

## CULPA IN VIGILANDO. RESPONSABILIDADES Y CARENCIAS EN EL SISTEMA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

JOSÉ M.<sup>a</sup> CORUJO SEGUIDO

*Graduado Social*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, don Juan CALVENTE MENÉNDEZ, doña María Milagros CALVO IBARLUCEA, don Jesús MERCADER UGUINA, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don Antonio SEMPERE NAVARRO.

### **Extracto:**

EN la práctica jurisprudencial existe una tendencia excesivamente fuerte en considerar *per se* responsable final del accidente al empresario, pues, a falta de otros, la *culpa in vigilando* va a estar casi siempre presente en cualquier accidente, pues la intensidad de la vigilancia, que se desprende de esta doctrina jurisprudencial, sobre las acciones y omisiones del trabajador, se convertiría para la empresa en una acción de pura y constante vigilia, que, humanos somos, tan solo sería eficaz recuperando de nuestras vivencias infantiles, aquellos «ángeles de la guarda».

Esta última puntualización, quizás jocosa, pero no por ello menos real es la que en cierta forma provoca la intención de este trabajo, en el que se parte de lo que se considera una situación en muchos casos irregular y que, de alguna forma, está ocasionando un grave perjuicio al mundo del trabajo, al de su prevención de riesgos y, en definitiva, al equilibrio que debe imponer una adecuada Justicia Social, a «*dar plena vida y realidad a un nuevo humanismo en el trabajo*».

**Palabras clave:** culpa, vigilando, empresa, responsabilidad y negligencia.

# Sumario

1. Notas previas.
2. Situación actual. Derechos concurrentes.
3. *Alterum non laedere*.
4. Principio-*culpa in vigilando*.
5. Culpa contractual.
  - 5.1. Diligencia.
  - 5.2. Negligencia.
  - 5.3. Responsabilidad.
6. Exclusión de responsabilidad de la empresa.
7. Compulsión económica sobre el patrimonio de la empresa.
8. Papel del trabajador en el accidente de trabajo.
  - 8.1. Formación e información del trabajador.
  - 8.2. Libertad vigilada del trabajador.
  - 8.3. Negligencia del trabajador.
  - 8.4. Actuación disciplinaria sobre el trabajador.
9. Aproximación a unas conclusiones.
10. Concluyendo, una propuesta.

## 1. NOTAS PREVIAS

El letrero de «peligro» que vemos continuamente, acaba siendo un elemento decorativo, pues el trabajador, como cualquier persona, se acostumbra a su presencia y olvida la advertencia que contiene <sup>1</sup>.

Frase, quizás, en exceso categórica, pero que, en cierta forma, muestra una situación real que junto a otros elementos y situaciones igualmente distorsionadores de la normalidad que se pretende en el campo de la seguridad y prevención del trabajo, han venido forzando una serie de medidas que sitúa al empleador en la posición jurídica de garante de la vida, integridad corporal y salud de los trabajadores al servicio de la empresa, posición que le obliga no solo a adoptar todas las medidas de seguridad que la prudencia exija en cada caso, sino también a velar por su eficacia <sup>2</sup>.

Tal como recogía la Sentencia 1495/1995, de 7 de junio de 1995, del TSJ de Cataluña «*la suprema normativa básica del Estado, en su artículo 40.2 impone a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo, de ahí que el artículo 19.1 del Estatuto de los Trabajadores, imponga a la empresa la prestación del deber de seguridad para con los trabajadores en el desarrollo de la actividad laboral, reconociéndoles el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, y en el artículo 4.2 d) del citado Cuerpo Legal, lo reconoce como derecho básico "a su integridad física y una adecuada política de seguridad e higiene" con lo que la empleadora queda constituida en garante de la seguridad de los trabajadores a su servicio cuando se encuentren en el desempeño del mismo, porque como "creadora del riesgo" le es objetivamente imputable todo*

<sup>1</sup> Sentencia 269/2005, de 27 de enero de 2005, del TSJ Andalucía-Sevilla.

<sup>2</sup> Sentencia 332/1992, de 2 de septiembre de 1992 del TSJ Cantabria.

*daño o lesión que pueda sobrevenirle en su puesto de trabajo y por ello no es transmisible ni asegurable el riesgo creado por incumplimiento o inobservancia de las medidas de seguridad en prevención de accidentes de trabajo».*

No es una cuestión ya de acción u omisión por parte del empresario en cuanto al acontecer de un accidente de trabajo.

En la práctica jurisprudencial existe una tendencia excesivamente fuerte en considerar *per se* responsable final del accidente al empresario, pues, a falta de otros, la **culpa in vigilando** va a estar casi siempre presente en cualquier accidente, pues la intensidad de la vigilancia, que se desprende de esta doctrina jurisprudencial, sobre las acciones y omisiones del trabajador, se convertiría para la empresa en una acción de pura y constante vigilia, que, humanos somos, tan solo sería eficaz recuperando de nuestras vivencias infantiles, aquellos «ángeles de la guarda».

Esta última puntualización, quizás jocosa, pero no por ello menos real es la que en cierta forma provoca la intención de este trabajo, en el que parto de lo que considero una situación en muchos casos irregular y que, de alguna forma, está ocasionando un grave perjuicio al mundo del trabajo, al de su prevención de riesgos y, en definitiva, al equilibrio que debe imponer una adecuada Justicia Social, a «*dar plena vida y realidad a un nuevo humanismo en el trabajo*»<sup>3</sup>.

## 2. SITUACIÓN ACTUAL. DERECHOS CONCURRENTES

En su Preámbulo se justificaba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 9 de marzo de 1971, «*en la sustancial transformación de las estructuras y procesos productivos operada en nuestro país durante estos últimos años, y la introducción de nuevas técnicas y métodos de trabajo, que han provocado un aumento de la siniestralidad registrada en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, obligan a regular e intensificar, con carácter general, la puesta en práctica de las oportunas medidas de prevención, así como ordenar para su debido ejercicio las potestades, funciones y facultades de los órganos de la Administración Pública que han de dirigir o proveer cuanto fuere necesario para lograr una plena efectividad de tales medidas y exigir las responsabilidades de carácter administrativo a que hubiere lugar por incumplimiento o inobservancia de las mismas*».

Veinticuatro años más tarde el nuevo sistema de prevención de riesgos laborales que intentaba instaurar la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, obviaba justificarse en aquellas estructuras, procesos, métodos..., pues precisamente y en buena lógica, el desarrollo de aquellos aparejaba unas mejoras notorias en la seguridad del trabajo.

No voy a valorar aquí, pues no es del interés de este trabajo, el nivel actual de siniestralidad, ni establecer una comparativa en relación a distintos períodos, baste insistir en que esta, la

<sup>3</sup> Preámbulo de la OGSHT de 9 de marzo de 1971.

siniestralidad, es excesivamente alta y no guarda concordancia con la evolución seguida en las estructuras, métodos, conocimientos, avances tecnológicos..., de nuestros tiempos.

Las normas de este nuevo sistema vienen dirigidas a la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo para elevar el nivel de protección <sup>4</sup>, más coherente con nuestra realidad social al menos en aquellas actividades y en relación a las sensibilidades nuevas que caracterizan una sociedad que debe conciliar el riesgo tecnológico y la solidaridad de su aplicación <sup>5</sup>.

Este trabajo pretende poner, y nunca mejor dicho, en tela de juicio, el principio o *culpa in vigilando*, que, a mi entender, la nueva norma está convirtiendo en el cajón de sastre de las responsabilidades, que aparecen casi como necesarias e inseparables de cualquier accidente de trabajo.

En esa línea, el apartado 5 de la Exposición de Motivos de la Ley 31/1995, merece entrecomillarse, cuando señala que *«la protección del trabajador frente a los riesgos laborales exige una actuación en la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado, más o menos amplio de deberes y obligaciones empresariales...»*.

El accidente de trabajo tiene una primordial incidencia en la salud e integridad física de los trabajadores en cuanto que estos arriesgan sus vidas en la realización de la prestación de sus servicios por cuenta ajena, atrayendo un elenco de ramas del Derecho y jurisdicciones afectadas, procediendo aquellas no solo de la Seguridad Social sino también del Derecho de Daños, del Derecho de los Seguros, del Derecho Administrativo sancionador, del Derecho Civil y Penal, así como de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales, surgiendo el posible conocimiento, en las materias de su competencia, de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo, social, civil y penal, arrojando un *«producto normativo heterogéneo, mestizo, fruto de la mezcla de los principios normativos caracterizadores de las ramas que torrencialmente han anegado este sector del ordenamiento cuya característica definitoria más acusada es la de su extraordinaria complejidad»* (MERCADER UGUINA) <sup>6</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico no se impone el principio de indemnidad propio de los países comunitarios, en el sentido de cerrar con el percibo de las prestaciones de Seguridad Social la vía yuxtapuesta de la responsabilidad civil por culpa, sino que aquellos conviven con esta, lo que da como resultado un auténtico aluvión de normas concurrentes de distintas ramas del Derecho <sup>7</sup>.

De ahí la necesidad, ante la situación de inseguridad jurídica creada, de llegar a una Ley integral de Accidentes de Trabajo, que delimite definitivamente, entre otros muchos extremos, la jurisdicción, la carga de la prueba y el cálculo de las indemnizaciones <sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Exposición de Motivos 4, Ley 31/1995.

<sup>5</sup> Sentencia 387/2005, de 4 de abril de 2005, del TSJ Madrid.

<sup>6</sup> Sentencia 469/2005, de 25 de abril de 2005, del TSJ Madrid, Sala 4.ª.

<sup>7</sup> Sentencia 1523/2004, de 7 de diciembre de 2004, del TSJ Madrid, Sala 4.ª.

<sup>8</sup> Véase nota 6.

Quedan, pues, abiertas todas estas ramas del Derecho con sus distintos y no necesariamente concurrentes parámetros. La Seguridad Social va a actuar por el simple acontecer del accidente y sus consecuencias, no necesita ninguna otra carga adicional.

Los restantes Derechos no operarán por el simple acontecer, sino que, por el contrario, lo harán en un ámbito más subjetivo normalmente, depurando responsabilidades, por supuesto, muy distintas en uno u otro orden jurisdiccional.

Mientras que en el sistema de prestaciones de la Seguridad Social, a consecuencia de los accidentes de trabajo, responde a un modelo de responsabilidad objetiva, tarifada, tasada, imperfecta, de mínimos, independientemente de que el responsable o demandado haya incurrido o no en negligencia o culpa, entroncando con la teoría del riesgo, bastando con la constatación del daño, la responsabilidad civil se asienta en la culpa como factor determinante, por más que se haya ido devaluando a través de distintos mecanismos que le conferirían rasgos cuasi-objetivos, tales como la inversión de la carga de la prueba, extensión de la teoría del riesgo o dando cabida a la *culpa in vigilando*, correspondiendo a la víctima o trabajador demostrar la culpa del agente<sup>9</sup>.

Al margen de la automaticidad, en cierta forma de las medidas prestacionales del sistema de Seguridad Social, las otras ramas del Derecho actuarán o no de acuerdo con el «entorno» del accidente de trabajo, en el que pudo existir o no, negligencia, dolo...

Lo que sí está claro es que pueden ser concurrentes, incluso todos, u operar tan solo uno, pues no merecerá discusión que la existencia o inexistencia de un ilícito penal no va a llevar aparejada, en igual correlación, la existencia o inexistencia de un ilícito civil, pues uno u otro operarán con distintos criterios en cuanto a la culpabilidad.

### 3. ALTERUM NON LAEDERE

Como derecho fundamental que refuerza nuestra Constitución en su artículo 15, «*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral*». Indiscutible, pues, este principio, protector básico, proscribire la causación de un daño a otro.

Es el trabajador el que, en el accidente laboral, va a sufrir un daño, y automáticamente quedará la empresa en una situación de cuasi total responsabilidad.

La más amplia y constante doctrina jurisprudencial en torno al fenómeno del accidente de trabajo va a considerar a la empresa responsable de la obligación de «cuidar», con la diligencia y eficacia necesarias, por la seguridad de las personas que prestan servicios laborales para la misma, de manera que asume lo que la doctrina mayoritaria denomina «**deuda de seguridad**» y el incum-

<sup>9</sup> Sentencia 469/2005, de 25 de abril de 2005, del TSJ Madrid, Sala 4.ª.

plimiento de tal obligación implica, con independencia de cualquier responsabilidad a que hubiese lugar en otro ámbito jurisdiccional, la exigencia de responder por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento <sup>10</sup>, siendo de tener en cuenta que a tenor del artículo 15.4 de la LPRL «la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones e imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador», el artículo 14.1 del mismo cuerpo legal determina que «los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales».

El artículo 19.1 del ET establece que «el trabajador en la prestación de sus servicios tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene», a lo que cabe añadir que, en atención a lo dispuesto en el Real Decreto 1627/1997, *el empresario, en esencia, viene obligado también a facilitar a los trabajadores la formación e información necesarias sobre las medidas que hayan de adoptarse en cuanto a seguridad y salud en la obra para el normal desarrollo de la actividad laboral y, asimismo, velar por la limpieza y buen orden de la obra, lo que, aplicado al caso que nos ocupa determina, implica la concurrencia de responsabilidad del empresario que no solo debió de haber evitado o impedido que los trabajadores desarrollasen su actividad en las proximidades de un tramo que se encontraba sin vallado de protección, siquiera fuese temporalmente, debiendo velar por la inmediata colocación de la barandilla, sin que la aseveración de que no dio orden concreta alguna para su retirada le exonere de responsabilidad, sino que, además, debió adoptar las medidas necesarias para que el lugar de trabajo se encontrase en un estado de limpieza en agrado asaz para impedir o neutralizar la presencia de elementos o materiales en los que, como así acaeció, pudiese tropezar cualquiera de los operarios, máxime en zonas próximas a un tramo no vallado, sin olvidar que la obligación de la empresa no se limita a la instalación de los mecanismos de protección sino a su mantenimiento y a la **vigilancia** de su estado de conservación y uso, evidenciándose de lo actuado la escasa o insuficiente organización preventiva y de vigilancia del correcto uso y adecuada instalación de los elementos de protección y limpieza de la obra que determinan la existencia de falta de diligencia del empresario en el cumplimiento de su obligación preventiva que le permitiese eximirse de la responsabilidad, de manera que, establecida la responsabilidad y por ende la obligación del empresario ... «la determinación del resarcimiento de daños ha de hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la dependencia económica, ..., las sumas ya percibidas, ..., y criterios que puedan servir de referencia».* Esta sería la situación clásica, repetitiva y generalizada de cualquier sector de actividad industrial.

#### 4. PRINCIPIO-CULPA IN VIGILANDO

Se consolida este principio, objeto de crítica en este pequeño estudio, con el artículo 7 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (OM de 9 de marzo de 1971) y posteriormente con el artículo 16 del Convenio 155 de la OIT.

<sup>10</sup> Sentencia 5132/2002, de 22 de abril de 2005, del TSJ Galicia, Sala 4.ª.

En torno a estos dos puntos normativos se ha ido desarrollando una amplia doctrina jurisprudencial, que, como ya he indicado, exacerba la responsabilidad de la empresa al, entiendo, sobrevalorar la capacidad real de vigilancia que aquella tiene, o debe tener, sobre sus trabajadores.

Y antes de continuar, debe quedar claro que no pretende este trabajo obviar o minusvalorar la real responsabilidad que puede tener una empresa en un concreto accidente de trabajo. Tan solo se pretende razonar jurídica y técnicamente lo que considero un fallo del sistema de prevención de riesgos laborales, en esa sobrevaloración de la **culpa in vigilando**.

Pues bien, como señala la Sentencia 1392/1995, de 14 de junio de 1995, del TSJ Cataluña debe «entenderse que el nivel de vigilancia que impone a los empleadores el artículo 7 de la Ordenanza de 9 de marzo de 1971 ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal, cooperador a los fines de la convivencia industrial, que son criterios coincidentes con los recogidos en el artículo 16 del Convenio 155 de la OIT».

Por tres veces, en sus tres apartados este precitado artículo 16 recoge «**en la medida en que sea razonable y factible**». Al dictado de nuestro Diccionario, lo «razonable» va a ser lo «conforme a la razón, justo, regular, suficiente en calidad o cantidad», y respecto a la persona directamente aquella «que atiende a razones o que actúa de forma sensata para hacer una cosa». Lo «factible» es aquello «que se puede hacer».

Debiera quedar fuera, pues, del principio, todo aquello que no traiga relación con lo «razonable» y lo «factible».

Y esta era la línea jurisprudencial anterior a la que se genera a partir de la Ley 31/1995. Así la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 23 de febrero de 1988, señala, «...de ahí que tampoco sea aplicable la doctrina de la **culpa in vigilando** . . . en interpretación del artículo 7.2 de la Ordenanza GSHT y que no puede interpretarse en el sentido de una vigilancia cuasipolicial frente al operario...».

Una clara contraposición en el tiempo, la muy reciente Sentencia 3304/2005, de 15 de abril de 2005, del TSJ Cataluña recoge que «se le imputa, por tanto, una culpa **in eligendo o in vigilando**, en tanto que independientemente de las responsabilidades internas que pudiera entender que deben de ventilarse dentro de la empresa, esta es la obligada de velar por el cumplimiento de las normas de Seguridad e Higiene reglamentariamente previstas tanto directa como indirectamente, haciéndolas cumplir a sus trabajadores».

Este extremo igualmente lo recoge la también reciente Sentencia 1795/2005, de 29 de noviembre de 2005, del TSJ Asturias, Sala 3.ª, que recoge «... así las cosas el encargado superior jerárquico del trabajador, que siempre debe estar presente, debió de impedir la utilización de la máquina por el trabajador produciéndose, al no hacerlo, una **culpa in vigilando** ...».



Esta doctrina, en exceso volcada en «justificar culpas» bajo la *culpa in vigilando*, está claro que no es universal, simplemente denuncio su abusiva recurrencia.

## 5. CULPA CONTRACTUAL

Debe, pues, valorarse con especial detenimiento hasta dónde es objetivable la obligación de «vigilar» por parte de la empresa y si esta «vigilancia» puede limitarse, entre otras causas, por ejemplo, en la contraprestación de obligaciones por parte del trabajador que, por cierto, sí las tiene, aunque excesivamente genéricas e indeterminadas.

La afirmación del concurso de una hipótesis de culpa contractual <sup>11</sup> requiere la presencia de un acto doloso o imprudente, la producción de un resultado dañoso y la existencia de una relación de causalidad adecuada entre el acto y el resultado, de suerte que pueda afirmarse la idoneidad del primero para la gestación del segundo incumbiendo la carga de la prueba a quien patrocina la existencia y eficiencia del nexo de causalidad <sup>12</sup>.

A su vez, la doctrina del Tribunal de la Casación en materia de culpa aquiliana (Sentencia de 17 de junio de 1989) demanda como indeclinable presupuesto para imponer la reparación el que el acto dañoso sea antijurídico, imputable a negligencia o dolo del agente, de suerte que aun cuando sea incierta la carga de la prueba, la causa de la obligación de indemnizar sigue radicando en la culpa o negligencia del sujeto agente <sup>13</sup>.

Y a la hora de apreciar la relación de causalidad, la afirmación de la eficiencia de una causa implica la atribución a la misma de la condición necesaria para que se produzca el hecho que origina el daño, esto es, que aparezca como decisiva para la producción de tal resultado.

Muy clarificadora en esta línea, la Sentencia 347/2005, de 21 de marzo de 2005, del TSJ Madrid, Sala 4.ª, la cual señala que debe determinarse si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y esta, de haberse cumplido, lo hubiera evitado o minorado.

No se pretende aquí un completo estudio de la responsabilidad de la empresa en el accidente de trabajo, sino una visión de esta en relación con el principio *in vigilando* por lo que considero oportuno en esa línea unos breves apuntes sobre la diligencia-negligencia y, en definitiva, la responsabilidad final de la empresa.

<sup>11</sup> STS de 5 de junio de 1997.

<sup>12</sup> Artículo 217 de la LEC.

<sup>13</sup> Sentencia 992/2005, de 11 de julio de 2005, del TSJ Castilla y León-Valladolid, Sala 4.ª.

## 5.1. Diligencia.

El artículo 1.104 de nuestro Código Civil no establece una definición clara y precisa respecto de la **diligencia**. Genéricamente la relaciona con la naturaleza de la obligación y en correspondencia a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Así, habrá de estarse a lo que la propia norma pudiera establecer en cuanto al nivel de diligencia, el cual en relación al sistema de prevención de riesgos laborales en ningún momento aparece determinado por lo que, de acuerdo con este artículo 1.104, será *«la que correspondería a un buen padre de familia»*.

De cualquier forma, conviene recordar que en nuestro Derecho no se han conjugado estos dos párrafos por separado ni otorgado carácter de subsidiaridad genérica al matiz *«del buen padre de familia»*.

Como señala BARREIRO GONZÁLEZ<sup>14</sup> no hay pues, ni subsidiaridad ni protagonismo. La diligencia exigible del párrafo 2 del artículo 1.104 del Código Civil, no es de aplicación subsidiaria, ni tampoco de aplicación principal respecto de la propia del párrafo 1 del mismo artículo, sino que es complementaria del mismo. Teniendo a la vista lo que exige la naturaleza de la obligación en orden a su cumplimiento, debe el obligado prestar aquella diligencia de un buen padre de familia, de acuerdo con la propia naturaleza de la obligación y que además se corresponda con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Por un lado, va a estar presente el «modelo» de persona que la costumbre jurídica ha podido ir «creando» como ser imaginario de referencia, pero lo que realmente debe contar es lo que ese agente hubiera podido actuar diligentemente, teniendo en cuenta su individualidad, su disposición y aptitud y, en definitiva, su capacidad física y mental de actuar.

Así, **persona diligente** se asociará con persona escrupulosa, exigente, concienzuda..., pero, de cualquier forma, en relación con la aptitud y disposición de cada uno, y, en definitiva, lejos de la «persona normativizada», cuya mera suposición nos «pondría los pelos de punta».

No entro en las particularidades en cuanto a una visión objetiva o subjetiva que podrían valorarse respecto de la diligencia, y es que, no es oportuno en este trabajo centrarse en una u otra doctrina al referenciar este no solo al Derecho Laboral, pues, la **culpa in vigilando**, también surgirá en los otros Derechos, Civil, Penal, Administrativo..., en cada uno de los cuales operará la diligencia a partir de una visión objetiva o subjetiva, según el Derecho a que se refiera.

<sup>14</sup> «Diligencia y Negligencia en el cumplimiento-Estudio sobre la prestación del trabajo debida por el trabajador» 1981, BARREIRO GONZÁLEZ.

## 5.2. Negligencia.

La negligencia en un plano subjetivo tendrá como elemento definidor la culpabilidad.

La referencia a esta culpabilidad lleva en sí implícita la reprochabilidad como elemento constitutivo de aquella, la culpa tiene necesariamente que basarse en la conducta reprochable del sujeto, haciéndose necesario, por tanto, el poder reprocharle a este el que no se haya conducido diligentemente <sup>15</sup>.

En un plano objetivo la negligencia fija la acción del sujeto como contraria u opuesta a la norma.

La negligencia interpretada objetivamente surge, por consiguiente, siempre que se lesione el criterio abstracto de conducta que en su caso sea, bien porque no se haga aquello que conforme a la naturaleza de la obligación haría un buen padre de familia, bien porque se incumpla aquella diligencia esperada y exigida con carácter general en un concreto círculo del tráfico jurídico, bien porque, en definitiva, ocurra una «desviación de la línea de conducta del hombre medio en aquella concreta circunstancia de hecho» <sup>16</sup>.

## 5.3. Responsabilidad.

La actuación negligente del empresario determinará su grado de responsabilidad, la cual, en principio, deberá ser considerada contractual, derivada de la obligación dimanante de la relación laboral de dar una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, tal como determinan los artículos 4.2 d) y 19 del ET y artículo 14 de la Ley 31/1995.

De cualquier forma, y dada la múltiple relación del accidente de trabajo con otros derechos, al margen del social, habremos de tener también en cuenta la responsabilidad extracontractual.

En la actual jurisprudencia la confrontación va a estar entre la responsabilidad contractual y la extracontractual y su relación presuntiva inversa, la contractual como culpa presunta una vez que se acredite la infracción de la obligación sin que no se presuma el caso fortuito, la extracontractual como culpa no presunta, necesitada de prueba, presumiéndose en realidad el caso fortuito, y ello porque el régimen contractual puede extenderse al incumplimiento de obligaciones legales, **de vigilancia** u otros de carácter más genérico como los de evitar los daños predecibles, por ejemplo, al desencadenar una situación de riesgo, bastando probar este para que funcione la presunción <sup>17</sup>.

<sup>15</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, ob. cit.

<sup>16</sup> Véase nota anterior.

<sup>17</sup> Sentencia 387/2005, de 4 de abril de 2005, del TSJ Madrid, Sala 4.ª.

Es decir, una responsabilidad contractual, que se presume existente por el mero incumplimiento de la obligación, frente a una responsabilidad extracontractual, tradicionalmente de culpabilidad no presunta, aun cuando probado el riesgo o el deber *in vigilando*, puede surgir hoy la culpabilidad en la ya censurada, estricta y actual jurisprudencia.

En doctrina mantenida por la Sala de lo Civil del TS, se viene partiendo de una concepción objetiva de la responsabilidad de los empresarios, es decir, de una presunción de culpabilidad en cuanto a que si el empresario genera con la utilización de una maquinaria potencialmente peligrosa el riesgo, debe responder de sus consecuencias por lo que únicamente si demuestra que ha utilizado todos los medios posibles para evitar el resultado dañoso quedará exonerado de las consecuencias del accidente (entre otras, SSTS, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 1984, 11 de febrero de 1992, 12 de enero de 2000).

De «*máxima diligencia posible*» nos hablan las SSTS, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 1991 y 8 de octubre de 1996.

Por el contrario, la Sala 4.ª, de lo Social, exige una responsabilidad subjetiva en su sentido clásico o tradicional, es decir, con culpa y/o negligencia (entre otras, SSTS Sala 4.ª, de 30 de septiembre de 1997, 2 de enero de 2002 y 7 de febrero de 2003).

## 6. EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA

La doctrina jurisprudencial, como vengo señalando, se decanta fácilmente por la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo y convierte la *culpa in vigilando* como el idóneo cajón de sastre de incumplimientos genéricos como causa del accidente laboral.

Lógicamente no es universal esta doctrina, resultando de interés dedicar una parte de este trabajo a valorar determinados puntos y situaciones que en una línea genérica van a excluir la responsabilidad de la empresa.

Conviene recordar que el nuevo sistema de prevención de riesgos laborales, a partir de la Ley 31/1995, se fundamenta en torno a una actuación preventiva por parte de la empresa, es decir, si la hay, su responsabilidad en el accidente de trabajo suele ser anterior a este.

La empresa tendría totalmente cubiertas sus obligaciones de ser capaz de dar cumplimiento íntegro al artículo 15 de la Ley 31/1995. Este recoge los *principios que «integran el deber general de prevención»*:

- Evitar los riesgos.
- Evaluar los riesgos que no se puedan eliminar.

- Combatir los riesgos en su origen.
- Adaptar el trabajo a la persona y no a la inversa.
- Tener presente la evolución de la técnica.
- Sustituir lo peligroso.
- Planificar la prevención.
- Anteponer la protección colectiva a la individual.
- Informar y formar a los trabajadores.

Estos principios, lógicamente redactados en presente, para cumplir en un momento determinado, respecto del accidente de trabajo tendrán que tener una conjugación pretérita, de cara a excluir responsabilidades, cumplidas «antes de» sería una actividad preventiva, «después de» sería una actuación correctora.

Toda esta actuación de pasado, en el más amplio cumplimiento posible de los principios rectores de la acción preventiva y «en la medida que sea razonable y factible», tal como recoge el artículo 16 del Convenio 155 de la OIT, alejará de la empresa la *culpa in vigilando*.

Ya señalé que la jurisprudencia anterior a la Ley 31/1995 no cargaba tanto las tintas al transcribir la responsabilidad de la empresa. Es de interés, pues, recordarla, en la línea propuesta en este trabajo de atemperar la responsabilidad *in vigilando* de la empresa.

La Sentencia 1392/1995, de 14 de junio de 1995, del TSJ Cataluña, señala que «según reiterada jurisprudencia, la existencia de nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física de los trabajadores y la conducta pasiva del empleador, consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a máquinas, instrumentos, o lugares de trabajo, **excluyéndose la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención**».

Debe existir una participación decisiva del empresario en la producción del accidente, que además resulte constitutiva de infracción culposa o dolosa de su deber genérico de seguridad.

No se produce responsabilidad, por tanto, en los supuestos en los que el accidente se produce por causas ajenas a una transgresión de ese deber, incluso si esa vulneración se ha dado, pero no ha sido elemento decisivo en la producción del accidente o de sus concretos efectos<sup>18</sup>. Debe quedar clara la existencia o no del correspondiente plus de culpabilidad.

<sup>18</sup> Sentencia 895/2005, de 12 de abril de 2005, del TSJ País Vasco, Sala 4.ª.

En todo caso, se exige la conexión causal adecuada entre el hecho lesivo para la vida o integridad del trabajador y la omisión por parte del empleador de aquellas medidas de seguridad que vengan establecidas con carácter general por las normas reglamentarias, o bien con carácter específico o particular por los órganos que tengan atribuida la vigilancia y prevención de la seguridad en el trabajo, o que aun no estando detallados en unas u otras sean adecuados atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible en un prudente empleador con criterios ordinarios, para prevenir y evitar situaciones de riesgo, pues así lo impone la deuda de seguridad que consagran los artículos 4.2 y 19 del ET, siendo un consolidado supuesto jurisprudencial el que el deber genérico de prevención de riesgos que a los empleadores impone el artículo 7 de la Ordenanza de 9 de marzo de 1971, ha de ser valorado con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria exigible a todo empresario, normal cooperador a los fines de la convivencia productiva <sup>19</sup>.

## 7. COMPULSIÓN ECONÓMICA SOBRE EL PATRIMONIO DE LA EMPRESA

Ya hemos visto las distintas responsabilidades que el accidente de trabajo puede deparar a la empresa, sanción administrativa, recargo de prestaciones de la Seguridad Social, indemnización por daños y perjuicios (vía civil o laboral)..., sin olvidarnos de las de carácter penal.

Salvo aquellas últimas, las demás suelen conjugarse en un suma y sigue que, puede, en ocasiones, implicar un efecto desestabilizador en la propia estructura económica de la empresa y, en definitiva, afectar a su viabilidad.

Muy criticada, en esta línea, había sido la Sentencia de la Sala 4.ª constituida en Sala General, pero con siete votos particulares, de 2 de octubre de 2000, la cual recogía que *«en una sociedad que mantiene unos altos índices de siniestralidad laboral es necesario **impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente**»*. Gira esta sentencia en la teoría de la indemnización punitiva más que resarcidora de un daño, lo que en muchas ocasiones provoca un excesivo resarcimiento, por encima del daño producido.

La indemnización deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales...), que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos, en el plano personal, laboral, familiar, social... <sup>20</sup>.

Pero, de igual forma, considero que debe exigirse una clara proporcionalidad entre el daño y la reparación y, *a sensu contrario*, que la reparación no exceda del daño o perjuicio sufrido generando un lucro torticero.

<sup>19</sup> Sentencia 2487/1994, de 30 de mayo de 1995, del TSJ Castilla y León-Valladolid.

<sup>20</sup> Sentencia del TS, de 17 de febrero de 1999.

Por principio, en la jurisdicción social, es más fácil mantener esa línea de equidad, pues se van a descontar, en el supuesto de una indemnización por daños y perjuicios, las prestaciones de la Seguridad Social, mejoras voluntarias (pólizas de accidente en Convenio,...), el recargo de prestaciones...

Por el contrario, esa misma indemnización accionada a través de la jurisdicción civil, va a mantener el principio de la más perfecta compatibilidad entre unos y otros <sup>21</sup>.

## 8. PAPEL DEL TRABAJADOR EN EL ACCIDENTE DE TRABAJO

En el Derecho sociolaboral en el que concurren, como en otros, varias partes, varios agentes, una de ellas va a estar a lo largo de los tiempos especialmente protegida y en cierta forma tutelada, el trabajador.

Como señalaba el artículo 4.1 de la ya extinta Ley 16/1976, de Relaciones Laborales, «*en el supuesto de concurrencia de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, se aplicará aquella en la que se den las circunstancias siguientes: a) que, apreciada en su conjunto, resulte más favorable para el trabajador*».

¿Es buena o mala esta premisa, que va a estar constantemente presente en esta rama del Derecho? Aparenta que para esa parte, el trabajador, es buena, al menos en su conjunto, pero también veremos, en el fondo del debate de este trabajo, que puede ser en extremo negativo este principio, al menos para el sistema de prevención de riesgos laborales.

En definitiva lo que persiguen y pretenden las obligaciones impuestas por el sistema de prevención de riesgos laborales, no es simplemente que se cumplan las obligaciones o deberes formales, sino, por el contrario, que se adopten y que se cumplan efectiva y realmente las medidas de seguridad previstas para evitar los peligros que la actividad laboral en cada caso puede deparar.

Se trata, como fin, de proteger la salud y vida de los trabajadores a través de cumplir unas concretas medidas de seguridad, no bastando con acreditar que existen o que se han propuesto, sino que se han cumplido.

Ello implica un todo, es decir, no se trata tan solo de la parcela de cumplimientos por parte del empresario, ese todo de seguridad cubre también la actuación del trabajador y de tal conjunto el responsable será el empresario.

<sup>21</sup> Sentencia 469/2005, de 25 de abril de 2005, del TSJ Madrid, Sala 4.ª.

## 8.1. Formación e información del trabajador.

Está claro que en el accidente de trabajo es el trabajador quien se va a llevar la peor parte respecto de las consecuencias más gravosas de aquel en especial en el terreno de su salud.

Al entrar a valorar el papel y la situación del trabajador, en un plano individual, es oportuno señalar que los primeros pasos, por parte de la empresa, en una correcta acción preventiva respecto del trabajador, y en la línea del artículo 15 de la LPRL, deberían centrarse en dos actuaciones prioritarias y fundamentales, la formación y la información del trabajador, y ello insisto, por delante de cualquier otra actividad preventiva.

Un trabajador correctamente formado en materia de prevención de riesgos laborales, en un nivel genérico y al mismo tiempo específico de la actividad que desarrolla, y a la par informado debidamente de los riesgos específicos y medidas preventivas adecuadas a los mismos, de los procesos, máquinas..., de su entorno laboral más próximo y directo, se encontrará con un factor de seguridad muy elevado, que es la prioritaria preocupación y, de aparecer la eventualidad del accidente de trabajo, estas actuaciones, formación e información, eliminarán una importante cuota de responsabilidad de la empresa en el accidente.

Al margen de deseable, es hoy más fácil encontrarnos con un trabajador cualificado y válidamente formado e informado, siendo, a mi entender, correcto imputar responsabilidad a la empresa si ha obviado la comprobación de estos extremos previamente al trabajo.

## 8.2. Libertad vigilada del trabajador.

Ahora bien, cuando aparece imputada una *culpa in vigilando* sin más y, en la mayoría de las ocasiones, como única o última causa de culpa, entiendo que más que la empresa quien está fallando es el sistema.

Es correcto el apunte de la Sentencia 895/2005, de 12 de abril de 2005, del TSJ País Vasco, respecto de que *«el deber que tienen los trabajadores en orden a cumplir las medidas preventivas no exime al empresario de las que le incumbe, tanto comprobando que el trabajador está formado en esa materia y por tanto conoce las medidas preventivas, dándole la información precisa sobre los concretos riesgos, de cada función y la medida protectora adecuada»*. Se trata de una actuación previa, síntesis de una oportuna y correctora actuación preventiva.

Continúa esta Sentencia, en criterio de la Sala 4.<sup>a</sup> del TSJ País Vasco *«...como comprobando que hace un uso adecuado de ellas, previendo sus distracciones o imprudencias no temerarias, vigilando que a la hora de ejecutar la labor pone en práctica esas medidas»*.

Este último planteamiento, como ya he repetido, dentro de los parámetros que marcaba el artículo 16 del Convenio 155 de la OIT, *«en la medida en que sea razonable y factible»*, pudiera ser correcto si bien eliminando las referencias a las «distracciones» o «imprudencias» del trabajador.



La acción de **vigilar** implica, según nuestro Diccionario, una acción muy concreta y específica, «*estar atento, observar, velar sobre una persona o cosa para evitar que cause o reciba un daño o que haga algo indebido*». Es una acción continua, permanente.

¿Pierde el trabajador su libertad una vez que se somete a estas reglas de juego del sistema de prevención de riesgos laborales? Sometimiento..., y exigencia de que lo vigilen, pues será el primero en denunciar que la empresa no lo vigiló adecuadamente cuando surgió el accidente.

Recogía ROUSSEAU en *El Contrato Social* «*esta libertad común es una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su primera ley es velar por su propia conservación; sus primeros cuidados son los que se debe a sí mismo; y en cuanto alcanza la razón, al ser el único juez de los medios adecuados para conservarse, se convierte por ello en su propio dueño*».

El excesivo carácter tuitivo de nuestro Derecho sociolaboral en general, y en particular del actual sistema de prevención de riesgos laborales, resta libertad al trabajador, si bien está claro que es una pérdida cómoda pues su contrapartida suele manifestarse en mayores derechos frente a la empresa.

Ya he expuesto los diferentes criterios jurisprudenciales «pre» o «post» Ley 31/1995, respecto al principio o **culpa in vigilando**. La Sentencia 2487/1994, de 30 de mayo de 1995, del TSJ Castilla y León/Valladolid, señalaba en esta línea «... *sin que fuera exigible una constante vigilancia en tal sentido de la empresa, ya que ello pugnaría con la propia dignidad y sentido de responsabilidad profesional del trabajador dotado de experiencia y calificación profesional*».

Más claro era el extinto TCT en su Sentencia de 23 de febrero de 1988 que recogía «... *de ahí que tampoco sea aplicable la doctrina de la culpa in vigilando que contienen las sentencias citadas en interpretación del artículo 7.2 de la Ordenanza de Seguridad y que no puede interpretarse en el sentido de una vigilancia cuasipolicial frente al operario lo que va incluso en contra de su propia dignidad al considerarle por ello incapaz de discernir con un mínimo de sentido común el riesgo*».

El aquietarse a ese sometimiento de necesitar permanentemente ser vigilado, con todos mis respetos, parece reconocer una minoría de edad para el trabajador que le impide valerse totalmente por sí mismo. Nadie puede, por un contrato, obligarse a una dependencia por la cual cese de ser persona porque solo en cualidad de tal persona se puede contratar<sup>22</sup>.

Por supuesto, no es este el sentimiento, por cuanto esa «cómoda pérdida» de libertad, realmente lo que implica es pérdida no de derechos para el trabajador sino, por el contrario, de responsabilidades en cuanto al accidente. Es aquí donde creo que se encuentra uno de los fallos más importantes del sistema.

<sup>22</sup> KANT, *Principios metafísicos del Derecho*.

### 8.3. Negligencia del trabajador.

Sin entrar en valoraciones estadísticas de las causas directas del accidente de trabajo, a nadie se le escapa que la confianza en la realización de determinadas tareas día tras día, da lugar a que el trabajador se confíe y actúe con ligereza asumiendo riesgos innecesarios... *«supuesto de imprudencia profesional cuya concurrencia no libera al patrono de responsabilidad, pues la concurrencia de culpa por parte del trabajador no es valorable ni rompe el nexo causal cuando el siniestro se debe, principalmente a la omisión por el patrono de una norma de seguridad...»*<sup>23</sup>. Es decir, quiebra el derecho de obligaciones mutuas, universal, de derechos y libertades de todos.

Cierta la facultad disciplinaria de la empresa sobre el trabajador, más adelante trataré de «encajarla», en todo esto. Lo que sí está claro es que en todo caso resultará una responsabilidad disciplinaria por causa del accidente pero al margen de las consecuencias de este.

Si el trabajador prácticamente, salvo imprudencia temeraria (de valoración subjetiva), no va a tener responsabilidad alguna en las consecuencias del accidente, salvo el valor de su seguridad, de su vida..., más relajada será su integración y participación activa en el sistema de prevención de riesgos laborales, y sigo apuntando en la línea de la carencia más importante del sistema, no haber sabido concienciar ni implicar al trabajador en el sistema.

### 8.4. Actuación disciplinaria sobre el trabajador

La Ley 31/1995 también recoge en su articulado las «obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos».

Salvo en su enunciado, el artículo 29 no vuelve a incidir en obligación alguna por parte del trabajador «corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades...», «... usar adecuadamente...», «... utilizar correctamente...», «... no poner fuera de funcionamiento...», «... informar...», «... contribuir...», «... cooperar...».

Está claro que se trata de unas obligaciones poco coercitivas y excesivamente genéricas que parecen valorar al trabajador como el «invitado de piedra» del sistema. Dicho de forma más clara, se soslaya la capacidad del trabajador como una pieza clave de toda la prevención, considerándolo como «menor de edad».

Indiscutible que en un elevado número de casos el accidente de trabajo se va a producir por falta de protecciones adecuadas en las máquinas, faltas o descuidos en las protecciones colectivas..., en definitiva, por falta de una correcta actuación preventiva por parte de la empresa.

<sup>23</sup> Sentencia 269/2005, de 27 de enero de 2005, del TSJ Andalucía-Sevilla.

Ahora bien, debe tenerse muy presente que será siempre el trabajador el que va a estar presente en el momento del accidente, con lo que aquellos defectos previos en que incurrirá la empresa, será el trabajador quien realmente los ejecute, es decir, quien activará una máquina que carece de protección, quien se expondrá a un riesgo de caída sin el correspondiente arnés o cinturón de seguridad..., quien deambulará por una zona con riesgo de caída de objetos sin la protección del casco...

En el accidente de trabajo, la parte activa le corresponde al trabajador, la pasiva está claro que a la empresa.

Situados en este punto considero que, de una vez por todas, se deben clarificar las responsabilidades y centrarlas también en el entorno donde tal accidente se ha producido y en el que cada parte asuma sus responsabilidades. De esta misma forma se podrá luchar abiertamente contra la precariedad de medios y actuaciones preventivas.

Partiendo de que en la existencia de un riesgo de accidente detectado o manifiesto en un momento determinado, resultaría absurdo pararse en una valoración respecto al nivel de gravedad que pudiera deparar de materializarse, es decir, «me paro porque va a resultar un accidente grave» o, por el contrario, «sigo por cuanto no creo que pase de leve». No cabe tal valoración, sin más debe evitarse que se produzca. Pues bien, que utilice el trabajador uno de sus derechos, sin lugar a dudas más drástico, pero claramente más efectivo, el que le otorga el artículo 14.1 de la Ley 31/1995 «... paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente...».

El «riesgo grave» o «menos grave» no se puede valorar a priori. La carencia de un guante apropiado para una labor determinada puede deparar un simple rasguño o producir un serio corte en una mano. Niéguese el trabajador a desarrollar su trabajo sin los medios de protección apropiados, sean colectivos o EPIs (elementos de protección individual).

Si el trabajador, que es el actor único en el trabajo, no tiene capacidad para discernir el «bien y el mal» en su protección inmediata, difícilmente podrá actuarse adecuadamente en este terreno.

No puede el trabajador ceder su papel activo, su iniciativa, su libertad..., y el empresario sumar las dos, el pasivo ya comentado y el activo que como acción inmediata a la par del trabajo, se limitará a «vigilar» al trabajador con lo que este se «liberará» de una participación directa en la prevención. Resulta duro pero no sería difícil demostrar este extremo.

Partimos, pues, del hecho de que el trabajador no siempre cumple con sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales y en esa línea, al amparo del precitado artículo 29, podría someterse a la mecánica disciplinaria de la empresa.

Pues bien, en nuestra sociedad industrial, dejando a un lado las excepciones que, lógicamente las hay, la medida disciplinaria «reina» es el despido, no suele haber medias tintas, es decir, no suele utilizarse graduación sancionadora de otro nivel, y ello tiene sus razones. Insisto que todo ello en un contexto genérico.

Una actuación disciplinaria de nivel ordinario como podría ser una simple amonestación, una leve suspensión de empleo y sueldo, ..., genera una tensión no deseada en la empresa, digamos un «mal rollo», por lo que en ocasiones determinadas irregularidades de un trabajador aparentemente se soslayan acumulándose en un «archivo» tan inapropiado que acaba rompiendo en mil pedazos la relación laboral.

Este punto quizás merezca un estudio más generalizado, su apunte aquí lo es en función de la realidad del sistema de prevención de riesgos laborales en el que prácticamente es nula la actuación disciplinaria de la empresa, máxime cuando esta adopta las dos funciones, la pasiva y la activa, cuando ya no se trata tan solo de facilitar el casco, o el cinturón de seguridad..., al trabajador, sino que también debe «vigilar» la empresa, en todo momento, que lo esté utilizando; no caben, aparentemente, dos responsables sobre una misma omisión, uno no lo utiliza pero es el otro quien debe controlar que sí lo haga.

## 9. APROXIMACIÓN A UNAS CONCLUSIONES

La buena fe es consustancial al contrato de trabajo en cuanto por su naturaleza bilateral genera derechos y deberes recíprocos, el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador, de una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual y la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad<sup>24</sup>.

Extrapolar este planteamiento al sistema de prevención de riesgos laborales nos daría la oportunidad de situar a las dos partes clásicas de la relación laboral, empresa y trabajador, en su correcta ubicación.

Decía ROUSSEAU que «los compromisos que nos ligan al cuerpo social solo son obligatorios porque son mutuos y su naturaleza es tal que al cumplirlos no se puede trabajar para los demás sin trabajar para uno mismo»<sup>25</sup>.

No se trata de igualar derechos y obligaciones entre empresa y trabajador sino de redistribuir unos y otros en función de la real participación de cada uno, sin sobredimensionar unos u otros hacia una u otra parte.

La responsabilidad de la empresa será muy superior a la del trabajador por cuanto de ella depende el «todo» del centro de trabajo, la responsabilidad del trabajador, por el contrario, se limitaría únicamente a su unidad productiva, y en particular al correcto uso de todos los elementos que la compongan.

<sup>24</sup> Sentencia del TS de 26 de enero de 1987.

<sup>25</sup> ROUSSEAU, *El Contrato Social*.

Si hablamos de una bilateralidad de derechos y obligaciones, si la empresa está obligada a disponer de todos los medios y sistemas necesarios de protección: ha dispuesto los elementos de protección colectiva necesarios, ha formado e informado al trabajador, ha puesto en disposición activa los EPIs de cada trabajador... ¿ por qué no puede disponer del derecho de exigir a sus trabajadores que cumplan correctamente con las normas de seguridad sobre las que se les ha formado e informado, utilice correctamente los equipos de protección..., y le libere de tener que estar permanentemente vigilándolo para que cumpla con todo ello? Obviamente, en este punto, la consabida capacidad disciplinaria de la empresa, no es la fórmula magistral para resolver esta cuestión.

## 10. CONCLUYENDO, UNA PROPUESTA

La responsabilidad de la empresa en el accidente va a ser determinada y clarificada «desde fuera» de esta, por la Administración Laboral (Inspección de Trabajo...), por la jurisdicción social..., ello al margen de que el inicio de las actuaciones hayan partido «de dentro», por denuncia del trabajador, Comité de Empresa... Y esto nadie lo discute, ni se entendería que aquellas posibles responsabilidades se ventilaran en el seno de la propia empresa.

Está claro que la función coercitiva del sistema de prevención de riesgos laborales dispone de los mecanismos necesarios para reconducir, en su caso, una irregular actuación preventiva de la empresa.

Por el contrario, el trabajador tan solo va a ser controlado «desde dentro», control de efectividad muy discutible, como he venido manteniendo en este trabajo, pues va a centrarse en una «vigilancia» de su actividad, que implica una automática cesión de responsabilidad.

Cabe un inciso en este punto para recordar que en el accidente de trabajo las dos partes se repartirán el coste directo de este, si bien bajo parámetros o valoraciones distintas, el coste humano para el trabajador (su vida, su salud...), el más importante, y el económico de la empresa.

Pero no debemos olvidar el coste, económico fundamentalmente, que el accidente de trabajo va a ocasionar al sistema, en este caso de Seguridad Social, que afrontará la «reparación económica» de aquel y que en definitiva, repercutirá en el global de empresas y trabajadores que forman y sostienen económicamente el sistema.

Se ha hablado mucho de la necesidad y oportunidad de establecer un sistema de «bonus-malus» para las empresas en relación con las cotizaciones que estas efectúan para la protección de las contingencias profesionales. Se mantiene el error de no afrontar, de una vez por todas, su estudio y puesta en marcha y sobre el que pocas dificultades técnicas se prevenen.

Pues bien, esa política, estoy convencido, daría un vuelco notorio a la actual situación del sistema de prevención de riesgos laborales, pues está claro que tiene tanta o más efectividad, en cuanto a la gestión de un problema, el premio que el castigo.

A partir de ese presupuesto y, como entiendo que en todo esto debe regir un planteamiento de reciprocidad y de reparto equitativo, que no igualitario, de derechos y obligaciones, considero que una propuesta similar respecto del trabajador podría resultar en extremo beneficiosa para el sistema de prevención de riesgos laborales. Esta propuesta sería muy simple, **días-cotización**. El «premio» supondría la adición a su «vida laboral» de «días-cuota» en el global de su carencia, y el «castigo» ante una irregular actuación en materia de prevención de riesgos laborales por el trabajador, en sentido inverso, consistiría en la retirada de «días-cuota» de la referenciada carencia.

Esto, lógicamente, implicaría una actuación externa, es decir, y a modo de ejemplo, quizás el más operativo, si en una actuación de la Inspección de Trabajo esta detecta una situación irregular, en la que, al margen de la empresa, en su caso, el trabajador también está actuando incorrectamente, la sanción administrativa no se orientaría únicamente hacia la empresa sino que también tendría su extensión, distinta, por supuesto, hacia el trabajador.

Se trata de una propuesta con la que entiendo se podrían paliar las carencias aquí estudiadas del sistema de prevención de riesgos laborales, por supuesto, propuesta atrevida, pero, creo que no muy difícil de poner en práctica, tan solo se necesita retirar por un momento las «orejeras» y mirar para todos los lados del problema.

Si la lectura de este trabajo, nos hace pensar sobre el problema, que es de todos, si provoca criterios dispares, surge una discusión sobre tal atrevimiento y criterios tan poco «oficiales»..., si evita un simple accidente, daré por bueno mi tiempo.