

Anno 2017
Numero 2



ISSN 2283-9224

direttore responsabile
Professor Francesco Bacchini

Rivista di Ateneo

Tutela e Sicurezza del Lavoro

In questo numero tra l'altro:

Struttura societaria e tutela del lavoratore:
possibile una connessione?

Note sulle prestazioni accessorie ex art. 2345 c.c.

Le principali implicazioni giuslavoristiche della legge di
bilancio 2018

Ente fondatore e proprietario
Università degli studi di Milano – Bicocca Di.SEA.DE
Dipartimento di Scienze Economico-Aziendali e Diritto per l'Economia

HYPER

RIVISTA DI ATENEO

TUTELA E SICUREZZA DEL LAVORO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO BICOCCA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICO-AZIENDALI E DIRITTO PER L'ECONOMIA

NUMERO 2
ANNO 2017



La legislazione finalizzata alla "*tutela e sicurezza del lavoro*" interessa e condiziona i principali settori del diritto e dell' economia, al fine di assegnare loro disciplina e protezione.

Ovvia la considerazione della sua matrice lavoristica, come naturale luogo di nascita e di previsione della sua regolamentazione; eppure, altrettanto evidente è la sua rilevanza in relazione a tutte quelle branche del diritto che con essa necessariamente si intersecano: tanto il diritto pubblico quanto quello privato, nelle svariate letture del diritto economico e in particolare nell'accezione del diritto punitivo dell'impresa (sia penale che amministrativo), concorrendo, tutti, ad assicurarne salvaguardia ed operatività; ma non solo: assolutamente evidente è la sua rilevanza nella prospettiva economico-aziendale, risultando, quale imprescindibile variabile esterna dell'attività d'impresa, fondamentale nella definizione delle linee di programmazione e strutturazione della governance aziendale.

Ente Fondatore e proprietario della rivista:



Università degli studi di Milano Bicocca

Di.SEA.DE – Dipartimento di Scienze Economico-Aziendali e Diritto per l'Economia

Comitato Scientifico:

Andrea Amaduzzi, Paola Bongini, Claudio Chiacchierini, Giovanni Cocco, Angelo Di Gregorio, Vincenzo Franceschelli (Coordinatore), Anna Marzanati, Alberto Nobolo, Arturo Patarnello, Massimo Saita, Tiziana Vettor.

Direttore Responsabile:

Francesco Bacchini

Comitato Esecutivo:

Paolo Aldrovandi, Camilla Buzzacchi, Paola Saracino.

Segreteria di redazione:

Domenico Capra, Salvatore Davide La Porta, Dario Scarpa.

Registrazione:

Rivista registrata presso il Tribunale Ordinario di Milano in data 25/05/2013 al n. 156.

ISSN 2283-7698

Editore:



Copyright © 2017 Hyper
via C. Degan 12 – 30172 Venezia
tel.: 041976896
fax: 041985730
e-mail: info@hyperedizioni.com
<http://www.hyperedizioni.com>

Chiuso in redazione nel mese di dicembre 2017

Proprietà letteraria e tutti i diritti riservati. La struttura ed il contenuto della presente rivista non possono essere riprodotti, neppure parzialmente, salvo espressa autorizzazione dell'editore.

L'editore, pur avendo curato con la massima attenzione la preparazione della presente rivista, declina ogni responsabilità per possibili errori od omissioni, nonché per eventuali danni derivanti dall'uso delle informazioni ivi contenute.

Dichiarazione sull'etica e la valutazione scientifica nella pubblicazione dei contributi sulla rivista dell'Università degli studi di Milano – Bicocca denominata: “*Tutela e sicurezza del lavoro*”

Decisione di pubblicazione e doveri del comitato scientifico

Il Comitato Scientifico, coadiuvato dal Direttore Responsabile, dal Comitato Esecutivo e dalla Segreteria di Redazione, è il solo responsabile della decisione di pubblicare i contributi sottoposti alla Rivista. Il Comitato scientifico, anche su richiesta dell'autore, si avvale, a suo insindacabile giudizio, di un sistema di referaggio per la valutazione delle pubblicazioni, scegliendo o facendo scegliere dal Direttore Responsabile e dal Comitato Esecutivo, i revisori tra una lista di studiosi di chiara fama nei vari settori disciplinari afferenti l'ampio ambito scientifico della rivista e in relazione all'argomento oggetto della pubblicazione, secondo una procedura di blindpeer review.

Il Comitato Scientifico, coadiuvato dal Direttore Responsabile e dal Comitato Esecutivo, valuta i manoscritti da pubblicarsi nelle rubriche referabili della rivista, per il loro contenuto scientifico, senza distinzione di razza, sesso, età, credo religioso, origine etnica o cultura, cittadinanza, orientamento scientifico, accademico o politico degli autori. Nel fare ciò sono vincolati dalle disposizioni di legge vigenti relative alla violazione del copyright e al plagio. Il direttore ed i redattori sono tenuti a non divulgare alcuna informazione sui manoscritti inviati a nessun altro soggetto diverso da editore, consulenti editoriali e revisori. Il materiale inedito contenuto nei manoscritti sottoposti per la pubblicazione non può essere usato dai membri del Comitato Scientifico, del Comitato Esecutivo o della Segreteria di Redazione per proprie ricerche senza il consenso scritto dell'autore. Se il Comitato Scientifico o il Direttore Responsabile rilevano o ricevono segnalazione di un problema rilevante in merito ad errori/imprecisioni, conflitto di interessi o plagio in un articolo pubblicato, ne daranno tempestiva comunicazione all'autore e all'editore per le determinazioni del caso.

Doveri dei revisori (peer reviewers)

I revisori assistono il Comitato Scientifico, il Direttore Responsabile ed il Comitato Esecutivo, nelle decisioni editoriali e, attraverso le comunicazioni veicolate dal Direttore Responsabile e dal Comitato Esecutivo, possono eventualmente aiutare l'autore a migliorare il manoscritto. Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del manoscritto assegnato, o che sappia di non essere in grado di eseguire la revisione nei tempi richiesti, deve comunicare la sua decisione al Comitato Scientifico o al Direttore Responsabile rinunciando a partecipare al processo di revisione. I contributi ricevuti per la revisione, in forma anonima, devono essere trattati come documenti riservati e non devono essere mostrati o discussi con chiunque non sia previamente autorizzato dalla direzione. La revisione deve essere condotta obiettivamente. I revisori, vincolati a tenere segreto il loro operato, devono esprimere le proprie opinioni in modo chiaro e motivato, secondo la scheda di analisi dei contributi appositamente allegata. Il revisore può identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare ma non citato nel corpo dello scritto dagli autori. Il revisore deve richiamare l'attenzione del Direttore Responsabile, Comitato Esecutivo o della Segreteria di redazione qualora ravvisi una somiglianza sostanziale o una sovrapposizione tra il manoscritto in esame e qualunque altro documento pubblicato di cui ha conoscenza personale. Le informazioni o idee ottenute tramite la revisione dei manoscritti devono essere mantenute riservate e non utilizzate per vantaggio personale.

Doveri degli autori

Gli autori devono garantire che i loro contributi siano del tutto originali e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le frasi di altri autori, che essi siano opportunamente parafrasati o citati, con corretti riferimenti. Essi hanno l'obbligo di citare nelle note le pubblicazioni che hanno avuto influenza nel determinare la natura del lavoro proposto. Ogni dichiarazione, osservazione o argomentazione riportata deve preferibilmente essere accompagnata da una corrispondente citazione. I contributi proposti non devono essere stati pubblicati come materiale protetto da copyright in altre riviste. I contributi in fase di revisione dalla rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini di pubblicazione. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo ad un testo devono essere elencati come co-autori. Qualora vi siano altri soggetti che hanno partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori nei ringraziamenti nella nota iniziale. L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi co-autori siano inclusi, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione. Tutte le fonti di sostegno finanziario ad uno studio devono essere indicate. Qualora un autore riscontri errori significativi o inesattezze nel manoscritto pubblicato ha il dovere di comunicarlo tempestivamente alla Segreteria di Redazione della rivista e cooperare al fine di ritrattare o correggere il manoscritto.

Sommario

pagina

SAGGI

Struttura societaria e tutela del lavoratore: possibile una connessione?
di Dario Scarpa 11

El accidente de trabajo en el trabajo autónomo incluido en el reta tras la reforma introducida por la ley 6/2017, de 24 de octubre
L'infortunio sul lavoro nel lavoro autonomo incluso nel reta dopo la riforma introdotta dalla legge 6/2017 del 24 ottobre
di M^a Monserrate Rodríguez Egío 19

INTERVENTI

Note sulle prestazioni accessorie ex art. 2345 c.c.
di Antonio Guarino Jr. 41

Disciplina delle professioni museali nell'ordinamento italiano
di Giovanna Carugno e Lorena Di Gaetano 53

ATTUALITÀ GIURIDICA

Le principali implicazioni giuslavoristiche nel settore privato della legge di bilancio 2018
di Hulla Bissoni 81

SAGGI

STRUTTURA SOCIETARIA E TUTELA DEL LAVORATORE: POSSIBILE UNA CONNESSIONE? (*)

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a valutazione secondo una procedura di blindpeer review.

Sommario. 1. Premessa. – 2. Struttura societaria e sistema positivo di adeguamento. – 3. Riflessi in materia di tutela degli interessi dei soggetti che prestano attività nella struttura. – 4. Responsabilità datoriale e tutela del lavoratore nella struttura societaria.

di Dario Scarpa

Abstract

La riflessione sulla portata del fenomeno dell'adeguatezza in ambito aziendale deve partire dalla evidenziazione della rilevanza giuridica delle c.d. sopravvenienze e alterazioni strutturali che l'azienda può subire nel corso dell'attività d'impresa. Da qui la fenomenologia dei rischi in ambito lavoristico unitamente alla eterogenesi della tutela del singolo lavoratore secondo forme e modalità scelte dalla prassi concreta e normate dal diritto vogliono lo studio del prodromico nucleo di concetto da cui deriva l'estrinsecazione del grado di tutela del lavoro, recte, la ricerca e studio del principio di adeguatezza cui è tenuto, nella gestione dell'impresa (azienda), l'imprenditore.

1. Premessa

La fenomenologia della prassi societaria induce ad evidenziare che i mutamenti di circostanze e situazioni aziendali, in termini dimensionali ovvero di settore, che possono verificarsi nel corso del contratto sociale di lunga durata sono di diversa natura: possono, infatti, dipendere da avvenimenti di cui è incerto o addirittura imprevedibile il verificarsi ovvero essere astrattamente prevedibili, seppure ne rimangono incerti l'entità, il momento in cui si verificheranno gli effetti, le modalità di produzione degli stessi effetti e il loro prolungarsi¹. A queste si aggiungono altre circostanze che possono turbare l'economia del contratto sociale e della struttura organizzativa dell'ente e che trovano compiuta eterogenesi negli atti e decisioni dell'organo di amministrazione ovvero in deliberazioni del consesso assembleare².

¹ La prassi societaria, *recte*, della contrattazione dello statuto e dell'atto costitutivo di società di capitali, infatti, si caratterizza per la presenza di contratti di lunga durata, la cui solidità è minata dall'esposizione ai mutamenti che possono occorrere sulla organizzazione contrattuale. Appare, dunque, opportuno, nell'ottica privatistica, indagare il tema della rinegoziazione adeguata del cambiamento delle condizioni contrattuali e extracontrattuali. L'apertura dei mercati e l'abbattimento di numerose barriere a livello europeo e intercontinentale hanno funto da propulsori di un nuovo commercio le cui peculiarità hanno inevitabilmente influenzato le modalità di negoziazione e il contenuto dei contratti. Cfr. HOLTZMANN, *Arbitration in Long-Term Transaction*, in Schimthoff (a cura di) *International Commercial Arbitration. Documents and Collected Papers*, London, 1975. In tema BRATOUS, *Arbitration and International Economic Cooperation Towards Industrial, Scientific and Technical Development* (relazione al IV Congresso Internazionale sull'Arbitrato, Mosca, 1972), in *The Arbitration Journal*, 1972, 239. Si consiglia la lettura di Si legga, GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contr. impr.*, 2010, 353; FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, in *Contr. impr.*, 2010, 366; MUSTO, *Il contratto 'asimmetrico di fornitura di energia elettrica. La potestà regolamentare dell'AEEG: un potere 'compensativo della 'parità ' contrattuale violata?*, in *Contr. impr.*, 2010, 1411; PIERAZZI, *L'alea nei contratti*, in *Contr. impr.*, 2011, 251.

² Continuando sul tema dell'adeguatezza nel contratto, appare congruo trattare della clausola di *hardship* nel commercio internazionale. Ulteriore caratteristica dei contratti internazionali è che difficilmente le parti possono permettersi di scioglierli; spesso, infatti, sono coinvolti più Paesi, molteplici interessi di notevole rilevanza e ingenti capitali investiti per cui nessuna parte sarebbe avvantaggiata dalla risoluzione del contratto (si pensi, ad esempio, alla costruzione di un gasdotto che attraversa l'intera Europa con le relative reti di distribuzione nazionali). Spesso, poi, si tratta di mercati oligopolistici in cui la ricerca di un'altra parte contrattuale risulta particolarmente difficile, senza contare i costi di una nuova attività di negoziazione e la condivisione tra le parti iniziali di informazioni riservate, segreti aziendali e *know-how*. Proprio in virtù di queste considerazioni, gli operatori economico-giuridici del commercio internazionali non sono interessati tanto a prevedere cause di risoluzione del contratto quanto a stabilire i casi in cui un'alterazione dell'equilibrio economico, posto alla base del negozio giuridico, obblighi entrambe le parti a rinegoziare i termini

Atteso che vi è la necessità di adottare un sistema ciclico di adeguamento delle strutture, latamente intese, della società per l'accadimento di circostanze imprevedibili al momento della stipula del contratto sociale, il cui verificarsi può disequilibrare sostanzialmente la divisione della regolamentazione d'interessi dei soggetti partecipanti come contraenti alla genesi della società, si deve tendere, *naturaliter*, verso l'attribuzione di rilevanza a qualsiasi fatto contingente che possa pregiudicare la convenienza economica dell'esecuzione del contratto sociale³.

La previsione contrattuale di una clausola di adeguatezza societaria necessita, come si intende dimostrare nel prosieguo della trattazione, di una stretta collaborazione tra gli organi della società, ed è imprescindibilmente legata al rispetto del principio di leale collaborazione e di buona fede; di guisa, i soci tendono ad accettare una qualsiasi previsione che possa adeguare il principio *pacta sunt servanda* alle mutate esigenze aziendali, attesi i possibili benefici individuabili nel corpo del contratto in virtù dell'inserimento di una clausola che possa generare certezza di adeguamento della struttura societaria⁴. La clausola di adeguatezza può, quindi, trovare applicazione laddove vi sia uno squilibrio di dimensionamento dei vari settori imprenditoriali di attività sociale⁵.

Volendo tentare una operazione di ricostruzione sistematica dei mezzi di adeguamento dell'organizzazione societaria, si può, a ragione, sostenere che le sopravvenienze aziendali, nella accezione più lata ed omnicomprensiva del termine, determinano la possibilità di

del contratto così da ricostituire, almeno parzialmente e alla luce delle circostanze emerse, l'equilibrio iniziale. A questa esigenza risponde la clausola di *hardship*; cfr., FRIGNANI, *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged buyout, Hardship Clause, countertrade, Cash and Carry, Merchandising, Know-how, Securitization*, Torino, 1996, 393. In tema, FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.*, 2013, 69; GORRIZ LOPEZ, *L'interpretazione del contratto nei Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, in *Contr. impr. Europa*, 1998, 467; CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. impr. Europa*, 1998, 733; MARRELLA, *Lex mercatoria e principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. impr. Europa*, 2000, 29; DE MATTEIS, *Del difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contr. impr. Europa*, 2001, 46; MARRELLA, *Nuovi sviluppi dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali nell'arbitrato CCI*, *Contr. impr. Europa*, 2002, 40; ID., *Autonomia privata e contratti internazionali*, in *Contr. impr. Europa*, 2003, 823.

³ Conf., BERMAN, *Excuse for Non-performance in the Light of contract Practices in International Trade*, in *Columbia Law Rev.*, 1963, 1420 ss., il quale definisce il "decline of faith in contract". L'evoluzione rapida del ricorso alle clausole di *hardship* si è estrinsecata in modo esponenziale a livello della loro redazione: concepite inizialmente con una struttura molto semplice ed una formulazione molto generale, alcune di esse hanno raggiunto, in pochi anni, un livello di sofisticazione notevole.

⁴ Ora, tracciando la linea pratica dell'evoluzione della dinamiche contrattuali, si ricava che, se i contratti a lungo termine sono quelli in cui la stipulazione di una clausola di adeguatezza è più frequente, e ciò a motivo del fatto che le obbligazioni di lunga durata, per loro natura, risentono maggiormente dei mutamenti economici sopravvenienti, è altrettanto vero che suddette clausole si trovano principalmente in alcuni settori dell'economia, quali quello dell'industria petrolifera, della chimica, della siderurgia, delle grandi opere, dell'informatica e del settore bancario, sotto forma di contratti di produzione, di somministrazione, di distribuzione, di assistenza tecnica, di appalto, di concessione per lo sfruttamento e la gestione, di trasporto, di commercializzazione, di *joint-venture* e di prestiti a medio o lungo termine. Ragione ulteriore della presenza della clausola incriminata nei contratti a lunga durata consiste nella loro non aleatorietà, caratteristica quest'ultima che consente l'adozione di molteplici previsioni volte a limitare il rischio che sopravvenienze esterne possano turbare la naturale esecuzione del contratto. Cfr. In tema, TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. impr.*, 1998, 469; CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la sfera del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Contr. impr.*, 1998, 547; TIMOTEO, *Contratto a tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1998, 619; MACCARDONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contr. impr.*, 1998, 627; BANDIERA, *La determinazione dell'oggetto del contratto nella somministrazione e la c.d. esclusiva implicita*, in *Contr. impr.*, 1998, 687; VALLE, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. impr.*, 1998, 1203; RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, 21.

⁵ La clausola di adeguatezza non va confusa con la clausola di *force majeure*; esse si somigliano, in quanto hanno ad oggetto eventi imprevedibili ed inevitabili, tuttavia presentano molteplici differenze: mentre la *force majeure* rende, di regola, impossibile l'esecuzione del contratto, la circostanza di adeguatezza non fa che renderla più onerosa, se non addirittura sprovvista di qualsiasi utilità per una delle parti, benché ancora materialmente eseguibile. Differenti sono anche gli effetti: nel secondo caso si procede immediatamente alla rinegoziazione del contratto, che è ancora eseguibile ma con l'apporto di modifiche tali da ristabilirne l'equilibrio iniziale; nel primo, invece, si giudicherà innanzitutto con riguardo alla sospensione delle obbligazioni il cui adempimento è divenuto, quanto meno temporaneamente, impossibile mentre la rinegoziazione verrà considerata solo nel caso di impossibilità prolungata. La clausola di "forza maggiore" dovrebbe quindi concernere le ipotesi nelle quali gli avvenimenti, che sfuggono al controllo ed alla prevedibilità delle parti, rendano impossibile l'esecuzione del contratto; mentre le clausole di adeguatezza dovrebbero mirare a disciplinare le conseguenze di mutamenti fondamentali e profondi delle condizioni economiche che producano uno sconvolgimento dell'economia del contratto, pur non rendendone impossibile l'esecuzione.

sussumere all'interno della categoria delle circostanze di adeguamento qualsiasi alterazione della iniziale regolamentazione degli interessi dei contraenti sociali.

La riflessione sulla portata del fenomeno dell'adeguatezza deve partire dalla evidenziazione della rilevanza giuridica delle c.d. sopravvenienze e alterazioni strutturali, vale a dire delle circostanze che, attesa la mancata prescrizione pattizia, sopravvengono alla vita e crescita dell'azienda, determinando, nella esecuzione concreta delle obbligazioni nascenti, uno squilibrio organizzativo tra le originarie condizioni di regolamentazione della società e gli sviluppi economici e imprenditoriali di settore successivi⁶.

2. Struttura societaria e sistema positivo di adeguamento

Tentando, ora, un raffronto comparatistico, nella prassi societaria e lavoristica, si richiede il rispetto, da parte dei contraenti sociali e dei componenti gli organi di gestione e di controllo, del c.d. *fair dealing* quale estrinsecazione comportamentale della buona fede (*good faith* e *fair dealing*). La fenomenologia della eterointegrazione, nella *common law*, distingue i rimedi in *judicial remedies* e *non-judicial remedies*: il rimedio implica una ponderazione di interessi da parte del giudice; in tema, si ritiene ipotizzabile il giudizio sulla risarcibilità del danno e la c.d. *balance of power*, che determina la subordinazione della possibilità di concedere un *injunction* alla valutazione della sua gravosità. Di risulta, volendo tracciare l'*iter* argomentativo, si ricava che il modello rimediale rappresenta una soluzione che può essere adottata pattiziamente in sede di ricostruzione del sistema⁷. Ma, allora, l'adeguatezza, in una ottica di studio comparato, viene in soccorso della eventuale valutazione da parte del terzo nella necessaria integrazione della condotta comportamentale del soggetto tenuto a procedere alla richiesta di adeguamento della struttura societaria⁸.

Volendo sintetizzare le possibili tensioni normative in merito alla clausola di adeguatezza, si può, a ragione, ritenere che la previsione contrattuale determini una certa prevedibilità delle conseguenze immediate di eventuali mutamenti delle strutture societarie indotti da eventi imprevisi ovvero imprevedibili, e, di risulta, favorisca una notevole prevenzione di

⁶ In senso lato, il fenomeno della adeguatezza, in vari settori del diritto, è stato, di recente, studiato sia dalla dottrina straniera che da quella italiana, si riporta parte della vasta letteratura in tema: AL FARUQUE, *Possible Role of Arbitration in the Adaptation of Petroleum Contracts by Third Parties*, in *Asian International Arbitration Journal*, 2006, vol. 2, 2, 151-162; ALMEIDA PRADO, *Le Hardship dans le droit du commerce international*, Bruxelles, 2003, 55; ALMEIDA PRADO, *La Théorie du Hardship dans les Principes de l'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Une approche comparative des principes et des solutions adoptées par le droit français et par le droit américain*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, 323 ss.; BERNARDINI, *Hardship e Force Majeure*, in M. Bonell e F. Bonelli (a cura di), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, 1997, 193-214; BONELL, *The UNIDROIT Principles in Practice. Case-law and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, New York, 2006; BONELL, *A Global Arbitration Decision Decided on the Basis of the UNIDROIT Principles: in re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative*, in *Arbitration International*, vol. 17, 3, 249-261; BONELL, *Un codice internazionale del diritto dei contratti: i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 1995, 91-95; BONELL, *I Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali: origini, natura, finalità*, in *Dir. comm. internaz.*, 1995, 14; M. Bonell e F. Bonelli (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, 1997; BONELLI, *Risoluzione per eccessive onerosità sopravvenute*, in *Dir. comm. internaz.*, 1988, 10; BORTOLOTTI, *Diritto dei Contratti internazionali*, Vol. I, Cedam, Padova, 2009, 34; BORTOLOTTI, *Le clausole di Forza Maggiore nei contratti internazionali, con particolare riferimento alla "ICC Force Majeure Clause 2003"*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, 4

⁷ In tema si ricorda: *It is true that more and more international long term agreements contain provisions according to which is considered as an event of force majeure any event beyond the control of the parties which renders the performance of the agreement very difficult and/or more expensive than anticipated or any event which cannot be overcome by the use of reasonable means at reasonable costs. Such provisions, when agreed upon, leave no doubt as to the intent of the parties. They clearly reflect that the parties intended to avoid that the impossibility to perform be considered as the sine qua non requirement for force majeure. However, in order to be accepted, such exceptions to the common law of force majeure must be expressly provided for; they should not be presumed or implied.*

⁸ Cfr., MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 153 ss.; AIMI, *Le delibere del consiglio di amministrazione*, Milano, 2000; AMBROSINI, *Validità, invalidità ed efficacia delle delibere consiliari*, in *Società*, 1992, 1183; BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitale*, Padova, 1998, 14 e ss.; BIANCHI, *Amministrazione e controllo delle nuove società di capitali*, Milano, 2003, 22 e ss.; BONELLI, *Gli amministratori di Società per azioni*, Milano, 1985, 25 e ss.

stalli organizzativi nella gestione della società. La clausola di adeguatezza, in definitiva, è predisposta per risolvere eventi sopravvenuti, c.d. sopravvenienze contrattuali e/o aziendali, rispetto alla conclusione del vincolo negoziale, nel caso in cui le parti abbiano, in fase di genesi del vincolo, escluso l'alea del loro verificarsi.

Una possibile fase di applicazione concreta della clausola di adeguatezza societaria, sia essa esplicitata o meno all'interno del contratto sociale, si individua nel momento antecedente lo scioglimento della società di capitali. Difatti, dalla lettura del corpo normativo in materia di scioglimento della società di capitali, si riescono, con sforzo estensivo di indagine interpretativa, a cogliere le situazioni di mal funzionamento della struttura societaria, ed in particolare della *corporate governance*, al cui verificarsi deve, in senso automatico, nascere il dovere degli organi sociali, *rectius*, degli amministratori di procedere a tentare di adeguare la struttura societaria alla alterazione funzionale verificatasi.

3. Riflessi in materia di tutela degli interessi dei soggetti che prestano attività nella struttura

L'adeguatezza, come detto, va considerata alla stregua di una clausola generale dell'organizzazione d'impresa e, di guisa, un criterio, di natura inderogabile, della gestione a carico degli amministratori. Volendo associare il principio di adeguatezza al principio di precauzione, quale prodromo della nuova analisi della responsabilità d'impresa, l'adeguatezza che occorre analizzare risulta essere quella c.d. tecnica, vale a dire, l'adeguatezza che riguarda non solo il complesso dei luoghi in cui si svolge la produzione industriale o si somministra il servizio o si svolge l'attività commerciale propriamente detta, ma anche il complesso dei materiali, macchinari e attrezzature che servono a produrre i beni e a somministrare il servizio, nonché gli uffici direttamente collegati all'attività d'impresa o alla particolare natura dell'attività svolta, come possono essere l'ufficio studi o l'ufficio ricerca, che certi tipi di imprese societarie non possono non avere⁹.

L'introduzione del principio di adeguatezza nel nostro ordinamento costituisce spia della tendenza a tradurre in norme giuridiche importanti principi della scienza aziendalistica. Attesa la definizione del principio di adeguatezza, si evidenzia come emerga l'evoluzione della nozione di perizia come diligenza tecnica nell'esercizio dell'attività d'impresa e, paral-

⁹ In tema di adeguatezza societaria l'Autore che ha, per primo sviluppato l'interesse in senso sistematico è BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, dalla Collana *Quaderni del Dipartimento di Studi Internazionali dell'Università degli Studi di Salerno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 199 e ss. e Id., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, 6. L'Autore sostiene che "si percepirà quanto sia mutato il quadro raffigurante l'organizzazione interna della società per azioni ed in particolare quanto sia valorizzato il potere degli amministratori e quanto cambieranno contenuto e confini della responsabilità di questi e dell'impresa-società." Ed ancora: "con l'art. 2381 la legge non si accontenta di imporre all'impresa - come pure è accaduto sovente in passato - una data forma ovvero di prescrivere minimi di capitale sociale ovvero ancora di imporre la tenuta di determinate scritture contabili, ma interviene per incidere sulle concrete modalità di organizzazione interna dell'attività d'impresa, che è campo tradizionalmente lasciato all'autonomia decisionale dell'imprenditore." I fondamenti normativi dell'adeguatezza tecnica vanno ricercati nella legislazione speciale ed in particolare nel testo dell'art. 118 del codice del consumo (d.lgs. n. 226/2005) in cui è confluito l'art. 6 del d.p.r. 24 maggio 1988 n. 228 in tema di responsabilità da prodotti difettosi, che alla lett. e) esonera da responsabilità il produttore che abbia messo in circolazione un bene, poi rivelatosi difettoso, se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui il bene è stato messo in circolazione non permettevano di considerare il prodotto come difettoso; nel d.p.r. 24 maggio 1988 n. 203, dettato in tema di inquinamento ambientale, nel quale viene definita migliore tecnologia disponibile un sistema tecnologico adeguatamente verificato e sperimentato che consente il contenimento o la riduzione delle emissioni a livelli accettabili; nel d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626, con il quale si impone all'imprenditore la eliminazione dei rischi in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico o, quanto meno, la riduzione di questi rischi al minimo; particolarmente significativo è, infine, il provvedimento più recente, e cioè il d.lgs. 22 luglio 2005, che ha recepito tre direttive comunitarie: esso contiene disposizioni per eliminare i rischi connessi alla raccolta indiscriminata e senza regole dei rifiuti, per favorire la progettazione di idonee apparecchiature a ciò preordinate e per vietare l'uso di sostanze tossiche.

lamente, il ruolo dell'organizzazione della stessa attività si realizza attraverso la consapevolezza dello stato delle conoscenze tecniche e scientifiche e dei rischi dell'esercizio dell'attività d'impresa. Occorre valutare in termini concreti se nell'organizzazione e nello svolgimento dell'attività d'impresa siano rispettati i valori, dalla cui osservanza dipende il giudizio di meritevolezza sul comportamento effettivo dell'imprenditore e, successivamente, confrontarli con i vincoli di comportamento posti dal canone di precauzione¹⁰.

L'adeguatezza sottende una relativizzazione concettuale: essa va ancorata, oltre che alle dimensioni, anche alla concreta attività che l'impresa svolge, quali primari parametri di classificazione e di valutazione delle imprese che, seppur con diversa valenza, il codice indica e disciplina. L'assetto societario adeguato è, comunque, il frutto di una scelta d'impresa. Si rifletta: non risulta configurabile un assetto adeguato ideale, ma, al contrario, esistono possibili assetti organizzativi adeguati da adottare sulla base di parametri quali la natura dell'impresa e le sue dimensioni. La rilevanza del tema dell'adeguatezza assume, inoltre, pregnanza giuridica se collegato al tema della responsabilità, perché il terreno applicativo è quello della responsabilità da inadeguatezza organizzativa, amministrativa, contabile, patrimoniale e, soprattutto, come detto, tecnica¹¹.

L'analisi del concetto di adeguatezza del comportamento gestorio degli amministratori coinvolge vari aspetti della disciplina societaristica e civilistica. Difatti, la ricostruzione, di natura sistematica, del regime di responsabilità d'impresa unitamente all'individuazione della funzione di controllo dell'utilità sociale delle attività d'impresa risultano operazioni ermeneutiche necessarie in relazione al proliferarsi delle attività rischiose ma consentite in

¹⁰ Cfr. SANTONASTASO, *Principio di "precauzione" e responsabilità di impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa "per sua natura". Prime riflessioni su un tema di ricerca*, in *Contr. impr. /Europa*, 2005, 20 e ss. Si consiglia, altresì, la lettura di CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 787 e ss. Più specificatamente, in tema di adeguatezza societaria cfr. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, dalla Collana *Quaderni del Dipartimento di Studi Internazionali dell'Università degli Studi di Salerno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 199 e ss. e ID., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, 6. L'autore sostiene che "si percepirà quanto sia mutato il quadro raffigurante l'organizzazione interna della società per azioni ed in particolare quanto sia valorizzato il potere degli amministratori e quanto cambieranno contenuto e confini della responsabilità di questi e dell'impresa-società." Ed ancora "con l'art. 2381 la legge non si accontenta di imporre all'impresa - come pure è accaduto sovente in passato - una data forma ovvero di prescrivere minimi di capitale sociale ovvero ancora di imporre la tenuta di determinate scritture contabili, ma interviene per incidere sulle concrete modalità di organizzazione interna dell'attività d'impresa, che è campo tradizionalmente lasciato all'autonomia decisionale dell'imprenditore." I fondamenti normativi dell'adeguatezza tecnica vanno ricercati nella legislazione speciale ed in particolare nel testo dell'art. 118 del codice del consumo (d.lgs. n. 226/2005) in cui è confluito l'art. 6 del d.p.r. 24 maggio 1988 n. 228 in tema di responsabilità da prodotti difettosi, che alla lett. e/esonera da responsabilità il produttore che abbia messo in circolazione un bene, poi rivelatosi difettoso, se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui il bene è stato messo in circolazione non permettevano di considerare il prodotto come difettoso; nel d.p.r. 24 maggio 1988 n. 203, dettato in tema di inquinamento ambientale, nel quale viene definita migliore tecnologia disponibile un sistema tecnologico adeguatamente verificato e sperimentato che consente il contenimento o la riduzione delle emissioni a livelli accettabili; nel d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626, con il quale si impone all'imprenditore la eliminazione dei rischi in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico o, quanto meno, la riduzione di questi rischi al minimo; particolarmente significativo è, infine, il provvedimento più recente, e cioè il d.lgs. 22 luglio 2005, che ha recepito tre direttive comunitarie: esso contiene disposizioni per eliminare i rischi connessi alla raccolta indiscriminata e senza regole dei rifiuti, per favorire la progettazione di idonee apparecchiature a ciò preordinate e per vietare l'uso di sostanze tossiche.

¹¹ Il titolare di una posizione di garanzia nell'ambito di un'organizzazione aziendale di rilevanti dimensioni può dismettere gli obblighi e i compiti che precipuamente gli derivano dalla stessa, ad altri delegando, ossia trasferendo quegli obblighi e compiti, con conseguente sostituzione e subentro del delegato nella posizione di garanzia che faceva originariamente capo al suo titolare. A tal fine, è necessario che l'atto di delega sia espresso, inequivoco e certo e che investa persona che abbia accettato lo specifico incarico, non solo tecnicamente capace ed in possesso delle necessarie cognizioni tecniche ma anche dotata dei relativi poteri decisionali e di intervento. Rimane, in ogni caso, integro e fermo l'obbligo del delegante di vigilare e controllare che il delegato usi concretamente la delega, secondo quanto richiesto o prescritto dalla legge. (Nella fattispecie la responsabilità penale dell'amministratore delegato di Enav s.p.a. è stata ritenuta in quanto la necessità di dotare l'aeroporto del presidio di sicurezza di cui era mancante si annoverava sicuramente tra le scelte aziendali di livello più alto, che non potevano di certo sfuggire ai poteri-doveri del soggetto apicale che doveva curare che venissero non solo deliberate ma anche assicurate e poste in essere. Il giudicante ha, inoltre, precisato che, in ogni caso, anche a voler concedere che vi fossero delle deleghe interne a favore di altri soggetti - deleghe, peraltro, meramente implicite, desunte dal mansionario della società e senza conferimento dei necessari poteri decisionali e di spesa a favore del delegato -, permaneva in capo all'amministratore delegato, quale originario titolare della posizione di garanzia, l'obbligo di vigilanza e di controllo sull'operato del delegato). (Cass. pen. 23.2.2008, n. 22614)

quanto perseguenti utilità sociali. In materia di autonomia d'impresa occorre, anche sulla base di spunti della legislazione europea, individuare una forma di responsabilità tesa all'interesse produttivo e collegata ai possibili danni cagionati ai terzi, vale a dire, alla esternalizzazione degli interessi dell'impresa: si assiste ad una evoluzione della responsabilità d'impresa, attraverso la ricerca delle nuove frontiere della responsabilità civile, in termini di nuove responsabilità¹².

Se si riflette attentamente sulla portata prescrittiva della norma, se ne deduce che l'introduzione del principio di adeguatezza può influire in maniera notevole sul tema della responsabilità dei gestori d'impresa, intervenendo sulle concrete modalità di attuazione dell'organizzazione interna dell'attività d'impresa, campo, da sempre, elettivo dell'autonomia decisionale. In materia societaria, alla violazione dell'obbligo di vigilanza gravante sull'organo amministrativo dell'ente, giusto il disposto dell'art. 2392 c.c., consegue la responsabilità solidale di tutti i componenti del consiglio di amministrazione e, pertanto, la responsabilità (anche) di ciascuno dei singoli membri che, pur non essendo titolari, in via esclusiva, di poteri individuali di controllo, sono, pur sempre, singolarmente tenuti ad agire affinché tale vigilanza sia adeguatamente esercitata e rispondono, pertanto, dell'omissione di essa a meno che non forniscano la prova che, pur essendosi diligentemente attivati a tal fine, la predetta vigilanza non può essere esercitata per il comportamento ostantivo degli altri componenti del consiglio¹³.

Accanto all'adeguatezza organizzativa intesa come principio che regola l'organizzazione interna dell'impresa (gestione, macchinari, attrezzature ecc.), rileva anche un profilo esterno (nei confronti dei consumatori, fornitori, clienti ecc.) dell'attività d'impresa in relazione ai problemi suscitati dal progresso scientifico, che interessa il controllo dei rischi d'impresa da parte della società e della sua organizzazione. Alla luce di tale impostazione, si può affermare che tra i rischi che l'impresa deve valutare vi sono non solo quelli tipici dell'attività imprenditoriale, quali appunto quelli finanziari ed operativi, ma anche quelli relativi alle norme dettate a tutela dell'ambiente, della sicurezza dei prodotti e della salute dei lavoratori¹⁴. La legge interviene sulle concrete modalità di organizzazione interna dell'attività d'impresa, che è materia tradizionalmente lasciata all'autonomia decisionale

¹² In arg. cfr. PERRONE, *La struttura organizzativa d'impresa. Criteri e modelli di progettazione*, Milano, 1990, 5 e ss.; RICCIUTI, *Organizzazione aziendale*, Padova 1992, 30; DACCÒ, *L'organizzazione aziendale*, Padova, 1997, 3 e ss.; per un maggiore approfondimento si veda CAFFARATA, a cura di, *Materiali di studio dell'organizzazione aziendale*, Roma, Aracne, 1994 e sia pure su un provvedimento particolare, MONESI, a cura di, *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, Milano, 2005. Tra i classici, CODA, *L'orientamento strategico delle imprese*, Torino, Utet, 1988; GOLINELLI, *L'approccio sistemico al governo delle imprese*, vol. III, Padova, 2000. Cfr. in argomento SANTONASTASO, *Principio di "precauzione" e responsabilità di impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa "per sua natura"*, cit., 35 e ss.

¹³ Cfr. Cass. 24.3.1998, n. 3110, in *Giust. civ.*, 1998, 2214.

¹⁴ Si veda sul tema SANTONASTASO, *Principio di "precauzione" e responsabilità di impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa "per sua natura". Prime riflessioni su un tema di ricerca*, cit., 20 e ss.; ROK BASILE, *Biotecnologie, diritti proprietari e ambiente: verso un nuovo ordinamento giuridico*, in *La disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica*, Milano, 2002, 404. Cfr. SCOVAZZI, *Nanotecnologie e diritto dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2005, 367. Per l'edificazione di complessi turistico-alberghieri occorre che il richiedente la concessione dimostri l'esistenza di adeguata ed idonea via d'accesso, per adeguatezza dovendosi intendere non solo quella materiale, ma anche quella giuridica, cioè la disponibilità di un valido titolo abilitativo per il transito, e ciò al fine di evitare che la non certa e formale titolarità di un diritto di transito possa dar luogo a contenziosi che incidano sulla fruibilità dell'immobile adibito ad uso recettivi e svolgente, perciò, finalità di interesse generale. (Consiglio Stato sez. IV 14.4.2010, n. 2074)

dell'imprenditore, prescrivendo che l'assetto organizzativo sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa¹⁵.

4. Responsabilità datoriale e tutela del lavoratore nella struttura societaria

La fenomenologia dei rischi in ambito lavoristico unitamente alla eterogenesi della tutela del singolo lavoratore secondo forme e modalità scelte dalla prassi concreta e normate dal diritto vogliono, a modo di conseguenza giuridica necessaria, lo studio del prodromico nucleo di concetto da cui deriva l'estrinsecazione del grado di tutela del lavoro, *recte*, la ricerca e studio del principio di adeguatezza cui è tenuto, nella gestione dell'impresa (azienda), l'imprenditore. Si vuole individuare una associazione giuridica tra il principio di adeguatezza, la responsabilità sociale dell'impresa e la disciplina che tutela il lavoro al fine di valutare la possibilità di inquadrare, con rigore di sistema, un modello comportamentale cui il gestore dell'impresa deve attendere per garantire i lavoratori e, al contempo, andare esente dall'accertamento di qualsiasi forma di responsabilità a proprio carico. L'attuazione della responsabilità sociale dell'impresa incide sul diritto del lavoro e sui rapporti di lavoro, in particolar modo con riferimento alla tutela del lavoratore ed alla responsabilità del datore di lavoro o del responsabile dell'attività lavorativa specifica. È risultata necessaria, quindi, la previa delimitazione dei parametri concettuali nell'ambito dei quali si colloca il tema della responsabilità sociale d'impresa per, ora, riportare la stessa ai rapporti di lavoro; posto che la libertà d'iniziativa economica privata risponde alla tutela di un interesse di primaria rilevanza ed è costituzionalmente garantita, ci si chiede se si può ipotizzare di rendere l'impresa socialmente responsabile senza snaturarne i caratteri strutturali della stessa¹⁶.

In questa sede, infatti, si intende affrontare l'argomento nel quadro del rapporto tra responsabilità (anche sociale), funzione dell'impresa e sistemi normativi: nello specifico, si vuole considerare i modi nei quali il principio della responsabilità sociale dovrebbe avere, ha avuto e può avere attuazione in relazione alla disciplina (giuridica) dell'impresa e del lavoro, riflettendo sul rapporto tra responsabilità sociale e diritto positivo. In termini generali, si parte dal problema di precisare il concetto stesso di impresa nella prospettiva di verificare in che modo essa concorra alla realizzazione del benessere non solo economico ma soprattutto umano, benessere inteso come fine e non come puro strumento nell'ottica della massimizzazione del profitto, passando attraverso la questione della responsabilità del-

¹⁵ La responsabilità dell'amministratore delegato di una società per l'omessa predisposizione di idonee cautele per i lavoratori esposti a sostanze pericolose da cui possa essere scaturita la morte di un dipendente, è al medesimo ascrivibile solo con riferimento a quelle omissioni poste in essere nel periodo in cui rivestiva la carica in questione, mentre eventuali omissioni relative a periodi precedenti non possono essere a lui addebitate.

¹⁶ A carico del responsabile unico del procedimento grava una posizione di garanzia connessa ai compiti di sicurezza non solo nella fase genetica dei lavori, laddove vengono redatti i piani di sicurezza, ma anche durante il loro svolgimento, ove è previsto che debba svolgere un'attività di sorveglianza del loro rispetto. Il tema della sicurezza sul lavoro, approfondito dalla Suprema Corte rappresenta uno tra gli argomenti più dibattuti con riferimento alla posizione di garanzia in diritto penale soprattutto in relazione alla necessità di individuare chi all'interno di una impresa specialmente nel caso di organizzazione e struttura complessa possa ritenersi responsabile per un reato commesso nell'esercizio dell'attività. Sul responsabile dei lavori incombe l'obbligo della verifica delle condizioni di sicurezza del lavoro in attuazione dei relativi piani. Inoltre, il responsabile del procedimento provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo dell'intervento risulti condotto nei tempi e costi preventivati e nel rispetto della sicurezza e la salute dei lavoratori, in conformità a qualsiasi altra disposizione di legge in materia. Sommando i diversi compiti a carico del responsabile deriva quella posizione di garanzia ai compiti di sicurezza *non solo nella fase genetica dei lavori, laddove vengono redatti i piani di sicurezza, ma anche durante il loro svolgimento, ove è previsto che debba svolgere un'attività di sorveglianza del loro rispetto.* (Cass. pen., sez. IV, 15 novembre 2011, n. 41993).

le istituzioni e delle organizzazioni, la nozione stessa di responsabilità, il rilievo dell'etica, la promozione della sicurezza del lavoro, intesa nella sua dimensione valoriale di tutela e promozione dell'uomo¹⁷.

La giurisdicizzazione della responsabilità sociale richiede al giurista uno sforzo esegetico, che rifugga al tempo stesso da enfattizzazioni del problema, nel tentativo di offrire una lettura delle norme che tenga conto dei principi di riferimento, che in questo caso attingono alla sfera etico-morale, prima ancora che tecnico-giuridica. Nell'ambito dell'impresa, le prassi socialmente responsabili hanno riflessi in primo luogo sui dipendenti e riguardano, ad esempio, gli investimenti nel capitale umano, nella salute e nella sicurezza e nella gestione del cambio, mentre le prassi ecologiche responsabili riguardano soprattutto la gestione delle risorse naturali utilizzate nella produzione. Esse aprono una via che consente di gestire il cambiamento e di conciliare lo sviluppo sociale e una maggiore competitività¹⁸.

¹⁷ Ora, tracciando la linea pratica dell'evoluzione delle dinamiche contrattuali, si ricava che, se i contratti a lungo termine sono quelli in cui la stipulazione di una clausola di adeguatezza è più frequente, e ciò a motivo del fatto che le obbligazioni di lunga durata, per loro natura, risentono maggiormente dei mutamenti economici sopravvenienti, è altrettanto vero che suddette clausole si trovano principalmente in alcuni settori dell'economia, quali quello dell'industria petrolifera, della chimica, della siderurgia, delle grandi opere, dell'informatica e del settore bancario, sotto forma di contratti di produzione, di somministrazione, di distribuzione, di assistenza tecnica, di appalto, di concessione per lo sfruttamento e la gestione, di trasporto, di commercializzazione, di *joint-venture* e di prestiti a medio o lungo termine. Ragione ulteriore della presenza della clausola incriminata nei contratti a lunga durata consiste nella loro non aleatorietà, caratteristica quest'ultima che consente l'adozione di molteplici previsioni volte a limitare il rischio che sopravvenienze esterne possano turbare la naturale esecuzione del contratto. Cfr. In tema, TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. impr.*, 1998, 469; CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la 'sfera del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Contr. impr.*, 1998, 547; TIMOTEO, *Contratto a tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1998, 619; MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contr. impr.*, 1998, 627; BANDIERA, *La determinazione dell'oggetto del contratto nella somministrazione e la c.d. esclusiva implicita*, in *Contr. impr.*, 1998, 687; VALLE, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. impr.*, 1998, 1203; RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, 21.

¹⁸ Cfr., GARRIGA-MELÉ, *Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the Territory*, in *Journal of Business Ethics*, 2004, 53; FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, in *The New York Times Magazine*, 1970, 5; TETTAMANZI, *Intervento*, in BUZZI-POZZO (a cura di), *Imprenditori cristiani per il futuro dell'Europa*, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 2009, 33 e ss.; ALPA, *Prefazione*, Conte (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. Tra diritto, etica ed economia*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 54 e s.; LIEBMAN, *Impresa al plurale e diritto del lavoro: una nota a margine del dibattito sulla Corporate Social Responsibility*, in www.i-csr.org, 2008; DEL PUNTA, *Responsabilità sociale d'impresa e diritto del lavoro*, in Conte (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. Tra diritto, etica ed economia*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 21 e ss.; DELL'OLIO, *Per non concludere*, in MONTUSCHI, TULLINI (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna, 2006, 56 e ss.

EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TRABAJO AUTÓNOMO INCLUIDO EN EL RETA TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 6/2017, DE 24 DE OCTUBRE

L'INFORTUNIO SUL LAVORO NEL LAVORO AUTONOMO INCLUSO NEL RETA DOPO LA RIFORMA INTRODOLTA DALLA LEGGE 6/2017 DEL 24 OTTOBRE (*)

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a valutazione secondo una procedura di blindpeer review.

Sumario: Introducción. 1. La cobertura de las contingencias profesionales en el RETA. 2. El concepto de accidente de trabajo en el RETA. 2.1 Marco jurídico. 2.2. Consideraciones sobre el concepto de accidente de trabajo ex art. 316.2 LGSS tras la reforma introducida por la Ley 6/2017. 3. Efectos del régimen de cobertura del accidente de trabajo y su relación con la prevención de riesgos laborales. 4. Conclusiones.

Sommario: Introduzione. 1. La copertura delle contingenze professionali nel RETA. 2. Il concetto di infortunio sul lavoro nel RETA. 2.1 Quadro giuridico. 2.2. Considerazioni sul concetto di lavoro nell'infortunio in itinere ex art. 316.2 LGSS dopo la riforma introdotta dalla legge 6/2017. 3. Effetti del regime di copertura dell'infortunio sul lavoro e sua relazione con la prevenzione dei rischi professionali. 4. Conclusioni

di M^a Monserrate Rodríguez Egío

Abstract

El trabajo autónomo constituye uno de los ejes centrales de la economía, contemplándose como un mecanismo que permite crear empleo y una vía para desarrollar una actividad que permita mejorar la vida profesional y privada de quien la ejerza. Al crecimiento del trabajo autónomo han contribuido de forma directa diversas intervenciones legislativas llevadas a cabo en los últimos años y que han dirigido sus esfuerzos al fomento del autoempleo y a la mejora de la protección de las personas que trabajan por cuenta propia. En el presente trabajo, tomando como referencia el concepto de trabajo autónomo incluido en el art. 1.1 LETA y en la LGSS (art. 305.1), se analiza el tratamiento jurídico de la cobertura de las contingencias profesionales en el RETA y, en particular, del concepto de accidente de trabajo tras la ampliación introducida por la Ley 6/2017 de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo y sus efectos en materia preventiva.

Il lavoro autonomo costituisce uno degli assi centrali dell'economia spagnola, essendo un meccanismo che consente di creare posti di lavoro e un modo per sviluppare un'attività professionale che consenta di migliorare la vita professionale e privata di chi la esercita. La crescita del lavoro autonomo ha contribuito direttamente a vari interventi legislativi realizzati negli ultimi anni e che hanno indirizzato i loro sforzi per promuovere il lavoro autonomo e migliorare la protezione delle persone che optano per il lavoro autonomo. Nel presente contributo, prendendo come riferimento il concetto di lavoro autonomo incluso nell'art. 1.1 LETA e nel LGSS (art. 305.1), viene analizzato il trattamento legale della copertura delle situazioni professionali nel RETA e, in particolare, il concetto di infortunio sul lavoro.

ro dopo l'estensione introdotta dalla Legge 6/2017 del 24 ottobre, de Riformas Urgentes del Trabajo Autónomo e dei suoi effetti nella materia preventiva.

Introducción

La relevancia del trabajo autónomo ha sido admitida en diferentes intervenciones legislativas que reconocen la importancia cuantitativa y cualitativa de las pymes y los autónomos en el tejido empresarial español, al actuar como "motores para dinamizar la economía española, dada su capacidad de generar empleo y su potencial de creación de valor"¹. Recientemente, Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reforma Urgente del Trabajo Autónomo, en su Preámbulo, señala que el "trabajo autónomo tiene en España un destacado protagonismo al servicio de la generación de riqueza y de la actividad productiva y posee un importante peso específico en el mercado de trabajo, y si bien durante los años de crisis experimentó un significativo descenso, ha demostrado una importante capacidad de recuperación y un enorme potencial en cuanto a generación de empleo". En apoyo de la actividad emprendedora y, particularmente, del autoempleo, en los últimos años, se han incrementado las medidas dirigidas a estimular el aumento, en el mercado de trabajo, de los trabajadores autónomos y que también han incidido en mejorar las posibilidades de supervivencia de la actividad emprendedora y sus niveles de protección.

Como es sabido, las normas de prevención de riesgos laborales se dirigen a proteger a la persona que trabaja, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena, frente a los riesgos derivados del trabajo, de forma que, mediante la aplicación de medidas de prevención y/o protección frente a los riesgos derivados de la actividad productiva se consiga eliminarlos o reducirlos a fin de evitar daños en la salud. Ahora bien, la protección de las personas trabajadoras frente a los riesgos de origen laboral requiere un tratamiento preventivo dirigido a evitar que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se produzcan, y una protección, desde el punto de vista de la Seguridad Social, para el caso en el que se materialicen tales daños de origen laboral.

De esta forma, el Estado que articula un sistema de protección coherente frente a la actualización del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, debe exigir, previamente, un tratamiento preventivo de los riesgos laborales con el fin de evitar que la salud de las personas trabajadoras se vea perjudicada como consecuencia de su actividad profesional.

Así mismo, son importantes los mecanismos de control de las contingencias profesionales que exigen la notificación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales una vez que se han producido. Esta notificación, en el caso de los accidentes de trabajo es obligatoria y se realiza a través de procedimientos electrónicos de notificación que, desde el punto de vista preventivo, aportarán una información valiosa que facilita la investigación del accidente a fin de conocer las causas, y permitiendo, en consecuencia, intervenir para evitar que vuelvan a suceder en el futuro.

¹ Vid. Preámbulo de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación del empleo.

El procedimiento de notificación de accidentes de trabajo se desarrolla a través del Sistema Delt@². Ahora bien, el conocimiento de los daños en la salud de quien desarrolla una actividad por cuenta propia parte del reconocimiento del accidente como contingencia profesional y de su posterior obligación de declararlo, tanto si se trata de un accidente de trabajo como de una enfermedad profesional.

De ahí la importancia de analizar la configuración jurídica del concepto de accidente de trabajo en el RETA y de la necesidad de cobertura obligatoria de la contingencia profesional en este Régimen.

En este sentido, con el ánimo de seguir avanzando en la equiparación de los niveles de protección en materia de contingencias profesionales entre quienes desarrollan un trabajo por cuenta propia y quienes realizan un trabajo subordinado, el título VIII de la mencionada Ley 6/2017, pretende avanzar en la necesaria equiparación a efectos de las contingencias derivadas de accidente de trabajo *in itinere*, ampliando el concepto de accidente de trabajo en el RETA. Cabe advertir que, en los últimos años, lejos de contemplarse la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales para toda persona que trabaja por cuenta propia, se ha retrocedido en los niveles de protección y equiparación, configurándose, con carácter general, la voluntariedad en la cobertura de las contingencias profesionales.

Por otra parte, como se verá, si bien se ha conseguido un acercamiento en los niveles de protección, no se ha logrado la equiparación en materia de accidente de trabajo *in itinere*, puesto que se ha configurado un concepto restrictivo de accidente de trabajo *in itinere* respecto del que se aplica a quienes trabajan por cuenta ajena y a las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes.

² Vid. Orden Ministerial TAS/2926/2002, de 19 de noviembre, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico y la Resolución de 26 de noviembre de 2002, de la Subsecretaría [de Trabajo y Asuntos Sociales], por la que se regula la utilización del Sistema de Declaración Electrónica de Accidentes de Trabajo (Delt@) que posibilita la transmisión por procedimiento electrónico de los nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo aprobados por la Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre.

1. La cobertura de las contingencias profesionales en el RETA

Las personas que trabajan por cuenta propia³, en general, y las personas TRADE, en particular, quedan encuadradas en el RETA y, por ello, están obligadas a darse de alta y a cotizar en el Sistema de la Seguridad Social. Estas obligaciones les dan derecho a determinadas prestaciones. En este sentido, la persona trabajadora autónoma que lleve a cabo su actividad económica o profesional bajo un contrato civil, mercantil o administrativo debe asumir la posibilidad de sufrir un accidente de trabajo o de contraer una enfermedad profesional.

La protección específica en materia de contingencias profesionales ha estado tradicionalmente reservada a las personas trabajadoras del RGSS⁴, lo que, con frecuencia, hacía indiferente para las trabajadoras del RETA la calificación como profesional o común de los daños sufridos⁵, considerándose todas las lesiones ocasionadas de origen común⁶.

La protección por contingencias profesionales se materializa con la aprobación de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁷, que incorporó la disposición adicional 34^a a la LGSS 1994.

Tras la entrada en vigor de la Ley 53/2002, se permitió que las personas que trabajan por cuenta propia pudieran mejorar voluntariamente la acción protectora del RETA, a través de la incorporación de la prestación de incapacidad temporal, abonando la cotización correspondiente por tal motivo. En estos casos, podrían optar por incorporar su protección por contingencias profesionales. Esta materia fue desarrollada reglamentariamente por el RD 1273/2003, de 10 de octubre.

Respecto de la cobertura de las contingencias profesionales en el RETA, conviene destacar que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social introdujo la disposición adicional 58^a en la LGSS 1994, que preveía que las personas trabajadoras que causaran alta a partir del 1

³ Se refiere al concepto de trabajo autónomo incluido en el art. 1.1 LETA y en la LGSS (art.305) a los efectos de su encuadramiento en el RETA. El art. 1.1 LETA señala " La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial". También será de aplicación esta Ley a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores(...). Por su parte el art. 305.1 LGSS señala: " Estarán obligatoriamente incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos las personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, en los términos y condiciones que se determinen en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo".

⁴ Sobre la materia puede verse CAVAS MARTÍNEZ, F., y FERNÁNDEZ DRRICO, F. J., "La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social", AA.VV., DOMBLÁS M. A. y FERNÁNDEZ BARAIBAR, M., (coord.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 119-355; CAVAS MARTÍNEZ, F., "Título IV. Protección Social del Trabajador Autónomo", AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V., y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., (dir.), *Comentarios al Estatuto del trabajo autónomo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010; BLASCO LAHOZ, J.F., "La racionalización del sistema de seguridad social y la convergencia de la acción protectora del RETA y del RGSS" Aranzadi Social, vol.4, nº 3, 2011, pp.121-143; BALLESTER PASTOR, I., "RETA: análisis de la reformulación de sus postulados proteccionales en el camino hacia la convergencia con el régimen general", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2012.

⁵ Sobre las razones de la tradicional exclusión de la cobertura de los riesgos profesionales en el RETA, véase, TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., "La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 49, 2004, p. 4.

⁶ LÓPEZ ANIORTE, M. C., "La enfermedad profesional del trabajador autónomo: Hacia la completa equiparación con el régimen general", *Revista Derecho Social*, nº 53, 2011, p. 121.

⁷ Art. 40.4 de Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Socia.

de enero de 2013 en cualquier Régimen tendrían la obligación de cubrir las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Posteriormente, las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año fueron aplazando la entrada en vigor de su obligatoriedad hasta la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, que derogó la disposición adicional 58ª LGSS 1994.

En la actualidad, el art. 316.1 de la vigente LGSS⁸ se refiere al carácter voluntario de la cobertura de las contingencias profesionales al prever que los "trabajadores incluidos en este régimen especial podrán mejorar voluntariamente el ámbito de su acción protectora incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siempre que tengan cubierta dentro del mismo régimen especial la prestación económica por incapacidad temporal".

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA) confirma la voluntariedad para los trabajadores por cuenta propia agrarios, incorporados al Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia (SETA) para quienes la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales seguirán siendo de cobertura voluntaria⁹. En el mismo sentido, el art. 326 LGSS afirma el carácter voluntario de la cobertura de las contingencias profesionales para este colectivo.

En el supuesto de no optar por la cobertura de las contingencias profesionales, en todo caso, deben soportar una cotización adicional del 0,10% para financiar las prestaciones derivadas de las contingencias profesionales de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural¹⁰.

Si bien se establece la voluntariedad en la cobertura de contingencias profesionales, con carácter general, existen algunos supuestos en los que dicha cobertura es obligatoria. Así, la LETA contempla la obligatoriedad de su cobertura en el caso del TRADE (art. 26.3 LETA)¹¹ y de las personas trabajadoras por cuenta propia que desarrollen actividades profesionales que presenten un mayor riesgo de siniestralidad laboral.

Sobre el particular, la LETA encomienda al Gobierno determinar aquellas actividades profesionales por cuenta propia que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social¹². Esta habilitación al Gobierno, hasta la fecha, no se ha materializado. Ello evidencia que la LETA es una obra todavía inacabada, puesto que deja cuestiones importantes pendientes de un futuro desarrollo¹³.

⁸ Se refiere al Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante, LGSS

⁹ Vid. disposición adicional tercera, apartado tercero LETA.

¹⁰ Art. 106. Cinco, apartado 5 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (LPGE).

¹¹ En este sentido, el art. 317.1 LGSS señala: "De conformidad con lo previsto en el artículo 26.3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, los trabajadores autónomos económicamente dependientes deberán incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de la incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales".

¹² Disposición adicional tercera, apartado segundo, LETA.

¹³ LUJÁN ALCARAZ, J. (dir.), en AA.VV., *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007, p. 28.

Además de los supuestos contemplados en la LETA, la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales se extiende a través de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado a otros colectivos¹⁴.

Sorprende que, en la actualidad, la consideración de actividades con alto riesgo de siniestralidad, a estos efectos, quede todavía pendiente de desarrollo reglamentario. Es imprescindible que dichas actividades se hagan públicas lo antes posible, pues existe el riesgo de que muchas de ellas se inicien sin tener cobertura por contingencia profesional¹⁵.

Como se ha señalado, de la obligación de concertar la protección de contingencias profesionales quedan excluidas las personas trabajadoras por cuenta propia incorporadas al SETA, para las que esta cobertura sigue siendo voluntaria. Sin embargo, esta constituye una excepción parcial, puesto que la cobertura de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en este Sistema Especial resultará obligatoria respecto a las contingencias de invalidez, muerte y supervivencia, sin perjuicio de la posibilidad de proteger voluntariamente la totalidad de dichas contingencias profesionales, en cuyo caso deberán optar por incluir la IT¹⁶.

Esta medida contribuye a mantener el trato diferenciado que nuestro Derecho tradicionalmente ha otorgado a las personas trabajadoras autónomas frente a las asalariadas. La no obligatoriedad de la cobertura de las contingencias profesionales para quienes trabajan por cuenta propia no solo favorece el mantenimiento de una protección social más precaria, sino que al mismo tiempo impide una adecuada protección de este colectivo en materia de prevención de riesgos laborales. Lamentablemente, no se ha tenido en cuenta en la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, la enmienda nº 118, introducida por el Grupo Parlamentario Socialista a la Proposición de Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo en el sentido de incorporar obligatoriamente la cobertura de la incapacidad temporal y los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales¹⁷.

En cuanto a la formalización de la cobertura de las contingencias profesionales, la LGSS señala que "los empresarios y los trabajadores por cuenta propia, en el momento de cumplir ante la Tesorería General de la Seguridad Social sus respectivas obligaciones de inscripción de empresa, afiliación y alta, harán constar la entidad gestora o la mutua colaboradora con la Seguridad Social por la que hayan optado para proteger las contingencias profesionales, la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y la protección por cese de actividad, de acuerdo con las

¹⁴ Vid. art. 106, Cinco, 8 y 10 de la citada LGPE 2017.

¹⁵ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "Disposición Adicional Tercera. Cobertura de la Incapacidad temporal y de las contingencias profesionales en el Régimen de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta propia o Autónomo", AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V., y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., (dir.), *Comentarios al Estatuto del trabajo autónomo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, p.557.

¹⁶ Art.326 LGSS en relación con el art. 47.bis.4 y 5 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

¹⁷ Enmienda nº 114 a la Proposición de Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. (BOCG 27.marzo 2017).

normas reguladoras del régimen de la Seguridad Social en el que se encuadren, y comunicarán a aquella sus posteriores modificaciones" (art. 83.1 LGSS).

Conviene señalar que las obligaciones de afiliación, alta y cotización en el RETA como consecuencia del inicio de la actividad profesional autónoma se dirigen de forma exclusiva a quien trabaja por cuenta propia, sin que existan obligaciones respecto de terceros ni empresas clientes para las que desempeñe su actividad¹⁸.

Las personas trabajadoras comprendidas en el ámbito de aplicación del RETA cuya acción protectora incluya, voluntaria u obligatoriamente, la prestación económica por IT, deberán formalizar la misma con una mutua colaboradora con la Seguridad Social, así como aquellos que cambien de entidad. Respecto de la cobertura voluntaria u obligatoria de las contingencias profesionales se establece que deberán formalizar su protección con la misma mutua. Igualmente, deberán adherirse a la mutua colaboradora con la Seguridad Social quienes, dentro de este colectivo de personas trabajadoras, cubran exclusivamente las contingencias profesionales [art. 83.1.b) párrafos primero y segundo LGSS].

Sin embargo, respecto de quienes trabajan por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (RETM), la LGSS establece que podrán optar por proteger las contingencias profesionales con la entidad gestora o con una mutua colaboradora con la Seguridad Social, con la salvedad de quienes estén incluidos en el grupo tercero de cotización que deberán formalizar la protección de las contingencias comunes con la entidad gestora de la Seguridad Social [art. 83.1.b) párrafo tercero LGSS].

La cobertura de las contingencias profesionales en el RETA, como se ha advertido, el art. 316.1, párrafo segundo, LGSS señala que la cobertura de las contingencias profesionales se llevará a cabo con la misma entidad, gestora o colaboradora, con la que se haya formalizado la cobertura de la incapacidad temporal, y determinará la obligación de efectuar las correspondientes cotizaciones, en los términos previstos en el art. 308. En relación con la cotización por contingencias profesionales, la cotización correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se realizará mediante la aplicación de los tipos de cotización establecidos para cada actividad económica, ocupación o situación en la tarifa de primas establecidas legalmente. Las primas correspondientes tendrán, a todos los efectos, la condición de cuotas de la Seguridad Social¹⁹. Respecto de esta cotización, se aplicarán los porcentajes de la tarifa

¹⁸ CRUZ VILLALÓN, J., "El Régimen especial de trabajadores autónomos. Configuración general y elementos caracterizadores", AA.VV. MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., (dir) *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, p. 625. Respecto de la obligaciones de afiliación y alta, el art. 307.1 LGSS señala la obligación de "solicitar su afiliación al sistema de la Seguridad Social y a comunicar sus altas, bajas y variaciones de datos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en los términos, plazos y condiciones establecidos en esta ley y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo".

¹⁹ Vid. art. 308 LGSS.

de primas incluidos en la disp. ad. 4ª Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007²⁰.

En general, sobre el sistema de cotización en el RETA, cabe destacar un conjunto de medidas encaminadas a facilitar el autoempleo, inmersas en constantes reformas legales, y contempladas en diferentes disposiciones normativas, algunas únicamente dirigidas a la reducción y bonificación de la cuota por contingencias comunes, y si bien su estudio excede el objeto de este trabajo, conviene advertir que la realidad de quien trabaja por cuenta propia, sobre todo sin personas asalariadas, supone, en ocasiones, una lucha por la supervivencia de su negocio en el mercado, generalmente con pocos recursos económicos, por lo que ese escaso margen económico de maniobra con el que este colectivo suele contar no favorece, en los casos en los que la cobertura de la contingencia profesional de los riesgos sea voluntaria, que se opte por ella, simplemente, por considerarla un coste económico más.

La doctrina y las asociaciones profesionales vienen reclamando una reforma del sistema de cotización de las personas encuadradas en el RETA, que debería ser más acorde con las rentas obtenidas²¹. En este sentido, también se mantiene que la cotización adicional por accidente de trabajo y enfermedad profesional sigue suponiendo un coste desproporcionado para quien trabaja por cuenta propia en relación a las prestaciones que recibe, teniendo en cuenta que posiblemente un accidente de trabajo o una enfermedad profesional pueda afectar negativamente a la continuidad del negocio, incluso puede suponer el cierre temporal²²; ello explicaría el reducido número de personas trabajadoras autónomas que, hoy día, opta por esta cobertura²³. Según el informe de siniestralidad presentado por ATA, durante el año 2016, solo "uno de cada cinco autónomos está inscrito en contingencias profesionales"²⁴.

Las prestaciones que generan el accidente de trabajo y la enfermedad profesional corren a cargo de la Mutua con la que se tenga concertada la cobertura. El art. 316.1, párrafo tercero, LGSS señala que, para las contingencias indicadas, "se reconocerán las prestaciones que, por las mismas, se conceden a los trabajadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan". En este sentido, si bien la protección por contingencias profesionales no requiere de un período de cotización mínimo, lo que, sin duda, facilita es la accesibilidad a las prestaciones²⁵; sin embargo, constituye un requisito imprescindible para el reconocimiento y el pago de las prestaciones que las personas interesadas estén afiliadas y en situación de alta o asimilada, así como que, con la única excepción del auxilio por

²⁰ Vid. art. 106, Cinco, apartado 5 LGPE 2017 y su desarrollo por el art. 15.9 de Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, 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 para el ejercicio 2017.

²¹ FERNÁNDEZ ORRICO, J., "Disposición Adicional Segunda. Reducciones y bonificaciones en las cotizaciones", AA.VV. *Comentarios al Estatuto del trabajo autónomo*, cit., p. 530. En el mismo sentido, LÓPEZ ANIORTE, M. C., "El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo (De la eventual cuantificación económica de la "habitualidad" al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial)", cit., p. 75.

²² LÓPEZ ANIORTE, M. C., "La enfermedad profesional del trabajador autónomo: Hacia la completa equiparación con el régimen general", cit., p. 138.

²³ GARCÍA JIMÉNEZ, M., y MOLINA NAVARRETE, C., *El estatuto profesional del trabajador autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 232.

²⁴ ATA, Informe sobre siniestralidad laboral 2016, p. 1, http://www.ata.es/sites/default/files/np_siniestralidad_laboral_autonomos_2016_ok.pdf, en línea 2 mayo 2017.

²⁵ FERRANDO GARCÍA, F. M., en LÓPEZ ANIORTE, M. C. y FERRANDO GARCÍA, F. M., *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos: nuevo régimen jurídico*, cit., p. 101.

defunción, se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Se trata de exigencias rigurosas, habida cuenta que se imponen respecto de la protección por riesgos profesionales²⁶. Este último requisito queda parcialmente atemperado por la aplicación del procedimiento de invitación al pago previsto en el art. 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto²⁷.

Las prestaciones a las que quien trabaja por cuenta propia tiene derecho en caso de cobertura de las contingencias profesionales por parte de una Mutua, se pueden resumir en (art. 4 RD 1273/2003): a) Prestaciones de asistencia sanitaria, que otorgan al accidentado el tratamiento sanitario en toda su extensión y contenidos con el fin de restablecer su salud. b) Prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal, abonando a la persona trabajadora autónoma accidentada desde el día siguiente a la baja en el trabajo, sin necesidad de periodo previo de cotización, la cuantía equivalente al 75% de la base reguladora durante todo el tiempo en que se encuentre en situación de IT. c) Prestaciones por incapacidad permanente, por muerte y supervivencia, y prestaciones por lesiones permanentes no invalidantes.

Conviene destacar que no será de aplicación a este colectivo el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, a que se refiere el art. 164 LGSS²⁸. Ello ha sido criticado por la doctrina, que lo ha considerado especialmente inadecuado en los supuestos de incumplimiento del deber empresarial previsto en el art. 24.5 LPRL, de información e instrucción a las personas trabajadoras autónomas que desarrollen actividades en sus centros de trabajo²⁹. Sin embargo, la LETA ha establecido en su favor una responsabilidad de la empresa por incumplimiento de las actividades preventivas, condicionada a que se pruebe la relación de causalidad entre los incumplimientos empresariales y los daños y perjuicios ocasionados. De esta forma, cuando las empresas incumplan las obligaciones previstas en los apartados 3 a 5 del art. 8 LETA, asumirán las obligaciones indemnizatorias de los daños y perjuicios ocasionados, siempre y cuando haya relación causal directa entre tales incumplimientos y los perjuicios y daños causados. La responsabilidad del pago, que recaerá directamente sobre el empresario infractor, lo será con independencia de que el trabajador autónomo se haya acogido o no a las prestaciones por contingencias profesionales.

2. El concepto de accidente de trabajo en el RETA

2.1 Marco jurídico

Con la intención de mejorar la protección en materia de accidente de trabajo a quienes desarrollan un trabajo autónomo común, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, ha ampliado el concepto de accidente de trabajo inclu-

²⁶ En este sentido, LÓPEZ GANDÍA, J., "La nueva protección social de los trabajadores autónomos", cit., p. 39.

²⁷ Art. 5 RD 1273/2003.

²⁸ Art. 4.4 RD 1273/2003.

²⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F., "El esperado desarrollo reglamentario de las mejoras producidas en la acción protectora de los trabajadores autónomos", cit., p. 18.

yendo el llamado accidente *in itinere*, si bien, como se ha adelantado, se mantienen la disparidad entre personas asariadas y autónomas en lo que se refiere al concepto de accidente de trabajo. Además, dentro del trabajo autónomo, este concepto es distinto para la persona trabajadora autónoma común y la TRADE.

Según establecen el art. 316.2 LGSS y el art. 3.2 RD 1273/2003, de 10 de octubre, se entenderá por accidente de trabajo de quien trabaja por cuenta propia, el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del RETA. A partir de la entrada en vigor de la citada Ley 6/2017, también se entenderá como accidente de trabajo el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional. A estos efectos se entenderá como lugar de la prestación el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales.

Conforme a esta definición, además de la incorporación del accidente *in itinere*, se califican expresamente como accidentes de trabajo diferentes supuestos enumerados en el art. 3.3 RD 1273/2003: a) Los acaecidos en actos de salvamento y otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo. b) Las lesiones que se sufran durante el tiempo y en el lugar del trabajo, cuando se pruebe la conexión con el trabajo realizado por cuenta propia. c) Las enfermedades no profesionales que se adquieran con motivo de la realización del trabajo autónomo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de aquel. d) Las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por la persona trabajadora, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. e) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el/la paciente para su curación.

Por su parte, no se considerarán accidentes de trabajo (art. 3.3 RD 1273/2003): a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por esta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considera fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza. b) Los que sean debidos a dolo o a la imprudencia temeraria de la persona que trabaja por cuenta propia.

En el supuesto del TRADE, el concepto de accidente de trabajo es diferente. Así, el art. 26.3 LETA dispone que se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal que la persona trabajadora autónoma económicamente dependiente sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente

no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate. En el mismo sentido, el art. 317 LGSS contempla la definición de accidente de trabajo en el supuesto del TRADE.

2.2. Consideraciones sobre el concepto de accidente de trabajo ex art. 316.2 LGSS tras la reforma de la Ley 6/2017

Sobre el concepto de accidente de trabajo en el trabajo autónomo común incluido en el RETA y los supuestos excluidos de su definición, de conformidad con lo advertido por la doctrina³⁰, cabe realizar las siguientes consideraciones:

- 1) Se trata de una noción restrictiva de accidente de trabajo, alejada de la establecida en el art. 156 LGSS para el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), conforme a la cual, alcanza tal consideración “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”.
- 2) El art. 316.2 LGSS no se refiere de forma expresa a la lesión sufrida, definiendo el accidente de trabajo como “el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta”, a diferencia de la definición que opera en el RGSS ex 156 LGSS. Ahora bien, el accidente ha de exteriorizarse a través de una lesión o daño corporal, de carácter físico o psíquico.
- 3) A diferencia del concepto más flexible aplicable en el RGSS, según el cual accidente de trabajo es el que se sufre “con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena” (art. 156 LGSS), para la persona trabajadora autónoma común incluida en el RETA se exige una causalidad directa y rígida, constituyendo accidente de trabajo “el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta” (316 LGSS y art. 3.2 RD 1273/3003). Es decir, para este colectivo de personas autónomas, los accidentes sufridos 'con ocasión' de la actividad desarrollada quedarían excluidos del concepto de accidente de trabajo³¹. Sin embargo, en el supuesto de accidente de trabajo de una persona TRADE si se contempla este tipo de accidente en su definición.
- 4) Respecto de la causalidad inmediata y directa en la definición de accidente de trabajo, como advierte la doctrina, se trata de un elemento problemático por su carácter restrictivo; al respecto, se realizan las siguientes consideraciones³²:
 - a) No se extiende al trabajo autónomo común la presunción de laboralidad, conforme a la cual “son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo” (art. 156.3 LGSS). En este sentido, el art. 3.2.b) RD 1273/2003, exige a la persona trabajadora autónoma común la prueba de la

³⁰ Sobre las características del accidente de trabajo en el RETA, vid. LÓPEZ ANIORTE, M. C., “La enfermedad profesional del trabajador autónomo”, *Revista Derecho Social*, nº 53, 2011, pp.125-129.

³¹ BARRIOS BAUDOR, G. L., y APILLUELO MARTÍN, M., *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 181.

³² Véase, por todos, MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “Extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos”, *Estudios Financieros*, nº 240, 2003, p. 37, doctrina citada en TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., “La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, cit., p. 50.

conexión entre las lesiones sufridas en tiempo y lugar de trabajo y el trabajo realizado por cuenta propia³³.

Como advierte la doctrina, esta previsión se fundamenta en la facultad de autoorganización de la persona que trabaja por cuenta propia que le permite decidir sobre el tiempo y el lugar de trabajo y en la dificultad para investigar las condiciones en que se producen los accidentes de este colectivo, ante la ausencia de competencia de la Inspección de Trabajo en la materia³⁴.

De forma acertada, la doctrina ha señalado que, en los supuestos en los que actividad autónoma exige a quien trabaja por cuenta propia su presencia regular en una empresa o centro de trabajo durante un horario predeterminado, si la lesión se manifiesta durante la jornada laboral y en el lugar de trabajo³⁵, no parece justificada la existencia de una diferencia de trato entre personas autónomas y asalariadas que permite que las primeras se beneficien de la presunción de laboralidad y que obliga a las segundas a probar la conexión entre la lesión y el trabajo desarrollado por cuenta propia³⁶.

b) El art. 3.3 RD 1273/2003 excluye del accidente de trabajo en el RETA, los debidos a fuerza mayor extraña al trabajo y a dolo o imprudencia temeraria de la persona trabajadora, en idénticos términos a los utilizados por el art. 156.4.a) y b) LGSS. Ahora bien, conviene señalar que no se mencionan en la lista de exclusiones los accidentes ocasionados por la imprudencia profesional "que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira"³⁷, imprudencia que en el RGSS no impide la calificación de un accidente como de trabajo (art. 156.5.a LGSS)³⁸.

Respecto de la imprudencia temeraria de la persona que trabaja por cuenta propia, como ha advertido la doctrina –siguiendo la jurisprudencia consolidada- se entiende que la misma concurre "en toda actividad que se realiza con desprecio del instinto de conservación y clara conciencia y patente menosprecio del riesgo"³⁹.

³³ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., "La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos", cit., p. 51, señala: "No parece que existan dificultades en identificar como lugar de trabajo los que están próximos al mismo, ni para englobar dentro de esta amplia concepción a los desplazamientos que se padecen al lugar (centro de trabajo de otra empresa o domicilio del cliente) en el que en concreto se van a realizar los servicios, v. gr., de instalación, mantenimiento y reparación". Por su parte, el TSJ País Vasco, en Sentencia de 12 de julio de 2006 (AS 2005/2633), considera probada la relación de causalidad entre lesión y trabajo y reconoce como accidente de trabajo el supuesto de un ictus isquémico padecido por una economista autónoma, en tiempo y lugar de trabajo, en el departamento financiero de una entidad bancaria, "coincidiendo con la entrada del euro y en una situación especialmente estresante y de intensa tensión". Sobre la materia también puede verse RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Acción protectora en el RETA: infarto de miocardio durante el trabajo. Su calificación. Accidente "versus" enfermedad. AA.VV., DOMBLÁS, M. A. y FERNÁNDEZ BARAIBAR, M., (coord.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 379-384.

³⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F., "El esperado desarrollo reglamentario de las mejoras producidas en la acción protectora de los trabajadores autónomos", cit., p. 16.; LÓPEZ ANIRTE, M. C., "La enfermedad profesional del trabajador autónomo", cit., p. 128.

³⁵ Respecto del lugar y tiempo de trabajo, TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., "La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos", cit., p. 52, señala: "Sobre la cuestión de si pueden considerarse «lugar y tiempo de trabajo» los de celebración de actos o reuniones en los que asiste el trabajador por su propio interés profesional (específicamente, el de la empresa en la que presta servicios), como es sabido, ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo afirmativamente cuando de trabajadores por cuenta ajena se trata. Afirmación que también podrá extenderse si estas actividades se realizan por un trabajador autónomo. Máxime cuando estas son calificadas fiscalmente como «de representación» dada la conexión que guardan con la profesión del beneficiado".

³⁶ LÓPEZ GANDÍA, J., "La nueva protección social de los trabajadores autónomos", *Revista de Derecho Social*, nº 24, 2003, p. 35; LÓPEZ ANIRTE, M. C., "La enfermedad profesional del trabajador autónomo", cit., p. 128.

³⁷ Según establece el art. 156.5. a) LGSS.

³⁸ En este sentido, LÓPEZ ANIRTE, M. C., "La enfermedad profesional del trabajador autónomo", cit., p. 129, considera que "la ausencia de una norma paralela aplicable al autónomo común, unido a la exigencia a éstos de una relación de causalidad directa e inmediata entre la lesión y la actividad autónoma, no son circunstancias de las que se induce la exclusión del concepto de accidente de trabajo de los ocurridos por imprudencia profesional".

³⁹ TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., "La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos", cit., p. 56.

Habida cuenta que la LETA no incluye entre las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales de quien trabaja por cuenta propia el deber de acreditar una formación en materia preventiva ni la obligación de realizar una evaluación de riesgos, conviene advertir la dificultad de probar una 'clara conciencia' o un 'patente menosprecio del riesgo' cuando la persona que trabaja por cuenta propia no posee una formación preventiva o cuando ni siquiera conoce el riesgo al no ser evidente y no existir una evaluación de riesgos.

A todo ello, hay que añadir que, si bien la Inspección de Trabajo puede intervenir en los supuestos de accidente de trabajo, al quedar regulados en una norma del orden social, su intervención procedería a los efectos de comprobación de alta, cobertura de la contingencia o aspectos relacionados con la cotización, o con la responsabilidad de quien trabaja por cuenta propia derivada del incumplimiento de normas de prevención en supuestos de concurrencia de actividades empresariales (art.8.3 LETA), suscitando dudas su intervención respecto de la averiguación de la conducta imprudente, temeraria o no, de quien trabaja por cuenta propia. Estas dudas proceden, en primer lugar, de la ausencia de normas en materia de prevención de riesgos laborales (en el orden social) que obliguen a la persona trabajadora autónoma a adoptar una determinada conducta preventiva o de protección cuando el accidente ocurra en su establecimiento, teniendo en cuenta que este, incluso, podría coincidir con su propio domicilio⁴⁰.

c) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal de un tercero no obstará, sin embargo, a la calificación de un accidente como laboral, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo (art. 3.4 RD 1273/2003, en el que se reproduce el contenido del art. 156.5.b. LGSS).

d) El concepto de accidente de trabajo que se analiza no se extiende a los sufridos por la persona trabajadora autónoma común "con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos".

De acuerdo con la doctrina, en este caso cabe pensar que la omisión se debe a un olvido del legislador en la delimitación del concepto de accidente de trabajo y no a una expresa exclusión de este supuesto⁴¹. En estos supuestos, resulta conveniente el reconocimiento como accidente de trabajo el que sufra la persona trabajadora autónoma común como consecuencia del ejercicio de su cargo sindical, sin que deba existir un trato diferente en esta materia entre personas asalariadas y autónomas⁴².

⁴⁰ Vid. art. 19.1 a) de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LIT).

⁴¹ LÓPEZ ANIORTE, M. C., "La enfermedad profesional del trabajador autónomo", cit., p. 129. A mayor abundamiento, la doctrina recuerda que estas personas que trabajan por cuenta propia sin personas asalariadas a su servicio tienen derecho de afiliación a cualquier sindicato de su elección, pudiendo llegar a ocupar cargos de responsabilidad en el seno del sindicato en el que figuren afiliada en ejercicio del derecho que les reconoce el art. 3.1. LOLS. Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F., "El esperado desarrollo reglamentario de las mejoras producidas en la acción protectora de los trabajadores autónomos", cit., p. 16.

⁴² Un estudio sobre la materia puede verse en APILLUELO MARTÍN, M., *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y dependiente*, TOL870.310, www.tirantonline.com, 2006; también, LÓPEZ ANIORTE, M. C., "La enfermedad profesional del trabajador autónomo", cit., p. 129.

En lo que se refiere a la persona TRADE, el art. 26.3 LETA dispone que se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal que la persona trabajadora autónoma económicamente dependiente sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate.

e) Respecto de la calificación como accidente de trabajo de las enfermedades no profesionales contraídas con motivo de la realización del trabajo autónomo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de aquel, conviene advertir la dificultad de comprobar estos supuestos habida cuenta que no existe la obligación de la persona que trabaja por cuenta propia de realizar una evaluación de riesgos que identifique los mismos para poder probar la relación de origen o causalidad exigida por la norma.

f) Respecto del accidente *in itinere* introducido por la Ley 6/2017, como se ha advertido, hasta la entrada en vigor de la citada norma, el accidente *in itinere* - es decir, el sufrido por la persona trabajadora "al ir o volver del lugar de trabajo" (art. 156.2.a LGSS)⁴³- quedaba excluido de la consideración de accidente de trabajo para la persona trabajadora autónoma común (no así, respecto del TRADE). En este sentido, el art. 3.3.a) RD 1273/2003, al delimitar negativamente el concepto de accidente de trabajo en el RETA, excluye de forma expresa, "Los que sufra quien trabaja por cuenta propia al ir o volver del lugar de trabajo", por lo que en estos casos los daños sufridos recibirán la protección derivada del accidente común⁴⁴.

Esta exclusión expresa ha quedado derogada tras la entrada en vigor de la citada Ley 6/2017, cuyo artículo 14 modifica el art. 316.2 LGSS. Así, a partir de su entrada en vigor, el pasado 26 de octubre de 2017, se considera accidente de trabajo en el RETA, el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional. Ahora bien, la Ley 6/2017 introduce precisiones y aclaraciones en esta definición que restringen el concepto de accidente *in itinere* y lo diferencian del concepto que con-

⁴³ En trabajo autónomo, la doctrina venía advirtiendo la dificultad de identificar el accidente de trabajo *in itinere* habida cuenta de la dificultad de señalar la jornada laboral de la persona que trabaja por cuenta propia. En este sentido, TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., "La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos", cit., p. 55, señala como ejemplo de duda que se genera, la siguiente: "en el hecho común de traslado del autónomo a su domicilio para verificar si cuenta en él con el material que necesita para el desarrollo de su actividad profesional o, en caso negativo, para reponerla. ¿Sería conexión suficiente para calificar el accidente como de trabajo y no *in itinere*?. La solución no está nada clara desde una perspectiva amplia y pro operario dada la susceptibilidad que genera las amplias posibilidades de fraude".

⁴⁴ Resulta relevante la calificación de accidente de trabajo (no *in itinere*) otorgada por el TSJ Extremadura, en la Sentencia de 25 de febrero de 2011 (nº de recurso 10/2011), al accidente de tráfico mortal sufrido por un agente comercial, afiliado al RETA, cuando regresaba a su domicilio en Badajoz, tras haber participado en una reunión comercial para la presentación de productos y normas comerciales. El órgano judicial apoya su decisión en el hecho de que la asistencia era obligatoria, y además el fallecido llevaba en su vehículo muestrarios, hojas de pedido y catálogos para trabajar los siguientes seis meses, lo cual, en palabras del órgano judicial, "excluye al viaje de ese concepto de accidente *"in itinere"* que pretende la recurrente; no era un simple viaje de vuelta del trabajo, sino que formaba parte de su trabajo de agente comercial o, si se quiere, era una actividad absolutamente necesaria para desarrollarlo porque es claro que sin esos elementos que portaba era imposible que ejerciera, al menos con plenitud, su trabajo, que, además, en los profesionales como el fallecido, incluye, como parte importante y fundamental, el desplazarse para ejercer su labor".

templán el art. 26.3 LETA y el art. 317 LGSS para el TRADE. De esta forma, el art. 316.2 LGSS define la expresión "lugar de la prestación" y señala que "A estos efectos se entenderá como lugar de la prestación el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales".

Esta ampliación del concepto de accidente de trabajo en el ámbito del trabajo autónomo, cabe ser considerada una medida que avanza en la equiparación del nivel de protección en materia de contingencias profesionales de quienes trabajan por cuenta propia respecto de quienes lo hacen por cuenta ajena y de las personas TRADE; ahora bien, tal equiparación no es completa. La Ley 6/2017 introduce un concepto de accidente de trabajo *in itinere* restrictivo, que incluye una definición de lo que debe entenderse por lugar de la prestación de la actividad económica o profesional excluyente de determinados lugares.

Así, la citada norma indica respecto de la consideración de lugar de la prestación que la elección del propio domicilio como lugar de la prestación económica o profesional por cuenta propia, impedirá la calificación del accidente de trabajo *in itinere*.

Esta exclusión injustificada no tiene en cuenta que, en ocasiones, la elección del lugar de la prestación viene condicionada por las dificultades económicas con las que se enfrentan quienes deciden iniciar una actividad por cuenta propia, sobre todo, cuando no tienen personas asalariadas a su cargo. En estos supuestos, la designación de su domicilio como lugar de la prestación puede encontrar su justificación en la necesidad de reducir los costes que conlleva el inicio de la actividad económica o profesional por cuenta propia, evitando los gastos derivados de la compra o alquiler de un local para el negocio. En otras ocasiones, la utilización de las nuevas tecnologías, las características propias de la actividad profesional o económica, o incluso, motivos de conciliación familiar, pueden favorecer el desarrollo de la actividad económica o profesional desde el propio domicilio.

Por uno u otro motivo, lo cierto es que cada vez son más las empresas que contratan a quienes trabajan por cuenta propia para realizar trabajos desde su propio domicilio. Así ocurre con muchas profesiones relacionadas con el diseño, la traducción, el periodismo, la docencia, teleoperadores, escritores de libros, además de la abogacía, asesoría de empresas etc.⁴⁵.

Pues bien, el concepto restrictivo de accidente de trabajo *in itinere* que ha introducido la citada Ley 6/2017 provoca un trato discriminatorio a quienes sufran un accidente al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad profesional o económica donde ejerza habitualmente su actividad cuando este lugar coincida con su domicilio. En este caso, no se entendería la existencia de accidente de trabajo *in itinere*.

⁴⁵ Vid. Ser autónomo desde casa, en <https://www.serautonomo.net/trabajar-desde-casa-siendo-autonomo>.

Como se ha advertido, esta definición de accidente de trabajo *in itinere* de quien trabaja por cuenta propia mantiene las diferencias en el concepto de accidente de trabajo entre quienes desarrollan un trabajo autónomo común y las personas TRADE, puesto que para el TRADE el concepto de accidente *in itinere* que establece el art. 317 LGSS⁴⁶ no realiza dicha precisión sobre el lugar de la prestación de la actividad.

En segundo lugar, respecto del requisito de que sea el lugar donde “ ejerza habitualmente su actividad”, la ausencia de concreción de lo que deba entenderse por el término “ habitualmente” provoca inseguridad jurídica al desconocer los requisitos de la prestación económica o profesional para entender que se desarrolla “habitualmente” a los efectos de su consideración como accidente de trabajo *in itinere*.

En conclusión, aunque la consideración como contingencia profesional del accidente *in itinere* supone un acercamiento a la protección ofrecida en el RGSS y al TRADE, y su inclusión en el concepto de accidente de trabajo podría suponer un estímulo para la cobertura de las contingencias profesionales en los supuestos donde, en la actualidad, sigue siendo voluntaria, sin embargo, su configuración restrictiva conduce a pensar tal y como, con acierto, venía señalando la doctrina respecto de su anterior exclusión que “una vez más, la cultura de la sospecha de fraude que se cierne sobre el trabajador por cuenta propia se encuentra tras una medida normativa de tales características”⁴⁷.

En fin, la heterogeneidad de las actividades económicas y profesionales que se incluyen en el RETA y las características del trabajo autónomo determinan que, en lo referente al accidente de trabajo en el RETA, “la judicialización del conflicto sea inevitable dada la imposibilidad de ofrecer una respuesta genérica para todos los supuestos de hecho que pueden concurrir”⁴⁸, excediendo su estudio el objeto de este trabajo.

3. Efectos del régimen de cobertura del accidente de trabajo y su relación con la prevención de riesgos laborales

Conviene señalar que habida cuenta la extensión que exige este trabajo no se pretende realizar un análisis exhaustivo de los efectos del régimen jurídico de la cobertura de las contingencias profesionales en el RETA, sino de los más relevantes en relación con la protección de la seguridad y salud de quien trabaja por cuenta propia.

El régimen jurídico vigente en materia de contingencias profesionales y, en particular, la voluntariedad, como regla general, en la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales -en los términos expuestos- junto con la falta de regulación de los

⁴⁶ El art. 317 párrafo segundo LGSS señala que: “ A los efectos de esta cobertura, se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate”.

⁴⁷ LÓPEZ ANIORTE, M. C., “La enfermedad profesional del trabajador autónomo”, cit., p. 128. Además, la doctrina ha destacado con acierto que la aplicación de esta norma puede conducir al ilógico resultado de que las lesiones sufridas en un accidente de tráfico por una persona que trabaje por cuenta propia y su empleada en el trayecto de ida o vuelta del trabajo, alcancen la consideración de accidente laboral para la segunda y no para la primera. Vid., SALA FRANTO, T., y BLASCO PELLICER, A., “La nueva regulación del RETA”, *Actualidad Laboral*, nº 8, 2004, p. 913.

⁴⁸ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., “La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, cit., p. 52.

supuestos en los que la cobertura debe ser obligatoria en las actividades de mayor siniestralidad, contribuyen a mantener una precaria e insuficiente protección social para este colectivo en el materia de accidente de trabajo y de una enfermedad profesional, por las siguientes razones:

1. Supone el mantenimiento de la tradicional diferencia de trato, en la tutela de la protección social, que nuestro Derecho ha dispensado a quienes trabajan por cuenta propia respecto de la otorgada a las personas que trabajan por cuenta ajena, y que viene siendo históricamente denunciada por este colectivo.

Esta medida supone un paso atrás en la lucha por conseguir la igualdad en la protección social de todas las personas trabajadoras frente a las contingencias profesionales, ya sean asalariadas o autónomas, al tiempo que implica un incumplimiento de la Recomendación Sexta del Pacto de Toledo, en la que se expresa la necesidad de homogeneizar el contenido de la protección social y de la propia LETA, donde se prevé que la "acción protectora del régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social" (art.26.5 LETA).

2. A mayor abundamiento, el reconocimiento como contingencias comunes de los daños de origen laboral ocasionados a quien trabaja por cuenta propia, por no tener cubiertas las contingencias profesionales, dada su voluntariedad en algunos casos, se aleja de las exigencias normativas de la UE en favor del reconocimiento del riesgo profesional a las personas trabajadoras que realizan una actividad profesional, ya sea por cuenta ajena o propia⁴⁹.

Recientemente, la protección social de las personas que trabajan por cuenta propia ha sido tratada por el Parlamento Europeo, en su Resolución de 14 de Enero de 2014, en la que se insta a los Estados miembros y a la Comisión a emprender acciones dirigidas a velar por la protección social de las personas que desarrollan un trabajo autónomo y su equiparación con las personas asalariadas⁵⁰.

En definitiva, la regulación actual en materia de cobertura de las contingencias profesionales impide seguir avanzando en el proceso de reconocimiento y tutela de ese colectivo de personas autónomas y, sobre todo, en el camino ya iniciado para su equiparación en materia de acción protectora con las personas integradas en el RGSS.

3. Desde otro punto de vista, procede señalar que el art. 42.1 a) LGSS incluye, dentro de su acción protectora, la asistencia sanitaria en caso de enfermedad común o

⁴⁹ Véase, al respecto, el Reglamento (CE) nº 120/2009, de la Comisión, de 9 de febrero de 2009, que modifica el Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad y en su versión consolidada lo dispuesto en los Reglamentos 148/1971, de 14 de junio, y 575/1972, de 21 de marzo, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1971R1408:20080707:ES:PDF>,

⁵⁰ Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos: (2013/2111(INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-20140014+0+DOC+XML+V0//ES?language=ES>, en línea, 9 de febrero de 2014.

profesional y de accidentes sean o no de trabajo. Es imprescindible la distinción entre el origen común o profesional de estas contingencias, habida cuenta que, desde un punto de vista preventivo, es posible intervenir en el diseño de las condiciones de trabajo para evitar daños en la salud de la persona trabajadora. La voluntariedad en la cobertura de las contingencias profesionales supone contribuir a que los daños profesionales sean declarados como contingencias comunes, lo que resulta contrario a la necesidad impuesta por la propia LGSS de distinguir entre ambas contingencias, al tiempo que contraviene el principio de contributividad de nuestro Sistema; y todo ello, sin perjuicio de que sea conveniente ajustar el sistema de cotización correspondiente a los ingresos percibidos.

4. La ausencia en la LETA de la obligación de identificar y evaluar los riesgos a los que están expuestas las personas que trabajan por cuenta propia dificultará la consideración de accidente de trabajo, particularmente, en los supuestos de enfermedades no profesionales que contraiga quien trabaja por cuenta propia con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo, por causa exclusiva, la ejecución de aquel.

5. Desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, cabe señalar que la cobertura de las contingencias profesionales de las personas que trabajan por cuenta propia, bien sea de forma voluntaria u obligatoria, debería llevar implícitas unas obligaciones concretas en materia preventiva.

Es necesario advertir que el marco jurídico actual de la protección social, si bien tiende a proteger a quien trabaja por cuenta propia en el caso de que sufra un daño de origen laboral, sin embargo, permite el encubrimiento o enmascaramiento del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, al considerar estos daños como contingencias comunes en los casos en los que la cobertura de las contingencias profesionales no sea obligatoria o se hubiese optado por no concertarla.

En este sentido, en el ámbito del trabajo autónomo, es posible que se den las siguientes situaciones:

a) Por un lado, que se estén considerando contingencias comunes los daños en la salud, de origen laboral, de quienes trabajan por cuenta propia. Con ello, se favorece el ocultamiento de los datos reales de siniestralidad de este colectivo, no se facilita el conocimiento necesario de los riesgos a los que están expuestas estas personas trabajadoras, ni tampoco se contribuye al esclarecimiento de las causas de esos accidentes de trabajo. Se dificulta, en fin, la tarea de diseñar políticas preventivas encaminadas a eliminar o reducir los riesgos existentes en su puesto de trabajo y a evitar cualquier daño de origen laboral.

b) De otro lado, en los supuestos de desarrollo de una actividad por cuenta propia en sectores profesionales que presenten un mayor riesgo de siniestralidad, respecto de los que debería resultar obligatoria la cobertura de las contingencias profesionales, se

advierte, en primer lugar, que, hasta la fecha, se desconocen cuáles serían estas actividades peligrosas; y, en segundo lugar, que la voluntariedad que prevalece, con carácter general, respecto del deber de concertar las contingencias profesionales, para la mayoría de personas que trabajan por cuenta propia, supone que, en estos momentos, es posible encontrar personas que trabajan por cuenta propia desarrollando estas actividades supuestamente peligrosas y que, por falta de desarrollo normativo, carecen de la protección adecuada.

6. El tratamiento jurídico de las contingencias profesionales de las personas que trabajan por cuenta propia adquiere una particular dimensión, no solo por las prestaciones que conllevan, sino por la variedad de responsabilidades que el accidente de trabajo puede originar (civiles, penales y administrativas). Ciertamente, en general, los daños sufridos por las personas trabajadoras generan responsabilidades, algunas veces solo asumidas por las Entidades Gestoras o colaboradoras del Sistema de Seguridad Social y alcanzando, en otras, a otros sujetos⁵¹ (sujetos de la relación laboral, compañías aseguradoras o terceros implicados en el accidente).

La inexistencia de la obligación preventiva recogida en la LETA de disponer de los medios necesarios para evitar y controlar los riesgos en el trabajo, para evitar el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, no favorece la comprobación de una posible responsabilidad de quien trabaja por cuenta propia que hubiese favorecido su propio accidente de trabajo.

En definitiva, en los supuestos donde la cobertura de las contingencias profesionales es voluntaria, es imprescindible distinguir entre los accidentes acaecidos en los que la persona trabajadora autónoma tiene cubiertas las contingencias profesionales de aquellos otros en que no existe tal cobertura; dicha diferenciación plantea dudas tanto respecto de la identificación del infortunio acaecido como accidente de trabajo, como de la responsabilidad derivada del mismo para la persona trabajadora autónoma. Asimismo, dicha cobertura o falta de la misma podría tener consecuencias en caso de demostrarse la imprudencia temeraria de quien trabaja por cuenta propia.

4. Conclusiones

En atención a lo expuesto, la protección otorgada en el supuesto de accidente de trabajo, en materia de protección social, a las personas que trabajan por cuenta propia, es menor que la que reciben las asalariadas, al aplicárseles un concepto más restrictivo; y, dentro del colectivo de personas autónomas, la protección será diferente dependiendo de que estas tengan o no cubiertas las contingencias profesionales y, en caso de tenerlas cubiertas, dicha protección dependerá de la calificación del accidente de trabajo según se trate de una persona autónoma común o TRADE.

⁵¹ IGLESIAS CABERO, M., "Nuevos interrogantes en torno al accidente de trabajo. Testimonios jurisprudenciales", *RMTSS*, nº 84, 2009, p. 110.

La ampliación del concepto de accidente de trabajo introducida por la Ley 6/2017, al incluir el accidente *in itinere*, supone un acercamiento a la protección ofrecida en el RGSS y al TRADE y su inclusión como contingencia profesional podría suponer un estímulo para la cobertura de las contingencias profesionales en los supuestos donde, en la actualidad, sigue siendo voluntaria. Ahora bien, no resulta justificada su configuración restrictiva, excluyendo a quienes identifiquen el lugar de la prestación de la actividad profesional o económica ejercida habitualmente, con su domicilio, y ello, a pesar de ser este el lugar declarado como afecto a la actividad a efectos fiscales. Al mismo tiempo, la falta de concreción de lo que significa el requisito de habitualidad en la actividad, favorece la inseguridad jurídica y propicia la judicialización de esta materia.

Desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo autónomo, las diferencias en el régimen de cobertura de las contingencias profesionales (AT y EP), según se desarrolle un trabajo autónomo común o un trabajo subordinado o se trate de personas TRADE, pueden tener una repercusión negativa en la prevención de accidentes de trabajo.

Mantener la voluntariedad, con carácter general, en la cobertura de las contingencias profesionales para quien desarrolla un trabajo por cuenta propia supone contribuir a que los daños profesionales sean declarados como contingencias comunes, favoreciendo el enmascaramiento de los daños de origen laboral.

Como se ha expuesto, resulta imprescindible la distinción entre el origen común o profesional de las contingencias, habida cuenta que, desde un punto de vista preventivo, es posible intervenir en el diseño de las condiciones de trabajo para evitar daños en la salud de la persona trabajadora.

Por último, se concluye que si bien se ha alcanzado, en buena medida, el objetivo de homogeneizar el contenido de la acción protectora en el nivel contributivo, en los términos expresados en la recomendación sexta del Pacto de Toledo, dicha convergencia no es completa, habida cuenta las diferencias entre el RETA y el RGSS respecto de la configuración del accidente de trabajo, del carácter voluntario que alcanza la cobertura de las contingencias profesionales para la mayoría de las personas que trabajan por cuenta propia, y de la escasa incidencia de las medidas preventivas en el ámbito del trabajo autónomo.