en cierto modo impredecible, de los otros dos elementos, toda vez que el trabajador es quien ostenta la titularidad del lugar de prestación de servicios y su trayecto puede estar salpicado de otras actividades, no siempre vinculadas con la propia actividad.

¹³ Por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia de la Seguridad Social (Boletín Oficial Estado de 22 de octubre).

Y, de otro, porque la exigencia de la relación de causalidad entre el factor trabajo y el accidente o enfermedad resulta ser más estricta al no existir para estos trabajadores la presunción de laboralidad recogida en el art. 115.3 LGSS para el colectivo de trabajadores asalariados; de modo que habrá de ser el autónomo el que haya de probar que la enfermedad (o el accidente) está conectada con el trabajo. Así, el art. 3.2 b) RD 1273/2003, de 10 de octubre, se refiere a las enfermedades del trabajo como aquéllas no catalogadas como enfermedades profesionales que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo lugar por causa exclusiva la ejecución de aquél (siendo de cuenta del trabajador por cuenta propia la exigencia de probar esa conexión). Asimismo sucede con el resto de enfermedades comunes que pueden llegar a ser calificadas de accidentes de trabajo, esto es: las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes; o las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador, y que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

Este concepto de accidente de trabajo más restrictivo del colectivo de trabajadores autónomos encuentra una excepción cuando se trata del trabajador autónomo económicamente dependiente. Es decir, aquél que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominantemente para una persona física o jurídica (cliente), del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por 100 de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. Pues bien, para estos autónomos el concepto de accidente de trabajo que se proyecta es el mismo que el ya analizado para el colectivo de trabajadores por cuenta ajena (art. 26. 3 Ley 20/2007, de 11 de julio)¹⁴. Su dependencia económica le sitúa más próximo a la figura del trabajo por cuenta ajena, sin que ello impida su calificación de trabajador autónomo.

Por último, en cuanto al tratamiento de la enfermedad profesional que reciben los trabajadores autónomos no presenta divergencias notables con respecto a los trabajadores por cuenta ajena (art. 116 LGSS). De manera que se entenderá como tal la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por este trabajador autónomo, en la actividad que determine su inclusión dentro del campo de aplicación de este régimen especial, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales relacionadas con las principales actividades capaces de producirlas.

¹⁴ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Trabajo Autónomo (Boletín Oficial Estado de 12 de julio).