

LA REFORMA DE LA TARIFA DE PRIMAS, NUEVO PASO HACIA LA SIMPLIFICACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA
*Ayudante del Departamento de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla*

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

Extracto:

LA Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, indica una nueva tarifa para las primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, derogando la anterior de 1979. El legislador apunta un futuro ajuste de los tipos de cotización por parte del Gobierno, favoreciendo a las empresas cuyo índice de siniestralidad no supere el promedio de su sector de actividad.

La reforma plantea algunos interrogantes tanto de fondo, si se tiene en cuenta que el artículo 41 de la Constitución Española consagra un Sistema de Seguridad Social eminentemente público y centrado en llevar a cabo el principio de universalidad subjetiva –lo que cuestionaría la existencia de unas primas similares a cuotas de un «seguro privado»–, como de unidad formal, en cuanto que, aunque se procura encuadrar a la empresa según su actividad principal, se permite que trabajadores en determinada situación puedan cotizar según un tipo diverso e, incluso, que la propia empresa reciba más de un tipo de cotización, si se dedica a otras actividades de importancia suficiente.

El autor procura ofrecer algunas claves de solución a las cuestiones planteadas y abrir un sereno debate sobre lo público y lo privado en la Seguridad Social.

Palabras clave: financiación, tarifa de primas, siniestralidad, reparto, capitalización y sistema *bonus-malus*.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Coordinadas básicas de la nueva tarifa de primas.
 - a) Unificación de trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia.
 - b) De la actividad del trabajador a la actividad de la empresa como elemento de referencia.
 - c) Reserva de la competencia para declarar la tarifa aplicable.
 - d) Reducción en los tipos de cotización.
 - e) Vinculación entre la nueva tarifa de primas aplicable a la empresa y el índice de siniestralidad en cada actividad económica.
- III. La cotización por contingencias profesionales: una regulación al margen de los principios constitucionales del Sistema de Seguridad Social.
 - a) Principios constitucionales y sistema de reparto.
 - b) Mutuas Patronales y capitalización en la gestión-financiación de las contingencias profesionales.
 - c) Reparto y financiación: decisión política pero equilibrada.
- IV. La aplicación de la reforma: cuestiones conceptuales y prácticas.
 - a) Los conceptos de «empresa» y «actividad económica».
 - b) El encuadramiento de la empresa: actividad principal, actividad auxiliar y «actividad no auxiliar».
 - c) Peculiaridad del Cuadro II de la nueva tarifa y otras cuestiones abiertas.
- V. Valoración de la reforma desde la perspectiva del sistema financiero de la Seguridad Social.
- VI. Conclusiones.

NOTA: Se advierte que las referencias de las sentencias que se citan en este trabajo corresponden a la base de datos de la Editorial Thomson-Aranzadi en internet (www.westlaw.es).

I. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006, firmado por el Gobierno, sindicatos (UGT y CC.OO.) y asociaciones empresariales más representativas (CEOE y CEPYME), se refería a la futura aprobación de una nueva tarifa de primas de cotización por contingencias profesionales que, además de adecuar la vigente a la realidad productiva, debería «simplificar la tarificación y la gestión», así como «poner en relación más directa la prima a abonar con el riesgo correspondiente a la actividad realizada». La nueva tarifa se venía ya anunciando desde tiempo atrás, como puede verse en la disposición final tercera del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social en la gestión del Sistema; o, algo más tarde, en la disposición adicional 17.^a de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para 1998¹. Pues bien, la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007², ha aprobado la nueva tarifa, aunque en su Exposición de Motivos silencia cualquier explicación de tal reforma, como si el acuerdo ya mencionado fuera de público conocimiento o como si fuera obvio y evidente –que, en parte, sí que lo es–, la necesaria actualización de los porcentajes de un Real Decreto de 1979³, sobre todo cuando la normativa venía aplicándoles una reducción del 10%, como forma de alcanzar cierta actualización de unos parámetros que se consideraban desfasados⁴.

¹ Por su interés y su sintonía con la reforma que lleva a cabo la Ley 42/2006, reproducimos el contenido de esta disposición adicional: «Con el objeto de incentivar la prevención de riesgos laborales y de contribuir a la reducción de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el Gobierno establecerá en el plazo de un año, una nueva tarifa para el seguro de accidentes de trabajo, en la que se contemplen factores y resultados en base a los cuales se fijen las cuotas. En atención a aquellos, las cuotas que, por aplicación de dicha tarifa, se establezcan con el carácter de básicas, podrán reducirse o incrementarse». Resulta de interés retener que el legislador, con un Sistema de Seguridad Social vigente, sigue refiriéndose al *seguro de accidentes de trabajo*, como si todavía nos encontráramos ante un sistema de seguros sociales unificados.

² BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 2006.

³ Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre, que aprueba la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (BOE núm. 7, de 8 de enero de 1990).

⁴ Tal reducción se estableció, inicialmente, en el Acuerdo Económico y Social. Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 1985-1986, artículo 11 b) (Capítulo V del Título I. «Acuerdos Tripartitos»), que decía literalmente: «... la adopción de las siguientes medidas:... b) Las actuales tarifas de primas por accidentes de trabajo se reducirán, en prome-

Se trata de una reforma que no se reduce a mera cuestión matemática —el cambio de unos números por otros, más elevados o menos que sus predecesores— sino que, en nuestra opinión, tiene como filosofía subyacente la que sigue entendiendo el Sistema de Seguridad Social como una combinación mixta entre seguro privado con ciertas limitaciones y asistencia pública; un planteamiento que no parece adecuarse al concepto Beveridgiano de Seguridad Social —donde se *unifican* el seguro social y la asistencia nacional en un sistema complejo— y que nuestro legislador no se decide a abandonar, como viene poniendo de manifiesto desde hace años, especialmente desde 1997, con la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, que estableció el principio de separación financiera en el Sistema de Seguridad Social⁵.

Pero no nos adelantemos en nuestro análisis; vayamos, pues, por partes. Comenzaremos indicando los rasgos de la nueva tarifa, que pueden deducirse tras una primera aproximación al texto; seguiremos con un análisis de los principios constitucionales que caracterizan el Sistema de Seguridad Social español, prestando especial atención al reflejo que dichos principios tienen desde el punto de vista financiero; a continuación, contrastaremos la reforma de la tarifa de primas con esos principios y finalizaremos este estudio con unas conclusiones sobre las cuestiones más destacadas que, desde el punto de vista práctico y conceptual, se plantean.

II. COORDENADAS BÁSICAS DE LA NUEVA TARIFA DE PRIMAS

En una primera aproximación, cinco son los rasgos que presenta la nueva tarifa aprobada por la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006. Los enumeramos sintéticamente:

- 1.º Aplicación a todos los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea el Régimen en que estén encuadrados, y a los trabajadores por cuenta propia del REMAR y del RETA⁶.
- 2.º Determinación de la tarifa en función, principalmente, de un listado de actividades económicas, bastante más reducido que su precedente y que se contiene en el denominado Cuadro I

dio, un 10%, en función de las negociaciones que al efecto se lleven a cabo con los interesados, a fin de garantizar una colaboración en la gestión en adecuadas condiciones» (cfr. *Acuerdo Económico y Social 1985-1986*, Edit. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (edición a cargo de L. ORTEGA HERRAIZ), Madrid, 1984, pág. 34). Tal cláusula quedaría plasmada en el artículo 6.b) del Real Decreto 1/1985, de 5 de enero, sobre cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial, Formación Profesional y Fondo de Solidaridad para el Empleo en 1985 (BOE núm. 6, de 7 de enero de 1985), con carácter general para la cotización por contingencias profesionales, considerándose de modo particular el caso del Régimen Especial Agrario (en adelante, REA), respecto al cual se hacía una remisión a la disposición adicional cuarta del propio real decreto.

⁵ Así se indica en la Exposición de Motivos de dicha ley (BOE núm. 169, de 16 de julio de 1997, pág. 21.781): «A tal objetivo, la Ley plasma a lo largo de su articulado las siguientes medidas: 1.ª La separación financiera de la Seguridad Social, adecuando las fuentes de financiación de las obligaciones de la Seguridad Social a su naturaleza. En tal sentido, todas las prestaciones de naturaleza no contributiva y de extensión universal pasan a ser financiadas a través de aportaciones del Estado, mientras que las prestaciones netamente contributivas se financian por cotizaciones de empresas y trabajadores». Tal principio quedaría legalmente plasmado en la modificación del artículo 86.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) operada por el artículo 1.Uno de esta ley.

⁶ REMAR: Régimen Especial de Trabajadores del Mar; RETA: Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

—que sigue el sistema de códigos CNAE ⁷—; junto a este, el Cuadro II determina un tipo de cotización diverso para aquellos trabajadores que se encuentren en alguna de las situaciones u ocupaciones que se consideran especiales; luego los criterios de asignación del tipo vienen a ser dos: actividad económica empresarial y ocupación/situación especial del trabajador.

- 3.º Reserva de la competencia de declaración de la tarifa a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS); luego no es decisión de la entidad gestora (INSS/ISM) o Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales a la que pudiera estar asociada la empresa.
- 4.º Establecimiento de un ajuste anual por el Gobierno de los tipos de cotización, así como reconocimiento de la competencia del mismo para modificar la lista de actividades económicas, en función de los cambios que experimente la CNAE, y para eliminar progresivamente la lista especial de ocupaciones del Cuadro II.
- 5.º Anuncio de un reglamento de procedimiento para la determinación del tipo de cotización aplicable.

a) Unificación de trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia.

La nueva tarifa es aplicable conjuntamente a todos los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea el régimen en el que estén encuadrados, así como a los trabajadores por cuenta propia de los REMAR.

Ciertamente, basta una lectura somera para valorar positivamente la labor de simplificación alcanzada: desaparece el Anexo II, que se refería al tipo de cotización correspondiente a actividades por cuenta propia —con un sistema algo complejo de adjudicación a cada actividad de un número de epígrafe del 1 al 7 y posterior asignación del porcentaje en una tabla inicial—; desaparecen las divisiones —de la 0 a la X— relativas a sectores de actividad, que ahora se tratan conjuntamente; y, en general, se simplifica el texto descriptivo de cada tarea empresarial, alcanzándose así una mayor claridad. Baste, como botón de muestra de la menor farragosidad, el hecho de que las actividades agrícolas y ganaderas pasan de estar contenidas en 28 apartados a señalarse solo en siete.

Esa unificación en el tratamiento de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia se encuadra dentro del objetivo de homogeneización entre los regímenes del sistema —en este caso: general, agrario, del mar, minería del carbón (en cuanto a trabajadores asalariados) y autónomos y del mar (en cuanto a trabajadores por cuenta propia)— que el propio artículo 10.4 de la LGSS establece.

No se mencionan los trabajadores por cuenta propia del REA que, como es conocido, están aproximándose, cada vez más, en cuanto a su régimen jurídico, a los trabajadores por cuenta propia del RETA. Por el momento, en cuanto a la cotización por contingencias profesionales, hay que distinguir entre los que se acogieron al sistema de homogeneización con el RETA —previsto en la disp.

⁷ Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

adic. 36.^a de la LGSS— y los que se mantuvieron en el sistema tradicional del REA. En ambos casos, el tipo de cotización viene determinado en el artículo 115.Tres, apartados 4 y 5 de la Ley 42/2006 y tiene carácter fijo: 0,60% para los trabajadores por cuenta propia acogidos a la disposición adicional 36.^a de la LGSS (que se convierte en el 1,25%, si el trabajador opta por incluir la protección por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales) y 1% para los trabajadores por cuenta propia que sigan el sistema antiguo (de nuevo, en el caso de que se opte por incluir la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, alcanza el 1,65%).

Tampoco, lógicamente, se mencionan los empleados de hogar, que carecen de protección por contingencias profesionales ⁸.

b) De la actividad del trabajador a la actividad de la empresa como elemento de referencia.

En la línea de simplificación que el legislador se propone, el cambio más relevante de la nueva tarifa de primas radica en hacer una asignación de los tipos por actividades económicas genéricas y uniformes ⁹, en lugar de hacer el listado exhaustivo de tareas, que ofrecía el derogado Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre, y realizar el encuadramiento según la ocupación o categoría profesional del trabajador.

Alguna duda se nos ha presentado sobre si, ciertamente, la tarifa de primas antigua estaba concebida para el encuadramiento *ad personam*. La legislación no resultaba clara, pues el artículo 108, efectivamente, permitía los tipos diversos, pero siempre que se tratara de «distintas actividades, industrias y tareas», con lo que quedaba la duda de si se refería a la empresa en su conjunto o al trabajador individual. En la práctica, se seguía la segunda interpretación: la empresa era fragmentada según la ocupación o función de sus trabajadores, que era aceptada por la Administración. También la doctrina parecía secundar esta misma opinión ¹⁰. No obstante, y aquí es cuando surge nuestra duda, algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia sostienen que el epígrafe correspondiente a determinados trabajadores debe ser el mismo que el de la actividad de su empresa, pues es esta —la actividad empresarial— la que determina el epígrafe y, por tanto, el tipo, aunque a algún trabajador, por su ocupación concreta, pudiera corresponderle con bastante claridad un epígrafe diverso ¹¹.

⁸ Así lo indica el artículo 22.3 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico: «Las prestaciones que este Régimen concede en caso de accidente serán las mismas que otorga el Régimen General por accidente no laboral».

⁹ Se sigue la CNAE, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y aprobada por el Real Decreto 1560/1992, de 18 de diciembre. Dicha clasificación se corresponde con la nomenclatura estadística de actividades económicas de la Unión Europea, contenida en el Reglamento del Consejo de la Comunidad Económica Europea núm. 3037/1990, de 9 de octubre (DOCE n.º L 293, de 24 de octubre de 1990).

¹⁰ Cfr. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Edit. Civitas, 18.^a edic. revisada, Madrid, 2002, pág. 163; CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, Edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 77.

¹¹ Cfr. la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 30 de enero de 2001 (JUR 2001\122673): «... el porcentaje de cotización sobre la base no viene dado en función del puesto de trabajo concreto sino de la actividad económica empresarial, con lo que en el supuesto de autos ha de estar al epígrafe 85, con independencia de que el trabajador desempeñase sus servicios como conductor, pues la actividad de este no altera la naturaleza de la de la sociedad para la que se prestan los servi-

Desde luego, la reforma tiene más sentido si se entiende que la línea de actuación antigua era la de la *praxis*. De ahí, el objetivo de agrupar las empresas en el menor número de códigos CNAE posibles para facilitar la delimitación del índice de siniestralidad y listar de modo cerrado las ocupaciones y situaciones que, bajo la consideración de su carácter común a las del Cuadro I, permitirán la adjudicación de un epígrafe diverso para determinados trabajadores (las del Cuadro II).

Además, las actividades dejan de estar agrupadas en «divisiones» (y subdivisiones), que venían a identificarse con los «sectores de la actividad económica»¹².

Inicialmente, la explicación que el legislador dio a la inclusión de ese Cuadro II en la nueva tarifa fue inexistente; ¿por qué esas situaciones, y no otras? Y ello porque el título de tal lista anexa era idéntico al propio del Cuadro I («Códigos CNAE»). La justificación la ofrecía un documento de trabajo de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social¹³, que las consideraba ocupaciones procedentes de la Clasificación Nacional de Ocupaciones¹⁴ (CNO), indicándose, en diversos oficios de la misma Dirección General, que su rúbrica debería ser: «Tipos aplicables a ocupaciones y situaciones en todas las actividades». El error fue corregido posteriormente, en el BOE de 1 de marzo de 2007, dándole a la lista la denominación propuesta por la Dirección General.

De este modo, la nueva rúbrica sí proporciona una explicación o razón de ser de la lista: son tipos aplicables en todas las actividades económicas a que se puedan dedicar las empresas. Y son aplicables aunque la mayor parte de la plantilla de la empresa pueda ser encuadrada en un Código CNAE diverso.

Si se hace un análisis más exhaustivo, se constata que la lista del Cuadro II manifiesta una clara influencia de los litigios que en torno a la tarifa antigua se habían suscitado. Piénsese, por ejemplo, que los antiguos epígrafes 113 (0,89%) y 114 (0,89%) podían resultar idóneos para albergar a los vigilantes de minas¹⁵, en lugar de aplicarles los epígrafes 56 (5,67%) o 57 (11,7%), más identi-

cios» (FD 3.º); y la STSJ de la Comunidad Foral de Navarra núm. 37/2006, de 23 de enero de 2006 (JUR 2006/90048): «... pues el Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre, estructura los epígrafes y tarifas de cotización por AT/EP atendiendo a la base objetiva de la actividad empresarial y no a la subjetiva de la categoría profesional y de la tarea de cada uno de los trabajadores de la plantilla, al menos en cuanto no se integren en una distinta y heterogénea actividad económica en empresas que presenten tal diversidad» (FD 3.º).

- ¹² Estas divisiones eran: «0. Agricultura, ganadería y pesca», subdividida, a su vez, en: «a) Cuotas por salarios», «b) Cuotas por hectáreas –secano y regadío– (derogada por RD 2064/1995), «c) Industrias forestales», «d) Pesca»; «I. Energía y agua»; «II. Minerales no energéticos. Extracción y transformación», subdividida en «Industrias de productos minerales no metálicos» e «Industria química»; «III. Industrias transformadoras de los metales, mecánica de precisión, construcción de maquinaria y equipo mecánico»; «IV. Otras industrias manufactureras», subdividida en: «Industrias de productos alimenticios, bebidas y tabacos», «Industria textil», «Industrias del cuero», «Industrias de la madera y corcho», «Industrias del papel», «Otras industrias manufactureras»; «V. Construcción»; «VI. Comercio y hostelería. Reparaciones», subdividida en cada una de dichas actividades por separado; «VII. Transportes y comunicaciones»; «VIII. Instituciones financieras, seguros y servicios»; «IX. Otros servicios»; «X. Otras actividades. Recargos por trabajos ocasionales», con un apartado propio para «Recargo por empleo de explosivos».
- ¹³ *Propuesta de tipos de cotización a la Seguridad Social por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Trabajadores por cuenta ajena*, sin fecha, pág.10.
- ¹⁴ Elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y aprobada por el Real Decreto 917/1994, de 6 de mayo.
- ¹⁵ STSJ del Principado de Asturias núm. 331/1998, de 6 de mayo de 1998 (RJCA 1998\1744), Fundamento de Derecho 5.º y STSJ del Principado de Asturias núm. 717/2004, de 20 de octubre de 2004 (JUR 2006/5559), Fundamento de Derecho 6.º.

ficados con la actividad económica de la minería. Ahora, podrán ser encuadrados en la ocupación «h» (4,05%), manteniéndose el resto de trabajadores de la empresa en el código «10.y» (8,50%) del Cuadro I. E igual sucedía con los transportistas ¹⁶, que al no quedar claro el concepto de «transporte pesado» del epígrafe 109 (8,82%) eran incluidos en el epígrafe 108 (4,05%) –más económico– [ahora se incluirán en la ocupación «e» (4,05%) o «f» (7,60%) del Cuadro II, según que el transporte en cuestión tenga una capacidad de carga útil inferior o superior a 3,5 Tm]. Y también resultaba una situación similar la del personal de limpieza de interior de edificios, con abundante jurisprudencia ¹⁷ sobre la inaplicabilidad del epígrafe 124 (1,62%), en lugar del epígrafe 117 (4,41%), lo que ahora se deja claro con la ocupación «g» (4,05%), al referirse al «personal de limpieza en general».

Otra de las situaciones que se nombran (apartado «c») y que tiene un tratamiento específico es la del «trabajador en período de baja» por incapacidad temporal y otras situaciones de suspensión de la relación laboral con obligación de cotizar (maternidad, riesgo durante el embarazo). Ahora, el tipo aumenta al 1,10%, en lugar del 0,81% anterior.

Finalmente, se mencionan también: el «personal de oficios en instalaciones y reparaciones en edificios, obras y trabajos de construcción en general» (apartado «d»), los representantes de comercio (apartado «b») y un supuesto peculiar cual es el de los «trabajadores que deban desplazarse habitualmente durante su jornada laboral» (apartado «b»), donde se exige expresamente que no les corresponda un tipo superior en razón de la actividad de la empresa a que pertenezcan, en cuyo caso será este último el correspondiente también a ellos.

c) Reserva de la competencia para declarar la tarifa aplicable.

La disposición adicional cuarta. Tres de la Ley 42/2006 señala que «la determinación del tipo de cotización aplicable será efectuada... por la Tesorería General de la Seguridad Social... en función de la actividad económica declarada por la empresa o por el trabajador autónomo». Se hace mención de un futuro reglamento que contenga el procedimiento a seguir.

Aunque parece, por tanto, que la iniciativa en orden a la determinación del epígrafe determinante del tipo de cotización va a corresponder a la empresa, esto no va a ser obstáculo para que la TGSS pueda discrepar del mismo. Ya nuestra jurisprudencia ofrece casos en los que la Administración de la Seguridad Social modifica el epígrafe que inicialmente la empresa tenía (se trata, en su mayoría, de supuestos de empresas dedicadas a la limpieza interior de edificios que se acogían al epígrafe 124 de la antigua tarifa del RD 2930/1979, en lugar de al 117).

¹⁶ STSJ de Galicia núm. 844/2001, de 16 de octubre de 2001 (JUR 2002\51374), Fundamento de Derecho 1.º; y STSJ de Galicia núm. 799/2003, de 27 de mayo de 2003 (JUR 2003\272506), Fundamento de Derecho 1.º.

¹⁷ SSTS 20-12-1990 (RJ 1990\10174), Fundamento de Derecho 2.º y 5.º; 11-3-1991 (RJ 1991\2190), Fundamento de Derecho 4.º; 20-6-1995 (RJ 1995\4664), Fundamento de Derecho 1.º; 27-3-1996 (RJ 1996\2645), Fundamento de Derecho 4.º; 16-4-1996 (RJ 1996\3423), Fundamento de Derecho 2.º; 18-7-1997 (RJ 1997\6232), Fundamento de Derecho 5.º y 6.º; 10-2-1999 (RJ 1999\914), Fundamento de Derecho 2.º; y SSTSJ Cataluña núm. 562/2004, de 29 de junio de 2004 (JUR 2004\220003), Fundamento de Derecho 2.º; núm. 1357/2003, de 30 de octubre de 2003 (JUR 2004\5767), Fundamento de Derecho 4.º; núm. 195/2004, de 27 de febrero de 2004 (JUR 2004\118717), Fundamento de Derecho 4.º.

Ahora, sobre todo, el legislador deja claro que el único órgano con facultades decisorias va a ser la TGSS: ni el INSS, ni el ISM ni la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales serán competentes.

La jurisprudencia a que nos referimos había versado, en particular, sobre la facultad de intervención de la Mutua, mediante la indicación a la empresa del epígrafe que le correspondía. Se trataba de supuestos en los que la empresa, tras ser declarada responsable por infracotización, solicitaba que compareciera la Mutua a la que se había asociado, pues, al parecer, era esta «la encargada de señalar el epígrafe aplicable teniendo en cuenta la propuesta de asociación»¹⁸ (en la que la empresa se limitaba a indicar la actividad que desarrollaba). El Tribunal Supremo había rechazado esta tesis con rotundidad, argumentando que:

- 1.º La Mutua no era asimilable a una compañía de seguros ni la relación empresa-Mutua a la propia de un contrato de seguro¹⁹.
- 2.º La cotización es un deber exclusivo del empresario, «al margen de sus relaciones como mutualista respecto de la Mutua Patronal de que forma parte». Y dentro de ese deber exclusivo se incluye «conocer la normativa aplicable a este respecto» o, en caso de duda, «requerir previamente *de la Administración* la información exacta»²⁰.

La cuestión, ciertamente, resultaba compleja, pues parecía claro que ni la categoría de «entidad colaboradora en la gestión»—que se atribuía a las Mutuas— estaba definida de modo pleno en cuanto al contenido de dicha «colaboración»; ni, tampoco, la naturaleza jurídica—privada o pública— de estas entidades era tema pacífico²¹.

d) Reducción en los tipos de cotización.

La nueva tarifa mantiene el esquema de la división del tipo de cotización total en dos partes: una correspondiente a lo que sería la protección por la contingencia de incapacidad temporal (ahora

¹⁸ Véanse la STS 20-6-1995 (RJ 1995/4664), que se refiere al Fundamento de Derecho 2.º de la sentencia apelada (STSJ del Principado de Asturias 17-4-1991); y la STS 18-7-1997 (RJ 1997/6232), Fundamento de Derecho 1.º.

¹⁹ Véanse las SSTs 11-3-1991 (RJ 1991/2190), Fundamento de Derecho 3.º; 20-6-1995 (RJ 1995/4664), Fundamento de Derecho 3.º; y 10-2-1999 (RJ 1999/914), Fundamento de Derecho 3.º.

²⁰ Véanse las SSTs 20-12-1990 (RJ 1990/10174), Fundamento de Derecho 6.º; 20-6-1995 (RJ 1995/4664), Fundamento de Derecho 3.º; 10-2-1999 (RJ 1999/914), Fundamento de Derecho 3.º.

²¹ Resultaba algo desconcertante la argumentación que el Tribunal Supremo venía manteniendo y que puede verse, por ejemplo, en el Fundamento de Derecho 3.º de la STS 10-2-1999 (RJ 1999/914): «como ya señaló la Sentencia de esta Sala... las Mutuas Patronales son entidades colaboradoras en la gestión de las contingencias de accidente de trabajo, sin que puedan asimilarse a las compañías de seguros y sin disponer, dada la naturaleza de la función en cuya gestión colaboran, de la facultad de poder fijar la prima aplicable, puesto que estas vienen establecidas en una norma general que en este caso es el Real Decreto 2930/1979, *por lo que no existe margen alguno en este punto para la autonomía privada*». No se alcanza a dilucidar la naturaleza de la Mutua: si es pública, no tiene sentido el último inciso que hemos subrayado; si es privada, ¿cuál sería la diferencia con una compañía de seguros?

se emplea la abreviatura IT, abandonándose la antigua ILT –incapacidad laboral transitoria–) y otra correspondiente a las contingencias de incapacidad permanente y muerte y supervivencia. La fracción del tipo obedece al hecho de que, como es sabido, dentro de lo que es la colaboración voluntaria en la gestión de la Seguridad Social por parte de las empresas, estas pueden asumir la relativa a la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, asumiendo a su cargo las prestaciones de asistencia sanitaria y el abono del subsidio por IT de sus trabajadores²². En tal caso, como indica el artículo 6 de la Orden de 25 de noviembre de 1966, «retendrán, al efectuar la cotización, la parte de cuota correspondiente a las prestaciones sanitarias y económicas...».

En segundo lugar, se elimina el término «epígrafe», que, ciertamente, hasta la fecha había tenido un sentido un tanto equívoco, de modo similar a lo que sucedía con el término «prima». En efecto, y empezando por el segundo, el legislador parecía identificar «prima» y «tipo de cotización», cuando son términos correspondientes a ámbitos distintos –privado, en el primer caso, público, en el segundo–. De este modo, si, como decía ALONSO OLEA, la prima del seguro era «la cantidad o precio que el asegurador percibe como contraprestación cierta de la suya propia, aleatoria, de asumir la responsabilidad del asegurado si el siniestro –el accidente de trabajo– acaece, subrogándose en su lugar»²³, no se entendía bien cómo el legislador hablaba de «tarifa de primas, en un artículo que denominaba «cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales»²⁴, cuando tal tarifa era una lista de actividades acompañadas de un tanto por ciento²⁵, es decir, que para ser respetuosos con su sentido, la prima debería haber sido una cantidad económica ya calculada. La explicación consistía en que el legislador razonaba en términos privados con una cantidad económica que formaba parte de una *especie* de seguro público y que se calculaba de forma variable en función del salario real que percibiera cada trabajador. Por eso, la peculiar tarifa de este peculiar seguro no podía ofrecer cantidades definitivas sino solo porcentajes aplicables que serían superiores o inferiores no en función del salario percibido por el trabajador, sino dependiendo de la peligrosidad de la actividad a la que este se dedicara. La nueva tarifa corrige un tanto esta confusión, rotulando la columna de los porcentajes como «tipos de cotización».

Respecto al término «epígrafe», su uso y sentido ha sido variado: inicialmente, en la Orden Ministerial 30 de marzo de 1949 se refería tanto al ordinal como a la descripción del trabajo; más tarde, en el Real Decreto 2930/1979, se limita su objeto de referencia tan solo al ordinal. Dicha significación se complica cuando el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, al incorporar el Anexo 2, relativo a la cotización de los trabajadores autónomos, identifica «epígrafe» con cada uno de los tipos de cotización adjudicables posibles (que eran 7: del 1,20% al 8,95%) y, en lugar de indicar junto a la actividad el tanto por ciento correspondiente, le asigna un número del 1 al 7 en una columna deno-

²² Artículos 77.1 a) de la LGSS y 4-6 Orden de 25 de noviembre de 1966, que regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social.

²³ Cfr. *Instituciones de Seguridad Social*, 2.ª edic. revisada y ampliada, Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. 86.

²⁴ Véase el artículo 72 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social.

²⁵ Así, desde la Orden Ministerial originaria de 30 de marzo de 1949, por la que se aprueban las Tarifas de Primas mínimas que habrán de regir en el Seguro de Accidentes del Trabajo (BOE núm. 124, de 4 de mayo de 1949).

minada también como «epígrafe». Por tanto, a pesar de lo farragoso de nuestra explicación, los epígrafes parecen ser más bien el ordinal junto con la actividad correspondiente y no cada uno de los tipos de cotización posibles, aunque sea cierto que cada epígrafe tendrá su tipo de cotización correspondiente. La nueva tarifa suprime el término epígrafe y se refiere ahora a «Códigos CNAE» o a «Tipos aplicables a ocupaciones y situaciones en todas las actividades», si del Cuadro II se trata.

En tercer lugar, una vez aclarados los conceptos, cabe decir que, con la reforma objeto de nuestro estudio, se reduce el número de epígrafes: de unos 300 que existían, considerando conjuntamente los Anexos 1 y 2 del Real Decreto 2930/1979, se pasa a 133.

En cuarto lugar, se reduce el tipo de cotización máximo aplicable: de un 16,2% –que correspondía al epígrafe 23 del Anexo 1: «Empleo de cohetes y cañones granífugos–, se pasa a un 8,50% –que se atribuye a los Códigos CNAE «10.y», «11», «13.y», «14.y» y a la ocupación «i» del Cuadro II, relativos a trabajos en minas, extracción de crudos de petróleo, gas natural y piedra, así como al personal de vuelo–. De este modo, el número de tipos de cotización distintos, como puede verse en el **cuadro 1**, se establece ahora en 19 (del 0,90% –que se mantiene «con carácter especial en actividades que actualmente cotizan por dicho tipo o inferior»²⁶– al 8,50%).

CUADRO 1. *Escala de los nuevos tipos de cotización.*

Total	DEL
19 tipos	0,90% al 8,50%
Tipo 1	0,90
Tipo 2	1,00
Tipo 3	1,10
Tipo 4	1,15
Tipo 5	1,35
Tipo 6	1,60
Tipo 7	1,80
Tipo 8	2,00
Tipo 9	2,25
Tipo 10	2,50
Tipo 11	2,90
Tipo 12	3,25
Tipo 13	3,60
Tipo 14	4,05
Tipo 15	4,50
	.../...

²⁶ *Propuesta de tipos de cotización...*, pág. 13.

.../...	Tipo 16	5,85
	Tipo 17	6,75
	Tipo 18	7,60
	Tipo 19	8,50

FUENTE: AMAT.

Esta reducción de tipos se explica en el documento de trabajo de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, argumentándose que la realidad era que la mitad de los encuadramientos se hacía en tres epígrafes, cuyos tipos de cotización oscilaban entre el 0,99% del antiguo epígrafe 113 (personal de oficinas) y el 5,4% del epígrafe 097 (construcción), y un 75% de los encuadramientos restantes se hacía en epígrafes cuyo tipo de cotización más alto era del 5,85%, correspondiente al epígrafe 076 (industria, soldadura) ²⁷.

CUADRO 2. Distribución de bases de cotización por epígrafes según la tarifa de primas antigua (RD 2930/1979).

Distribución de bases de cotización por epígrafes				
Epígrafe		Número de % cotizaciones	Bases cotización	Bases cotización acumuladas
113	Oficinas	28,10%	36,99%	
097	Construcción	11,32%	9,99%	
101	Empleados comercio	6,54%	4,65%	51,63
105	Hostelería	6,63%	4,55%	
120	Auxiliar sanitario	3,41%	4,02%	
108	Transporte ligero	3,74%	3,57%	
126	Baja laboral	5,69%	3,36%	
102	Viajantes	2,03%	2,87%	
117	Personal limpieza	4,24%	2,44%	
076	Industria, soldadura	1,88%	2,36%	
116	Guardas, vigilantes	1,61%	1,89%	76,68
119	Personal docente	1,62%	1,68%	
103	Comercio	2,03%	1,68%	
080	Fabricación alimentación	1,63%	1,30%	
109	Transporte pesado	1,27%	1,23%	

.../...

²⁷ Propuesta de tipos de cotización..., págs. 17 y 18.

.../...			
077	Fabricación pequeño instrumento	0,98	1,20%
106	Talleres automóviles	1,17%	1,18%
072	Fabricación hierro	1,13%	1,14%
070	Fabricación	0,84%	0,98%
071	Fabricación mecánica	0,60%	0,76%
091	Industria papel	0,71%	0,75%
066	Fabricación perfume	0,55%	0,71%
089	Industria madera	0,84%	0,71%
115	Empleados correos, teléfonos	0,79%	0,68%
082	Industria textil	0,59%	0,51%
063	Fabricación cristales de reloj	0,45%	0,50%
095	Fabricación objetos de materiales plásticos	0,43%	0,45%
RESTO		9,17%	7,86%
Total general		100,00%	100,00%

FUENTE: *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Dirección General de Ordenación Económica de la Seguridad Social.*

De este modo, el tipo de cotización medio pasa de un 2,88% a un 2,75%. En el cuadro siguiente, se ve la reducción general del tipo en todos los regímenes del sistema con trabajadores por cuenta ajena.

CUADRO 3. *Comparación de los tipos medios de cotización entre la antigua tarifa de primas (RD 2930/1979), con la reducción del 10% ya aplicada, y la nueva que el documento del Ministerio proponía, muy similar a la aprobada (disp. adic. cuarta de la Ley 42/2006).*

Cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales		
	Tipo medio actual	Tipo medio nuevo
Régimen General	2,85	2,74
Régimen General del Carbón	8,16	6,35
Régimen Especial del Mar	5,24	4,64
Régimen Especial Agrario Jornadas Reales	4,06	3,03
Total	2,88	2,75

FUENTE: *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Dirección General de Ordenación Económica de la Seguridad Social.*

Los resultados globales esperados, desde una perspectiva conjunta de empresas y trabajadores afectados, son estos tres:

- 1.º El 68,47% de las empresas no varían su cotización de manera significativa, perteneciendo a ellas el 61,33% de los trabajadores.
- 2.º El 21,67% de las empresas, que agrupan el 27,49% de los trabajadores, reducen la cotización en más de un 5%.
- 3.º El 9,86% de las empresas, a las que pertenecen el 11,18% de los trabajadores, incrementan la cotización en un 5%.

CUADRO 4. *Distribución de las empresas según el efecto de la nueva tarifa de primas, respecto de la tarifa antigua.*

Distribución de las empresas según el efecto de los nuevos tipos		
	Empresas	Trabajadores
Las cuotas se reducen más de un 5%	21,67	27,49
Las cuotas varían entre +5% y -5%	68,47	61,33
Las cuotas se incrementan más de un 5%	9,86	11,18
Total	100,00%	100,00%

FUENTE: *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Dirección General de Ordenación Económica de la Seguridad Social.*

En quinto lugar, desaparece en la nueva tarifa la reducción del 10% que las Leyes de Presupuestos Generales del Estado venían estableciendo a la tarifa de primas de 1979²⁸.

Finalmente, a manera de conclusión de este apartado, y por apuntar el dato económico quizás de mayor interés, la previsión del Ministerio de Trabajo es reducir el importe total anual de la cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales «en un máximo de 265 millones de euros»²⁹.

e) Vinculación entre la nueva tarifa de primas aplicable a la empresa y el índice de siniestralidad en cada actividad económica.

La disposición adicional cuarta.Cuatro de la Ley 42/2006 anuncia un ajuste anual de los tipos de cotización por parte del Gobierno sin añadir motivo alguno. Y algo más adelante, en la propia ley, la disposición adicional 61.^a se refiere al establecimiento –por la Administración de la Seguridad Social– del índice de siniestralidad de los diferentes sectores (de la actividad económica)³⁰, respec-

²⁸ Que, como ya se ha indicado, proviene del artículo 6.b) del Real Decreto 1/1985, de 5 de enero, sobre cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial, Formación Profesional y Fondo de Solidaridad para el Empleo en 1985 (BOE núm. 6, de 7 de enero de 1985).

²⁹ *Propuesta de tipos de cotización...*, pág. 3.

³⁰ El añadido entre paréntesis es nuestro.

to de la cotización por contingencias profesionales y a un futuro estudio del Gobierno sobre la posibilidad de reducir las cotizaciones de aquellas empresas que acrediten que su índice de siniestralidad está por debajo del promedio que corresponda a su sector de actividad.

No es más precisa la Ley 42/2006 sobre los motivos que impulsan a estas medidas, aunque sí resulta sustanciosa, pues en pocas líneas nos ha hablado de:

- 1.º Un ajuste anual de los tipos de cotización, que, al encargarse al Gobierno, parece que permite su fijación mediante norma reglamentaria, con las dificultades que esto puede plantear respecto de la naturaleza de la cuota y la exigencia de reserva de ley.
- 2.º La determinación del «índice de siniestralidad», respecto de la cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales, del que no se da más cuenta ni forma de cálculo; tarea que se encomienda a la Administración de la Seguridad Social (suponemos que el órgano encargado será la propia TGSS o un órgano auxiliar).
- 3.º Un estudio por parte del Gobierno sobre la posibilidad –entendemos– de, a la vista de lo recaudado, de los tipos de cotización vigentes en cada sector de actividad y de los índices de siniestralidad –obtenidos por la TGSS– también en cada sector de actividad económica, establecer «sistemas de reducción» (no se dice cuáles) de las cotizaciones por contingencias profesionales de determinadas empresas; en concreto, aquellas que, tras establecer –por sí mismas (?)– su índice de siniestralidad (ahora debería añadirse «empresarial», para distinguirlo del «sectorial»), este quede por debajo del «promedio» (nuevo factor diverso de lo dicho hasta ahora, pues se trata no del índice de siniestralidad sectorial, que estará en referencia del total nacional, sino del cociente entre el índice de siniestralidad sectorial y el número de empresas encuadradas en el epígrafe correspondiente, si es a esto a lo que se refiere el legislador cuando habla de sectores).

Aunque la ley se muestra parca en explicaciones, hay que recordar lo que indicaba el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006, que en el marco de alcanzar «un mayor equilibrio en materia de cotización que refuerce el principio de contributividad», se acuerda como medida «la aprobación de una nueva tarifa de primas de cotización por contingencias profesionales»³¹ que «ponga en relación más directa la prima a abonar con el riesgo correspondiente a la actividad realizada»³².

Del modo en que tal relación debe llevarse a cabo trata el documento de trabajo de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, que ya ha sido mencionado y que se refiere a dos aspectos:

- 1.º La vinculación entre el tipo de cotización que se establezca en cada sector de actividad económica o epígrafe y la siniestralidad que tenga lugar en ese mismo sector, respecto, claro está, de la siniestralidad total en el Sistema de Seguridad Social. Así puede entenderse de las siguientes afirmaciones:

³¹ *Acuerdo sobre Medidas de Seguridad Social...*, pág. 2.

³² *Acuerdo sobre Medidas de Seguridad Social...*, pág. 3.

- «... sería más coherente un sistema que no se centrara en una prima por actividades productivas, oficios o tareas, sino sencillamente por sectores de actividad económica en los que también es posible y necesario tener en cuenta la existencia de distintos riesgos y costes»³³.
 - «... se ha procedido a elaborar la propuesta... con la finalidad de alcanzar los siguientes objetivos: ... Posibilitar la revisión periódica de los tipos de cotización a fin de adecuarlos de una manera dinámica a la evolución de la siniestralidad de forma que quede garantizado en todo momento el equilibrio económico-financiero del sistema de la Seguridad Social»³⁴.
- 2.º La posibilidad de reducir el tipo de cotización para aquellas empresas cuyo índice de siniestralidad esté por debajo del índice de siniestralidad medio de su sector; o aumentarlo, en caso contrario. De nuevo, ofrecemos dos textos de dicho documento que justifican nuestra afirmación:

- «... la modificación de la tarifa en la dirección propuesta es condición previa indispensable para poder plantearse la posibilidad de adoptar otras medidas en esa línea de incentivo de la acción preventiva de las empresas, como pudiera ser la adopción de algún sistema *bonus-malus*»³⁵.
- «Una vez determinadas las probabilidades *a priori* de siniestro, para cada colectivo en razón a su actividad, puede procederse a analizar la evolución del conjunto de empresas de la actividad y también de cada empresa en particular, facilitando la aplicación de medidas incentivadoras de la prevención de riesgos laborales»³⁶.

Por tanto, la razón de fondo que subyace a la reforma de la tarifa de primas no es otra que la aplicación de la ecuación prima (tipo de cotización)-índice de siniestralidad. Queda pendiente de conocer qué factores se utilizarán para el cálculo de dicho índice.

El actual artículo 108 de la LGSS se refiere, en su apartado primero, a la relación que debe existir entre la «tarifa de porcentajes aplicables para determinar las primas» y dos factores a considerar, que son «el coste de las prestaciones» y «las exigencias de los servicios preventivos y rehabilitadores». ¿Cabe identificar esta relación con la ecuación prima-índice de siniestralidad? Aunque hay cierta vinculación entre todos los factores mencionados, la absoluta identidad entre ambos métodos no resulta del todo clara³⁷.

³³ Propuesta de tipos de cotización..., pág. 2.

³⁴ Propuesta de tipos de cotización..., pág. 4.

³⁵ Propuesta de tipos de cotización..., pág. 3.

³⁶ Propuesta de tipos de cotización..., pág. 12.

³⁷ CAVA MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ ORRICO [cfr. *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, Edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 82], remitiéndose a DEL VALLE DE JOZ (cfr. «El sistema "bonus/malus": cuestiones a considerar en su regulación», en VV.AA., *VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social. «El accidente de trabajo en la Seguridad Social»*, Edit. Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Seguridad Social, Madrid, 2003, pág. 196), consideran que estamos ante dos sistemas de cálculo con parámetros distintos.

De otro lado, la nueva disposición adicional 61.^a de la Ley 42/2006 tiene cierto reflejo en el actual apartado 3 del mismo artículo 108 de la LGSS; salvo que antes se hacía referencia a la «distinción por el empleo de medios eficaces de prevención», así como al «incumplimiento de las obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo»; y ahora se menciona «el índice de siniestralidad... por debajo del promedio». De nuevo, en una primera aproximación, parecen factores distintos.

Debe, pues, el legislador, en nuestra opinión, clarificar este nuevo parámetro: el «índice de siniestralidad» tanto *a priori* –el que se ha utilizado para la elaboración de la tarifa ahora aprobada–, como *a posteriori*: el que resulte de los siniestros que acontezcan en el futuro. Es probable que la norma reglamentaria anunciada en la disposición adicional cuarta. Tres de la Ley 42/2006 haga referencia a estas cuestiones y resulte clarificadora.

Lo dicho nos conduce a un análisis más detenido de la problemática, conceptual y práctica, que la nueva tarifa de primas trae consigo; sin embargo, con carácter previo, parece necesario detenernos en el tratamiento peculiar que ha caracterizado, desde su origen, la cotización por contingencias profesionales dentro del Sistema de Seguridad Social español. Solo así, nuestra reflexión posterior resultará íntegra y ponderada.

III. LA COTIZACIÓN POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES: UNA REGULACIÓN AL MARGEN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

a) Principios constitucionales y sistema de reparto.

Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, el Sistema de Seguridad Social a que se refiere el artículo 41 de la Constitución Española se basa en un principio superador del riesgo social, cual es el de la situación de necesidad³⁸. Tal fundamento se conoce como «principio de generalidad objetiva», pues no se trata de una protección frente a riesgos diversos más o menos cohesionados –que eran los seguros sociales–, sino de la protección frente a un riesgo *in genere*: la situación de necesidad³⁹. Esto, por lo demás, venía indicado en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 1963:

³⁸ Así, la STC 65/1987, de 21 de mayo, señalaba que la finalidad del Sistema de Seguridad Social establecido en el artículo 41 de la Constitución Española es «la reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad, mediante asistencia o prestaciones sociales suficientes» (FJ 17.^o). Más recientemente, la STC 239/2002, de 11 de diciembre, remacha esta misma idea: «... el sistema de Seguridad Social, al configurarse como una función de Estado, permite incluir en su ámbito no solo a las prestaciones de carácter contributivo, sino también a las no contributivas. Y en tercer lugar, que el artículo 41 de la Constitución Española hace un llamamiento a todos los poderes públicos para que subvengan a paliar estas situaciones de necesidad, lo que ha de ser realizado por dichos poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias» (FJ 3.^o).

³⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R., *La Seguridad Social en España*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 80 y 81.

«La Ley, superando la regresiva noción de riesgos singulares, atendida su causa, delimita situaciones y contingencias susceptibles de protección para la consideración conjunta de las mismas, en vista de sus efectos»⁴⁰.

Dicho principio de generalidad objetiva no puede separarse de aquel otro de «universalidad subjetiva», que también se menciona en el artículo 41 de la Constitución Española cuando se dice que el «régimen público de Seguridad Social» será «para todos los ciudadanos»; principio de universalidad, a su vez, mencionado por la propia LGSS vigente en su artículo 2⁴¹.

Lógicamente, ambos principios –el de generalidad objetiva y el de universalidad subjetiva– deben ser entendidos como objetivos–tendencia del sistema, ya que resulta evidente la dificultad de atención por parte de un Estado de «cualquier necesidad» que sufra «cualquier ciudadano». Es por ello que las contingencias y situaciones de necesidad aparecen hoy día tasadas (de ahí, la lista del art. 38 de la LGSS) y se conceden, además, a los ciudadanos que cumplan determinados requisitos⁴².

Si los dos mencionados son los objetivos–tendencia del Sistema de Seguridad Social que nuestra Constitución describe, parece también obvio que su gestión y financiación no debería ser al modo del seguro privado, como si de un seguro «público» se tratara, pues, de hacerse así, el ámbito subjetivo de protección dejaría fuera a aquellos cuyos recursos económicos fueran insuficientes para pagar la prima del seguro.

Es por ello, entendemos, por lo que la Ley de Bases de Seguridad Social opta fundamentalmente por el sistema de reparto como mecanismo de financiación del Sistema de Seguridad Social que trata de poner en marcha. Es decir, se acude a la filosofía de la solidaridad intergeneracional e intrageneracional y a la confianza en la economía del país, lo que se traduce también en la expectativa del aumento del número de trabajadores y empresarios que, junto con el erario público, serán los principales contribuyentes del sistema. De este modo, junto con la comunidad en su conjunto (que contribuirá con sus impuestos), algunos –empresarios y trabajadores– ayudarán especialmente al sostenimiento de dicho sistema.

La Ley de Bases de 1963 se hace eco, con bellas palabras, del sistema de financiación elegido:

«Conscientes de que, sin acudir a la solidaridad nacional ante las situaciones o contingencias protegidas, la Seguridad Social no pasa de ser artificio técnico sin verdadera raíz comunitaria, la Ley concibe a esta como una tarea nacional que impone sacrificio a los jóvenes respecto de los viejos; a los sanos respecto de los enfermos; a los ocupados respecto de los que se hallan en situación de desempleo; a los vivos respecto de las familias de los fallecidos; a los que no tienen cargas familiares respecto de los que las tienen; a los de actividades económicas en auge y prosperidad, en fin, respecto de los sectores deprimidos»⁴³.

⁴⁰ Exposición de Motivos, «I. Justificación y directrices de la Ley», apartado 4.

⁴¹ Artículo 2.1 de la LGSS: «El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad».

⁴² Tanto en las prestaciones de la modalidad contributiva como en las propias de la no contributiva.

⁴³ Exposición de Motivos, «I. Justificación y directrices de la Ley», apartado 1, párrafo tercero.

Aunque, en su base 18.^a –fuera ya de la Exposición de Motivos–, indica que los regímenes de desempleo y accidentes de trabajo tendrán, por sus características especiales, un sistema de financiación distinto ⁴⁴.

b) Mutuas Patronales y capitalización en la gestión-financiación de las contingencias profesionales.

La Ley de Seguridad Social de 1966 dota a las contingencias profesionales de un régimen propio tanto por lo que respecta a su gestión como a su financiación.

En primer lugar, su gestión ⁴⁵ aparece encomendada a las Mutualidades Laborales –corporaciones de interés público integradas por empresarios y trabajadores y tuteladas por el Ministerio de Trabajo ⁴⁶– y a las Mutuas Patronales –asociaciones privadas de empresarios que reparten entre estos el coste de las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional ⁴⁷–. La participación empresarial, como es sabido, se explica por el hecho de que el patrono asumía la responsabilidad objetiva por los accidentes de trabajo sufridos por sus obreros ⁴⁸, debiendo asegurar obligatoriamente dicha responsabilidad a partir de 1932 ⁴⁹.

En cuanto a la financiación, la Ley de Seguridad Social distinguía el accidente de trabajo de la enfermedad profesional:

- a) Del accidente de trabajo se indicaba en el artículo 52, en sede de normas generales sobre financiación del sistema, que se podría establecer «un régimen de reaseguro o cualquier otro sistema de compensación de resultados, así como el sistema financiero de capitalización de las pensiones causadas por invalidez permanente o muerte» ⁵⁰. Era el artículo 213 de la propia ley, ya en sede de normas relativas al régimen general, el que terminaba de dar forma al régimen jurídico estableciendo su financiación «mediante aportaciones exclusivas de las empresas» ⁵¹ –luego sin colaboración estatal– y la obligación para Mutualidades Laborales y Mutuas Patronales de constituir «en el correspondiente Servicio Común de la Seguridad

⁴⁴ Base 18.^a, apartado 79, párrafo tercero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social (en adelante, de la LBSS).

⁴⁵ Artículo 47 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social (en adelante, LSS).

⁴⁶ Artículo 39.2 de la LSS.

⁴⁷ Artículo 202 de la LSS.

⁴⁸ Artículo 2 de la Ley de 30 de enero de 1900.

⁴⁹ Así lo disponen la Ley de 4 de julio de 1932 (*Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 234, Edit. Reus, Madrid, 1932) y el Decreto de 8 de octubre de 1932, que aprueba el Texto Refundido de la legislación de Accidentes del Trabajo en la industria (*Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 235, Edit. Reus, Madrid, 1932).

⁵⁰ Artículo 52.3 de la LSS.

⁵¹ Artículo 213.1 de la LSS.

Social, el valor actual del capital coste de las pensiones que con arreglo a esta Ley se causen por incapacidad permanente o muerte»⁵². Quedaba así consolidado el sistema de capitalización.

- b) Respecto de la enfermedad profesional, se la dota de un sistema de financiación propio, ni similar al de accidentes de trabajo ni tampoco coincidente con el de los riesgos comunes. En concreto, las prestaciones por invalidez, muerte y supervivencia se financiarán de acuerdo con un régimen de reparto simple⁵³, lo cual significa, según ALONSO OLEA, que sus ingresos anuales deben nivelarse con sus costes anuales⁵⁴. Aquí, por tanto, no se capitalizarán las pensiones. El coste se imputa al Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

De este modo, desde su origen, el accidente de trabajo se protege en nuestro país al modo de un seguro privado; eso sí, con elementos públicos de no poca importancia, debido, como explica ALONSO OLEA, a la superación de la doctrina de la responsabilidad «para sustituirla por la de la solidaridad de los miembros de la comunidad ante los siniestros que algunos de ellos padezcan»⁵⁵. De ahí que en ese seguro privado originario se establezca un Fondo (público, general) de Garantía, en caso de insolvencia del empresario responsable o de su asegurador⁵⁶; que se proteja el accidente *in itinere*, que queda fuera claramente del control del espacio de riesgo a proteger por el empresario⁵⁷; o que se aplique el principio de automaticidad de las prestaciones, como consecuencia de la obligación de reasegurar parte de los riesgos en el denominado «Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo»⁵⁸.

Y de ahí también que a la cantidad económica o precio del seguro que los empresarios concertan se le denomine «prima», con su sistema propio de determinación a través de salarios reales y la tarifa aplicable en función de la actividad del asegurado, esta última aprobada por la Orden Ministerial de 30 de marzo de 1949⁵⁹.

c) Reparto y financiación: decisión política pero equilibrada.

El régimen vigente en la actualidad guarda bastante relación con el origen histórico que acabamos de señalar, si bien se producen algunos hechos especialmente importantes, como la supresión

⁵² Artículo 213.3 de la LSS.

⁵³ Artículo 215.1 de la LSS.

⁵⁴ *Instituciones de Seguridad Social*, 2.ª edic. revisada y ampliada, Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. 111.

⁵⁵ *Instituciones...*, Madrid, 1967, págs. 65 y 66.

⁵⁶ *Instituciones...*, Madrid, 1967, pág. 64.

⁵⁷ *Instituciones...*, Madrid, 1967, pág. 63.

⁵⁸ *Instituciones...*, Madrid, 1967, págs. 95-96.

⁵⁹ BOE núm. 124, de 4 de mayo de 1949.

de las bases tarifadas en la cotización por contingencias comunes⁶⁰ o la desaparición de las Mutualidades Laborales⁶¹ y la prohibición del ánimo de lucro de las Mutuas Patronales⁶². Pero, sobre todo, es en 1978 –mediante el RDL 36/1978– cuando termina de consolidarse el sistema de reparto a través del establecimiento del principio de caja única y la creación de dicha caja en el Servicio Común denominado «Tesorería General de la Seguridad Social»⁶³. Ahora bien, aunque se podría pensar que, llegada la «caja única», el sistema de reparto se hace general en toda la Seguridad Social, la realidad será que la capitalización seguirá presente, como señala el vigente artículo 87 de la LGSS, en sus apartados 1 y 3: «El sistema financiero de todos los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social será el de reparto, para todas las contingencias y situaciones amparadas por cada uno de ellos» (apartado 1) pero «en materia de pensiones causadas por incapacidad permanente o muerte derivadas de accidente de trabajo cuya responsabilidad corresponda asumir a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o, en su caso, a las empresas declaradas responsables, se procederá a la capitalización del importe de dichas pensiones, debiendo las entidades señaladas constituir en la Tesorería General de la Seguridad Social, hasta el límite de su respectiva responsabilidad, los capitales coste correspondientes».

La combinación de ambos sistemas financieros –reparto y capitalización– no parece atentar contra el principio de financiación pública, cuyo respeto exige el artículo 41 de la Constitución Española («Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social...»). Dicho principio conlleva una gestión pública del Sistema de Seguridad Social y esta, ciertamente, se da: es el Estado, a través del INSS y de la TGSS, el que organiza este sistema de protección. Ya en su día, el Tribunal Constitucional aceptó la participación de «privados» en el sistema⁶⁴.

El modo en que, respetándose los principios constitucionales del artículo 41 de la Constitución Española, el Estado quiera organizar a nivel interno el sistema es ya una cuestión de decisión política. El cumplimiento del deber de solidaridad que la Constitución demanda para el Sistema de Seguridad Social parece alcanzarse con acierto a través del sistema de reparto y su materialización contable: la caja única, en donde «se unifican todos los recursos financieros»⁶⁵. Pero tal planteamiento de partida no parece incompatible con el hecho de que existan aspectos de capitalización, particularmente representados en la colaboración en la gestión que las Mutuas llevan a cabo. Incluso en ese «régimen» financiero peculiar de los accidentes de trabajo se dan elementos un tanto grises; así, por ejemplo, se declara con rotundidad por parte del legislador que «las primas... tendrán, a todos

⁶⁰ Obra de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 22 de abril de 1972).

⁶¹ Disposición final primera.2 del Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo.

⁶² El Real Decreto 1509/1976, de 21 de mayo, sobre colaboración de las Mutuas hace incompatible la prohibición del ánimo de lucro de estas entidades con el posible abono de excedentes a los asociados (art. 5), algo que sí se permitía con anterioridad.

⁶³ Disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, hoy día derogada. Su contenido forma parte del artículo 63 de la LGSS.

⁶⁴ STC 37/1994, de 10 de febrero de 1994, Fundamento Jurídico 4.º.

⁶⁵ Artículo 63.1 de la LGSS.

los efectos, la condición de cuotas de la Seguridad Social»⁶⁶, luego «entran» en la caja única, aunque su estancia sea por corto tiempo, ya que la TGSS pone desde el inicio a disposición de cada Mutua «las cuotas que respectivamente le correspondan...»⁶⁷. Y también, como si de un contrapeso se tratara, la obligación de constitución de los capitales-coste de las pensiones solo surge para la Mutua cuando la pensión es reconocida, sin necesidad de hacer depósitos previos⁶⁸.

Es decir, que esa combinación de solidaridad y de elementos más propios del seguro privado quedará a discreción del poder político, siempre con una inclinación de la balanza a favor de la primera porque así lo indica la Constitución Española. Y de ahí que se expliquen los estudios y las críticas que está recibiendo el legislador por su actuación en estos últimos años a favor del reforzamiento del principio contributivo del sistema, concretado a partir de 1997 en la separación de las fuentes de financiación. Sin detenernos en un estudio pormenorizado de la cuestión y sin llevar a cabo una valoración de esas críticas, sí entendemos lógicamente que surja la reflexión y el comentario, pues lo que se está afectando es el principio legal de caja única, que tanta vinculación tiene con el sistema de reparto y, por tanto, con el principio constitucional –sumatorio de la universalidad subjetiva y la generalidad objetiva– que es el de solidaridad.

Tras el análisis de los aspectos financieros propios de las contingencias profesionales, estamos en mejores condiciones para llevar a cabo una reflexión ponderada de lo que la nueva tarifa de primas y su filosofía privatista puede significar en el sistema. Y lo haremos en dos partes: en la primera, señalaremos las dificultades prácticas que, en nuestra opinión, la reforma puede traer consigo, para, a continuación, hacer un comentario más detenido sobre lo que la misma significa en ese sistema financiero combinado, de reparto y capitalización, al que acabamos de referirnos.

IV. LA APLICACIÓN DE LA REFORMA: CUESTIONES CONCEPTUALES Y PRÁCTICAS

No resulta difícil hacerse cargo de las dificultades de adaptación y gestión que la aplicación de la nueva tarifa trae consigo. Son numerosas las consultas que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social está recibiendo, respecto del código que debe consignar la empresa según su actividad económica y la posibilidad de encuadrar determinados trabajadores en alguna de las ocupaciones listadas en el Cuadro II. Ciertamente, como ya observamos, los tribunales recordaron que el deber de cotizar era propio del empresario y era él quien debía plantear sus cuestiones a la Administración en caso de duda respecto del epígrafe aplicable. En cualquier caso, resulta un tema espinoso –este, el del encuadramiento según los códigos y ocupaciones– que da lugar a una gran

⁶⁶ Artículo 17 de la LGSS.

⁶⁷ Artículo 35.1 de la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, que establece las normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

⁶⁸ Artículo 70.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social; aunque exista, por otro lado, la obligación del reaseguro (art. 79 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social).

inseguridad jurídica, que se agrava si tenemos en cuenta que la reforma permite diferenciar y asignar tipos de cotización diversos en una misma empresa si esta se dedica a varias actividades distintas y dotadas de la autonomía suficiente. Volveremos sobre esta idea más adelante.

a) Los conceptos de «empresa» y «actividad económica».

Sin lugar a dudas, desde un punto de vista teórico, las mayores dificultades que se plantean a la hora de «diseccionar» –si se me permite la expresión– una empresa, se deben a que, ni jurisprudencialmente ni doctrinalmente, se poseen conceptos claros y unívocos de estas dos realidades: la empresa y la actividad económica.

Tanto iuslaboralistas como mercantilistas han constatado, como concluían GARRIGUES y DÍAZ-CAÑABATE⁶⁹, que «el Derecho no ha logrado tomar plena posesión de la empresa». En este sentido, son conocidas las definiciones –que siempre dejan cierta insatisfacción– ofrecidas por ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE⁷⁰, para quien la empresa es la «agrupación de personas que, controlando bienes o servicios, tiene por finalidad la producción de bienes o servicios para un mercado», o las distintas tesis que RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER⁷¹ sintetizaba en 1970: a) la empresa como comunidad asociativa, b) como persona jurídica y c) como «marco adecuado» de la prestación de trabajo, inclinandose por esta última. Unos años antes, BAYÓN CHACÓN identificaba, como elementos necesarios de la empresa, la pluralidad de trabajadores y la organización general del trabajo en situación de interdependencia⁷². Más recientemente, GONDRA⁷³ observa que estamos ante una realidad peculiar «que tiende a devenir objetiva, pero que nunca logra del todo una objetivación plena» y que, además, se manifiesta «con la dinámica propia del sujeto», siendo «transmisible como un todo, incluidos sus componentes subjetivos».

Tampoco hay mayor fortuna respecto del concepto «actividad económica». Es algo más bien propio del ámbito privado, como corresponde al Derecho Mercantil, y por eso su significación conceptual resulta escasa, porque –como dirá GONDRA– «el Derecho privado viene construido... sobre el acto jurídico aislado, considerado en su individualidad» y no sobre el conjunto unitario de actos que es la actividad.

En cualquier caso, ambos conceptos –empresa y actividad económica– se relacionan, pues la organización empresarial «contribuye a la fijación y exteriorización del fin de la actividad»⁷⁴.

⁶⁹ «La empresa desde el punto de vista jurídico», en VV.AA., *La empresa*, editada por el Instituto de Estudios Políticos en la colección «Estudios de Trabajo y Previsión» (dirigida por ALONSO OLEA), Madrid, 1962, pág. 117.

⁷⁰ *Derecho del Trabajo*, Edit. Thomson-Civitas, 24.ª edic. revisada, Madrid, 2006, pág. 222.

⁷¹ «Empresa y contrato de trabajo», *Revista Anales de la Universidad Hispalense*, volumen XX, Sevilla 1960, págs. 44-54.

⁷² «El concepto jurídico-laboral de empresa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. III, n.º 6, 1959, pág. 288.

⁷³ «La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 228, abril-junio 1998, págs. 504 y 505.

⁷⁴ GONDRA, J.M.ª, *op. cit.*, págs. 528 y 529 y 531.

b) El encuadramiento de la empresa: actividad principal, actividad auxiliar y «actividad no auxiliar».

Como ya quedó indicado, a diferencia de la antigua tarifa de 1979, en donde el encuadramiento era según la actividad realizada por el trabajador en concreto, la nueva tarifa se inclina por tratar de aplicar el mismo tipo a la mayoría de los trabajadores de la empresa, ya que ahora se sigue el criterio de la actividad económica principal. Sin embargo, se permite también que puedan coexistir varios tipos de cotización simultáneamente si en la empresa se realizan varias actividades. En concreto, las reglas de aplicación de la tarifa se indican en el apartado dos de la disposición adicional cuarta, a continuación de los Cuadros I y II, de ellas, se puede inferir lo siguiente:

- 1.º «Para la determinación del tipo de cotización aplicable... se tomará como referencia lo previsto en su Cuadro I para identificar el tipo asignado en el mismo en razón de la actividad económica principal desarrollada por la empresa...» (disp. adic. cuarta.Dos, Regla 2.ª, párrafo primero).
- 2.º «Cuando en una empresa concurren, junto con la actividad principal, otra u otras que deben ser consideradas auxiliares respecto de aquella, el tipo de cotización será el establecido para dicha actividad principal» (disp. adic. cuarta.Dos, Regla 2.ª, párrafo segundo).
- 3.º «Cuando la actividad principal de la empresa concorra con otra que implique la producción de bienes o servicios que no se integren en el proceso productivo de la primera, disponiendo de medios de producción diferentes, el tipo de cotización aplicable con respecto a los trabajadores ocupados en este será el previsto para la actividad económica en que la misma quede encuadrada» (disp. adic. cuarta.Dos, regla 2.ª, párrafo segundo).

De este modo, el legislador, que busca posibilitar que una misma empresa, si se dedica a actividades claramente diferenciadas, pueda cotizar por contingencias profesionales según el diverso tipo de cotización –por ser distinta la siniestralidad, habría que añadir– de cada una de estas, llega a distinguir hasta tres tipos de actividades: a) la actividad principal; b) la actividad auxiliar y c) otra actividad, a la que no denomina de modo alguno, pero que trata como diferente de la principal y de la auxiliar.

El problema principal que presenta la aplicación de las reglas que hemos enunciado surge cuando junto a una actividad principal y otra u otras auxiliares se quiere diseccionar una tercera que reciba un tipo de cotización diferente. Y ello porque el legislador en ningún momento ofrece un *factor objetivo* que permita señalar cuál de entre ellas es la principal. Y si no hay actividad principal, no puede haber ninguna otra (*que no sea principal* o, por llamarla de algún modo, que sea *no auxiliar*); es decir, el legislador tendría que haber ofrecido algún criterio que permitiera –sin dar lugar a las dudas– identificar la actividad *principal* de una empresa.

Como se comprenderá, el tema vuelve a ser espinoso y complejo: ¿quién es el legislador para tal función?; o, mejor dicho, ¿bajo qué potestad puede el legislador, en una economía de libre mercado, decir o indicar al empresario cuál es la actividad económica a la que se dedica? ¿No se conculcaría así la libertad de empresa que recoge el artículo 38 de nuestra Constitución? Quizás estas cuestiones justifiquen el silencio del legislador, como si este quisiera dejar —«falsamente»— a la iniciativa privada tal decisión. De hecho, los rasgos que, desde un punto de vista conceptual, podrían aclarar las dudas del empresario —«tratarse de la actividad económica que da lugar a los bienes y servicios que la empresa produce»; «ser la actividad que más se identifica con los medios de producción de la empresa»—, no resultan útiles, pues son esos precisos rasgos los que el legislador utiliza para definir o identificar la «actividad no auxiliar» (disp. adic. cuarta.Dos, Regla 2.^a, párrafo segundo). De este modo, la confusión surge: ¿son lo mismo «actividad principal» y esa tercera que hemos llamado «no auxiliar»? ¿Puede haber dos actividades «principales» al mismo tiempo y en el mismo sentido? ¿Cómo es posible diferenciar ambas?

Las únicas opciones para solucionar en la práctica esta dificultad son estas dos:

a) Seguir el criterio histórico: la empresa va a tener por actividad principal la que, en la nueva tarifa, se corresponda con el epígrafe de la antigua. De hecho, en un documento interno de la TGSS (Área de Inscripción y Afiliación) se recogen algunos criterios impartidos por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en relación con supuestos empresariales concretos:

1. Personal de empresa de gestión de autopistas en régimen de concesión:

- CNAE de la empresa: 63.213 (Tipo: 2,25%).
- Personal de oficina: ocupación a) (Tipo: 1%).

2. Despacho profesional que realiza trabajos administrativos relacionados con actividades de contabilidad, teneduría de libros, auditoría, asesoría fiscal.

- CNAE de la empresa: 74.120 (Tipo: 2,25%).
- Personal de la empresa que realiza trabajos de oficina (aunque abarque a la totalidad de la plantilla): ocupación a) (Tipo: 1%).

3. Comunidad de propietarios:

- CNAE: 95.000 (Tipo: 1,15%).
- Trabajadores que realizan labores de limpieza: ocupación g) (Tipo: 4,05%).

Y así sucesivamente, señalando supuestos *ad casum*.

- b) Seguir el criterio o, mejor dicho, la actividad que diga el empresario: que parece ser el criterio de partida pero que no resulta definitivo, con la inseguridad jurídica que hacíamos ver. ¿Qué quiere decir exactamente la disposición adicional cuarta. Tres de la Ley 42/2006 cuando dice que «la determinación del tipo de cotización aplicable *será efectuada*, en los términos que reglamentariamente se establezca, *por la Tesorería General* de la Seguridad Social *en función de la actividad económica declarada por la empresa...*»? ¿Cabe suponer que la empresa omitirá la consulta a los cuadros de la tarifa antes de hacer su propuesta? ¿Ignorará, quizás, los criterios que viene emitiendo la TGSS?

Es decir, como parece evidente, la opción b), si la consideramos en un sentido de total libertad de decisión empresarial, no prosperará (para ello están las actas de la Inspección de Trabajo y las posteriores Resoluciones de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social). Cabe, de todos modos, y es esperable, que la TGSS permita la elección de actividad y, asumiéndola en principio, utilice un sistema prudente de advertencias al empresario para que reconduzca su elección al tipo adecuado. Pero, en todo caso, siempre quedará, y esto es quizás lo preocupante, una cierta intervención en la libertad de empresa... Dejemos aquí la cuestión, pues al tratarse de un tema de enorme complejidad, supera el objetivo de este trabajo.

La opción a), al establecer transformaciones en función de la actividad económica por la que ya venía cotizando la empresa, parece más sencilla de aplicar. La dificultad aquí se dará cuando se trate de una empresa nueva, donde lo más probable es que plantee su cuestión directamente a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y se adapte a la respuesta que reciba.

Por último, y como propuesta a considerar, entendemos que una mayor seguridad jurídica se alcanzaría, en cuanto a la delimitación de la actividad principal de la empresa, si se ofreciera por el legislador algún criterio objetivo. En el documento de trabajo de la Dirección General de Ordenación se apuntaban dos que resultan de interés: la actividad que aporte mayor contribución «al valor añadido bruto, en términos de producción de bienes o servicios en la que interviene el factor trabajo» o aquella «a la que corresponde el mayor volumen salarial»⁷⁵. Sin embargo, por el momento, no han sido incorporados por la TGSS a su discurso aclaratorio⁷⁶.

⁷⁵ *Propuesta de tipos de cotización...*, pág. 9.

⁷⁶ En un dossier de la TGSS (Subdirección General de Inscripción, Afiliación y Recaudación en Periodo Voluntario), que lleva por título *Resumen de criterios planteados en las Jornadas de 21 y 22 de febrero de 2007*, se dice: «La actividad principal es aquella que constituye el objeto social de la empresa aunque para conseguir el mismo se sirva de otras actividades consideradas como auxiliares (como es sabido, el objeto social se define habitualmente en términos laxos e imprecisos). No obstante una misma Sociedad puede realizar distintas actividades principales (?), sirviendo, a título de ejemplo, como elementos diferenciadores de ambas actividades diferentes las siguientes: existencia de contabilidades diferenciadas; procesos productivos también diferenciados; personal o trabajadores distintos en uno y otro proceso...». Los paréntesis son nuestros.

c) Peculiaridad del Cuadro II de la nueva tarifa y otras cuestiones abiertas.

La razón de ser del Cuadro II también puede ser cuestionable. Aunque el documento de trabajo de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social justifica dicho cuadro alegando que se trata de «actividades muy comunes a cualquier sector y muy homogéneas», así como la «ineludible necesidad de contemplar un proceso transitorio hacia la nueva tarifa»⁷⁷, en bastantes de los supuestos (personal en trabajos de oficinas, transportistas de mercancías en función de la capacidad de carga útil del transporte, personal de limpieza, vigilantes), la justificación de ese tratamiento distinto obedece más bien a que en algunas empresas se habían producido discrepancias con la TGSS en orden al epígrafe aplicable a sus trabajadores, que habían motivado demandas judiciales⁷⁸. También, en la doctrina, había surgido alguna voz en defensa de un tratamiento separado para estos trabajadores en virtud del principio de proporcionalidad, contenido –según la misma voz– en el artículo 108.1 de la LGSS⁷⁹.

Y es que, como decimos, de nuevo desde un punto de vista teórico, la distinción entre «ocupación» y «actividad económica» tampoco resulta clara. Se puede decir «personal en trabajos exclusivos de oficina» o decir «actividad de oficina y tramitación administrativa». ¿A qué se debe la separación? Pues a la dificultad que habría habido para dar tipos de cotización distintos a estas «ocupaciones» o «situaciones» si se hubieran recogido en el Cuadro I (muy probablemente, no habrían pasado de ser actividades auxiliares y, por tanto, con igual tipo de cotización que sus respectivas actividades principales). Por lo demás, la TGSS viene insistiendo en que tales «ocupaciones» se realicen «en exclusividad».

Finalmente, por lo que al Cuadro II se refiere, dos últimos apuntes: primero, lo llamativo que resulta que a la ocupación «b», en su primera parte, se otorgue un tipo de cotización especial a los trabajadores que deban desplazarse habitualmente durante su jornada laboral, pero «siempre que por razón de la ocupación o la actividad económica (de la empresa) no corresponda un tipo superior»: tratamiento un tanto discriminatorio, respecto de las demás ocupaciones; y, segundo, que la TGSS viene también haciendo transformaciones automáticas de epígrafes de la antigua tarifa en ocupaciones de la nueva: no obstante, ha evitado una transformación automática del epígrafe 113 –que, sin duda, albergaba a un colectivo empresarial nada despreciable– en la ocupación «a».

Las otras cuestiones que quedan abiertas, y que tan solo enunciarnos, son: el curioso tratamiento que recibe el trabajador por cuenta propia, a quien, en el supuesto de ejercitar varias actividades, se le impone cotizar por contingencias profesionales por la actividad con tipo de cotización más ele-

⁷⁷ *Propuesta de tipos de cotización...*, pág. 2.

⁷⁸ Véase jurisprudencia citada en notas n.º 16, 17 y 18; así como la STS 22-12-1988 (RJ 1988\9650), relativa al supuesto de cobradores en autopistas de peaje.

⁷⁹ GUZMÁN LÓPEZ DE LAMADRID, M.ª E., «Principio de proporcionalidad en la asignación de tipos de cotización por AT y EP: dos supuestos debatidos», *Actualidad Laboral*, n.º 4/2005, pág. 409.

vado⁸⁰ (sin mayores consideraciones); y la no mención de función alguna para los centros de trabajo –unidades que fragmentan la empresa desde el punto de vista laboral y de Seguridad Social– en el nuevo esquema de funcionamiento (por el momento, parece que no poseen ninguna nueva; quizás, con posterioridad, terminen siendo un indicio para diferenciar la actividad «principal» de la «no auxiliar»).

V. VALORACIÓN DE LA REFORMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA FINANCIERO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El eje de la reforma, como ya ha sido explicado, se basa en la aplicación de la ecuación prima-siniestralidad, de manera constante y dinámica, atendiendo a la evolución de los índices de siniestralidad de las empresas en relación con el mismo índice medio del sector de que se trate, que, a su vez, estará vinculado con la siniestralidad global del sistema. Para ello, el legislador se propone la agrupación de las empresas en el menor número de «compartimentos» (sectores económicos o epígrafes) posibles. Una vez realizada esta agrupación –que parece no será tarea fácil– se podrá aplicar una especie de sistema *bonus-malus* similar al que emplean las compañías aseguradoras de la responsabilidad civil por daños a tercero del seguro de automóvil (todo esto anunciado en la disp. adic. 61.ª de la LGSS). De este modo, se podrá incrementar o disminuir el tipo de cotización aplicable a los trabajadores de cada empresa en función de que el índice de siniestralidad esté por encima o por debajo, respectivamente, «del promedio que corresponda a su sector de actividad».

La técnica *bonus-malus*, como es sabido, es propia del seguro privado. Por ello, su aplicación a la cotización por contingencias profesionales requiere tener presente que, como se ha explicado con anterioridad [véase apartado III. b) de este estudio], tampoco el régimen jurídico de dicha cotización es uniforme, es decir, diverge al tener diverso tratamiento las cuotas gestionadas por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (que están sometidas a un sistema de capitalización en materia de pensiones) de aquellas cuya gestión corresponde al INSS (que no se capitalizan y que se integran «plenamente» y «permanentemente» en la caja única, viéndose afectadas por el sistema de reparto).

De este modo, parece lógico que la aplicación de la técnica *bonus-malus* sea admitida con menos reparo cuando se corresponde con las Mutuas –especie peculiar de asociaciones privadas, pero privadas, al fin y al cabo–, que cuando se vincula a una entidad gestora, de indiscutible y clara naturaleza pública.

No podemos olvidar que el Sistema de Seguridad Social, regido esencialmente por el sistema de reparto y sometido a muy diversos factores económicos y sociales, siempre «tiene necesidad» de

⁸⁰ Disposición adicional cuarta.Dos, regla segunda, párrafo tercero de la Ley 42/2006.

un aumento de sus recursos económicos, por lo que, incluso desde un punto de vista de recepción sociológica de la medida, puede no verse muy clara una reducción de cuotas que se haga no de modo uniforme, sino discriminando las empresas en función de su siniestralidad.

Sobre todo lo dicho, se mantiene esa interrogante importante sobre el contenido o la determinación del índice de siniestralidad de la empresa. Parece claro que, en caso de llevar la reforma hasta sus últimas consecuencias, se relacione la modificación del tipo de cotización, entre otros aspectos, con la actuación preventiva de la empresa (de hecho, así lo preveía la disp. adic. 17.^a de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, que citábamos al inicio de este estudio). Pero... ¿acaso no existen ya en el ordenamiento laboral todo un conjunto de normas que regulan y sancionan los incumplimientos en el ámbito de la prevención de riesgos ⁸¹? ¿No se le aplica ya al empresario un recargo económico en aquellas prestaciones que tienen su causa en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional cuando se han incumplido las medidas de seguridad e higiene ⁸²? ¿No invertirá más el empresario en prevención de riesgos al aumentar el número de accidentes de trabajo en su empresa?

VI. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, en nuestra opinión, la reforma de la tarifa de primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales presenta sus luces y sombras. Resulta claramente positiva por la mayor simplificación y unidad que se alcanza en el propio Sistema de Seguridad Social, al ofrecer una misma regulación tanto para los trabajadores por cuenta ajena como para los por cuenta propia del RETA y REMAR.

No obstante, respecto del fundamento jurídico de tal reforma, que no es otro que la aplicación, en el ámbito de las contingencias profesionales, de la ecuación prima-siniestralidad y su técnica complementaria –el sistema *bonus-malus*–, nuestra reserva es mayor por tres motivos:

- 1.º Se trata de una técnica que, de aplicarse a la parte de cuotas gestionadas por el INSS, afecta al equilibrio interno del sistema y supondría un recorte del principio de reparto, lo que exigiría una reflexión profunda por parte del poder político, antes de proceder a su aplicación.
- 2.º La reforma no alcanza una unidad *plena* en la cotización [se mantiene un Cuadro II de ocupaciones peculiares, se permite reconocer varios tipos de cotización diversos en la misma empresa si hay actividad principal y otra(s) no auxiliar(es)], por lo que las empresas resultarán, a la postre, divididas entre varios códigos CNAE; y

⁸¹ Nos referimos a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, relativo a los servicios de prevención y al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁸² Artículo 123 de la LGSS.

- 3.º En definitiva, no se resuelve el verdadero problema que, desde nuestro punto de vista, se da en la regulación de la cotización por contingencias profesionales, que es la alta inseguridad jurídica que recae sobre las empresas en cuanto a su clasificación, y lo más grave: el riesgo de quebrantamiento de la libertad de empresa por un excesivo intervencionismo del poder público, que llega a decidir la actividad económica propia de una empresa privada.