

**COMPARATIVE LABOR LAW DOSSIER
SOCIAL SECURITY INCENTIVES AND PREVENTION OF OCCUPATIONAL
HAZARDS: BONUS-BONUS AND BONUS-MALUS SCHEME**

Abstract

The Comparative Labor Law Dossier (CLLD) in this issue 3/2015 of IUSLabor is dedicated to Social Security incentives and the prevention of occupational hazards. Specifically, it analyses the bonus-bonus and bonus-malus scheme in the legal systems of France, Germany and Spain.

El CLLD ha partido de un estudio comparado previo en materia de incentivación de la prevención de riesgos laborales mediante cotizaciones a la Seguridad Social financiado y publicado por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, Foment del Treball Nacional y la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales. Los trabajos preliminares elaborados en el marco de los anteriores proyectos de investigación son publicados en el CLLD de este número 3/2015 de IUSLabor.

El Comparative Labor Law Dossier (CLLD) de este número 3/2015 de IUSLabor está dedicado al sistema de incentivos de la Seguridad Social y la prevención de riesgos laborales. Concretamente, se analiza el sistema bonus-bonus y bonus-malus en los ordenamientos jurídicos de Francia, Alemania y España.

The CLLD is a result of a preliminary comparative study regarding incentives on risk prevention in the workplace through Social Security contributions financed and published by the Confederación Española de Organizaciones Empresariales, Foment del Treball Nacional and Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales. The preliminary work elaborated under the above research projects are published in the CLLD in this issue 3/2015 of IUSLabor.

Título: Comparative Labor Law Dossier. Sistema de incentivos de la Seguridad Social y prevención de riesgos laborales: el sistema bonus-bonus y bonus-malus

Keywords: Social Security contributions, risk prevention in the workplace, free riding problem, incentives, bonus-bonus and bonus-malus scheme.

Palabras clave: cotización a la seguridad social, prevención de riesgos laborales, el problema del free riding, incentivos, sistema bonus-bonus y bonus-malus.

Summary

1. **Systeme de tarification de la Securite Sociale et incitations a la prevention des risques professionnels : bonus-bonus et bonus-malus en France** por Lucie Jubert, Alexis Larose et Lou Thomas
2. **Sistema de incentivos de la Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales: bonus-bonus y bonus-malus en Alemania**, por Javier Molina Vega, Lukas Bo Voelkel, Georg August, Maria Pilar Bover Castaño y Inmaculada Martinez Otero
3. **Sistema de incentivos de la Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales: bonus-bonus y bonus-malus en España** por Manuel Luque Parra y Anna Ginès i Fabrellas

SYSTEME DE TARIFICATION DE LA SECURITE SOCIALE ET INCITATIONS A LA PREVENTION DES RISQUES PROFESSIONNELS : BONUS-BONUS ET BONUS-MALUS EN FRANCE

Lucie Jubert, Alexis Larose et Lou Thomas
Université Paris Ouest, IRERP¹

1. Introduction

La santé des travailleurs n'est pas une préoccupation nouvelle. Les premières lois sociales à la fin du 19^{ème} siècle, limitant le travail des enfants ou des femmes, furent adoptées pour s'assurer d'un état de santé suffisant de la main d'œuvre, qui devait rester apte au travail (et au service militaire). La prise de conscience progressive des risques liés au travail, au gré des grandes affaires médiatisées, inspira la construction d'une législation propre à l'activité salariée : de la catastrophe des mines de Courrières (plus de mille morts) en 1906, qui a directement conduit à la création du Ministère du Travail, au scandale de l'amiante, qui près d'un siècle plus tard n'en finit pas de bouleverser le droit du travail et de la sécurité sociale.

1.1. La prévention, nouveau centre de gravité de la santé au travail en droit social

Si la question de la santé n'est pas nouvelle, son appréhension connaît un profond renouvellement depuis près de trente ans. D'un édifice législatif orienté vers la réparation des risques, combiné à un foisonnement de normes techniques, le centre de gravité se déplace progressivement vers la prévention des risques professionnels et la promotion d'une véritable politique de santé dans l'entreprise. La structuration du droit s'en trouve changée. Désormais, le code du travail combine des obligations générales de prévention et de préservation de la santé avec nombre de déclinaisons plus spécifiques. L'obligation générale de sécurité de résultat joue un rôle moteur dans la construction d'une législation exigeante de prévention des risques sur le lieu de travail.

Associé au développement de la prévention, le champ de la protection s'étend également. De l'hygiène et de la sécurité, le vocable s'est progressivement déplacé vers celui, plus large, de la santé et de la sécurité au travail. La notion de santé mentale a ainsi été intégrée au code du travail depuis 2002². Ces évolutions législatives font écho à l'évolution des risques constatée dans les milieux de travail. En effet, si les incidences des contraintes physiques sont stabilisées, si l'exposition aux agents chimiques et

¹ Nous remercions Elsa Peskine pour sa relecture et ses précieux conseils, ainsi que Dounia Benrebai pour sa contribution.

² Loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002.

cancérogènes déjà identifiés est en baisse, l'exposition aux risques psychosociaux (charge et intensité du travail, perte d'autonomie) est, elle, en nette augmentation³. Le développement de la prévention dans l'entreprise, que l'on prenne en considération l'extension de son champ ou le changement de paradigme qu'il impose, implique nécessairement une réactualisation des questionnements concernant le système de réparation des risques professionnels de la Sécurité sociale.

1.2. Le compromis originel de la branche AT-MP : une réparation automatique mais forfaitaire

Dans la seconde moitié du 19^{ème} siècle la dangerosité du travail devint un problème social et non plus seulement individuel. A l'origine, les atteintes à la sécurité pouvaient être réparées sur le fondement de la responsabilité civile, nécessitant donc la preuve d'une faute de l'employeur. Devant les difficultés de preuve la jurisprudence établit d'abord une responsabilité objective de l'employeur du fait des choses⁴, ouvrant la voie à une réparation facilitée des accidents dus aux machines. Restait cependant un double problème : une réparation toujours difficile pour les victimes et la charge potentiellement importante que celle-ci pouvait faire peser sur les employeurs. Aussi, après près de 18 ans de débats parlementaires, la loi du 9 avril 1898 créa un régime particulier de réparation des accidents du travail fondé sur le risque et non sur la faute.

Le compromis qui préside à l'adoption de cette loi reste aujourd'hui pleinement d'actualité : la réparation des accidents du travail, des maladies professionnelles et des accidents de trajet est automatique (sans démonstration d'une faute de l'employeur), mais forfaitaire ; l'employeur dispose d'une immunité civile pour ces risques, mais en contrepartie il prend en charge le financement du système par le biais d'une assurance obligatoire. Des mécanismes de responsabilité civile réapparaissent en cas de faute inexcusable de l'employeur, permettant de majorer la réparation et d'en faire supporter la charge par le seul employeur responsable.

Ce compromis, et particulièrement la réparation forfaitaire, est aujourd'hui fortement critiqué. Par définition la réparation n'est pas intégrale, et laisse sans réparation de nombreux préjudices. L'amélioration de la rente et la réparation de certains préjudices en cas de faute inexcusable ne sont pas non plus pleinement satisfaisantes lorsque l'on

³ *L'évolution des risques professionnels dans le secteur privé entre 1994 et 2010 : premiers résultats de l'enquête SUMER*, DARES Analyses, mars 2012, n°23.

⁴ Cass. civ, 16 juin 1896, *Teffaine*.

compare la situation des accidentés du travail avec celle des victimes qui demandent réparation sur le fondement de la responsabilité civile⁵.

L'intégration de ce système dans le champ de la Sécurité sociale en 1946 n'a pas bouleversé le compromis fondamental. Cette intégration reste quelque peu artificielle. La branche « accident du travail et maladie professionnelle » (AT-MP) reste un régime à part dans la Sécurité sociale : les conséquences financières du risque professionnel sont à la charge exclusive des employeurs – et non pas par l'ensemble de la collectivité – par le biais d'un système de cotisation, calculée en fonction de la sinistralité des entreprises (la tarification). Tendanciellement, la branche AT-MP est une assurance de responsabilité et non une véritable assurance sociale⁶.

1.3. *Les risques professionnels réparés et risques professionnels réels*

La branche AT-MP a vocation à prendre en charge les conséquences des seuls risques professionnels. A l'origine, seuls les accidents du travail étaient indemnisés. Progressivement ce régime s'est étendu aux maladies professionnelles⁷ et aux accidents de trajet⁸. Les prestations en nature et en espèces sont identiques pour ces différents risques. En revanche les contours de ces notions varient, ainsi que leur mode de reconnaissance par le rattachement du dommage au travail, rattachement qui déclenche de fait l'application de ce régime. Pour de plus amples développements à ce sujet, nous renvoyons à la troisième partie sur les risques professionnels réparés par la branche AT-MP (v. *infra* partie 3).

Le fonctionnement même de la branche AT-MP et la définition des risques pris en charge implique de distinguer les concepts de risque professionnel réel et de risque professionnel réparé. En d'autres termes, la législation AT-MP, ayant vocation première à réparer des atteintes, n'est pas pleinement représentative de l'ensemble des risques du travail : elle laisse dans l'ombre des pathologies liées au travail mais ne rentrant pas dans les qualifications juridiques d'accident du travail, de maladie professionnelle ou d'accident de trajet.

⁵ G. Lyon-Caen, « Les victimes d'accidents du travail, victimes aussi d'une discrimination », *Dr. Soc.*, 1990, p. 737.

⁶ J.-P. CHAUCHARD, J.-Y. KERBOURC'H, C. WILLMANN, *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 6^e éd., 2013, p. 383.

⁷ Loi du 25 octobre 1919.

⁸ Loi du 30 octobre 1946.

Alors que les impératifs de prévention se font plus exigeants en droit du travail, le droit de la Sécurité social reste assez limité tant dans le montant de la réparation que dans les risques qu'il prend en charge.

1.4. Quelles fonctions pour la branche AT-MP de la Sécurité sociale ?

La fonction première de la branche AT-MP est de réparer les accidents du travail, les accidents de trajet et les maladies professionnelles. L'accroissement de la place de la prévention dans les questions de santé laisse apparaître et se développer une autre fonction : inciter à la prévention dans l'entreprise pour éviter la réalisation des risques professionnels. Ce rôle assigné à la tarification et plus généralement au système de réparation des risques professionnels contraste avec la vocation assurantielle originelle du système où la place des dispositifs punitifs ou incitatifs propre à la responsabilité était relativement limitée (la faute inexcusable mise à part).

Le système de « bonus-malus » (tarification) selon le taux de sinistralité est le reflet de cette double fonction de la législation AT-MP. Il s'agit à la fois d'assurer le financement équilibré de cette branche de la Sécurité sociale et d'inciter les employeurs à mettre en place en amont des mesures de prévention qui devraient être moins coûteuses que l'augmentation de leur cotisation, proportionnée au nombre et à la gravité des accidents du travail et maladies professionnelles.

Le lien entre réparation et prévention est nécessairement un problème épineux car il se situe au carrefour du droit du travail et du droit de la sécurité sociale. Le droit de la sécurité sociale ne peut servir efficacement la prévention en droit du travail que si l'on considère pleinement son origine, ses fondements et ses limites structurelles.

2. Le système français de réparation des risques professionnels

2.1. La prise en charge et le financement des maladies par la Sécurité sociale.

Le régime de réparation des risques professionnels créé en 1898 a été rattaché à la Sécurité sociale en 1946 – date de création de celle-ci – pour en constituer la cinquième branche. La législation professionnelle organise la prise en charge des risques liés au travail. Les maladies non-professionnelles relèvent, elles, de l'Assurance maladie. L'indemnisation comme le mode de financement y est différente.

Les prestations en nature de l'Assurance maladie laissent un reste à charge à l'assuré social là où la branche professionnelle organise, en principe, une véritable gratuité des soins liés à l'affection professionnelle (art. L. 432-1 CSS). Les prestations en espèce de

l'Assurance maladie (les indemnités journalières en cas d'incapacité temporaire de travail ou les rentes en cas d'invalidité permanente) sont également plus faibles que celles versées en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle.

Le financement de ces deux branches de la Sécurité sociale est également différent. La branche maladie est financée par les cotisations sociales des employeurs et des salariés ainsi que différents impôts et taxes ou abondements de l'Etat. Au contraire, la branche professionnelle est financée essentiellement par les contributions des employeurs dépendantes des risques professionnels (cf. infra)⁹. Cette dernière demeure donc tendanciellement une assurance de responsabilité pesant sur les employeurs¹⁰. La branche AT-MP reste excédentaire, même si des rapports parlementaires successifs indiquent une fragilisation de ces excédents.

Sur un plan plus général, la sous-déclaration des accidents du travail et maladie professionnelle impacte négativement le budget de l'Assurance maladie. Pour cette raison la branche AT-MP reverse chaque année à la branche maladie une certaine somme censée compenser ces sommes indûment prises en charge par la collectivité (art. L.176-1 CSS). Ce reversement est fixé à un milliard d'euros pour l'année 2015 (art. 82, III, Loi 2014-1554 du 22 déc. 2014), soit une hausse de 26,6% par rapport aux exercices antérieurs. Les causes de sous-déclaration des maladies sont multiples et complexes. Elles concernent tant les victimes elle mêmes que les employeurs ou les professionnels de santé. Le chiffrage de ce coût laisse un aperçu de l'étendue des dysfonctionnements de la branche AT-MP qui peine à prendre en charge toutes les affections liées au travail¹¹.

2.2. *Les risques pris en charge par la branche AT-MP*

L'enjeu de la distinction entre d'un côté maladie ou accident communs et de l'autre maladie ou accident professionnels est donc crucial, tant pour les victimes au regard du mode et l'étendue de la réparation, que pour les employeurs pour qui l'impact financier de ces événements va différer. La branche AT-MP a vocation à prendre en charge les seuls risques professionnels : l'accident du travail, l'accident de trajet, et la maladie professionnelle.

⁹ A 97%, le reste du financement étant assuré par des recettes fiscales, pénalités, des produits financiers ou les recours contre les tiers : Rapport n° 83 (2014-2015) de M. Gérard DÉRIOT, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 5 novembre 2014.

¹⁰ J.-P. Chauchard, J.-Y. Kerbourc'h, C. Willmann, *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 6^e éd., 2013, p. 383.

¹¹ N. Diricq (prés.), *Rapport de la commission instituée par l'article L.176-2 du Code de la Sécurité sociale*, La Documentation française, 2011.

L'accident de travail est l'événement ou la série d'événements survenus à une date certaine par le fait ou à l'occasion du travail. Il est présumé professionnel lorsqu'il a eu lieu au temps ou au lieu de travail¹². Cette présomption peut être renversée par l'employeur ou les caisses de Sécurité sociale qui démontrent que l'accident a une cause totalement étrangère au travail. L'employeur – ou la caisse – doit alors rapporter la preuve qu'au moment de la survenance de l'accident, le salarié ne se trouvait plus dans un état de subordination, ou alors que l'accident est le fruit de l'évolution d'une pathologie antérieure sans aucun lien causal avec le travail.

L'accident de trajet est rattaché à la législation professionnelle lorsqu'il a lieu sur l'itinéraire dit « protégé », entre la résidence du salarié et son lieu de travail ou entre le lieu de travail et le lieu où le salarié prend habituellement ses repas, à l'exclusion des détours et des interruptions de parcours (L. 411-2 CSS). L'accident de trajet est assimilé, pour la réparation, à un accident du travail, mais il ne produit pas les mêmes effets concernant la tarification (cf. *infra*).

Les maladies professionnelles : le caractère professionnel de la maladie présente un visage plus complexe avec un système de reconnaissance par tableau et un système de reconnaissance complémentaire. Le premier des systèmes implique que le salarié remplisse les conditions des tableaux de Sécurité sociale pour que sa maladie soit reconnue d'origine professionnelle et prise en charge comme telle. Ces tableaux présentent trois séries de conditions cumulatives : la définition de la maladie indemnisable, un délai de prise en charge, ainsi qu'une liste de travaux exposant à ce risque. La preuve de ces conditions repose sur le salarié.

Ce système s'est révélé très rigide et de nombreuses maladies ne pouvaient pas être prises en charge par la législation AT-MP. En 1993, sous l'impulsion de la Communauté européenne, a été créé un système complémentaire de reconnaissance des maladies professionnelles par la preuve de leur origine professionnelle. La victime doit prouver que sa maladie est directement causée par son travail habituel lorsque les conditions de délai de prise en charge ou de travaux exposant au risque ne sont pas remplies (L. 461-1 al. 3 CSS). La preuve du lien de causalité est exigeante lorsque la maladie dont la victime demande la reconnaissance n'est pas déjà identifiée par les tableaux de Sécurité sociale : elle doit démontrer que la maladie a pour cause directe et essentielle son travail habituel (L. 461-1 al. 4 CSS).

¹² Art. 411-1 CSS ; pour la définition jurisprudentielle actuelle de l'accident : Cass. Soc., 2 avril 2003, et un exemple récent, Cass. Civ. 2^{ème}, 15 avril 2010, n°08-21.721.

La déclaration de l'accident du travail ou de l'accident de trajet est faite par l'employeur aux caisses primaires d'Assurance maladie (CPAM). A cette occasion, il peut émettre des réserves quant aux circonstances de l'accident, déclenchant automatiquement une procédure d'instruction administrative et médicale. La déclaration de la maladie professionnelle, au contraire, est faite directement par la victime à la CPAM et déclenche systématiquement une procédure d'instruction.

Sur la base de ces notions sont publiées chaque année des statistiques très précises sur l'évolution des risques professionnels. Après une période d'augmentation en 2010-2011, on a pu observer, depuis 2012 une légère baisse des accidents du travail et des maladies professionnelles¹³.

Les notions d'accident du travail et de maladies professionnelles, non plus que la procédure de reconnaissance, ne sont pas restées indifférentes aux mutations des risques professionnels. Le système de reconnaissance des maladies professionnelles demeure relativement strict et restrictif¹⁴, et les victimes sont souvent démunies devant la preuve d'un lien de causalité, particulièrement difficile à établir, pour mobiliser le système de reconnaissance complémentaire. Le caractère plurifactoriel et évolutif des maladies – liées au travail mais pas exclusivement causées par lui, avec de multiples répercussions – est un frein supplémentaire à la prise en charge de ces pathologies au titre de la législation AT-MP.

La question est particulièrement sensible pour les risques psychosociaux, totalement absents aujourd'hui des tableaux de maladies professionnelles¹⁵. Par un effet induit, la jurisprudence a eu tendance ces dernières années à faire évoluer la définition de

¹³ Source : <http://www.risquesprofessionnels.ameli.fr/statistiques-et-analyse/sinistralite-atmp/dossier/nos-statistiques-sur-les-accidents-du-travail-par-ctn.html>

	2010	2011	2012	2013
Accident du travail (avec arrêt de travail)	658 847	669 914	640 891 (- 4,3%)	618 263 (-3,5%)
Maladies professionnelles	50 688	55 057	54 015 (- 1,9%)	51 452 (- 4,7%)
Accidents de trajet	98 429	100 018	90 092 (- 9,9%)	93 363 (+ 3,6%)

¹⁴ Et ce d'autant plus que les tableaux sont élaborés par une commission composée de médecins hospitaliers, de médecins du travail et surtout de représentants des organisations patronales et syndicales représentatives. L'élaboration de nouveaux tableaux comme leur modification est le fruit de négociations longues et laborieuses. A titre d'exemple, le tableau sur les troubles musculo-squelettiques a mis près de 10 ans à voir le jour, et il reste encore relativement restreint si l'on considère l'état des connaissances scientifiques que le sujet.

¹⁵ Le principe de la codification comme maladie professionnelle du *burn-out* a été très récemment inscrit dans le projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, encore en cours de discussion devant par le Parlement à l'heure où nous écrivons.

l'accident du travail pour y inclure certains cas de suicide au travail¹⁶, des dépressions nerveuses soudaines¹⁷ ou encore le développement de pathologies suite à des vaccinations¹⁸.

Il s'ensuit un brouillage des notions d'accident du travail et de maladie professionnelle pour tenter de pallier les déficiences intrinsèques des modes de reconnaissance de ces affections et de la transformation des risques. Pour autant, l'« angle mort » de la législation peine à disparaître : de nombreux accidents ou maladies, ne rentrant pas dans les cadres stricts de la législation AT-MP ne peuvent être prise en charge à ce titre et sont de fait relativement invisibles¹⁹. Ce décalage entre la réalité des risques du travail et les pathologies indemnisées par le droit de la sécurité sociale influence la tarification. Celle-ci en effet est calculée sur les risques indemnisés et non sur les risques professionnels réels, limitant par là même ses possibilités d'incitation à la prévention.

2.3. *La tarification AT-MP : financement de la réparation et incitation aux mesures de prévention*

La formulation de l'article L. 241-5 du CSS est péremptoire : « Les cotisations dues au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles sont à la charge exclusive des employeurs. Elles sont assises sur les rémunérations ou gains des salariés ». Ces cotisations qui ne sont pas sujettes aux (nombreuses) exonérations de cotisations patronales par ailleurs existantes²⁰, constituent l'essentiel des ressources de financement de la branche AT-MP de la Sécurité sociale.

Afin d'assurer structurellement l'équilibre budgétaire du régime, les cotisations patronales sont calculées en fonction de la sinistralité, c'est-à-dire du coût de la prise en charge en nature et en espèce par la Sécurité sociale. Le caractère assurantiel du régime

¹⁶ Cass. Civ. 2e, 10 mai 2007, n° 719.

¹⁷ Cass. Civ. 2^{ème}, 1^{er} juillet 2003, n°02-30.576, Bull., 2003, II, n°218.

¹⁸ Cass. Soc., 2 avril 2003, n°00-21.768, Bull. 2003, V, n°132.

¹⁹ A titre d'exemple, seulement 1700 maladies professionnelles sont dues à des cancers professionnels alors qu'environ 2 millions de salariés sont exposés à des produits cancérigènes chaque année, causant entre 5 000 à 10 000 cancers par an selon l'Institut de veille sanitaire.

²⁰ Toutefois, depuis le 1^{er} janvier 2015, en vertu de la loi 2014-892 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014 du 8 août 2014, la réduction dite « Fillon » sur les bas salaires peut s'imputer sur ces cotisations (L. 241-13 CSS). Le jeu de cette exonération reste néanmoins secondaire : la réduction ne pourra être imputée sur les cotisations dues au titre des ATMP que si son montant est supérieur au montant des cotisations d'assurances sociales et d'allocations familiales, de la cotisation Fnal et de la contribution solidarité-autonomie sur lesquelles la réduction s'impute prioritairement. De plus, si la réduction Fillon peut s'imputer sur ces cotisations, ce ne peut être que sans excéder « un taux fixé par arrêté ministériel dans la limite du taux applicable à une entreprise où aucun accident du travail ou maladie professionnelle n'est jamais survenu ».

implique une forme de mutualisation des cotisations pour faire face aux aléas des risques professionnels.

A cette fonction première se greffe désormais un objectif de prévention. L'idée en est relativement simple : le coût de la cotisation AT-MP à la charge des employeurs doit être suffisamment conséquent pour les inciter à prévenir en amont la réalisation des risques et donc éviter de gonfler le montant de leurs cotisations. Pour que l'incitation soit effective, les coûts directs (hausse des cotisations) et indirects (absentéisme, désorganisation de la production...) doivent être plus élevés que les coûts de mise en place des mesures de prévention²¹ Dans cette perspective la tarification joue un rôle de responsabilisation des employeurs.

L'ensemble des règles techniques de la tarification AT-MP est traversé par ce double impératif, parfois contradictoire : assurer la mutualisation des fonds pour garantir la santé financière du régime et responsabiliser chaque employeur, le chargeant financièrement des conséquences de la réalisation des risques.

2.3.1. La base de calcul de la cotisation patronale AT-MP

La cotisation AT-MP est fixée sur la base de la sinistralité des entreprises, c'est à dire les accidents du travail et les maladies professionnelles indemnisées par le droit de la Sécurité sociale. Actuellement, chaque employeur dispose d'un compte-employeur accessible sur internet grâce auquel il peut accéder à son taux de cotisation. Ce compte comprend également les données permettant la tarification au sein de l'entreprise, étant précisé que, lorsque l'entreprise comprend plusieurs établissements, chaque établissement se voit en principe affecter un taux spécifique.

Tous les sinistres ne sont cependant pas pris en compte. C'est le cas des accidents de trajet. Ces accidents, qui surviennent lors du déplacement du salarié entre sa résidence et son lieu de travail ou entre le lieu de travail et le lieu où le salarié prend habituellement ses repas (L. 411-2 CSS) n'entraînent ainsi aucun surcoût direct pour l'employeur. Toutefois, il doit être rappelé que le coût des accidents de trajet est mutualisé entre les entreprises par le biais d'une majoration forfaitaire (cf. infra).

Parmi les évènements qui ne pèsent pas sur le taux de cotisation individuel figurent, à certaines conditions, les accidents bénins. Ces accidents sont qualifiés ainsi car ils

²¹ P.-L. Bras, V. Delahaye-Guillocheau, *Tarification des accidents du travail et des maladies professionnelles*, Rapport n°2004-171, IGAS, 2004.

n'entraînent ni arrêt de travail, ni soins médicaux. Les employeurs peuvent, à certaines conditions, choisir d'inscrire ces accidents sur un « registre des accidents bénins » plutôt que de les déclarer directement à leur caisse de rattachement (L. 441-4 CSS), ce qui autorise l'entreprise à ne pas les intégrer dans le calcul du taux applicable.

Par ailleurs, certaines maladies peuvent ne pas être prises en compte pour fixer le taux, dans des conditions déterminées par arrêté (Arr. 16 octobre 1995). C'est par exemple le cas lorsque la maladie professionnelle a été constatée dans un établissement dont l'activité n'expose pas au risque, mais que ladite maladie a été contractée dans une autre entreprise ou dans un établissement relevant d'une autre entreprise qui a disparu ou qui ne relevait pas du régime général de la Sécurité sociale.

Enfin, lorsque l'accident du travail est pour partie ou entièrement imputable à un tiers identifié, « les montants des coûts moyens correspondant aux catégories dans lesquelles sont classés ces accidents sont proratisés selon le pourcentage de responsabilité mis à la charge du tiers ». De la même manière, « l'accident du travail résultant d'une agression perpétrée au moyen d'armes ou d'explosifs n'est pas imputé au compte de l'employeur lorsque celle-ci est attribuable à un tiers qui n'a pu être identifié » (D. 242-6-7 CSS).

La base de calcul de la cotisation patronale, amputée d'une série de sinistre, peine à prendre en compte la réalité des risques et des dommages liés à l'entreprise. La question se pose alors de la détermination du montant de ces cotisations. Cette question de méthode porte en germe une interrogation sur la prise en compte par le droit français, dès ce premier stade, de la sinistralité réelle.

a. La prise en compte relative de la sinistralité pour la fixation du taux brut

Le montant des cotisations dues au titre des AT-MP correspond à un taux de la masse salariale. Ce taux est fixé en deux temps : par la détermination d'un taux brut tout d'abord, puis par l'application à celui-ci de quatre majorations. La fixation d'un taux « normal » de cotisation ne résout cependant pas définitivement la question, qui ne peut recevoir de réponse satisfaisante qu'après examen des moyens dont peut disposer l'administration afin d'inciter les employeurs à suivre la voie de la prévention.

Il existe trois modes différents de tarification, lesquels sont fonction de l'effectif global de l'entreprise (D.242-6-2 CSS) : la tarification « individuelle », qui s'applique aux entreprises employant au moins 150 salariés, la tarification « collective », qui s'applique aux entreprises de moins de 20 salariés, la tarification dite « mixte » enfin, pour les entreprises dont l'effectif global est compris entre 20 et 149 salariés²². Le classement

²² Le décret n° 2010-573 du 5 juillet 2010 a procédé à une redéfinition des seuils d'effectifs, augmentant le nombre d'entreprises soumises au taux collectif, mais également le nombre d'entreprises soumises au

d'une entreprise dans l'une ou l'autre de ces catégories déterminera le mode de calcul du taux brut de cotisation, auquel sont ajoutées les quatre majorations forfaitaires afin d'obtenir un taux net de cotisation. L'impact du nombre d'accidents du travail relevé dans une entreprise dépendra ainsi de ce classement préliminaire.

Tarifification collective. Le taux brut de cotisation des plus petites entreprises ne sera pas fonction du nombre d'accidents réellement survenus dans ces entreprises, mais du classement par la CARSAT de l'établissement dans une catégorie de risque. Ce classement, qui s'effectue « en fonction de l'activité exercée selon une nomenclature des risques et des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale » (D. 242-6-1 CSS), permet l'application d'un taux propre au secteur d'activité sur la base d'un barème national²³. Pour ces entreprises de moins de 20 salariés, le nombre d'accidents du travail effectivement survenu est sans conséquence sur le montant de la contribution. C'est la notion de « secteur d'activité » qui est ici déterminante.

Tarifification individuelle. Ce n'est que pour les entreprises soumises à la tarification individuelle (et dans une moindre mesure, les entreprises soumises à la tarification mixte, qui constitue un panachage des deux autres modes de tarification) que le nombre d'accidents du travail survenus dans l'entreprise intervient dans le calcul du montant de la cotisation due. En effet, pour ces entreprises, le taux brut de cotisation est calculé sur la base de la valeur du risque propre à chaque établissement²⁴. Cette valeur est obtenue en classant les accidents du travail survenus dans les trois dernières années dans des catégories, en fonction de la durée d'arrêt de travail consécutive à l'accident ou, en cas de décès du salarié ou de la notification d'un taux d'incapacité permanente, en fonction de la gravité de celle-ci. A chacune de ces catégories est attaché un coût moyen qui servira de référence pour le calcul du taux brut de cotisation²⁵. La substitution par le décret n° 2010-573 du 5 juillet 2010²⁶ de ce taux moyen au taux réel appliqué antérieurement n'est pas neutre. Elle vise, notamment, à simplifier la tâche de

taux collectif. Les nouvelles dispositions ont également affiné les règles de panachage relatives au taux mixte.

²³ Voir l'arrêté du 17 octobre 1995 relatif à la tarification des risques d'accidents du travail et des maladies professionnelles

²⁴ Si le calcul est en principe effectué pour chaque établissement, le droit français offre depuis 2010 à l'employeur la possibilité d'opter pour un taux unique applicable à tous les établissements appartenant à la même catégorie de risque (D. 242-6-1 CSS).

²⁵ Par exemple : en 2015, dans le domaine d'activité des services, commerces et industries de l'alimentation, le coût moyen d'un accident ou d'une maladie professionnelle ayant entraîné un arrêt de travail d'une durée comprise entre 4 et 15 jours a été fixé à 489 euros (Arrêté du 27 novembre 2014).

²⁶ Sur ce décret et la réforme de la tarification qu'il opère, voir notamment M. Del Sol, « La réforme de la tarification des ATMP », *BSFL* n° 10/2010, pp. 391-398.

l'employeur, qui peut ainsi évaluer, et prévoir, avec davantage de précision les répercussions d'un accident du travail sur ses cotisations.

Sur cette base, la formule de calcul est la suivante :

$$\frac{\text{Coût moyen par catégorie x nombre de sinistres de l'établissement par catégorie sur 3 ans}}{\text{Masse salariale sur 3 ans}} = \text{Taux brut de cotisation}$$

La formule de calcul retenue est donc assez proche des formules utilisées par les assureurs, ce qui permet d'adapter le montant des cotisations au risque de chaque établissement. Ces différentes formules de calcul soulignent la difficulté du dispositif de tarification à concilier des exigences de mutualisation, pour permettre aux plus petites entreprises de faire face à ces cotisations, et des exigences de responsabilisation des entreprises de taille plus importante.

b. La définition du taux net par application de quatre majorations

Le taux brut, obtenu par ces différentes méthodes, fait l'objet de quatre majorations (D. 242-6-3 CSS). Sur ces quatre majorations, trois sont fixées en pourcentage des salaires : l'une (M1) a pour objet « la couverture des accidents du trajet »²⁷, la deuxième (M2) la couverture « [des] dépenses correspondant aux compensations interrégimes »²⁸, la troisième (M4) la couverture des dépenses supplémentaires engendrées par les départs anticipés à la retraite. Seule une quatrième majoration (M3), couvrant notamment les frais de rééducation professionnelle et les charges de gestion des accidents du travail, est calculée en pourcentage du taux brut augmenté de la majoration d'accidents du trajet²⁹.

Indubitablement, le caractère forfaitaire des trois premières majorations tend à réduire les conséquences de la prise en compte par la tarification individuelle de la sinistralité propre à chaque établissement. La part de ces majorations dans le calcul du taux net de cotisation n'est pourtant pas anecdotique : elle était en effet de 61% du taux net moyen en 2012³⁰.

²⁷ 0,25% pour l'année 2015 : Arrêté du 24 décembre 2004

²⁸ 0,61% pour 2015

²⁹ 55% pour 2015

³⁰ 10,9% pour M1 et 21,5% pour M2, 27,7% pour M3 et 0,8% pour M4 ; CNAMTS statistiques nationales technologiques AT-MP - 2012, valeurs arrondies.

L'importance de ces majorations et le lissage qui en résulte imposent de relativiser la compréhension du système de tarification en tant que moyen de prévention des accidents du travail, et ce même pour les plus grandes entreprises. C'est pourquoi, à titre d'exception, l'administration peut mettre en œuvre d'un certain nombre de mécanismes d'incitation à la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles.

2.3.2. Au-delà du taux de cotisation

Pour renforcer le caractère préventif de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, le législateur a souhaité mettre en place un système d'incitations à la prévention attachées au montant des cotisations. L'acteur central de ce système est la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail (CARSAT), qui peut accorder à l'employeur diligent des ristournes ou infliger à l'employeur négligent ou réfractaire des cotisations supplémentaires (L. 242-7 CSS). Elle peut encore, dans certains cas, consentir des avances, voire des subventions (L. 422-5 CSS). Un arrêté du 9 décembre 2010 est venu préciser les conditions d'exercice de ces différents dispositifs.

a. Un pouvoir de modulation du montant des cotisations

Des minorations (ristournes) ou des majorations du taux de cotisation peuvent être décidées par la CARSAT, au terme de procédures qui impliquent aussi bien l'administration que les interlocuteurs sociaux. Ces modulations doivent être envisagées comme un moyen privilégié de placer l'objectif de prévention au cœur de la politique des entreprises en matière d'AT-MP. Toutefois, il convient de garder à l'esprit que ces dispositifs ont été conçus comme exceptions au système : en témoigne le plafonnement du montant global des ristournes ou le caractère « exceptionnel » du risque dont l'existence peut donner lieu à une pénalité.

Des ristournes, tout d'abord, peuvent être attribuées « aux établissements qui ont accompli un effort de prévention soutenu et pris dans ce sens des mesures susceptibles de diminuer la fréquence ou la gravité des accidents du travail et des maladies professionnelles ». Pour pouvoir bénéficier d'une ristourne, un établissement doit être à jour de ses cotisations (au titre des accidents du travail : Lettre min. 26 juin 1956, Bull. jur. UCANSS 56-39) et avoir acquitté régulièrement celles-ci au cours des douze derniers mois. De plus, les établissements concernés sont ceux qui relèvent de la tarification collective ou de la tarification mixte dans la portion collective de celle-ci. Cette restriction s'explique par le manque d'incitation à la prévention que constitue l'application d'un taux de cotisation uniforme, tandis que la détermination, pour les plus gros établissements, d'un taux dépendant de la sinistralité réelle tend à favoriser ceux

qui connaissent effectivement un nombre d'accidents du travail et de maladies professionnelles peu élevé.

Si c'est la CARSAT qui décide, sur le rapport de son service de prévention, à son initiative ou à la demande de l'employeur, de l'attribution d'une ristourne, d'autres acteurs interviennent dans le processus de décision. En effet, l'attribution ne peut avoir lieu qu'après avis de l'instance représentative du personnel chargée de l'hygiène, de la sécurité et des conditions de travail (en pratique le CHSCT ou, à défaut, les délégués du personnel), après avis favorable du comité technique régional compétent et après information du directeur régional des entreprises, de la consommation, de la concurrence, du travail et de l'emploi (DIRECCTE). En outre, la ristourne consentie peut être supprimée ou suspendue par la CARSAT après avis conforme du comité technique régional. De plus, ce n'est que successivement à un nouvel examen réalisé par celui-ci que pourra être prolongé le délai maximal d'un an pour lequel peut être accordée la ristourne.

Le mécanisme d'attribution de ristournes, aussi important qu'il puisse être dans son principe, reste néanmoins subsidiaire : en témoigne le double plafonnement du montant des ristournes. Il ne peut, en premier lieu, excéder 25% du montant des cotisations dues par un établissement. En second lieu, la CARSAT ne peut accorder des ristournes que dans la limite de 0,40% du montant des cotisations AT-MP de sa circonscription au cours de la dernière année.

Une ristourne spéciale peut également être accordée par la CARSAT, après avis favorable du DIRECCTE, sur la majoration M2 sur les accidents de trajet, pour une durée maximale d'un an. Cette réduction, dont le taux est compris entre 25 et 87,7% vise à récompenser l'employeur qui aura « pris des mesures susceptibles de diminuer la fréquence et la gravité des accidents de trajet »³¹. Pour pouvoir bénéficier d'une telle ristourne, l'employeur doit être à jour de ses cotisations et avoir régulièrement réglé celles-ci au cours des douze derniers mois. En outre, aucun « risque exceptionnel » (cf *infra*) ne doit avoir été constaté durant cette période.

Inversement, la CARSAT peut, après avis favorable du comité technique régional compétent³², imposer des cotisations supplémentaires afin de faire pression sur l'employeur dont l'exploitation présente « des risques exceptionnels », lesquels risques

³¹ Arrêté du 19 septembre 1977 relatif à l'attribution de ristournes sur la majoration forfaitaire correspondant à la couverture des accidents de trajet, article 1.

³² Les Comités techniques nationaux (CTN) sont des institutions paritaires (composées, par parties égales, de représentants des organisations professionnelles de travailleurs et d'employeurs) constitués par la CARSAT pour l'assister dans la gestion des ATMP (L. 215-4 CSS).

exceptionnels sont révélés notamment par une infraction ayant fait l'objet d'un procès-verbal de la part de l'inspecteur du travail, ou résultant d'une inobservation des mesures de prévention prescrites par la CARSAT (le plus souvent au moyen d'un injonction). Le montant de cette cotisation supplémentaire ne peut être inférieur à 25% de la cotisation normale et pourra être porté à 50%, puis à 200% en l'absence de correction du manquement ou en cas de récidive. Enfin, son effet cesse avec l'exécution des mesures de prévention exigée et le paiement du montant minimal.

Le législateur a en outre entendu promouvoir, par l'ouverture de facilités financières, des dispositifs spécifiques de prévention.

b. La promotion de dispositifs spécifiques de prévention

Le droit français fait la part belle à certains dispositifs spécifiques de prévention. Le respect de certaines procédures donne ainsi lieu, si elles s'accompagnent de réalisations effectives, à l'attribution d'avances ou de subventions. Ces procédures spécifiques s'adressent à un public particulier, les petites et moyennes entreprises, qui sont les plus susceptibles de nécessiter le concours de l'administration pour mener à bien une action de prévention.

Ainsi, des avances pourront être accordées par la CARSAT à des entreprises de moins de 200 salariés, à jour de leurs cotisations et les ayant régulièrement versées au cours des douze derniers mois, qui auront souscrit à une convention d'objectifs, conclue par la CNAM ou la CARSAT, qui fixe un programme d'actions de prévention spécifique à une branche d'activité, et passé avec la caisse un contrat de prévention des accidents du travail, qui en constitue la déclinaison individuelle. Ces avances restent acquises à l'employeur qui respecte ses engagements, selon les modalités prévues par la convention.

La CARSAT peut enfin octroyer des subventions d'un montant maximal de 25000€ à des entreprises de moins de 50 salariés dans le cadre de programmes de prévention établis par la CNAM ou par la CARSAT, après avis du comité technique régional compétent. L'attribution de telles subventions est subordonnée à la preuve de la mise en œuvre des mesures de prévention visées par le programme de prévention, lesquelles mesures doivent avoir fait l'objet d'une information des institutions représentatives du personnel (CHSCT ou délégués du personnel). En outre, l'entreprise doit être à jour de ces cotisations et ne doit pas avoir été concernée par l'application d'un contrat de prévention au cours des deux années précédentes.

2.3.3. L'impact de la faute inexcusable de l'employeur

En aval, il importe enfin de s'interroger sur l'impact du comportement fautif de l'employeur au moment de la survenance de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle. Il ne s'agit plus ici de promouvoir la prévention des sinistres, mais d'assurer le financement des indemnités majorées des victimes dans de telles situations. Lorsque l'accident du travail survient du fait d'une faute inexcusable de l'employeur, la victime ou ses ayants droit reçoivent en effet une majoration des indemnités (L. 452-2 CSS). Cette indemnisation complémentaire est payée par la CPAM « qui en récupère le capital représentatif auprès de l'employeur » (L. 452-2 al.6 CSS).

Avant la loi 2012-1404 du 17 décembre 2012, l'article L. 452-2 al.6 du CSS prévoyait que la majoration de l'indemnité était financée au moyen d'une cotisation complémentaire fixée par accord entre la CARSAT et l'employeur ou, à défaut, par voie contentieuse, le remboursement sous forme de capital n'étant exigible qu'en « cas de cession ou de cessation de l'entreprise » (L. 452-2 al. 8 CSS ancien). La généralisation de ce dernier mode de recouvrement, qui vise à rendre plus efficace la récupération par les caisses des sommes versées, s'est vue finalisée par l'adoption du décret 2014-13 du 8 janvier 2014, lequel insère dans le Code de la Sécurité sociale un article D. 452-1. Celui-ci indique les conditions d'évaluation et de recouvrement dudit « capital représentatif ».

Depuis le 1er avril 2014, date d'entrée en vigueur du décret, la reconnaissance d'une faute inexcusable n'entraîne donc plus de conséquence quant au montant des cotisations dues par l'employeur au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles. C'est un autre mécanisme qui sera désormais utilisé par les caisses pour récupérer les sommes versées par elles à la victime.

3. Conclusion

a. Les limites inhérentes au système de tarification

Le système de tarification est le vecteur essentiel du lien entre la réparation des accidents du travail et maladies professionnels et la prévention des risques dans l'entreprise en droit de la sécurité sociale. L'objectif de la réforme de la tarification de 2010 était de renforcer ce lien. Le taux de cotisation, désormais calculé annuellement permettrait un report plus rapide des coûts réels des accidents du travail et maladies professionnelles sur les cotisations, évitant ainsi l'effet de lissage sur plusieurs années qui n'encourage guère la prise de conscience de l'impact de ces affections. Il reste

cependant que le mode de calcul des majorations forfaitaires a toujours cet effet de lissage sur plusieurs années.

Dans le même objectif, la réforme, en modifiant les seuils qui font dépendre les modes de tarification, s'est efforcée de concilier la difficulté pour les petites entreprises de faire face à leur sinistralité et la nécessité pour les entreprises plus grandes de voir la tarification jouer pleinement son rôle incitatif. Or, c'est précisément la mutualisation complète ou partielle du coût des risques par secteur d'activité qui peut être critiquée. L'imputation de charges indifférenciées pour les entreprises soumises à un taux collectif ou à un taux mixte limite l'effet de leur sinistralité propre sur leur taux de cotisation. En d'autres termes, le coût de la sinistralité est absorbé par le taux calculé dans le secteur d'activité, limitant fortement le rôle incitatif des cotisations AT-MP sur la prévention. Un rapport public souligne d'ailleurs qu'il est à craindre que les entreprises qui favorisent les mesures de prévention soient économiquement défavorisées par rapport à celles qui les négligent³³.

b. Les effets induits du système de tarification : contentieux et sous-déclaration

La réforme de 2010 avait également pour objectif de faire diminuer le contentieux lié à la tarification et l'importance de la sous-déclaration des accidents du travail et maladies professionnelles. Les entreprises soumises à un taux individuel voient leur cotisation directement proportionnée au nombre d'affections professionnelles et à leur gravité. Ce système entraîne une contestation massive (voire systématique) du taux de tarification, favorisée par les multiples voies de recours ouvertes aux employeurs.

La question des recours effectués par les employeurs en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ne doit pas être occultée. Avant toute chose, il convient de préciser que le droit français se caractérise par un principe d'indépendance des rapports entre la caisse de sécurité sociale-employeur et la caisse-victime³⁴. Cela signifie que si l'employeur conteste la qualification même de l'accident ou de la maladie, cet accident ou cette maladie n'entrera pas dans le décompte de l'entreprise et ne sera donc pas pris en compte dans le calcul du taux de cotisation, mais il restera pris en charge par la Sécurité sociale selon les règles propres aux accidents du travail et maladies professionnelles. Les contestations de l'employeur peuvent aussi porter sur le taux d'incapacité permanente ou sur la durée de l'incapacité temporaire subie par le salarié. Là-encore, le but poursuivi par l'employeur est bien entendu de limiter l'impact de ces événements sur la tarification applicable à l'entreprise ou à l'établissement. Dans

³³ N. Diricq (prés.), *Rapport de la commission instituée par l'article L.176-2 du Code de la Sécurité sociale*, La Documentation française, 2011.

³⁴ P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 6^e éd. 2013, p. 126

toutes ces situations, le niveau de prise en charge du salarié ne change pas. En revanche, le montant des cotisations versées par l'employeur n'augmentera pas ou moins que prévu. Il s'ensuit, d'une part, un manque à gagner pour la branche ATMP et, d'autre part, une tendance à la déresponsabilisation des employeurs qui seront moins enclins à mettre en place une politique de prévention coûteuse s'ils savent que les nombreux recours qui leur sont offerts leur permettront *in fine* de ne pas supporter le coût des sinistres imputables à l'entreprise.

De même, ce système de tarification tend à inciter à la sous-déclaration des maladies professionnelles (la déclaration des accidents du travail est faite par la victime elle-même, contrairement aux maladies professionnelles). Les causes du phénomène de sous-déclaration sont complexes et multiples. Néanmoins, les incidences directes de la déclaration et de la reconnaissance des maladies professionnelles sur le taux de cotisation AT-MP peuvent pousser les employeurs à tenter de faire baisser ce taux en ne déclarant pas certaines maladies³⁵.

La sous-déclaration et le contentieux lié à la tarification sont coûteux respectivement pour l'Assurance maladie et pour la branche AT-MP. Ils ont pour effet de diminuer la cotisation AT-MP dans les entreprises alors que la sinistralité est bien réelle.

c. Les limites du double rôle de la tarification, entre financement de la branche et incitation à la prévention

Ces phénomènes combinés de mutualisation du coût de la sinistralité, de massivité des recours contentieux et de sous-déclaration des maladies affectent la réparation des victimes et le financement de la branche AT-MP de la Sécurité sociale, mais également la prévention dans l'entreprise. La sinistralité de l'entreprise est en quelque sorte artificiellement réduite. La tarification n'est pas la représentation fidèle du niveau de risque dans chaque entreprise, et ce d'autant plus que la législation AT-MP connaît de nombreux « angles morts » (et notamment sur les risques psycho-sociaux). Or, la première étape de la prévention est l'évaluation des risques du travail, qui permet une vigilance accrue de l'ensemble des acteurs de la prévention, et au premier rang desquels l'employeur, le CHSCT, les services de santé au travail et l'inspection du travail.

Il ne faut pas surestimer l'aspect incitatif de ce dispositif dont le principal objet est de fixer les principes fondamentaux du financement de la branche AT-MP de la Sécurité sociale et d'en assurer structurellement l'équilibre budgétaire³⁶. Le lien entre les

³⁵ N. Diricq (prés.), *Rapport précité*, La Documentation française, 2011.

³⁶ S. Seillier, « Gestion du risque AT-MP et action sur le comportement des entreprises », *Regards*, 2011.

mesures de prévention et la cotisation AT-MP est par trop distendu pour constituer un levier efficace d'incitation à la prévention.

Pour autant, ni le droit de la Sécurité sociale, ni les processus de réparation ne sont totalement dépourvus d'efficacité dans le champ de la prévention. La tarification à elle seule n'est pas un outil suffisant, mais il existe déjà certains dispositifs pour la compléter. Ainsi, une sanction pécuniaire venant abonder les comptes de la branche AT-MP existe pour les entreprises employant un certain nombre de travailleurs en situation de pénibilité et n'ayant mis en place aucune mesure de prévention³⁷. Ce type de mesures, entre le droit du travail et le droit de la sécurité sociale, pourraient permettre d'assurer un lien plus effectif entre la réparation et la prévention. Au-delà du seul champ financier, c'est en multipliant les effets, en droit du travail, sur les obligations de l'employeur des atteintes reconnues par le droit de la sécurité sociale que la réparation pourra constituer un levier efficace de prévention.

4. Indications bibliographiques

M. ALVES-CONDE, K. CHATZILAOU, B. GOMES, M. ROUSSEL, « Les nouveaux visages de la médecine du travail », *RDT* 2012, p. 200.

S. BOURGEOT et M. BLATMANN, « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés », *Dr. soc.* 2006 p.653.

P.-L. BRAS, V. DELAHAYE-GUILLOCHEAU, *Tarifification des accidents du travail et des maladies professionnelles, Rapport n° 2004-171*, IGAS, 2004.

J.-P. CHAUCHARD, J.-Y. KERBOURC'H, C. WILLMANN, *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 6^e éd., 2013, p. 383.

M. DEL SOL, « La réforme de la tarification des ATMP », *BSFL* n° 10/2010, p. 391-398.

N. DIRICQ (prés.), *Rapport de la commission instituée par l'article L.176-2 du Code de la Sécurité sociale*, La Documentation française, 2011.

F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 4^e éd., 2012.

³⁷ L'alinéa 3 de l'article L. 241-5 CSS affecte au financement de la branche AT-MP le produit de la pénalité prévue par l'article L. 4163-2 du Code du Travail, pénalité qui vient sanctionner l'absence d'un accord collectif ou d'un plan d'action relatif à la prévention de la pénibilité dans certaines entreprises.

G. LYON-CAEN, « Les victimes d'accidents du travail, victimes aussi d'une discrimination », *Dr. Soc.*, 1990, p. 737.

P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 6^e éd. 2013.

S. SEILLIER, « Gestion du risque AT-MP et action sur le comportement des entreprises », *Regards*, 2011.

P-Y. VERKINDT, L. PECAUT-RIVOLIER, G. LOISEAU, *Le guide du CHSCT*, Dalloz 2015.

L'évolution des risques professionnels dans le secteur privé entre 1994 et 2010 : premiers résultats de l'enquête SUMER, DARES Analyses, mars 2012, n° 23.

SISTEMA DE INCENTIVOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: BONUS-BONUS Y BONUS-MALUS EN ALEMANIA

Javier Molina Vega, Socio, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Lukas Bo Voelkel, Universität Göttingen, Alemania

Georg August, Universität Göttingen, Alemania

Maria Pilar Bover Castaño, Abogada, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Inmaculada Martinez Otero, Paralegal, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

1. Introducción

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

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

En efecto, las Empresas se hayan obligadas a informar a las mismas caso ocurra un accidente de trabajo que tenga como resultado la ausencia del trabajador, por lo menos, durante tres días de su puesto de trabajo o la muerte del mismo, conforme al § 193 I SGB VII; y no sólo de accidentes del trabajo en sentido estricto, según el § 8 Abs. 1 SGB VII, sino también de los accidentes *in itinere* por mor del § 8 Abs. 2 SGB VII³⁸.

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

38 DGUV Statistik 2013, p. 11.

La evolución estadística³⁹ arroja en los últimos años una reducción de la siniestralidad laboral en Alemania, como puede observarse:

	Accidentes de trabajo	Número de trabajadores ⁴⁰		Tasa de siniestralidad (cada 1.000 trabajadores)		
	Mutuas de accidentes de trabajo	Aseguradoras de accidentes de trabajo para el sector público	Mutuas de accidentes de trabajo	Aseguradoras de accidentes de trabajo para el sector público	Mutuas de accidentes de trabajo	Aseguradoras de accidentes de trabajo para el sector público
2010	840.848	113.611	31.800.544	5.140.625	26	22
2011	833.965	85.060	32.338.580	5.137.011	26	17
2012	802.553	82.456	32.857.103	5.099.910	24	16
2013	790.287	84.227	33.678.283	5.195.661	23	16

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

	Número de situaciones de enfermedad que fueron comunicadas por la posibilidad de constituir enfermedades profesionales	Número total de enfermedades profesionales reconocidas	
		Total	Número de prestaciones por incapacidad concedidas sobre el total de enfermedades profesionales reconocidas
2010	70.277	15.461	6.123
2011	71.269	15.262	5.407
2012	70.566	15.291	4.924
2013	71.579	15.656	4.815

El concepto de accidente de trabajo abarca aquellos accidentes que sufran los trabajadores asegurados como resultado del desempeño de su actividad (§ 8 I SGB VII). En este sentido los accidentes –separando dicho concepto respecto al de enfermedad profesional- tienen como resultado un daño cuya duración en el tiempo es limitada y

39 Las estadísticas se pueden encontrar en <http://www.dguv.de/de/Zahlen-und-Fakten/Arbeits-und-Wegeunfallgeschehen/index.jsp>.

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

que son producidos por un agente externo, que afecta negativamente a la salud del trabajador o que tiene como resultado su muerte. La gravedad de los efectos del accidente sobre la salud del trabajador resulta irrelevante para la calificación como accidente de trabajo, ya que basta el mínimo daño psíquico o físico, producido por un agente externo, para calificarlo como tal⁴¹.

Así las cosas los riesgos ordinarios que conlleva el desempeño de la actividad laboral (por ejemplo, la picadura de un insecto)⁴² pueden calificarse de igual manera como accidentes del trabajo, al igual que una situación traumática para el trabajador u otros hechos que revistan mayor gravedad⁴³.

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

Asimismo el accidente debe producirse en el contexto del desempeño de una actividad asegurada. La simple conexión espacio-temporal no es suficiente para afirmar la existencia de dicho nexo, pues debe existir un nexo causal o interno entre accidente y ejercicio de la actividad desarrollada, lo que en Alemania se denomina “Betriebsdienstlichkeit”⁴⁴. Por ello, en el caso concreto, la cuestión más relevante a resolver a la hora de determinar si se ha producido o no un accidente es el objetivo (profesional o personal) de la tarea desempeñada por el trabajador en el momento del accidente.

En el marco de la definición del accidente de trabajo, ofrecida por el § 8 II SGB VII los accidentes *in itinere*, este comprende a aquellos accidentes que se produzcan en los desplazamientos realizados por el trabajador asegurado entre los lugares enumerados en el §§ 8 II Nr. 1-4 SGB VII, y que se producen hacia o desde el lugar de prestación de servicios. En especial se haya asegurado los desplazamientos en transporte público o en el propio vehículo entre la residencia del trabajador y su lugar de trabajo⁴⁵. En este sentido, según el § 7 II SGB VII, la conducta negligente en la conducción que entrañe determinados riesgos no determina, *per se*, la exclusión de la existencia de accidente de

41 HOLSTRAETER, Reinhard in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann. Kommentar zum Sozialrecht, 4 Auflage, Beck 2015 SGB VII § 8 Rn. 2; BSGE 15, 41, 45.

42 HOLSTRAETER, Reinhard in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann. Kommentar zum Sozialrecht, 4 Auflage, Beck 2015 SGB VII § 8 Rn. 2; BSG 29.11.2011 – B 21 U 3 23/10.

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

44 HOLSTRAETER, Reinhard in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann. Kommentar zum Sozialrecht, 4 Auflage, Beck 2015 SGB VII §8 Rn 6, 8 y siguientes; BSGE 63, 273.

45 HOLSTRAETER, Reinhard in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann. Kommentar zum Sozialrecht, 4 Auflage, Beck 2015 SGB VII §8 Rn 123.

trabajo, en tanto en cuanto se presupone la existencia de un interés empresarial. No obstante, el § 101 II 1 SGB VII permite reducir la cuantía de las prestaciones devengadas con razón de un accidente *in itinere* en el cual se haya cometido un delito contra la seguridad vial por parte del trabajador.

Finalmente, bajo el concepto de enfermedad profesional se exige un nexo causal entre la patología y la actividad desempeñada por el trabajador. Dada la dificultad para determinar dicho nexo, el legislador alemán optó por la solución de determinar de manera reglamentaria una serie de enfermedades como profesionales, con base a riesgos investigados y determinados por la comunidad científica. Por ello, como enfermedad profesional, el § 9 II SGB VII entiende aquellas enfermedades que se encuentren recogidas en el reglamento de enfermedades profesionales (Berufskrankheitenverordnung)⁴⁶, cuya aparición se dé como consecuencia del desempeño de una actividad profesional asegurada.

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

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

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

Asimismo se hace necesaria la existencia de un nexo causal entre actividad desempeñada y enfermedad, si bien es cierto que la existencia de las listas arriba señaladas conlleva la presunción de la existencia de dicha causalidad. En el reglamento

46 <http://www.gesetze-im-internet.de/bkv/BJNR262300997.html>.

de enfermedades profesionales, las patologías listadas se califican como enfermedades profesionales en tanto en cuanto la Medicina ha demostrado que las mismas, debido a su origen, afectan en mayor grado a personas que desempeñan una determinada actividad en comparación con el resto de la población, conforme contempla el § 9 I 2 SGB VII.

2. Breve descripción del sistema de cotización en materia de seguridad social por contingencias profesionales

De forma temprana, y tras la aprobación la orden Imperial para la Industria de 1845, durante los inicios del Gobierno de Otto von Bismarck, el legislador alemán procuró dotar a la sociedad de un cuerpo de normas con el objetivo de crear diversos seguros así como entidades aseguradoras, que protegiesen a los trabajadores respecto a las contingencias de enfermedad, accidentes, incapacidad permanente y vejez. En concreto, partir del año 1883 se inició una labor legislativa que tuvo como objetivo asentar las bases del seguro de enfermedades, un seguro de accidentes y un seguro de jubilación, independientes entre sí⁴⁷. Salvo algunas modificaciones, dicho sistema se ha mantenido intacto hasta la actualidad.

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

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

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

Asimismo resulta destacable la diferencia que realiza el legislador alemán entre aseguramiento obligatorio o voluntario. La gran mayoría de los trabajadores se

47 Gesetz betreffend die Krakenversicherung der Arbeiter, RGBI. 1883 I 73.

encuentran asegurados, por mandato legal, de forma obligatoria. No obstante, existen excepciones, tales como el seguro sanitario, que resulta voluntario en el caso de los trabajadores autónomos (tal y como se prevé en el § 5 V del 5º libro del Código Social alemán, Sozialgesetzbuch).

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

3. El seguro de accidentes de trabajo en Alemania

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

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

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

El seguro de accidentes de trabajo resulta esencial, en tanto en cuanto supone la desaparición de la responsabilidad civil del Empresario respecto a los trabajadores asegurados que sufriesen algún tipo de accidente de trabajo⁴⁸. Sin embargo, esta exoneración no es absoluta. Así, establece el § 104 I SGB VII que los empresarios solo responderán frente a los trabajadores en el caso de aquellos accidente en cuya producción medie dolo o culpa del empresario o de terceros trabajadores o en el caso de accidentes *in itinere*. Dicha exclusión de la responsabilidad civil opera asimismo respecto al resto de trabajadores de la empresa (§§105 f del SGB VII).

48 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 150 SGB VII. Rn 4 y siguientes.

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

3.1. *Mutuas de Accidente de Trabajo*

El seguro de accidentes de trabajo se canaliza, por lo tanto, a través de las Mutuas de Accidentes de Trabajo (Berufsgenossenschaften) y las Aseguradoras para el sector público. Ambas son responsables de la organización del seguro así como de su financiación y pago de prestaciones. A Diferencia entre las Mutuas de Seguro y las Aseguradoras para el sector público se debe sobre todo a disparidades en sus ámbitos funcionales, tal y como se tratará.

3.2. *Ámbito funcional del seguro de accidente de trabajo*

Uno de los principios rectores del Seguro de accidentes de Trabajo es la obligación de todas las Empresas, sea cual sea su actividad, de encontrarse cubiertas por un seguro de esta naturaleza. En contra de lo que se pudiese pensar, el término Empresa en este ámbito hace referencia a todo tipo de Compañías, administraciones públicas, organizaciones, trabajo autónomo y actividades de cualquier tipo, no solo a sociedades mercantiles “strictu sensu”, tal y como determina el § 121 I SGB VII. Es por ello que el Seguro de Accidentes de Trabajo abarca cualquier actividad que se desarrolle de forma regular, planificada, por un plazo de tiempo considerable y con un fin determinado, con independencia del ámbito y de la naturaleza jurídica que se haya adoptado para desarrollar dicha actividad⁴⁹. Es por ello que instituciones tales como la Iglesia, administraciones públicas, organizaciones sociales, escuelas y universidades se hayan incluidas igualmente en el ámbito de aseguramiento⁵⁰.

49 BSGE, III; BSGE 14,4.

50 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII, §122 SGB VII.Rn.10.

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

Como hemos visto en el apartado anterior “organización”, el seguro de accidentes de Trabajo se lleva a cabo bien a través de las Mutuas o de las Aseguradoras para el sector público. La división de las empresas (empresa en sentido amplio, tal y como ya se ha tratado) entre un tipo u otro de institución se realiza siguiendo el principio “regla/excepción”. Según el §121 I SGB VII las Mutuas de Accidentes de Trabajo son competentes para canalizar el Seguro de Accidentes de Trabajo en la totalidad de las empresas, en tanto en cuanto no exista norma especial que determine la competencia de las Mutuas Agrarias o de las Aseguradoras para el sector público.

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

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

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

Salvo estas excepciones, que no son típicas en el modelo alemán, se establece, tal y como se ha tratado, que para todas las empresas (en sentido amplio) de carácter privado,

la competencia está en manos de las Mutuas de Accidente de trabajo, con la única especialidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo para el sector Agrario, competentes para las Empresas del Sector Agrícola, Ganadero y pesquero.

Por tanto, para el resto de empresas son competentes las Mutuas de Accidentes de trabajo § 121 IM II SGB VII cuyo ámbito funcional debe ser concretado, al contrario de lo que sucede con las Mutuas de Accidentes de Trabajo para el sector agrícola, el cual ya posee un ámbito muy delimitado. Para ello, establece el § 122 I SGV VII que el ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales será competente para determinar el ámbito funcional y territorial de las distintas Mutuas. A pesar de ello, el Ministerio nunca ha hecho uso de esta capacidad, ya que según el § 122 II SGB VII se aboga por una continuidad en la competencia de las distintas Mutuas en sus respectivos ámbitos, lo que genera no pocas confusiones⁵¹.

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

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

51 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 121 Rn 4 Auflage C.H Beck Verlag.

3.4. *Financiación de las prestaciones del seguro de accidentes de trabajo*

La financiación de las prestaciones derivadas del Seguro de Accidentes de Trabajo se lleva a cabo mediante un sistema contributivo, mediante el cual las Empresas abonon las respectivas cotizaciones, las cuales deben cubrir el coste de las prestaciones. Dicho proceso se rige por el principio de cobertura de la necesidad presupuestaria futura⁵². De acuerdo con el § 152 I SGB VII las cotizaciones se determinarán transcurrido el año en el cual surge la obligación del pago de cuotas, durante el proceso de recaudación, mediante el cual se debe cubrir la necesidad presupuestaria del año de referencia.

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

Para evitar problemas de financiación, la necesidad presupuestaria se debe determinar de acuerdo a lo establecido en el § 152 I SGB VII no solo de la diferencia entre ingresos y gastos. En este sentido, deben tenerse en cuenta las aportaciones a realizar para crear reservas (§ 172 a SGB VII) así como los fondos de disponibilidad inmediata, los cuales deben emplearse para cubrir las necesidades corrientes así como para compensar los posibles desequilibrios que puedan surgir entre ingresos y gastos (§ 81 SGB VII). Según el § 172 II 1 SGB VII, la cuantía de dichos fondos de disponibilidad inmediata deben ascender a la cuantía necesaria, de acuerdo con las previsiones de ingresos y gastos a corto plazo. Del mismo modo y según el § 172 a I 1 SGB VII las Mutuas de Accidentes de Trabajo y las Aseguradoras para el Sector Público están obligadas a disponer de reservas a largo plazo que establezcan el pago de cuotas y que aseguren la capacidad de dichas instituciones para afrontar el pago de prestaciones, de forma prioritaria en el caso de que el desequilibrio en el balance de ingresos y gastos no pueda ser compensado con los fondos de disponibilidad inmediata (§ 82 SGB VIII). En resumen, el sistema de recaudación se regula a través de las necesidades de financiación a medio y largo plazo de las Mutuas y Aseguradoras para el Sector Público. Asimismo existe la posibilidad de la recaudación anticipada de cotizaciones.

52 SCHMITT, Jochem en Schmitt SGB VII 4 Auflage, 2009 SGB VII §152 Rn. 9; RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 152 Rn. 2.

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

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

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

3.4.2. Salario de los trabajadores

El salario es toda remuneración, directa o indirecta, prorrateada o de pago único, que se percibe como pago a una prestación de servicios, con independencia de nomenclatura y forma de pago (§ 14 SGB IV). Para el cálculo de la cuota se tendrán en cuenta todos los pagos realizados por la empresa a sus trabajadores por el trabajo prestado en el año a tener en cuenta, obteniendo así la base de cotización⁵³.

Para los autónomos y los empresarios, en virtud del art. 83 SGB VII, será el salario anual percibido⁵⁴. Normalmente, la cuota no se determina según el tamaño de la plantilla en una empresa, sino en relación a la remuneración percibida por el total de esta plantilla. Solo en casos excepcionales, pueden los estatutos modificar el cálculo de las cuotas según el número de asegurados, de tal suerte que se tenga en cuenta los riesgos (Gefährdungsrisiken) (art. 155 SGB VII)⁵⁵. La ausencia de cuota por trabajador se explica por la imprevisibilidad de los posibles gastos médicos. El número de los posibles Asegurados no permite extraer una conclusión acerca de los gastos futuros.

53 Para un estudio más profundo de todos los elementos que componen la base de cotización: <http://www.dguv.de/medien/inhalt/versicherung/dokum/arbeitsentgeltkatalog.pdf>.

54 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 154 Rn. 2.

55 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 155 Rn. 2ff.

No obstante este precepto no se aplica con respecto a las prestaciones contributivas. Por ejemplo, la pensión de viudedad es, según el art. 65 II nr. 1 SGB VII, asciende, en los primeros tres meses, a dos tercios de lo percibido anualmente por el fallecido. Precisamente, es sobre la base de lo percibido por el trabajador se pueden anticipar los costes del riesgo.

Dicha retribución anual se calculará, tomando como referencia máxima el doble de la cuantía marcada según el § 18 I SGB IV en el momento de generarse la prestación, y como cuantía mínima, al menos el 60% de dicha cifra, según lo establecido por el § 85 II SGB VII y el § 85 I SGB VII, respectivamente⁵⁶. Por consiguiente tomar como referencia única la nómina sería perjudicial para aquellas empresas con salarios altos, ya que los salarios percibidos, no serían tenidos en cuenta al calcular las prestaciones contributivas⁵⁷.

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

3.4.3. Tarificación del riesgo

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

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

56 “Die Bezugsgröße ist eine sozialversicherungsweit angewandte Recheneinheit, die sich aus dem Durchschnittsentgelt der gesetzlichen Rentenversicherung im vorvergangenen Kalenderjahr, aufgerundet auf den nächsthöheren, durch 420 teilbaren Betrag ergibt. Sie dient der Vereinfachung der Rechtsetzung durch Dynamisierung der gesetzlichen Vorgaben in Abhängigkeit vom aktuellen Lohnniveau.”

57 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 153 Rn. 4f.

Empresas, en las cuales sus asegurados, producen aproximadamente los mismos costes, ya sea por pertenecer al mismo sector o debido a la realización de las mismas actividades, deberán de forma solidaria y en el mismo grado aportar a la financiación.

Para ello las empresas son agrupadas en partidas y se les asigna una tarificación de riesgo conjunta. Obviamente cuanto más aumente el riesgo, más aumenta la tarificación del riesgo y con ello la contribución.

A causa del “principio de seguro”, se determina la correspondiente “clase de peligro”, pero no en relación al riesgo individual de cada empresa, sino de acuerdo con el riesgo medio de las “comunidades de riesgo agrupadas”. Ya que las diversas tarifas actúan como garantía del justo reparto de las contribuciones según el tipo de riesgo, el encuadre en la tarifa errónea no tendrá más consecuencias que un reparto injusto de la carga contributiva respecto a las cuotas abonadas por las diversas empresas aseguradas⁵⁸.

3.4.4. Composición de las diversas tarifas

La clasificación en una tarifa de riesgo determinada, se puede llevar a cabo bien atendiendo al sector de actividad de la empresa o atendiendo a las actividades concretas que en la misma se desarrollan. En este sentido es perfectamente posible combinar ambos criterios para obtener las llamadas “tarifas mixtas”⁵⁹.

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

Si la tarificación se lleva a cabo teniendo en cuenta la actividad concreta, se llevará a cabo un cálculo individualizado por cada trabajador asegurado, dependiendo de la actividad concreta desempeñado por los mismos. Debido a la complicación administrativa que conlleva el cálculo individualizado, el empleo de esta fórmula se suele limitar a aquellas empresas que por razón del riesgo de la actividad desempeñada

58 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 2.

59 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 9; BVerfG SozR 4 -2700 § 157 Nr. 3.

puedan diferir en gran medida con otras empresas del sector. Es aquí cuando se elaborarán las tarifas mixtas antes mencionadas. Así, por ejemplo, según la Mutua de Accidentes de Trabajo del Sector de la Construcción, las empresas de demolición deben situarse en la Tarifa 300 (Índice de riesgo de 20,74), sin embargo las actividades administrativas que en dicha empresa se desarrollen se situarán en la Tarifa 90 (índice de riesgo de 0,44)⁶⁰. Asimismo, y por mandato legal según lo dispuesto en el § 157 IV SGB VII en la tarificación se debe diferenciar el índice de riesgo de la actividad principal y el de aquellas actividades complementarias.

Para que el proceso de recaudación se lleve a cabo en directa correlación a los riesgos existentes, resulta esencial que la clasificación de las empresas en las diversas tarifas se lleve a cabo de forma lo más ajustada a la realidad, para lograr la llamada “Comunidad de riesgo”. Por norma general, las aseguradoras para el Sector Público y las Mutuas de Accidentes de Trabajo pueden realizar esta clasificación de forma autónoma. En cualquier caso, deben respetarse el principio de solidaridad, ya que este ha sido proclamado por el TJUE como uno de los aspectos esenciales del Seguro de Accidentes de Trabajo, de acuerdo con la normativa europea⁶¹.

En la tarificación por sector de actividad de la empresa los riesgos de la actividad laboral deben ser comparables, ya que las condiciones en las cuales dicha actividad se desarrolla son similares⁶². En función con los factores de riesgo relevantes se pueden crear tarifas que sean más o menos exhaustivas⁶³. Así, la tarifa de riesgo de la Mutua de Accidentes de Trabajo del Sector Servicios⁶⁴ realiza una relación bastante generalista según las ramas de actividad, por ejemplo, diferenciando las actividades de Ingeniería y empresas de arquitectura (Tarifa 2) de los centros educativos (Tarifa 4). La tarifa de riesgo de la Mutua de Accidentes de Trabajo para el sector maderero y del Metal realiza una diferenciación mucho más exhaustiva: por ejemplo, los fabricantes de vehículos ferroviarios y sus componentes se enmarcan en la Tarifa 2, los productores de muebles tapizados, en la Tarifa 3, y los productores de automóviles en la Tarifa 4.

En la tarificación atendiendo al tipo de actividad concreta desempeñada por los trabajadores encontramos un fenómeno parecido: la Mutua de Accidentes de Trabajo para el sector servicios diferencia entre los jugadores de fútbol de las ligas profesionales

60 <http://www.bgbau.de/mitglieder/untern/gefahrtarife/downloads/2-gt-erlaeuterg.pdf>.

61 HOLSTRAETER in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann. Kommentar zum Sozialrecht, 4 Auflage, Beck 2015 SGB VII 9 a, EuGH.

62 Zur zulässigkeit: BSG v 11.4.2013 – B2 U 8/12 R, BSGE 113/192.

63 HOLSTRAETER in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann. Kommentar zum Sozialrecht, 4 Auflage, Beck 2015 SGB VII 9 a, EuGH.

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

(Tarifa 16.1, Índice de riesgo 54,05), futbolistas con remuneración especial (Tarifa 16.1, Índice de riesgo 51,80) así como otros deportistas cuya actividad simplemente está remunerada (Tarifa 16.2; Índice de riesgo 50,44).

Por otro lado, en la creación de las diversas Tarifas se hace necesario contar con un determinado tamaño del sector de actividad e interrelación entre las distintas actividades comprendidas en la misma, para poder cumplir el principio de efectivo aseguramiento. La tarificación del riesgo correspondiente debe ser, por lo tanto, un reflejo del riesgo medio de la actividad desarrollada por la “comunidad de riesgos” asegurada. Por lo tanto, a la hora de elaborar las correspondientes tarifas se deben evitar fluctuaciones casuales, lo que requerirá de un tamaño mínimo del sector, el cual no está definido por ley. Ello conlleva al agrupamiento de diversos sectores de actividad en una misma tarifa, con el fin de alcanzar dicho tamaño⁶⁵.

3.4.5. Cálculo del índice de riesgo

La correcta elaboración de la Tarifa de riesgo garantiza que aquellas Empresas cuya actividad entrañe riesgos similares soporten una carga parecida en el cobro de cotizaciones. La medida en que dicha carga, soportada por cada empresa, resulta proporcionada, depende del correcto cálculo del índice de riesgo. Así las cosas, el índice de riesgo se debe calcular para cada tarifa a través de la comparación entre las prestaciones devengadas y abonadas como resultado del aseguramiento y las cotizaciones abonadas por las empresas aseguradas.

De esta división resulta la llamada el coeficiente de carga o “Belastungsziffer” que redondeada viene a ser el índice de riesgo. Para facilitar el manejo de estos datos, algunas Mutuas de accidentes usan un multiplicador, el cual es irrelevante para el resultado, al ser el empleado de forma unánime en todas las Tarifas. Viene a ser⁶⁶:

$$\text{Índice riesgo x coeficiente de carga} = \frac{\text{Prestaciones abonadas tarifas}}{\text{Cotizaciones ingresadas tarifas}} \times 1000$$

Como se observa en la fórmula superior, las prestaciones abonadas y las cotizaciones ingresadas resultan determinantes. Estos parámetros deben medirse en un periodo de observación determinado, el cual será fijado por las Mutuas de accidentes. Dicho

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

66 bspw. <http://www.bghm.de/unternehmer/gefahrarif/allgemeines-zum-gt.html#c3131>.

período debe ser seleccionado de tal forma que se eviten posibles influencias aleatorias o casuales, tales como un accidente en masa, para evitar una alteración anormal en el cálculo. En consonancia con la exigencia de revisar el índice de riesgo cada seis años (art. 157 V SGB VII) se establece un período de observación de seis a diez años⁶⁷.

Dado que el índice de riesgo se calcula por separado para cada Tarifa, el mismo determinará el corte a realizar en las contingencias aseguradas y tenidas en cuenta para la determinación de la tarifa: así, cualquier prestación que deban abonar las Mutuas de accidentes de Trabajo a los asegurados, con motivo bien de un accidente de trabajo o por enfermedad profesional, se computa en la Tarifa de estas empresas. Es controvertido en qué medida las prestaciones devengadas como resultado de un accidente *in itinere* deben ser tenidas en cuenta para la determinación de la tarifa, ya que las mismas representan un riesgo vital homogéneo para todos los asegurados, y no un riesgo concreto de la actividad⁶⁸. Así, el índice de riesgo variará según la tarifa que se deba emplear. Por ejemplo, en los índices de riesgo establecidos por la Mutua de Accidentes del Trabajo para el sector servicios se realiza una división por sectores o ramas de actividad, mientras que en la Mutua de Accidentes de Trabajo de Comercio y Logística la división es más exhaustiva, abarcando subsectores. Esto mismo ocurre a nivel regional. El factor determinante es si la Mutua de Accidentes de Trabajo opera a nivel federal o en todo el país. Dada la inexistencia de Mutuas de Accidentes de Trabajo del Sector Industria a nivel regional, en estos casos el índice de riesgo se calcula necesariamente a nivel federal, tomando en cuenta el importe abonado en concepto de prestaciones para cada tarifa.

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

67 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 14.

68 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 13; Schulz Rn. 2 zu 1.4 sowie BG 1985, 704.

desempeñada por los operarios en una planta siderúrgica, los cuales cuentan con un índice de riesgo del 3,54⁶⁹.

3.4.6. “Beitragsfuß”

La consideración de la necesidad de financiación de la Mutua de Accidentes del Trabajo y de las Aseguradoras para el Sector público se lleva a cabo a través del llamado “Beitragsfuß”. Para hallar dicho coeficiente, y según lo previsto en el § 167 II SGB VII, se divide el importe del suelo presupuestario de la aseguradora entre las unidades de contribución de todas las empresas aseguradas (Resultado de multiplicar la remuneración por la cuota de riesgo). El peso de la remuneración de los trabajadores según la cuota de riesgo pretende equilibrar las aportaciones realizadas a la llamada “comunidad de riesgo” incluida en una misma tarifa. Si no fuese así aquellas tarifas que prevean una cuota de riesgo mayor, y que conlleven por lo tanto una mayor carga para las empresas, resultarían desproporcionadas⁷⁰. Por lo tanto, el parámetro del “Beitragsfuß” tiene en cuenta tanto la cuota de riesgo calculada sobre la remuneración abonada a los trabajadores así como la necesidad presupuestaria de la aseguradora⁷¹.

3.4.7. Cálculo de la cuota

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

$$\text{Cuota} = \text{Remuneración total de los trabajadores} \times \text{Beitragsfuß} \times \text{cuota de riesgo}$$

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

69 BGHM Link.

70 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 4; ; SCHLAEGER, Beck’scher Online Kommentar SGB VII, 38 Auflage § 167 m.w.N.; SCHMITT, Jochem en Schmitt SGB VII 4 Auflage, 2009 SGB VII § 167 Rn. 7.

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

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

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

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

	PARTIDA 1	PARTIDA 2	PARTIDA 3
Tarifación del riesgo	$(4/4000) \times 1000 = 1,0$	$(8/8000) \times 1000 = 2,0$	$(12/4000) \times 1000 = 3,0$

3. Cálculo del “Beitragsfuß”

Suelo presupuestario		Retribución en el año de contribución	
Financiación necesaria	30 Mio.	Partida 1	400 Mio.
Otros Ingresos	6 Mio.	Partida 2	800 Mio.
Suelo presupuestario	24 Mio.	Partida 3	400 Mio.
Beitragsfuß	$24 \text{ Mio.} / (400 \text{ Mio.} \times 1,0 + 800 \text{ Mio.} \times 2,0 + 400 \text{ Mio.} \times 3,0) = 0,0075$		

4. Cálculo final de la cuota

Contribución	$3,5 \text{ Mio} \times 0,0075 \times 2,0 = 0,525 \text{ Mio} = \mathbf{525.000}$
---------------------	---

- 3.4.8. Descuentos e incrementos en la cuota

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

exista una probabilidad mayor de riesgo. Viceversa, cuando la probabilidad del riesgo sea menor no se prevén descuentos concretos en la tarifa aplicada a otras empresas⁷².

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

4. El sistema de bonus

La regulación concreta del sistema de bonus malus se diferencia entre las distintas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Aseguradoras para el sector público, ya que las mencionadas instituciones tienen capacidad para autorregular dicho sistema a través de sus estatutos. Por ello, resulta difícil realizar un estudio que abarque, de forma general, el funcionamiento del mismo en todo el territorio alemán⁷³.

4.1. Deber de informar de los accidentes

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

72 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 Rn. 16.

73 SCHMITT, Jochem en Schmitt SGB VII 4 Auflage, 2009 SGB VII § 162 Rn. 6; BSG SozR 3 – 2200 § 725 Nr. 2 mwN.

mismos pueda resultar indicativo de un mayor riesgo concreto de la actividad desempeñada⁷⁴.

La responsabilidad del empresario en la producción del accidente resulta irrelevante, por norma general, para el sistema de bonus malus. Así, los accidentes de trabajo por causas de fuerza mayor o provocados por terceros ajenos a la empresa pueden ser no tenidos en cuenta por las Mutuas de accidentes de trabajo, siendo esta una posibilidad de la cual las mismas disponen, no una obligación⁷⁵, según el § 162 I 2 SGB VII.

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

4.2. Libertad de las mutuas de Accidentes de trabajo en el incremento de las cotizaciones ante empresas con alta siniestralidad

La libertad de establecer un propio sistema de bonus malus encuentra sus límites en el principio de Solidaridad, no obstante la jurisprudencia ha admitido incrementos hasta del 60% en las cuotas de cotización por accidentes de trabajo⁷⁶. Los incrementos y los descuentos en las cuotas se podrán calcular teniendo en cuenta factores tales como el número o gravedad de los accidentes comunicados (§ 132 I 4 SGB VII). A pesar de la previsión legal de dichos parámetros, los mismos podrán ser aplicados libremente por las Mutuas de accidentes de trabajo a la hora de dirimir si efectivamente se produce un descuento en un aumento de cuota inicialmente previsto, y las mismas podrán delimitar su relevancia a la hora de determinar dicho aumento o disminución en la cuota.

Por último, para el establecimiento de los correspondientes sistemas de bonus malus, las Mutuas de accidentes de Trabajo deben tener en cuenta las especiales características del sector de actividad de las empresas aseguradas en su ámbito. En este sentido, hay que tener en cuenta que los descuentos e incrementos en la cuota tienen un efecto directo

74 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 157 § 162 Rn. 5.

75 BSGE 42, 129; Ricke KK § 162 Rn. 2, 7.

76 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 162 Rn. 6; BSG SozR 2200 § 75 Nr. 10; BSG NZS 1986, 623; BSG SozR 3- 2200 §725 Nr. 2.

sobre el suelo presupuestario de las Mutuas, ya que los incrementos en la cuota de una determinada empresa determinarán la disminución en el resto. Viceversa, si se producen descuentos en la cuota, ello afectará al resto de empresas mediante un aumento en sus respectivas cuotas. Con motivo de este efecto, directamente proporcional, entre el aumento o disminución de las cuotas para una Empresa sobre las del resto de empresas aseguradas por la Mutua, se debe distinguir entre dos tipos de incrementos o descuentos en la cuota: En el llamado Incremento de cuota con recargo, los incrementos se producen durante el año en curso, y se aplican teniendo en cuenta cada uno de los accidentes comunicados a la mutua⁷⁷. En los incrementos de cuota sin recarga el aumento o disminución se imputarán los accidentes producidos en un año al siguiente. Por lo tanto, la medición entre el aumento y la disminución en las cuotas se puede llevar a cabo de manera conjunta, pues una empresa determinada puede tener un alto grado de cumplimiento en uno de los parámetros (por ejemplo, gravedad media leve en los accidentes) pero encontrarse por debajo de la media en otro (por ejemplo, gran número de siniestros)⁷⁸.

4.3. *Incentivos de prevención*

Tanto las Mutuas de Accidentes de Trabajo como las Aseguradoras para el Sector Público tienen la posibilidad, más allá de los incrementos o las disminuciones en al cuota, de establecer los llamados incentivos a la prevención, que tienen como objetivo premiar a las empresas por la implementación de medidas relativas a la prevención de riesgos laborales. En este sentido, no existe una norma general y las Mutuas de Accidentes y las Aseguradoras para el Sector Público cuentan con un amplio grado de libertad para establecer y en su caso regular estos incentivos⁷⁹. Con este tipo de incentivos no se busca premiar o potenciar la simple implementación de las medidas previstas en la ley, sino apoyar a aquellas empresas que hayan ido más allá en el cumplimiento de lo previsto legal o reglamentariamente, estableciendo medidas adicionales de prevención de riesgos.

4.4. *Pago de cuotas*

El monto total a pagar se suele comunicar, por norma general, por parte de la Mutua o de la Aseguradora para el sector público a través de la comunicación escrita para el

77 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 162 Rn. 9k; zur Staffelung Rn. 14.

78 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 162 Rn. 11.

79 RICKE, Wolfgang en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 162 Rn. 20f.

pago de cuotas, tal y como prevé el § 168 I SGB VII⁸⁰. Esta comunicación no supone el nacimiento del derecho de la Mutua o de la Aseguradora para el sector público al cobro de cuotas. Este derecho nace, *ope legis* vía § 22 SGB IV con el cumplimiento de los requisitos legales para apreciar la obligación de suscribir un seguro de accidentes de trabajo. No obstante la comunicación tiene efectos sobre el vencimiento de los plazos de pago. El plazo ordinario abarca, con regla general, hasta el día 15 del mes siguiente a aquel en el que se realizó la comunicación del pago de cuotas. Si hasta dicha fecha no se ha producido el ingreso, el § 24 I SGB IV prevé el cobro con intereses del 1% sobre el valor de la cuantía debida, por cada mes de retraso en el pago de cuotas, siendo dichos intereses acumulables. El vencimiento del plazo de pago ordinario supone asimismo el inicio del cómputo de la prescripción, que comprende cuatro años. No obstante, respecto a las cuotas que se han dejado de pagar de forma intencionada, el legislador prevé un plazo de prescripción de 30 años, según lo dispuesto en el § 25 SGB VII.

La comunicación de pago es un acto administrativo tal y como establece el § 31 SGB X, y según lo establecido por el § 66 SGB, las obligaciones de pago recogidas en la misma son ejecutables según las leyes de ejecución administrativa estatales y regionales. El cobro de las cuotas debidas no requiere de ningún título ejecutivo. De acuerdo con lo establecido en la § 3 I BVwVG la orden de ejecución emitida por la Mutua de Accidentes de Trabajo o la Aseguradora para el sector público bastaría⁸¹. Esta orden de ejecución puede ser emitida a partir del transcurso de una semana tras el vencimiento del periodo ordinario de pago. No obstante, en la práctica habitual se suele optar por la remisión de un mandamiento de pago previo a la empresa deudora, dándole de plazo una semana. Si este mandamiento no surte efectos, se puede proceder a la ejecución, la cual se lleva cabo observando lo dispuesto en el Abgabenordnung. En este sentido se pueden ejecutar tanto bienes muebles (§§ 281 y siguientes AO) como inmuebles (§§ 322 y siguientes AO). Normalmente se suele proceder al embargo de las cuentas bancarias de la empresa deudora (§§ 309 ff AO).

Ya que el impago de cuotas tiene consecuencias enormemente negativas sobre el resto de empresas aseguradas por la Mutua de accidentes de trabajo⁸², las medidas anteriormente descritas suelen llevarse hasta sus últimas consecuencias⁸³. Por esta razón

80 RICKE, WOLFGANG en Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht SGB VII § 168 Rn. 2 y siguientes.

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

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

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

resulta inusual que se produzcan dichos impagos. Adicionalmente, la condición de deudor de cuotas puede suponer la pérdida de la licencia de comercio para la Empresa. Ulteriormente, dicho impago, si se produce mediando dolo, puede suponer, según el § 266 a II Strafgesetzbuch (Código Penal alemán) penas de privación de libertad o multas de hasta cinco años, y para casos especialmente graves se prevé la pena de privación de libertad de seis meses hasta diez años. Si la deuda se ha contraído mediando dolo, se podrá condenar asimismo a la empresa al pago de elevadas multas destinadas a la Mutua de Accidentes de Trabajo o Aseguradora para el sector público, según corresponda.

5. Conclusión

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

1. El sistema de cobertura de accidente de trabajo imprime una corresponsabilidad al beneficiario, pues reduce la cantidad de las prestaciones, como por ejemplo en los accidente *in itinere* si el accidentado incumple las normas de seguridad vial.
2. La dimensión de la empresa influyen en las exigencias documentales, que no de aplicación de la norma de prevención de riesgos laborales.
3. Las competencias de las Mutuas de Accidente de Trabajo, tales como ordenar o imponer medidas preventivas, inspeccionar y ejecutar decisiones incumplidas por los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales, generan unas importantes sinergias en el control de gasto de prestaciones.
4. Dichas prestaciones, como analizaremos más adelante, no se determinan según los daños y perjuicios efectivamente incurridos que serían (i) gastos de asistencia médica y de rehabilitación (según §§ 249 sig. BGB), (ii) gastos causados por necesidades elevadas a consecuencia del accidente (§ 843 BGB), (iii) daños morales (§ 253 II BGB) y (iv) daños causados por la muerte (entierro y derechos de alimentos, § 844 BGB) o la incapacidad permanente parcial o total del afectado que le impiden seguir trabajando de la misma manera que antes del accidente (§ 842 BGB) sino que en el marco de lo establecido por la SGB VII, estamos ante una liquidación del siniestro sujeto a criterios propios.

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

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

6. En el marco de la prevención de riesgos laborales la única acción relevante a la cual puede verse expuesto el empleador es al accidente tuviese su origen en una acción dolosa, o negligencia grave del empresario en el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos.

Sin embargo, las concurrencias de actuaciones dolosas son difíciles de acreditar, ya que la norma no sólo exige dolo y culpabilidad en la actuación u omisión del empleador que cause el accidente sino también dolo y culpabilidad respecto al resultado.

7. Así, la Mutua de Accidentes de Trabajo pueden repetir contra el empresario las prestaciones e indemnizaciones (incluido los daños morales) que han podido abonar al trabajador si el origen del accidente se produjo por un incumplimiento doloso o negligencia grave de la normativa de prevención de riesgos laborales; no obstante, este es un riesgo asegurable, y por tanto está muy normalizado el abono a través de Aseguradoras.

8. En el marco de su actividad, a los inspectores de la Mutuas de Accidente se les autoriza a controlar la debida aplicación de las normas por los empresarios, lo que no se orienta exclusivamente a identificar las deficiencias existentes, sino también y sobre todo a la evitación del peligro/riesgo, de tal suerte que no concurriendo en ese momento se adopten decisiones sobre los que pueden concurrir en un futuro.

Adicionalmente, pueden dictar órdenes dirigidas tanto al empresario como a los trabajadores, que estos deben acatar de acuerdo con el § 19 SGB VII. En el supuesto que se produzca un incumplimiento de forma culposa o dolosa, de cualquiera de las exigencias concretadas en el § 209 SGB VII podrán ser sancionados con multa. Aun cuando no existe un recargo de prestaciones, las conductas reiteradas de incumplimiento de la norma de prevención con daños a la salud, es sancionable indirectamente a través, del bonus malus que analizaremos más adelante.

9. La financiación de las prestaciones derivadas del Seguro de Accidentes de Trabajo se lleva a cabo mediante un sistema contributivo, mediante el cual las Empresas abonan las respectivas cotizaciones, las cuales deben cubrir el coste de las prestaciones. Dicho proceso se rige por el principio de cobertura de la necesidad presupuestaria futura. En este sentido el importe de la cuota se determinará atendiendo a las características de cada empresa. El § 153 I SGB VII nombra las características que resultarán

determinantes para calcular el importe de la cuota: la remuneración de los trabajadores asegurados y el grado de riesgo de la actividad desempeñada por la empresa.

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

11. Asimismo, y tal y como se ha tratado, hay ciertos parámetros relacionados con la siniestralidad de una empresa que pueden dar lugar a un incremento en la cuota de la misma. En este sentido, tal y como se ha visto, la propia Mutua puede decidir que parámetros, dentro de los ofrecidos por la ley, se emplean para calibrar un posible incremento en la cuota de una determinada empresa. Así, puede que una determinada Mutua castigue a una empresa con menor índice de siniestralidad, pero donde los accidentes acaecidos, aunque menores en número, sean de gran gravedad, frente a otra cuyo número de siniestros sea mayor, pero donde los mismos hayan sido de tipo leve.

12. Del mismo modo, el principio de solidaridad, proclamado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se plasma en la fundación de las llamadas “comunidades de riesgo”, las cuales están conformadas por las empresas de un sector, las cuales son agrupadas en una misma tarifa. Dentro de dicha tarifa, y para el cálculo concreto de la cuota, habrá que tener en cuenta asimismo el índice de riesgo de la actividad. Dicho índice, a pesar de lo que su propio nombre pudiese indicar, no vendrá solo determinado por el riesgo efectivo de la actividad, sino también por la remuneración de los trabajadores asegurados. Es decir, el incremento del riesgo y del salario medio de la actividad concreta tendrá como resultado índices de riesgo mayores. Ello se plasma en el ejemplo anteriormente expuesto, acerca de los jugadores de fútbol profesional. Su índice de riesgo es mayor, por lo tanto, mayor será la contribución, y no porque el peligro de sufrir lesiones en el desempeño de su actividad profesional sea más elevado que el de un operario del sector siderometalúrgico, sino porque el salario medio en el sector es mucho más elevado, y las prestaciones que se pudiesen derivar de un posible accidente de trabajo serán, asimismo, de mayor cuantía. No se trata, por tanto, de un sistema totalmente proporcionado. Creemos que se trata de un sistema que sería difícil extrapolación a la legislación española, ya que mediante el aseguramiento por parte de la Mutua, la empresa y el resto de trabajadores quedan totalmente exentos de una posible reclamación por daños y perjuicios, al quedar exonerados de cualquier tipo de responsabilidad civil (con las excepciones anteriormente vistas). Por ello, la cuestión acerca de un posible incremento en las cotizaciones por la existencia de una sentencia

firme que declare la responsabilidad del empresario en la producción del accidente pierde su sentido, toda vez que a través de este sistema de exoneración, establecido por el § 105 SGB VII, esta posibilidad queda descartada.

13. Las Mutuas pueden y establecen un sistema de incrementos o descuentos en la cuota atendiendo al número de accidentes comunicados por cada empresa. Están obligadas, por lo tanto, a establecer un sistema de bonus malus en la recaudación de cuotas, que penalice con un incremento en las cuotas a aquellas empresas en las cuales acaece un mayor número de accidentes, y que premie con descuentos en dichas cuotas a aquellas empresas cuyo número de accidentes sea menor, que a pesar de la obligación de comunicar los accidentes *in itinere*, éstos no pueden ser tenidos en cuenta para fundamentar incrementos en la cotización por la contingencia de accidentes de trabajo.

14. La intervención de las Mutuas de Accidente de Trabajo sobre el deber de información de los accidentes de corta duración, les permite tener una imagen fiel de la siniestralidad.

15. Así, los accidentes de trabajo por causas de fuerza mayor o provocados por terceros ajenos a la empresa pueden ser no tenidos en cuenta por las Mutuas de accidentes de trabajo.

16. La libertad de establecer un propio sistema de bonus malus encuentra sus límites en el principio de Solidaridad, no obstante la jurisprudencia ha admitido incrementos hasta del 60% en las cuotas de cotización por accidentes de trabajo. Los incrementos y los descuentos en las cuotas se podrán calcular teniendo en cuenta factores tales como el número o gravedad de los accidentes comunicados.

17. Para el establecimiento de los correspondientes sistemas de bonus malus, las Mutuas de accidentes de Trabajo deben tener en cuenta las especiales características del sector de actividad de las empresas aseguradas en su ámbito.

18. Si se producen descuentos en la cuota, ello afectará al resto de empresas mediante un aumento en sus respectivas cuotas. Con motivo de este efecto, directamente proporcional, entre el aumento o disminución de las cuotas para una Empresa sobre las del resto de empresas aseguradas por la Mutua, se debe distinguir entre dos tipos de incrementos o descuentos en la cuota.

19. Por último, y como aspecto positivo del sistema alemán, cabe destacar la iniciativa de las mutuas para fomentar la innovación y la iniciativa en la adopción de medidas de seguridad y salud. No se premia el mero cumplimiento de lo dispuesto legalmente, si no

que aquellas empresas que desarrollen e implementen sistemas adicionales y medidas extras en cuanto a prevención verán recompensados sus esfuerzos mediante la disminución en las cuotas. Ello es loable, toda vez supone que el propio empresario tome la iniciativa en desarrollar un sistema extra de protección, el cual no redundará únicamente en su beneficio, si no en la seguridad del total de la plantilla.

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

SISTEMA DE INCENTIVOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: BONUS-BONUS Y BONUS-MALUS EN ESPAÑA

Manuel Luque Parra

Catedrático acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Pompeu Fabra

Anna Ginès i Fabrellas

Profesora agregada acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
ESADE – Universitat Ramon Llull

1. Introducción

La cotización a la Seguridad Social variable en atención del nivel de contingencias profesionales registradas en una empresa permitiría incentivar la prevención de riesgos laborales. En tanto que permite trasladar el coste de las contingencias públicas abonadas al trabajador accidentado o sus causahabientes a la empresa causante y responsable de la contingencia, se alcanza el nivel óptimo de prevención, vinculado, según la teoría económica, a la íntegra asunción de los costes de la contingencia por su causante.⁸⁴

Al trasladar a la empresa –mediante un aumento o reducción de la cuota de cotización a la Seguridad Social– el coste total de las prestaciones públicas por contingencias profesionales registradas en la empresa, se le atribuye incentivos de prevención para reducir el número de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y, en consecuencia, reducir su cotización.

En coordinación con un adecuado diseño de los demás instrumentos de responsabilidad empresarial e indemnizatorios del daño derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional,⁸⁵ un sistema de bonus *bonus-malus* permitiría incentivar a las empresas a adoptar un nivel adecuado de prevención de riesgos laborales.

En este sentido, un sector importante de la doctrina iuslaboralista –entre los que destacan MERCADER UGUINA o DESDENTADO BONETE–, se ha posicionado a favor de un

84 Por todos, véase SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge - London, 2004, p. 237 y THOMASON, T., “Economic incentives and workplace safety”, en ROBERTS, K., BURTON, J. F. Jr y BODAH, M. M. (Editores), *Workplace injuries and diseases: prevention and compensation: essays in honor of Terry Thomason*, W.E. Upjohn Institute for Employment Research, Kalamazoo (EUA), 2005, p. 10.

85 Véase GINÈS I FABRELLAS, A., *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, La Ley, Madrid, 2012.

sistema de bonus *bonus-malus* en la cotización por contingencias profesionales, en atención al cual contribuyan más aquellas empresas que más contingencias registren. Esto es, primas de cotización variables en función del índice de siniestralidad de las empresas individualmente consideradas, como medio para fomentar la prevención de riesgos laborales.⁸⁶

El artículo 108.3 LGSS prevé, como se analiza más en detalle a continuación, la posibilidad de reducir la cuantía de las primas de cotización por contingencias profesionales “*en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención*” o aumentarlas en relación con aquellas empresas que “*incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo*”. Sin embargo, no fue hasta 2010 –e incluso parcialmente– que se desarrolló este precepto mediante la aprobación del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral (RD 404/2010, en adelante).

2. El sistema de cotización al Régimen General de la Seguridad Social: contingencias comunes y contingencias profesionales

El sistema español de Seguridad Social, en cumplimiento de la garantía institucional contenida en el artículo 41 CE, se configura como un régimen público que tiene la finalidad de proteger a los ciudadanos ante situaciones de necesidad, mediante prestaciones económicas suficientes para garantizar un mínimo nivel de rentas.⁸⁷

⁸⁶ Véase MERCADER UGUINA, J. R., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo: Seguridad Social y derecho de daños*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2001, p. 49; DESDENTADO BONETE, A., “El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario”, en AAVV, *Seguridad Social. Una perspectiva histórica*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), Madrid, 2001, p. 286-287; DESDENTADO BONETE, A., “Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes”, *Revista de derecho social*, nº 24, 2003, p. 90; entre otros.

⁸⁷ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, p. 38; ALONSO OLEA, M., “La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (Coordinadores), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid 2000, p. 176; ALARCÓN CARACUEL, M. R. (Director), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 29-37; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Sobre la configuración constitucional de la Seguridad Social”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Coordinadores), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Albolote (Granada), 2008, p. 101.

En atención a estos parámetros, el artículo 2 LGSS establece que el sistema español de Seguridad Social se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad y le atribuye la finalidad de garantizar “*a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta... la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley*”. Protección adecuada que, en cualquier caso, varía en atención al nivel asistencial o contributivo del sistema de Seguridad Social. Así, el nivel de protección asistencial tiene el objetivo de garantizar una protección mínima a aquellas personas que se encuentren en situación de necesidad y carezcan de rentas suficientes (artículos 144 y 167 LGSS), mientras que el contributivo pretende proteger a aquéllas que, habiendo realizado una actividad económica de carácter profesional, se encuentren en una situación de necesidad (artículo 7.1 LGSS).

El acceso a prestaciones contributivas de la Seguridad Social requiere, como norma general según el artículo 124 LGSS: a) la afiliación y alta –o situación asimilada al alta⁸⁸– al Régimen General de la Seguridad Social, b) el cumplimiento del período de cotización previo en su caso exigido y c) la manifestación de la situación de necesidad protegida. Téngase en cuenta, no obstante, que el apartado cuarto de este artículo 124 LGSS excluye la exigencia de períodos previos de cotización para el derecho a prestaciones derivadas de accidentes, sean o no de trabajo, y de enfermedades profesionales.

El sistema de cotización a la Seguridad Social, objeto de estudio en el presente apartado, se encuentra regulado en los artículos 103 y siguientes LGSS y en el Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre, que aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RCLSS, en adelante). La obligación de cotizar nace con el comienzo de la prestación de trabajo y se mantiene por todo el periodo que el trabajador está de alta en el Régimen General de la Seguridad Social (artículo 106 LGSS).

2.1. Cotización por contingencias profesionales a cargo exclusivo del empresario

La obligación de cotizar al Régimen General de la Seguridad Social corresponde, como norma general, a los trabajadores y empresarios. Así, la cotización –incluida también la

⁸⁸ La situación asimilada al alta supone considerar a un trabajador, que no se encuentra en situación de alta efectiva, en “alta presunta” en las mismas condiciones que si efectivamente estuviera dado de alta al Régimen General de la Seguridad Social (artículo 125 LGSS). En este sentido, los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social se consideran en situación de alta, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones en materia de alta, afiliación y cotización (artículo 125.3 LGSS).

correspondiente por contingencias comunes— comprende dos aportaciones: una correspondiente al trabajador y otra de la empresa por cuya cuenta trabaja.

El régimen de cotización por accidente de trabajo o enfermedad profesional, no obstante, presenta una importante peculiaridad, por cuanto corre a cargo exclusivo del empresario (artículo 103.3 LGSS).⁸⁹

Esta cotización a cargo exclusivo de la empresa que encuentra un doble fundamento. En primer lugar, en la teoría del riesgo, según la cual el empresario, en tanto beneficiario del proceso productivo, creador de las condiciones de riesgo y titular de las facultades de dirección, vigilancia y control de la actividad laboral, debe soportar los costes derivados de esta actividad.⁹⁰ En segundo lugar, en la necesidad de incentivar la prevención de riesgos laborales. Así, en tanto el nivel de actividad afecta a la probabilidad de accidentes,⁹¹ la cotización por contingencias profesionales a cargo exclusivo del empresario supone incorporar parte de los costes de los riesgos existentes en la empresa, incentivando al empresario a adoptar el nivel de producción adecuado y, por ende, incentivando también la prevención de riesgos laborales.

2.2. *Cálculo de la prima de cotización: base y tipo de cotización*

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

La base de cotización, regulada en el artículo 109 LGSS,⁹² se calcula teniendo en cuenta “*la remuneración total, cualesquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta*

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

90 GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 81.

91 SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge - London, 2004, p. 211; POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, Estados Unidos, 2007, p. 178-179; GÓMEZ POMAR, F., “El sudor de la frente y el daño moral”, *InDret*, nº 1, 2005, p. 6.

92 Los artículos 109 LGSS y 23 RCLSS establecen la norma general con relación al cálculo de la base de cotización. Sin embargo, existen peculiaridades de cotización en relación con los contratos de aprendizaje (artículo 64 RCLSS), a tiempo parcial y de relevo (artículo 65 RCLSS), en supuestos de guarda legal (artículo 66 RCLSS), durante la incapacidad temporal y maternidad (artículo 68 RCLSS), en situaciones de desempleo y por fomento del empleo (artículo 70 RCLSS), etc.

ajena”. El método de cálculo empleado para la base de cotización pretende su asimilación con la retribución que recibe el trabajador. Así, las percepciones de vencimiento superior al mes se prorratearán a lo largo de los doce meses del año y se incluirá la parte proporcional en la remuneración mensual que sirve para el cálculo de la base de cotiza.

El apartado segundo de dicho artículo 109 LGSS, no obstante, excluye del cómputo de la base de cotización: a) las asignaciones por gastos de locomoción o desplazamiento, b) gastos de manutención, c) indemnizaciones por fallecimiento, traslados, suspensiones de contrato o despidos y d) prestaciones de la Seguridad Social, mejoras voluntarias o gastos de estudios relacionados con el puesto de trabajo.

El tratamiento de las horas extraordinarias varía en atención a la cotización por contingencias comunes y contingencias profesionales. Así, de acuerdo con el apartado 2.e) del artículo 109 LGSS, en la cotización por contingencias comunes no se integra la remuneración recibida por el trabajador por horas extraordinarias en la base de cotización. Sin embargo, según el artículo 111 LGSS la remuneración obtenida por el trabajador en concepto de horas extraordinarias será objeto de una cotización adicional, con arreglo a los tipos que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.⁹³ En la cotización por contingencias profesionales dicha remuneración, por el contrario, sí se incorpora en la base de cotización de forma indiferenciada con el resto del salario aquella cuantía obtenida por el trabajador en concepto de horas extraordinarias.

Aunque, como se ha apuntado, la fórmula de cálculo de la base de cotización tiene como finalidad su asimilación con la retribución mensual efectivamente recibida por el trabajador, existen topes mínimos y máximos en la base de cotización (artículos 16 y 110 LGSS). Esto es, cuantías mínimas y máximas a partir de los cuales no existe obligación de cotización.

El tope mínimo de la base de cotización es equivalente, según el artículo 16.2 LGSS y salvo disposición expresa en contrario, al salario mínimo interprofesional incrementado en un sexto. El artículo 1 del Real Decreto 1106/2014, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2015 estipula dicho salario mínimo en 21,62€/día o 648,60€/mes. Por consiguiente, el tope mínimo de la base de cotización para el 2015 es equivalente a 156,7€ mensuales.

93 Para el año 2015, el tipo de cotización adicional de las horas extraordinarias será del 28,30%, del que el 23,60% será a cargo de la empresa y el 4,70% a cargo del trabajador (artículo 103.2.3.b) Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015).

El tope máximo, a su vez, se establece anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, mediante una cuantía única para todas las actividades, categorías profesionales y contingencias. Para el año 2015, el artículo 103.1.1 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (LPGE 2015, en adelante) establece que el tope máximo de la base de cotización en cada uno de los Regímenes de la Seguridad Social que lo tenga establecido será equivalente a 3.606€ mensuales.

El tipo de cotización, como se ha apuntado anteriormente, es el porcentaje que se aplica a la base de cotización para determinar la cuantía de la cuota de cotización a la Seguridad Social.

En el sistema español de Seguridad Social opera, como norma general, el principio de uniformidad del tipo de cotización, estableciéndose un tipo de cotización de “*carácter único para todo el ámbito de protección de este Régimen General*” (artículo 107 LGSS). El tipo de cotización se establece anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, estableciéndose para este año 2015 un tipo de cotización por contingencias comunes en el Régimen General de la Seguridad Social equivalente a 28,3%, 23,6% a cargo de la empresa y 4,70% a cargo del trabajador (artículo 103.2.2.a) LPGE 2015).

Finalmente, es interesante destacar la regulación contenida en el artículo 5 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal establece una reducción en la cotización por contingencias comunes en supuestos de traslado de trabajadores con enfermedad profesional. Así, dicho precepto reconoce una reducción del 50% en la cotización por contingencias comunes de aquellas empresas que trasladen a un trabajador diagnosticado con una enfermedad profesional en grado que no dé lugar a prestación económica a un puesto de trabajo alternativo y compatible con su estado de salud; misma reducción se aplica ante la contratación de trabajadores en idéntica situación de diagnóstico por parte de una empresa diferente a aquella en la que prestaba servicios en el momento del diagnóstico.

2.3. Cotización variable por accidente de trabajo o enfermedad profesional por riesgos inherentes de la actividad económica y el problema del free riding

En sede de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, no obstante, no resulta de aplicación el anterior principio de uniformidad del tipo de cotización. Así, escapándose de la regla general de la uniformidad, el tipo de cotización

por contingencias profesionales varía en atención a la actividad económica o productiva que realice empresa.

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

Así, la cotización por contingencias profesionales es una cotización variable o móvil – según denominación doctrinal–,⁹⁴ por la cual el tipo de cotización se establece en atención al nivel de riesgos profesionales existentes en la actividad o sector industrial al que pertenece la empresa. Los tipos de cotización por contingencias profesionales se establecen anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado a fin de poder ajustarlos para que reflejen, de forma efectiva, los riesgos profesionales inherentes a las distintas actividades o sectores industriales.

No obstante lo anterior, la LPGE 2015 no ha actualizado los tipos de cotización por contingencias profesionales, remitiéndose a los porcentajes de la tarifa de primas incluida en la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 actualizada según el apartado primero de la disposición final décima novena de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. Es interesante tener en cuenta, no obstante, el compromiso del Gobierno de, antes de finales de 2015, actualizar la tarifa de cotización por contingencias profesionales en atención a la peligrosidad y los riesgos para las distintas actividades, industrias y tareas.⁹⁵

94 LÓPEZ CUMBRE, L., “Las “escalas móviles” de cotización en el sistema de Seguridad Social”, en AAVV, *El accidente de trabajo en la Seguridad Social*, VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Santander, 2003, p. 63; CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de seguridad social*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 78; entre otros.

95 Así se establece en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en cumplimiento con lo establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley de Presupuestos Generales

La disposición adicional 4ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado 2007 establece dos cuadros con distintos tipos de cotización por contingencias profesionales: el Cuadro I hace referencia al porcentaje correspondiente en atención a las distintas actividades económicas utilizando los códigos de Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), mientras que el Cuadro II fija los tipos de cotización aplicables a ocupaciones y situaciones de la empresa en todas las actividades.

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

La cotización a la Seguridad Social invariable a los índices de siniestralidad en la empresa genera el problema, propio de los bienes públicos, del *free riding* o del polizón.⁹⁶

Una propiedad de los bienes públicos es la imposibilidad de excluir a alguien de su consumo, tampoco aquellos que no han contribuido ni contribuyen a su financiación, generando, por consiguiente, incentivos a los individuos a beneficiarse del consumo de dichos bienes públicos pero sin participar en su financiación; esto es, tienen incentivos a *free ride* y beneficiarse del bien sin soportar los costes de su financiación.⁹⁷

del Estado para el 2007 respecto de la revisión de los tipos de cotización por actividades económicas y la reducción del número de situaciones contempladas en el denominado Cuadro II de dicha tarifa.

96 TOMPA, E., TREVITHICK, S. y MCLEOD, C., “Systematic review of the prevention incentives of insurance and regulatory mechanisms for occupational health and safety”, *Scandinavian Journal of Work, Environment, and Health*, vol. 33, nº 2, 2007, p. 86; BURTON, J. F. Jr. y CHELIUS, J. R., “Workplace safety and health regulations: rationale and results”, en KAUFMAN, B. E. (Editor), *Government regulation of the employment relationship*, Industrial Relations Research Association, Madison (EUA), 1997, p. 265; VISCUSI, W. K., “Toward a diminished role for tort liability: social insurance, government regulation, and contemporary risks to health and safety”, *Yale Journal on Regulation*, vol. 6, nº 65, 1989, p. 86; entre otros.

97 En relación con los bienes públicos y el problema del *free riding* véase STIGLITZ, J. E., *La economía del sector público*, Antoni Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 150-154.

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

Imaginemos el ejemplo de una empresa que realiza una importante inversión en medidas y procesos de prevención de riesgos laborales que genera una disminución en los riesgos laborales existentes en dicho sector o actividad económica y, por consiguiente, una reducción en el tipo de cotización por contingencias profesionales aplicable. No obstante lo anterior, la reducción en el tipo de cotización es aplicable a todas las empresas de dicho sector o actividad económica, independientemente de sus inversiones específicas destinada a fomentar la seguridad y salud laboral en la empresa. Esto es, la inversión en prevención de riesgos laborales realizada por la empresa del ejemplo beneficia a todas las empresas del sector.

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

La cotización mediante primas insensibles a los índices de siniestralidad de las empresas individualmente consideradas no fomenta, a nuestro juicio y siguiendo una parte de la doctrina iuslaboralista representada por DESDENTADO BONETE, LÓPEZ CUMBRE, MERCADER UGUINA o DURÁN LÓPEZ,⁹⁸ la prevención de riesgos laborales.

98 Véase LÓPEZ CUMBRE, L., “Las “escalas móviles” de cotización en el sistema de Seguridad Social”, en AAVV, *El accidente de trabajo en la Seguridad Social*, VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Santander, 2003, p. 90; DESDENTADO BONETE, A., “El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario”, en AA.VV., *Seguridad Social. Una perspectiva histórica*, MTAS, Madrid, 2001, p. 284; MERCADER UGUINA, J. R., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo: Seguridad Social y derecho de daños*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2001, p. 49; DURÁN LÓPEZ, F. (Coordinador), *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España. Estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Presidencia, Madrid, 2001, p. 246; FERNÁNDEZ AVILÉS, A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 194; GINÈS I FABRELLAS, A., *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, La Ley, Madrid, 2012, p. 124; entre otros.

El problema del *free riding* en la cotización por contingencias profesionales fue parcialmente resuelto mediante la aprobación del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, que regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral (RD 404/2010, en adelante). Como se analiza a continuación, dicha previsión reglamentaria introduce un sistema de incentivos a la cotización por contingencias profesionales basado en los índices de siniestralidad laboral registrados en la empresa individualmente considerada.

3. El sistema de incentivos de prevención de riesgos laborales mediante cotizaciones a la Seguridad Social establecido en el RD 404/2010

La cotización por contingencias profesionales debe complementarse, como se ha mencionado anteriormente y se analiza con mayor detalle a continuación, con un criterio adicional referente a la siniestralidad laboral registrada individualmente en la empresa. Así, el artículo 108.3 LGSS permite que las cuantías de las primas de cotización por contingencias profesionales calculadas en atención a los anteriores criterios se reduzcan “*en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención*” o aumenten en relación con aquellas empresas que “*incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo*”. Según este mismo precepto, la reducción o aumento del tipo de cotización no podrán exceder del 10% de la cuantía de las primas, salvo en supuestos de incumplimiento reiterado de las obligaciones de prevención de riesgos laborales, en cuyo caso el aumento podrá llegar hasta el 20%.

Sin perjuicio de esta previsión legal que permite variar el tipo de cotización por contingencias profesionales en atención a la actividad preventiva de las empresas individualmente consideradas no fue puesta en práctica –y parcialmente– hasta 2010 mediante la aprobación del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, que regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral (RD 404/2010, en adelante).⁹⁹

El RD 404/2010, como se deriva de su título y se establece expresamente en la exposición de motivos, desarrolla la previsión contenida en el citado artículo 108.3 LGSS únicamente en lo referente a la parte incentivadora. Esto es, de acuerdo con dicho precepto y aquello previsto en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el

⁹⁹ Véase BLASCO LAHOZ, J. F., “El nuevo sistema de “bonus” en las cotizaciones por disminución de la siniestralidad laboral”, *Información Laboral*, nº 9, 2010, p. 2-11 por un completo análisis del Real Decreto 404/2010.

Trabajo 2007-2012,¹⁰⁰ regula solamente un sistema de reducción de las cotizaciones a la Seguridad Social por contingencias profesionales para aquellas *“empresas por su contribución eficaz y contrastable a la reducción de la siniestralidad laboral, y que han de conjugar necesariamente dicha disminución de siniestralidad con el desarrollo de actuaciones, objetivas y eficaces, en materia de prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, en los términos y condiciones que se establecen”*.

La incentivación a la prevención de riesgos laborales mediante al aumento de la cotización a la Seguridad Social para aquellas empresas que incumplan con sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral no ha sido, no obstante, todavía implementada. Así, según la exposición de motivos del RD 404/2010, el aspecto penalizador en materia de Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales se encuentra representado en el ordenamiento jurídico español mediante medidas como el recargo de prestaciones de la Seguridad Social, la pérdida de bonificaciones a la Seguridad Social y la posible actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

No obstante lo anterior, el propio RD 404/2010 incluye en su exposición de motivos el compromiso del Ministerio de Trabajo e Inmigración de realizar los estudios pertinentes para valorar la oportunidad de introducir un sistema de incremento de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas con índices de siniestralidad laboral excesivamente elevados. Y, en este sentido, existe un compromiso del Gobierno de modificar, antes de finalizar el año 2015, el RD 4040/2010 a fin de implantar *“un sistema objetivo centrado en el comportamiento de la siniestralidad”* e *“incentivar en las empresas la adopción de medidas y procesos que contribuyan eficazmente a la reducción de las contingencias profesionales de la Seguridad Social”*.¹⁰¹

El RD 404/2010, según dispone su artículo primero, establece *“un sistema de incentivos consistente en reducciones de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que se distingan por su contribución eficaz y contrastable a la reducción de la siniestralidad laboral y por la realización de actuaciones efectivas en la prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales”*. Concretamente, aunque no puede hablarse en sentido estricto de una reducción de las cotizaciones por

100 Disponible en:

http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Estrategia_Seguridad_Salud/Doc.Estrategia%20actualizado%202011%20ultima%20modificacion.pdf

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

contingencias profesionales,¹⁰² se establece un sistema de incentivos consistente en la devolución de una parte de aquello satisfecho por las empresas beneficiarias en concepto de cotización por contingencias profesionales.

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

3.1. *Empresas beneficiarias del sistema de incentivos*

Podrán ser beneficiarias del sistema de incentivos a la cotización por contingencias profesionales aquellas empresas –tanto privadas como públicas– que coticen a la Seguridad Social y que, además de otros requisitos, no superen en el período de observación los índices de siniestralidad general y extrema que establece el propio RD 404/2010.

El artículo 2.1 RD 404/2010 establece que, para poder ser beneficiarias del sistema de incentivos, las empresas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a. Haber realizado inversiones, debidamente documentadas y determinadas cuantitativamente, en instalaciones, procesos o equipos en materia de prevención de riesgos laborales que puedan contribuir a la eliminación o disminución de riesgos durante el período de observación.
- b. Haber cotizado a la Seguridad Social durante el período de observación con un volumen total de cuotas por contingencias profesionales superior a 5.000€.
- c. No rebasar en el período de observación los límites que se establezcan respecto de los índices de siniestralidad general y siniestralidad extrema a que se refieren los apartados 1 y 2 del anexo II.
- d. Encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de cotización a la Seguridad Social. No siendo posible, por tanto, que una empresa con deudas en

102 SEMPERE NAVARRO, A. V., “Del bonus-malus al bonus-nullus”, *Aranzadi Social*, nº 4, 2010, p. 1; LAFUENTE SUÁREZ, J. L., “El sistema de incentivos para la reducción de cotizaciones por contingencias profesionales. Análisis crítico de urgencia”, *Actualidad Laboral*, nº 13, 2010, p. 8 (versión La Ley Digital).

materia de Seguridad Social pueda beneficiarse del incentivo por, en su caso, una baja siniestralidad laboral.

- e. No haber sido sancionada por resolución firme en vía administrativa en el período de observación por la comisión de infracciones graves o muy graves en materia de prevención de riesgos laborales o de Seguridad Social.
- f. Acreditar el cumplimiento por la empresa de los requisitos básicos en materia de prevención de riesgos laborales. Acreditación que debe realizarse mediante autodeclaración sobre actividades preventivas y sobre la existencia de representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales que, en su caso, conformaran la citada autodeclaración.¹⁰³
- g. Acreditar el desarrollo o la realización, durante el período de observación, de dos, al menos, de las siguientes acciones:
 - Incorporación a la plantilla de recursos preventivos propios (trabajadores designados o servicio de prevención propio), aun cuando no esté legalmente obligada a efectuarlo, o ampliación de los recursos propios existentes.
 - Realización de auditorías externas del sistema preventivo de la empresa, cuando ésta no esté legalmente obligada a ello.
 - Existencia de planes de movilidad vial en la empresa como medida para prevenir los accidentes de trabajo en misión y los accidentes *in itinere*.
 - Acreditación de la disminución, durante el período de observación, del porcentaje de trabajadores de la empresa o centro de trabajo expuestos a riesgos de enfermedad profesional.
 - Certificado de calidad de la organización y funcionamiento del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa, expedido por entidad u organismo debidamente acreditado por la Entidad Nacional de Acreditación, justificativo de que tal organización y funcionamiento se ajusta a las normas internacionalmente aceptadas.

Si perjuicio de los anteriores requisitos, el artículo 3 RD 404/2010 establece criterios específicos para pequeñas empresas para que, dadas las especiales circunstancias que en ellas concurren, puedan ser beneficiarias del sistema de incentivos.

103 El Anexo I del RD 404/2010 incluye el modelo de autodeclaración sobre actividades preventivas y sobre la existencia de representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. El propio Anexo establece que se entenderá acreditado el cumplimiento de los requisitos básicos en materia de prevención de riesgos laborales establecidos en los artículos 2.1.f) y 3.1 cuando proceda respuesta afirmativa a todas las preguntas de la autodeclaración que resulten de aplicación a la empresa.

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

- a. Haber alcanzado un volumen de cotización por contingencias profesionales de 250 euros en el período de observación de cuatro ejercicios.
- b. Acreditar el desarrollo o realización de alguna de las siguientes acciones preventivas:
 - Asunción por el empresario de la actividad preventiva o designación de trabajadores de la empresa que asuman dicha actividad.
 - Obtención, por el empresario o los trabajadores designados que vayan a asumir las tareas preventivas, de formación real y efectiva en materia de prevención de riesgos laborales.

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

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

El período de observación, definido en el artículo 6 RD 404/2010, es “*el número de ejercicios naturales consecutivos e inmediatamente anteriores al de la solicitud que no hayan formado parte de una solicitud anterior, con un máximo de cuatro ejercicios.*” Así, las empresas solicitantes del incentivo podrán determinar el período de observación en atención a sus intereses y hasta cuatro ejercicios naturales inmediatamente anteriores a la solicitud, siempre que esos no hubieran formado parte de una solicitud anterior. No obstante lo anterior, una vez alcanzado el volumen mínimo de cotización de 5.000€ en concepto de cuotas a la Seguridad Social por contingencias profesionales al que se refieren los artículos 2 y 3 RD 404/2010, para las empresas que no hubieran solicitado el incentivo comenzará a computarse un nuevo período de observación.

Los apartados 1 y 2 del Anexo II del RD 404/2010, como se ha apuntado anteriormente, definen los índices de siniestralidad general y extrema que las empresas no podrán superar dentro del anterior período de observación.

El primer apartado de dicho Anexo, referente al índice de siniestralidad general, establece –de hecho– dos índices que recogen la incidencia de la siniestralidad laboral, la permanencia en la situación de activo de trabajador, el número de trabajadores y bases de cotización y la relación con la actividad económica desarrollada reflejada en el tipo de cotización por código CNAE contemplado en la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales. Concretamente, la definición de dichos índices es la siguiente:

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

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

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

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

Los parámetros α_i , β_i y δ_i hacen referencia a los valores límites del índice de siniestralidad general y siniestralidad extrema que se establecen anualmente en las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado y no pueden superarse para acceder al incentivo. Y, en las tres ecuaciones presentadas, el subíndice i hace referencia a cada uno de los códigos CNAE recogidos en la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales.

Para acceder al incentivo regulado por el RD 404/2010 las empresas, teniendo en cuenta la forma de cálculo analizada, no pueden tener unos índices de siniestralidad general ni de siniestralidad extrema superiores a los valores límites establecidos anualmente por las distintas actividades económicas. En cualquier caso, si la empresa superase el límite establecido respecto del índice de siniestralidad extrema no será reconocido el incentivo, independientemente del valor de los índices de siniestralidad general.

Los valores límite de los índices de siniestralidad general y extrema, como se ha apuntado, se establecerán anualmente en la Orden por la que se desarrollan las normas

de cotización de la Seguridad Social, contenidas en las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado (artículo 4.4 RD 404/2010). Para el 2015, dichos valores límite se encuentran regulados en el anexo de la Orden ESS/86/2015, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

A modo de resumen, el sistema de incentivos regulado en el RD 404/2010 atiende al nivel de siniestralidad laboral registrado en las empresas en el período de observación – entre uno y cuatro ejercicios económicos inmediatamente anteriores a la solicitud– en comparación con valores de siniestralidad anualmente establecidos por el Gobierno en atención al sector o actividad económica que desarrolla la empresa.

La distinción entre el índice de siniestralidad general y siniestralidad extrema denota la preocupación por el legislador por fomentar la seguridad y salud laboral desde un punto de vista integral, por cuanto se tienen en cuenta todo accidente de trabajo o enfermedad profesional, y no únicamente aquellos graves y muy graves. La única excepción, como se ha apuntado, la constituye el accidente *in itinere*, que se excluyen del cómputo de los índices de siniestralidad general y extrema (artículo 2.3 RD 404/2010).

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

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

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

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

3.4. Financiación del sistema de incentivos: excedente de la gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales

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

Así lo establece el artículo 5 RD 404/2010, que se remite al actualmente derogado artículo 73 LGSS que permitía destinar un porcentaje de las dotaciones efectuadas por cada una de las mutuas en el Fondo de Prevención y Rehabilitación “*a incentivar la adopción de medidas y procesos que contribuyan eficazmente y de manera contrastable a la reducción de la siniestralidad laboral, mediante un sistema de «bonus-malus»*”. Tras la modificación de la LGSS en 2014,¹⁰⁴ esta remisión debe entenderse referida al artículo 75 bis LGSS que regula los excedentes y el actual Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social.

El apartado segundo de dicho artículo 5 RD 404/2010 establece que las mutuas tendrán a disposición en cada ejercicio económico un máximo del 3% de los recursos del actual Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social; salvo cuando dichos recursos fueran insuficientes para atender las solicitudes aceptadas, en cuyo caso la mutua podrá acordar el destina de recursos procedentes de las reservas voluntarias o parte de las reservas obligatorias correspondientes a la gestión de las contingencias profesionales en la cuantía que excede del límite reglamentario mínimo.

3.5. Gestión administrativamente del sistema de incentivos de la cotización por contingencias profesionales

El reconocimiento del incentivo que regula el RD 404/2010 se encuentra condicionado, como se ha apuntado anteriormente, a la solicitud por parte de la empresa. Así, las

¹⁰⁴ Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

empresas que deseen optar al incentivo deberán presentar solicitud, desde el día 1 de abril hasta el 15 de mayo, en la mutua o entidad gestora que asuma la protección de sus contingencias profesionales (artículo 7.1 RD 404/2010).

Examinadas todas las peticiones presentadas y verificada la concurrencia de los requisitos apuntados, la mutua o entidad gestora remitirá a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social informe propuesta no vinculante en relación con la concesión o denegación del incentivo solicitado (artículo 7.2 RD 404/2010). En este último supuesto y previa remisión de dicho informe, se concederá trámite de audiencia a la empresa, así como a los delegados de prevención y se acompañaran sus alegaciones a dicho informe-propuesta.

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social verificará nuevamente el cumplimiento por parte de las empresas solicitantes de los requisitos exigidos reglamentariamente y el volumen de recursos disponibles, y dictará, en su caso, resolución estimatoria, que dará traslado a la mutua o entidad gestora correspondiente y a la Tesorería General de la Seguridad Social para que ésta proceda al abono de los incentivos a las empresas beneficiarias (artículo 8 RD 404/2010). En el supuesto de resolución denegatoria por no considerar acreditada la concurrencia de las condiciones necesarias para acceder al incentivo, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social lo comunicará a la mutua o entidad gestora para su notificación a la empresa solicitante, al objeto de que ésta pueda formular alegaciones en el trámite de audiencia correspondiente (artículo 8.3 RD 404/2010).

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

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

El sistema de incentivos a la cotización a la Seguridad Social establecido en el RD 404/2010 supone, como se ha analizado en las páginas anteriores, el reembolso de una parte de la cotización por contingencias profesionales para aquellas empresas que, en el

período de observación determinado, no superen los índices de siniestralidad general y siniestralidad extrema establecidos anualmente por parte del Gobierno.

No existe, por tanto, un aspecto penalizador en dicho sistema de incentivos que sancione a las empresas que incumplan con sus obligaciones de prevención de riesgos laborales, por superar determinados índices de siniestralidad y/o haber sido declaradas responsables por la producción de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

La exposición de motivos del RD 404/2010, consciente de esta limitación del sistema de incentivos, justifica la opción legislativa argumentando que el aspecto penalizador en materia de Seguridad Social por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud laboral se encuentra representado por medidas como las relativa al recargo de prestaciones de la Seguridad Social previsto en el artículo 123 LGSS, la pérdida de las bonificaciones sobre las cotizaciones a la Seguridad Social o la posible actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Resulta, en todo caso, cuestionable como el legislador identifica un instrumento indemnizatorio del daño y de responsabilidad empresarial, como es el recargo de prestaciones, con un sistema de penalización en la cotización por contingencias profesionales de aquellas empresas que más contribuyen en la siniestralidad laboral en el mercado de trabajo.

La siniestralidad laboral en la empresa, por tanto, únicamente es sancionada en tanto exista una reclamación por parte del trabajador accidentado o sus causahabientes y una sentencia firme que declare la responsabilidad de la empresa derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional. No se sanciona, por tanto, la sola existencia de una elevada siniestralidad laboral en la empresa mediante el aumento de cuotas de cotización a la Seguridad Social.

No obstante lo anterior, la misma exposición de motivos del RD 404/2010 establece que *“el Ministerio de Trabajo e Inmigración llevará a cabo los estudios pertinentes con objeto de valorar la oportunidad de establecer un sistema de incremento de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas con índices excesivos de siniestralidad e incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.”*

En este sentido apunta la disposición adicional 4ª de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (Ley 35/2014, en adelante). Dicha disposición establece que el compromiso del Gobierno de abordar, en el plazo de un año, una actualización de la cotización por contingencias profesionales. Concretamente,

la actualización de la Tarifa de cotización por contingencias profesionales y la modificación del RD 404/2010 a fin de, además de agilizar y simplificar el proceso de solicitud, reconocimiento y abono del incentivo y “*la implantación de un sistema objetivo centrado en el comportamiento de la siniestralidad*”, a fin de incentivar a las empresas la adopción de medidas y procesos que contribuyan a reducir eficazmente las contingencias profesionales.

4. Conclusiones

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

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

En segundo lugar, el RD 40/2010 introdujo un sistema de incentivos basado en el índice de siniestralidad laboral registrado en las empresas individualmente consideradas. Así, las empresas que en el período de observación –de duración entre uno y cuatro ejercicios económicos inmediatamente anteriores a la solicitud– no superen los valores de siniestralidad general y extrema anualmente establecidos por el Gobierno en atención al sector o actividad económica que desarrolla la empresa tendrán derecho al reembolso de hasta el 10% de su cotización por contingencias profesionales.

Desde nuestro punto de vista, debe celebrarse la introducción del sistema de incentivos en la cotización por contingencias profesionales por parte del RD 404/2010, en tanto permite superar el problema del *free riding* generado por el sistema de cotización variable o móvil.

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

El sistema de incentivos introducido mediante el RD 404/2010 permite, como se ha apuntado, superar parcialmente esta deficiencia del *free riding* del sistema de cotización por contingencias profesionales. Mediante este sistema, las empresas tienen incentivos a invertir en prevención de riesgos laborales para reducir la siniestralidad en el seno de su empresa y recuperar parte de aquello abonado en concepto de cotización por contingencias profesionales. Dado que la reducción del nivel de siniestralidad en la empresa beneficia directamente a la propia empresa, la teoría económica predice la generación de incentivos adecuados de las empresas para invertir en medidas y procesos de prevención de riesgos laborales y reducir así los índices de siniestralidad laboral en la empresa.

Asimismo, debe valorarse positivamente la distinción que efectúa el RD 404/2010 entre el índice de siniestralidad general y siniestralidad extrema, denotando una preocupación por parte del legislador para prevenir no únicamente las contingencias graves y muy graves, sino todo accidente de trabajo o enfermedad profesional.

No obstante lo anterior, desde nuestro punto de vista, este sistema es insuficiente para incentivar adecuadamente la prevención de riesgos laborales en la empresa.

En primer lugar, la cotización variable o móvil por contingencias profesionales y el sistema de incentivos introducido por el RD 404/2010 no es suficiente para trasladar a la empresa el coste de las prestaciones de la Seguridad Social abonadas a los trabajadores accidentados o sus causahabientes.

El RD 404/2010, como se ha analizado, introduce un sistema consistente en la devolución de una parte de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que no superen determinados niveles de siniestralidad. No es, en sentido estricto, una cotización variable en atención a la siniestralidad laboral de la empresa –las primas de cotización no son calculadas en atención al número de contingencias profesionales en la empresa–, sino un sistema de devolución.¹⁰⁵ Por consiguiente, resulta insuficiente para trasladar el coste de las prestaciones públicas abonadas al trabajador a la empresa causante de la contingencia y, por tanto, para alcanzar un nivel de prevención de riesgos laborales adecuado.

105 LAFUENTE SUÁREZ, J. L., “El sistema de incentivos para la reducción de cotizaciones por contingencias profesionales. Análisis crítico de urgencia”, *Actualidad Laboral*, nº 13, 2010, p. 3 (versión La Ley Digital).

En segundo lugar, existen ciertas limitaciones de los sistemas de cotización variable, en general, y del introducido mediante el RD 404/2010, en particular, que deben tenerse en cuenta a fin de garantizar un adecuado sistema de incentivos:¹⁰⁶

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

El incentivo regulado en el RD 404/2010 es, como se ha analizado anteriormente, equivalente a la menor de las siguientes cuantías: a) el 5% del importe de las cuotas por contingencias profesionales abonadas por la empresa en el período de observación o el 10% en supuestos de períodos de observación consecutivos o b) el importe de las inversiones preventivas realizadas por la empresa puedan contribuir a la eliminación o disminución de riesgos. Debería, a nuestro juicio, estudiarse desde un punto de vista económico la efectividad del incentivo para fomentar la prevención de riesgos laborales.¹⁰⁷

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

106 En relación con esta cuestión, véase NAROCKI FLAMINMAN, C., “Si «la prevención es rentable» ¿porqué no la han descubierto los empresarios? Una revisión de propuestas para políticas en salud laboral”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 14, 1999, p. 116 y CANE, P., *Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law*, 7ª edición, Butterworth and Co., Londres, 2006, p. 437-438.

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

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

- El cálculo de las primas de cotización en atención al nivel pasado de contingencias profesionales producidas en la empresa es insensible al esfuerzo en la adopción de medidas o procesos de prevención de riesgos laborales que pudieran adoptar las empresas en el presente.

Desde nuestro punto de vista, el sistema de incentivos regulado en el RD 404/2010 ha sido diseñado adecuadamente para superar esta limitación propia de los sistemas de cotización variable. Así, valoramos positivamente la exigencia de la realización de inversiones en prevención de riesgos laborales como requisito para acceder al incentivo regulado en el RD 404/2010, por cuanto denota una preocupación también por las actuaciones empresariales presentes en materia de seguridad y salud laboral. Y, aunque ciertamente la exigencia de un nivel mínimo de siniestralidad laboral pudiera resultar “insensible” a dichos esfuerzos empresariales de prevención, la posibilidad de configurar un período de observación de hasta cuatro años permite a las empresas beneficiarse del incentivo por inversiones de prevención que, en el período de observación, han permitido reducir los índices de siniestralidad en la empresa por debajo de los valores mínimos.

- La cotización por contingencias profesionales variable debe combinarse con medidas efectivas de inspección y control, por cuanto puede dar lugar a incentivos perversos de, por ejemplo, no declaración de contingencias profesionales para eludir aumentos en el tipo de cotización.

En tercer lugar, desde nuestro punto de vista, existen algunas incongruencias en los requisitos exigidos por parte del RD 404/2010 a las empresas para ser beneficiarias del incentivo. Así, entendemos injustificable la ausencia de exclusión de aquellas empresas declaradas civilmente responsables por la concurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Mientras que el artículo 2.1.b) RD 404/2010 excluye aquellas empresas que hubieran sido, durante el período de observación, sancionadas en vía administrativa por comisión de infracciones graves o muy graves en materia de

prevención de riesgos laborales o de Seguridad Social, no existe previsión semejante en materia de responsabilidad civil.

Asimismo, tampoco se aprecia justificable la existencia de una cotización mínima para acceder al incentivo regulado en el RD 404/2010, debiéndose permitir, a nuestro juicio, el acceso de todas aquellas empresas que contribuyan a mejorar la seguridad y salud laboral –manteniendo, no obstante, una proporcionalidad entre el nivel de cotización y la cuantía del incentivo.

Por último en este punto, se valora positivamente la inclusión como requisito para acceder al incentivo la previa realización de inversiones en prevención medidas o procesos de prevención de riesgos laborales que puedan contribuir a la eliminación o disminución de riesgos durante el período de observación (artículo 2.1.a) RD 404/2010). Se observa como el objetivo del sistema de incentivos del RD 404/2010 no es el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral –ya legalmente exigible–, sino favorecer la reducción de la siniestralidad laboral. No obstante lo anterior, contrariamente a lo que podría pensarse de la redacción de dicho precepto y del propio título del RD 404/2010, no se exige una relación causa-efecto entre las inversiones preventivas realizadas y la reducción de los niveles de siniestralidad laborales en la empresa. De hecho, no se exige una reducción en los valores de siniestralidad de la empresa –esto es, acreditar la efectividad de dichas inversiones– sino la no superación de determinados niveles de siniestralidad general y extrema. Desde nuestro punto de vista, la exigencia de inversiones en materia de prevención de riesgos laborales o la exigencia de actuaciones preventivas más allá de las legalmente exigidas es únicamente justificable si va aparejada de la acreditación de su efectividad a efectos de reducir los niveles de siniestralidad laboral en la empresa.

En cuarto y último lugar, es criticable, a nuestro juicio, la ausencia en la cotización por contingencias profesionales de un aspecto penalizador que sancione a las empresas que incumplan con sus obligaciones de prevención de riesgos laborales, por superar determinados índices de siniestralidad y/o haber sido declaradas responsables por la producción de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.¹⁰⁸

En la actualidad, la siniestralidad laboral en la empresa es únicamente sancionada en supuestos de responsabilidad empresarial por incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral –recargo de prestaciones de la Seguridad Social,

108 En este mismo sentido, véase, VILLAR CAÑADA, I. M., “Incidencia de la liberalización de los mercados de servicios en la legislación laboral: la «Ley Omnibus», de 22 de diciembre de 2009, y el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo de 2010”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 326, 2010, p. 45.

responsabilidad civil, administrativa y, en su caso, penal. No se sanciona, *per se*, la elevada siniestralidad laboral en la empresa mediante el aumento de la cotización a la Seguridad Social.

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

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

Debiéndose, en todo caso, complementar dicho sistema de cotización variable con un adecuado diseño de los demás instrumentos de responsabilidad empresarial e indemnizatorios del daño derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

5. Bibliografía

BLASCO LAHOZ, J. F., “El nuevo sistema de “bonus” en las cotizaciones por disminución de la siniestralidad laboral”, *Información Laboral*, nº 9, 2010, p. 2-11.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de seguridad social*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

DURÁN LÓPEZ, F. (Coordinador), *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España. Estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Presidencia, Madrid, 2001.

GINÈS I FABRELLAS, A., *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, La Ley, Madrid, 2012.

LAFUENTE SUÁREZ, J. L., “El sistema de incentivos para la reducción de cotizaciones por contingencias profesionales. Análisis crítico de urgencia”, *Actualidad Laboral*, nº 13, 2010, p. 1-9 (versión La Ley Digital).

SEMPERE NAVARRO, A. V., “Del bonus-malus al bonus-nullus”, *Aranzadi Social*, nº 4, 2010, p. 1-9.